

14-C-425/2

PROF. CESARE BERTOLINI  
dell'Università di Torino

**Appunti didattici**

DI

**DIRITTO ROMANO**

SERIE SECONDA

**Il Processo Civile**

II.

Inv. čis: 505  
Sign: 391



SEMINÁRNÍ  
Hist.-práv.

KNIHOVNA  
oddělení

TORINO

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE

MILANO - NAPOLI - PALERMO - ROMA

1914

STABILIMENTO TIPOGRAFICO  
G. TESTA  
BIELLA — Via Funicolare, 6 — BIELLA

A

GIANPIETRO CHIRONI

NEL SUO GIUBILEO SCIENTIFICO DIDATTICO

CON DEVOZIONE E AMICIZIA

<b>ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA</b> <b>PRÁVNICKÉ FAKULTY</b> <b>STARÝ FOND</b>
C. inv.: 04647

Koupi od <i>Mr. Chironi</i>
Darem od _____
v <i>Průběh</i> — za Kčs 100.-
Inv čis: 33.385
Sign: _____

001 - 583

§ 22.

**Varie specie e distinzioni  
di formule e azioni (1)**

Generalità — *Formulae s. actiones iuris civilis, formulae s. actiones iuris honorarii; actiones directae, actiones utiles, actiones ficticiae; formulae s. actiones in ius, formulae s. actiones in factum* (pag. 4) — *Formulae s. actiones in personam, formulae s. actiones in rem; formulae s. actiones praeiudiciales; actiones in*

(1) Richiamiamo specialmente i due lavori scolastici citati nel vol. 1 a pag. 11. Aggiungi le voci *Actio* e *Formula* (quest'ultima già ivi citata a pag. 209 n. 1), rispettivamente di Leonhard e Wenger nella *Encyclop. der Altertumswiss.* vol. 1 parte 1<sup>a</sup> col. 309 e segg. e vol. 6 parte 2<sup>a</sup> col. 2859 e segg. Una buona raccolta delle principali formule, quali ci sono riferite dalle fonti o in base a queste possono venir ricostruite, inserisce opportunamente nel suo *Corso* Pacchioni, vol 2 pag. 868 e segg. È sempre da tenersi presente l'*Edictum perp.* di Lenel.

E qui, iniziando per questo secondo volume i ragguagli bibliografici — cui, come si disse nel volume primo a pag. 15, crediamo di dover rivolgere particolare diligente cura — facciamo una dichiarazione generale di massima, che già vale retroattivamente pel vol. 1 (in aggiunta ad altra ivi fatta, pagg. 184-5 n. 3) ma ancora più serve pei volumi successivi. Ed è, che l'intreccio frequente delle singole materie producendo di necessità intreccio dei relativi scritti speciali, abbiamo creduto e crediamo tuttavia opportuno, per brevità e

177

rem scriptae; actiones mixtae (pag. 22) — Formulae s. actiones certae, formulae s. actiones incertae (pag. 38) — Actiones bonae fidei, actiones stricti iuris (pag. 39) — Actiones in bonum et aequum conceptae (pag. 53) — Actiones arbitrariae (pag. 57) — Conditiones (pag. 72) — Actiones simplices, actiones duplices (pag. 78) —

semplicità, di non indicare in genere nei singoli punti, accanto ai lavori specifici e diretti, quelli per così dire concorrenti o misti; tanto più che questi secondi vengono naturalmente indicati dai primi, o già in un quadro bibliografico dato da principio o mediante citazioni nello sviluppo della trattazione. — Avendo noi completata la Bibliografia del *Buletino dell'Istit. di dir. rom.* e tenendola sempre al corrente delle nuove pubblicazioni potremo fare le citazioni più sommariamente, tanto più quando trattasi di scritto già avanti citato.

Altro avvertimento generale di massima è quello dell'uso parco che dovremo fare degli autori antichi non giuridici, conformemente a ciò che si disse nel vol. 1 p. 98-99 n. 2. — A tal riguardo, per i poeti latini, l'opera di Henriot ivi citata (vol. 2 pag. 40 e segg., nonché vol. 3 pagg. 21 e segg. e 347 e segg.) in parte può servire. Quest'opera, come è accaduto di altre opere di tal genere di cui pur ci si giova, fu troppo criticata; che se è grave e larga pecca della medesima la scorrettezza filologica e sono imperfette o addirittura errate certe illustrazioni giuridiche (a quest'ultimo difetto abbiamo accennato anche loc. cit.) onde con cautela va adoperata, d'altra parte il merito, che è insieme non lieve vantaggio, della raccolta copiosa e dell'esposizione geniale deve pur essere riconosciuto. — Buona guida per Cicerone il libro di Greenidge cit. in vol. 1 pag. 4; e preziosi gli accenni processuali di Costa *Cicerone giurec.* vol. 1. — Per i retori si ricorda la dissertazione di Sprenger cit. c. s. pag. 176 n. 1; anche questa è un'utile accurata raccolta di materiali, molto migliore di quella di Henriot nel riguardo filologico, ma tuttavia richiedente pure un uso circospetto, in causa di deficienze imperfezioni ed anche errori nel rispetto giuridico, che ne diminuiscono il pregio (come mostra la recensione di Beseler in *Berliner philol. Wochenschrift* a. 32, 1912, col. 1415-16).

Actiones privatae, actiones populares (pag. 83) — Actiones rei persecutoriae, actiones poenales, actiones mixtae (pag. 97) — Actiones vindictam spirantes (pag. 107) — Actiones perpetuae, actiones temporales (pag. 112) — Sguardo complessivo finale (pag. 122).

173. — GENERALITÀ. All'inizio del presente capitolo, parlando dell'introduzione delle *formulae*, abbiamo detto<sup>(1)</sup> che al semplice e povero sistema delle *legis actiones* sottentra, per l'opera concorde dei magistrati e dei giureconsulti, un ricco e svariato organismo di formule e azioni. L'esposizione di tale organismo o quadro è connessa a quella della struttura della formula; e perciò qui la facciamo, a seguito di quest'ultima materia<sup>(2)</sup>. Vedremo parecchie figure e distinzioni; alcune basate sopra un criterio sostanziale permanente, le quali, con mutazioni ed in genere con maggiore elasticità, si riscontrano nel diritto giustiniano e trovano analogia pure nel diritto moderno; altre aventi carattere storico transitorio, e tuttavia importanti per intendere lo sviluppo progressivo del giure romano ed il funzionamento delle istituzioni di questo. Rispetto alle prime penetreremo tratto tratto anche nell'età giustiniana, come fanno abitualmente gli autori; essendo ciò consigliato dal vantaggio che arreca una continuità di trattazione e dal fatto che per l'intelligenza dello stesso diritto classico dovremo pur chiamare a confronto e contributo fonti giustiniane, costruite, più o meno ampiamente, con materiale del diritto classico. La terminologia è in buona parte dei testi, in parte minore è degli

(1) Vol. 1 pagg. 211-2.

(2) Vol. 1 pag. 311 e segg.

interpreti; ad essa ci atteniamo anche parlando, a seconda dei casi, soltanto di *azione* o insieme di *formula e azione*.

174. — FORMULAE S. ACTIONES IURIS CIVILIS, FORMULAE S. ACTIONES IURIS HONORARIJ; ACTIONES DIRECTAE, ACTIONES UTILES, ACTIONES FICTICIAE; FORMULAE S. ACTIONES IN IUS, FORMULAE S. ACTIONES IN FACTUM. La formula era *iuris civilis* quando si riferiva ad un rapporto riconosciuto e tutelato dal *ius civile*; era *iuris honorarii* quando si riferiva ad un rapporto riconosciuto e tutelato dal *ius honorarium*. Le azioni fatte valere nella prima serie di casi dicevansi *actiones iuris civilis* o senz'altro *actiones civiles* (1); le azioni intentate nell'altra serie di casi dicevansi *actiones iuris honorarii* o senz'altro *actiones honorariae*. Queste ultime poi si suddivinguevano in *actiones praetoriae* o *aediliciae*, a seconda che introdotte dal pretore o dagli edili curuli; in molto maggior numero le prime, di cui le seconde si consideravano quasi un'appendice, come si ravvisava nell'editto edilicio un'appendice dell'editto pretorio. — Rileviamo che rispetto alle *actiones iuris civilis* il pretore, concedendo formula e azione, era semplice esecutore di quanto ammetteva e prescriveva il *ius civile*; mentre rispetto alle *actiones praetoriae* egli, col dare formula e azione, esplicava un potere suo proprio creatore, introducendo, per via del meccanismo processuale dell'azione, disposizioni giuridiche nuove (2).

(1) Per lo più la fonte è una legge: *actio legitima* (*lege constituta* o *prodata* o *data*); della quale legge l'azione porta il nome (p. es. *actio legis Aquiliae*).

(2) Un editto, promettente l'azione, precede nell'*album* le

175. — Le *actiones praetoriae* si suddivinguevano in *actiones utiles* e *actiones in factum*.

1) Le *actiones utiles* (1) erano azioni del *ius civile* che il pretore estendeva a casi prossimi a quelli pei quali il *ius civile* le concedeva, e che perciò, ossia in questa applicazione allargata, diventavano *actiones praetoriae*. Tale p. es. l'*actio legis Aquiliae utilis* concessa dal pretore per analogia all'usufruttuario, mentre la *lex Aquilia* considerava soltanto il proprietario; tale l'*actio legis Aquiliae utilis* estesa a danneggiamenti dalla *lex Aquilia* non menzionati; *actiones utiles ad exemplum legis Aquiliae*. Le azioni utili sono espressione caratteristica dello spirito cautamente evolutivo, e non audacemente innovatore, del popolo romano; qui il pretore, coadiuvato dai giureconsulti, lo rappresenta e lo pone in atto. — Per estendere un'azione del *ius civile* a casi da questo non contemplati, i pretori si servivano

seconde e non le prime, delle quali ivi si dà soltanto la formula; come ha determinato Wlassak e confermato Lenel. — L'importanza della distinzione fra azioni civili e azioni onerarie in riguardo alla durata dell'azione, la vedremo quando esporremo, alla fine del presente paragrafo, la distinzione di *actiones perpetuae* e *temporales*.

(1) Alibrandi *Delle azioni dirette ed utili* nel *Giornale di giurispr. teorico-prat.* a. 1 [1870] pag. 129 e segg., ripubblicato nelle sue *Opere* vol. 1 pag. 149 e segg., nel quale scritto pure (cfr. il nostro vol. 1 pag. 268 n. 1) Alibrandi può apparire precursore rispetto a studi e risultati successivi; Brezzo *L'utilis actio nel dir. romano ecc.*, Torino 1889, colla rec. di H. Krüger nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, vol. 12 [a. 1891] pag. 163 e segg. È specialmente buona e diffusa la voce *Utilis (actio)* in Heumann-Seckel *Handlexikon zu den Quellen* pag. 608 e segg. (ivi pure *Directus, directa actio* pag. 149), sebbene con qualche inesattezza.

sovente di finzioni; autorizzando il giudice nella formula ad applicare una data disposizione del *ius civile* là dove mancava uno dei requisiti da questo richiesti o eravi un ostacolo all'applicazione del medesimo, come se il requisito realmente esistesse o l'ostacolo non vi fosse, fingendone ossia supponendone rispettivamente l'esistenza o l'inesistenza (1). Così nell'*actio Publiciana*, esempio celebre in argomento, il pretore fingeva l'usucapione compiuta a favore dell'individuo che trovavasi *in causa usucapiendi*, ma di cui il possesso non si era ancora maturato col decorso del tempo necessario a tale effetto; e lo tutelava pertanto quale proprietario (salvo le eccezioni concesse a chi avesse diritto uguale o superiore) con un'azione petitoria o rivendicazione utile e più specificatamente fittizia, tale essendo l'anzidetta *actio Publiciana*. Così il pretore dava le azioni ereditarie al *bonorum possessor*, supponendo in questo la qualità di erede; così dava azione al peregrino o contro il peregrino, supponendo nel medesimo la qualità di cittadino; così ancora manteneva in vita le azioni contrattuali contro il *capite deminutus*, fingendo non avvenuta la *capitis deminutio (minima)*. Siffatte azioni utili, fondate sopra una finzione, si dicevano *actio-*

(1) In base a codesta alternativa possiamo, con Sokolowski in Dernburg *Pand.*<sup>8</sup>, distinguere *finzioni positive* e *finzioni negative*. Parecchi autori invece parlano soltanto di finzione di esistenza di un requisito mancante, abbracciando in ciò - e certamente può farsi, con più larga comprensione - la finzione di mancanza di un impedimento che pel *ius civile* vi sarebbe.

*nes ficticiae* (1). — È chiaro, per ciò che abbiamo detto, che nelle azioni utili l'*intentio* rimaneva di diritto civile (*N. Negidium dare oportere, ex iure Quiritium A. Agerii esse*). — In antitesi all'*actio utilis*, applicata a casi analoghi, il tipo originario o modello, vale a dire l'azione data nelle circostanze precise per cui l'aveva introdotta il *ius civile*, dicevasi *actio directa*. — Convieni avvertire che l'espressione *actio utilis* non è sempre usata dalle fonti nel suddetto senso tecnico, specifico; alcune volte ha significato generale, quello di azione valida, efficace e simili; non in contrapposto ad *actio directa*, bensì in contrapposto ad azione inva-

(1) Ben rileva Ferrini *Pand.*<sup>2</sup> pag. 140 il carattere e l'effetto evolutivo delle regole giuridiche attraverso le *finzioni*; esse segnano le difficoltà e le vittorie nello svolgimento del diritto, che sfugge, soggiungiamo, ai confini troppo stretti della norma imperativa per adattarsi alle realtà ed esigenze della progressiva vita sociale. E come nel vol. 1 pag. 205 n. 3, a proposito delle « *actiones quae ad legis actionem exprimuntur* » abbiamo detto sempre interessante lo scritto di Demelius *Die Rechtsfiktion*, così tale lo diciamo qui; per il concetto e l'istituto complessivo come pure per l'argomento speciale delle *actiones ficticiae*, cui dedica varie pagine (pag. 59 e segg.). Noto scritto posteriore quello di Bülow *Civilprozessual. Fiktionen u. Wahrheiten*. Da ultimo, però senza particolare riguardo alle *actiones ficticiae*, Bernhöft *Zur Lehre von den Fiktionen in Aus röm. u. bürgerl. Recht* pag. 241 e segg. (col ragguaglio di Koschaker in *Ztschr. d. Sav.-Stiftung* vol. 29, a. 1908, pagg. 506-7) relativo piuttosto al diritto moderno, e meglio R. De Ruggiero *Finzione legale* in *Dizionario del dir. priv.* vol. 3 pag. 184 e segg. Un rapido accenno di reazione contro apprezzamenti eccessivi nello scritto di Koschaker-Lyskowski cit. in vol. 1 pag. 216 n. 1, a pag. 293.

lida inefficace, *inanis s. inutilis actio* (analogamente *utiliter s. inutiliter agere, experiri, petere*) (1).

2) Le *actiones in factum* (2) erano azioni di esclusiva e immediata creazione del pretore; azioni che tutelavano rapporti pei quali non esisteva analogia o fondamento nel *ius civile*; sicchè il pretore, mentre trovava di doverli proteggere, non poteva d'altronde provvedere adattando un'azione da quella istituita. *In factum* o *in factum conceptae* dicevansi tali azioni - e ugualmente denominavasi la formula corrispondente - per significare che erano fondate

(1) Qui è il caso di notare che anche *actio directa* ha pure altro significato e valore, sempre però tecnico o specifico, quando si contrappone ad *actio contraria* oppure, meno frequentemente, ad *actio noxalis*.

(2) Di queste azioni si sono occupati particolarmente, a più riprese, Erman e Pokrowsky, fra loro in polemica; il primo cogli scritti *Les formules in factum et la consumption des actions* in *Revue générale du droit* vol. 20 [a. 1896] pag. 527 e segg., *Conceptio formularum actio in factum und ipso-iure Consumption* nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 19 [a. 1898] pag. 261 e segg. (rec. di Ferrini in *Rivista ital. per le scienze giurid.* vol. 27 [a. 1899] pag. 389 e segg., di Brugi in *Archivio giurid.* vol. 64 [N. S. 5, a. 1900] pag. 167 e segg., di Audibert in *Nouv. Revue histor. de droit* a. 24 [1900] pag. 260 e segg.), a prescindere da altri contributi; il secondo cogli scritti *Die actiones in factum des classischen Rechts* e *Zur Lehre von den actiones in ius u. in factum* nella sopracitata *Ztschr.* vol. 16 [a. 1895] pag. 7 e segg. e vol. 20 [a. 1899] pag. 99 e segg., a prescindere da altri contributi. Alla disputa (di cui si dà brevemente ragguaglio nella *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess* vol. 27 [a. 1900] pag. 417-8) hanno preso parte altri autori, che dai suddetti si vedono citati. Di Ermann vedi anche posteriormente *Noch einmal die actiones in factum* nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 23 [a. 1902] pag. 445 e segg.

non sopra una norma del *ius civile*, bensì sull'equità risultante dal fatto, materiale o giuridico, allegato dall'attore; si contrapponevano alle azioni (formule) *in ius* o *in ius conceptae*. L'*intentio* nelle *actiones in factum* non era esplicita ed espressa, poichè nel *ius civile* non trovava fondamento, ma si trovava confusa colla *demonstratio*; ed il giudice non era chiamato a decidere sopra una questione di diritto (come sarebbe quella « si paret rem A. Agerii esse ex iure Quiritium »), bensì semplicemente a ricercare la verità del fatto e condannare o assolvere in conformità. — Logicamente possiamo ritenere l'origine delle *actiones in factum* posteriore a quella delle *actiones utiles*; come fra queste ultime le *actiones ficticiae* si additano logicamente quali le più antiche. — Mediante *actiones in factum* il pretore ha tutelato dei nuovi diritti reali nonchè parecchi diritti personali che reclamavano protezione, nel crescente progresso e sviluppo dei rapporti sociali; sotto l'impulso della pubblica opinione, più decisamente e tecnicamente rappresentata dai giureconsulti, che segnalava l'equità e la giustizia del riconoscimento di tali diritti (1). Dei quali alcuni sono rimasti anche in seguito puramente pretorî, tutelati soltanto da *actiones in factum*, p. es. il co-

(1) In Vernay *Servius et son École* Paris 1909 — opera non scevra di difetti e da giudicarsi con riserva in alcuni punti, ma che attesta nell'A., specialmente essendo un primo lavoro, qualità non comuni di storico e filosofo del diritto — vedi come ben si rilevano (a pag. 79-80) cotali impulsi ed il prevalere del diritto sostanziale sull'elemento e meccanismo processuale; non solo per queste *actiones in factum* ma insieme anche per le *actiones utiles*.

stituito, ed altri invece vennero riconosciuti pure dal *ius civile* e protetti quindi da azioni *in ius* concomitanti colle azioni *in factum*, p. es. il comodato ed il deposito; così le *actiones in factum*, anche per la spinta data al *ius civile*, ci appaiono uno dei più efficaci strumenti della grande opera pretoria per lo sviluppo e l'estendimento del diritto. — Talvolta un'*actio in factum* già esistente veniva estesa per analogia a casi consimili; si aveva allora un'*actio utilis in factum*, conformemente e simmetricamente all'antecedente distinzione di *actiones directae* e *actiones utiles* (1); il caso è molto meno frequente che non quello di *actiones utiles*, allargamento e applicazione analogica di azioni civili.

176. — Abbiamo visto or ora che cosa erano le *actiones in factum* in contrapposto alle *actiones in ius*. Ma noi troviamo anche un'*actio in factum civilis* (*actio civilis in factum*): precisamente la discussa e travagliata *actio praescriptis verbis*. Come spiegare ciò? Gli è che si esce dal suddetto contrapposto. L'azione che era civile, riconosciuta dalla giurisprudenza (una delle fonti del *ius civile*) e pertanto veramente ed essenzialmente concepita *in ius*, si diceva anche *in factum* (*actio civilis in factum*) per questo, che l'*intentio* era preceduta da una descrizione dei fatti che caratterizzavano il rapporto e lo dimostravano quale la giurisprudenza l'aveva riconosciuto (2).

(1) Pag. 5 e segg.

(2) Ma secondo vari autori qui hanno operato i compilatori; così, p. es., fra gli autori generali Cuq *Instit.* vol. 2 pag. 735 n. 2, Brugi *Istit.* 2 parte 1<sup>a</sup> pag. 223 affermando trattarsi di un'azione generale creata dai giustiniani in an-

In un altro senso ancora, diverso dai due precedenti, le fonti parlano di *actio in factum*. Precisamente, per significare le azioni che il pretore concedeva *ex novo* all'infuori dell'editto ravvisandone singolarmente l'opportunità nel caso (*in factum*) di cui si trattava; in antitesi alle azioni sia civili sia anche pretorie anticipatamente proposte nell'editto (onde p. es. troviamo un'*actio in factum* in contrap-

titesi e sussidio delle *actiones speciales*, Bonfante *Istit.* 5 pag. 112 n. 1, il quale dichiara che il termine *actio in factum civilis* nelle nostre fonti sembra il risultato poco felice di una interpolazione giustiniana per appianare le controversie esistenti circa i cosiddetti contratti innominati tra l'*actio in factum* e l'*actio civilis incerti*, ossia con formula incerta. L'argomento ha il suo sviluppo nella teorica dei contratti innominati, dove appunto anche Bonfante, ora citato, con maggior ampiezza ne tratta (pag. 468 e segg.). Interessanti studi speciali ha pubblicato di recente Audibert: *Sur les différents noms de l'action praescriptis verbis* in *Mélanges Gérardin* Paris 1907, pag. 21 e segg.; *L'expression civilis in factum, Son caractère byzantin* in *Mélanges Fitting* Montpellier 1907-09 vol. 1 pag. 35 e segg.; dei quali studi largamente si è occupata la critica. — Quanto ad *actio praescriptis verbis*, è noto come Gradenwitz (*Interpol. in den Pand.* pag. 123 e segg.) abbia affermato trattarsi qui pure di un'invenzione dei compilatori, mentre la giurisprudenza classica avrebbe conosciuto un *praescriptis verbis agere* ma non l'*actio* suddetta, e tale dottrina, in base alla quale vennero segnalate molte interpolazioni, ebbe ed ha ancora largo seguito; senonchè, specialmente dietro la guida di Naber (*Observat. de iure rom.* n. 48 *De praescr. verb. actione* in *Mnemosyne* N. S. a. 22, 1894, pag. 70 e segg.), ritiene nuovamente classica l'espressione in discorso Lenel *E. P.* 2 pag. 292 n. 1 [*Edit* vol. 2 pag. 18 n. 1] e a lui si associano altri, come Perozzi *Istit.* vol. 2 pag. 279 n. 3; combatte invece le obiezioni di Naber, Audibert nel primo degli scritti sopracitati.



posto alla pretoria *actio doli*) perchè concernenti rapporti giuridici già riconosciuti e consacrati; le quali ultime dicevansi *actiones proditae* o *vulgares*, mentre le prime si dicevano *actiones concessae causa cognita*. Per le *actiones proditae* o *vulgares* il pretore aveva il suo modulo o formulario già preparato e bastava lo adattasse al caso concreto inserendo i nomi delle parti e l'oggetto del medesimo; mentre per le *actiones concessae causa cognita* oppure *in factum* per eccellenza o in senso stretto, come potremmo chiamarle, egli doveva innovare e costruire in confronto del suo stesso editto. È una distinzione codesta che abbiamo già trovato esponendo le linee generali del procedimento *in iure* (1).

177. — Gai. 3. 219, 4. 34-38, 45-47, 110-112: « .... placuit ita demum ex ista lege (Aquiliana) actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit, ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, veluti si quis alienum hominem aut pecudem

(1) Vol. I pag. 246.

Chiudendo l'argomento delle *actiones in factum*, nella esposizione dogmatica, ammettiamo con Perozzi *Istit.* vol. 2 pag. 63 n. 1, che la menzione d'*actio in factum* sia più volte nelle fonti giustiniane dovuta ai compilatori, anche all'infuori di ciò che si disse a pag. 10 n. 2; in un'età, soggiungiamo, in cui il sistema delle azioni più non aveva il valore ed il rigore antico, i compilatori giustiniani usarono in modo generico, come espediente, questa espressione al pari di altre, secondo vedremo più avanti. Senonchè, continuando con Perozzi, non si possono determinare con precisione i casi in cui *actio in factum* è espressione interpolata, i casi invece nei quali è genuina. Onde la conseguenza, che la dottrina delle *actiones in factum* presenta pur sempre incertezze ed oscurità.

includerit et fame necaverit, aut iumentum tam vehementer egerit ut rumperetur etc. — 4. 34. Habemus adhuc alterius generis fictiones (1) in quibusdam formulis, veluti cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se herede agit. Cum enim praetorio iure, non legitimo, succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit potest intendere 'suum esse', neque id quod ei debebatur potest intendere 'dari sibi oportere'; itaque ficto se herede intendit velut hoc modo: 'iudex esto. si A. Agerius (id est si ipse actor) L. Titio heres esset, tum si eum fundum de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret'; et si *debeatur pecunia* (2), praeposita simili fictione *heredis* ita subicitur: 'tum si pareret N. Negidium A. Agerio sestertium x milia dare oportere'. — 35. Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit; sed interdum (i. e. si vivi bona veneant) et alio modo agere solet. Nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta actione convertit condemnationem in suam personam, it est ut quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic

(1) Così dice Gaio distinguendo in confronto delle *fictiones* onde si suppone avvenuta una *legis actio*, « actiones quae ad legis actionem exprimuntur », di cui nei suoi precedenti paragrafi 10, 32, 33; cfr. e vedi il vol. I pagg. 204-5 coi richiami. Tali *fictiones* possono aver guidato il pretore a queste altre di cui nei presenti paragrafi di Gaio, secondo che osserva Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1016 [*Manuale* pagine 1030-31].

(2) Integrazione proposta nell'edizione di Krueger-Studemund; « et sic de debito cum » Mommsen ivi, seguito da Girard *Textes*<sup>4</sup>; « et si quid debeatur, tum (?) Seckel-Kuebler.

condemnetur (1); quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore P. Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est (2). Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur (3).

(1) Cfr. 4. 86.

(2) Ecco presentarsi un'altra categoria di azioni e formule, quelle con trasposizione o mutamento di soggetto, precisamente coll'*intentio* in nome di una persona e la *condemnatio* in nome di un'altra; il che, completando il passo di Gaio, deve qui ammettersi senza dubbio anche per l'azione simmetrica intentata dai creditori contro il *bonorum emptor*. È un caso che ritroveremo più avanti, parlando della *Esecuzione*. Altri casi di siffatta *transpositio* sono i seguenti: quello delle *actiones adiecticiae qualitatis*, nelle quali l'*intentio* contiene il nome del *servus filiusfamilias* o mandatario, mentre la *condemnatio* porta il nome del *dominus paterfamilias* o mandante; il caso della rappresentanza giudiziaria, dove, attivamente e passivamente, l'*intentio* è concepita in testa del rappresentato, mentre la *condemnatio* è concepita in testa del rappresentante. Il primo di codesti altri casi appartiene alla materia delle *Obbligazioni*; il secondo lo ritroveremo più avanti, trattando della *Rappresentanza*. Qui aggiungiamo soltanto, che comprendere le azioni con trasposizione di soggetto nelle azioni utili — come fa Keller *Der röm. Civilprocess* 6 pag. 648 [*Il proc. civ. rom.* pag. 337], e vari autori lo seguono — non è giusto; ben lo ha dimostrato Karlowa *Röm. RG.* vol. 2 pagg. 968-9.

(3) Vernay *Servius* retrocit., pag. 307 e segg., da ultimo afferma nuovamente la tesi già da altri sostenuta, che ne sia stato autore Servio Sulpicio Rufo e che da lui pertanto l'azione prenda nome, argomentando in modo ingegnoso, ma a parer mio non sufficiente. (Anche l'*actio Serviana* del locatore vuol collegare Vernay, più faticosamente com'egli stesso dice, al predetto giureconsulto; di ciò naturalmente non ci occupiamo). — Con codesti §§ 34-35 di Gaio cfr. il medesimo 3. 80-81.

— 36. *Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur.* Datur autem haec actio et qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esse intendit, *veluti* hoc modo: 'iudex esto. si quem hominem A. Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure Quiritium eius 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: veluti si furti agat peregrinus aut cum eo agatur. Nam si cum peregrino agatur, formula ita concipitur: 'iudex esto. si paret L. Titio ope consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret' et reliqua (1). Item si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur. Similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta civitate Romana iudicium datur (2). — 38. Prae-*

(1) Vedi in proposito Mommsen *Droit pénal* vol. 3 pag. 48 n. 2, Lenel *E. P.* 3 pag. 313 e segg. [*Edit* vol. 2 pagg. 45 e segg.] e cfr. Girard *Textes* 4 pag. 329 « opeve consilio[ve] ». Adde Pampaloni *Studi sopra il del. di furto* fasc. II. 1 Torino 1900 pag. 3 e segg. (estr. dagli *Studi Senesi* vol. 16, a. 1899, pag. 19 e segg.), a prescindere da altri scritti speciali che ci condurrebbe in un campo di studio speciale, estraneo al nostro argomento.

(2) Mitteis *Reichsrecht u. Volksrecht* pag. 129, se da un lato accentua il « si modo — extendi » dell'inizio di tale pa-

terea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamve oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse (1). — 45. Sed eas quidem formulas, in quibus

ragrafo, d'altro lato rileva, in confronto degli esempi dell'*actio furti* e dell'*actio legis Aquiliae* addotti da Gaio, come l'equità imponga una più ampia applicazione delle relative norme del diritto civile; onde l'*actio ficticia* si presenta come uno dei più importanti veicoli del diritto sussidiario dell'Impero (Cfr. e vedi il medesimo anche a pag. 137). — In particolare rispetto all'*actio legis Aquiliae* bene osserva Lenel *E. P.* <sup>2</sup> pag. 195 [*Edit* vol. 1 pag. 229] contro Rudorff, che la necessità di introdurre una *fictio civitatis* per rendere la suddetta azione accessibile ai peregrini mostra che tutte le relative formule erano *in ius conceptae*.

(1) Cfr. 3. 84: «... De eo vero quod proprio nomine eae personae (qui se in adoptionem dedit quaeve in manum convenit) debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur neque coemptionator, et ne ipse quidem, qui se in adoptionem dedit quaeve in manum convenit, maneat obligatus obligatave, quia scilicet per capitis deminutionem liberetur, tamen in eum eamve utilis actio datur rescissa capitis deminutione.... ».

Un'*actio ficticia* concessa supponendo fatta la *stipulatio damni infecti* troviamo nella Lex [Rubria] de Gallia Cisalpina c. 20. E in BGU 114 secondo Mitteis (in *Hermes* vol. 30, a. 1895, pagg. 584-5) si avrebbe una *actio rei uxoriae* data contro un militare fingendo valido il suo matrimonio, ma altri si oppone; vedi Girard *Manuel* <sup>5</sup> pag. 1017

de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus ' nostrum esse aliquid ex iure Quiritium ' aut ' nobis dari oportere ' aut ' profure 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: qualis est formula, qua utitur patronus contra liberum qui eum contra edictum praetoris in ius vocavit... (1). Ceterae quoque formulae, quae sub titulo ' de in ius vocando ' propositae sunt, in factum conceptae sunt... (2); et denique (3) innumerabiles eiusmodi aliae formulae in albo proponuntur. — 47. Sed ex quibusdam causis et in ius et in factum conceptas

n. 1 [Manuale pag. 1031 n. 2]. — Un'interessante finzione del diritto privato attico, da mettersi a riscontro di quelle romane che abbiamo visto, segnala Perdrizet (*Comptes rendus de l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres* a. 1908 pag. 448 e segg.) nei *Papyrus de Lille* n.º 29.

Rileggendo i paragrafi di Gaio che furono trascritti, e si risalga anche ai precedenti 32 e 33, non trovo giusta l'osservazione fatta in Scialoja *Corso di istit. di d. r.* Roma 1912 pag. 557: « Nelle *formulae ficticiae* bisogna interpretare la parola *ficticiae* nel senso etimologico latino, perchè *fingere* significa *comporre*; il pretore *fingit*, *componere* una formula, servendosi solo di certi materiali presi da una formula diretta ». A mio avviso non si rimane colla suddetta denominazione in questo campo più generale, ma si entra nella sostanza e nel meccanismo dello strumento, trattasi del *fingere* nel nostro senso italiano.

(1-2) I brani omissi sono trascritti a pagg. 227-8 del vol. 1.

(3) Sull'uso prevalentemente gaiano di « et denique » chiudendo una enumerazione vedi Kalb *Roms Juristen* pagg. 84-85 e Kniep *Der Rechtsgelehrte Gaius* pag. 59.

formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula, quae ita concepta est 'iudex esto. quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam (1) 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, nr (2) 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 N. Negidium A. Agerio condemnato. si non paret, absolvito' in factum concepta est (3). Similes etiam commodati formulae

(1) 4. 40 «hominem».

(2) Ordinariamente, seguendo Huschke, questa sigla viene sviluppata in *nisi restituet (restituat)*; così anche nell'edizione italiana delle fonti antegustinianee. Ma furono pure elevati dubbi al riguardo ed in specie fu espresso l'avviso che la detta sigla sia semplicemente frutto di un errore, provocato dalla successiva sigla «snpa» (vedi in proposito Dubois *Institutes de Gaius* pagg. 434-5 n. 208). Lenel che nella prima edizione del suo *E. P.* aveva acceduto, non senza esitare però, alla prima opinione, poscia, nell'edizione francese (*Édit* vol. 2 pag. 2 n. 5) nonché nella seconda edizione tedesca (pagg. 279-280 n. 14), inclina invece alla seconda opinione; e cfr. ugualmente l'ed. di Seckel-Kuebler e i *Textes*<sup>4</sup> di Girard.

(3) Cfr. 4. 60 «... cum duae sint depositi formulae, alia in ius concepta, alia in factum, sicut supra quoque notavimus, et in ea quidem formula, quae in ius concepta est, initio res de qua agitur demonstratorio modo designetur, deinde inferatur iuris contentio his verbis 'quidquid ob eam rem illum illi dare facere oportet'; in ea vero quae in factum concepta est, statim initio intentionis alio modo res de qua agitur designetur his verbis 'si paret illum apud illum rem illam deposuisse' etc. ».

sunt (1). — 110. .... eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur... eas vero quae ex proprie ipsius (praetoris) iurisdictione pendunt... — 111. ... eas (actiones) quibus, praetor imitatur ius legitimum: quales sunt eae, quas bonorum possessoribus ceterisque qui heredis loco sunt accomodat. — 112. .... actiones quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur.... ».

Con questi paragrafi di Gaio giova confrontare: § 16 I. *de lege Aquilia* 4. 3, §§ 3-8 e 12 I. *de actionibus* 4. 6, pr. e § 1 I. *de perpet. et tempor. act.* 4. 12.

(1) E proprio analogo doveva essere lo schema per comodato, escluse le parole «dolo malo» nella formula *in factum concepta*: Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 245 [*Édit* vol. 1 pagine 291-2].

Gli studi più recenti sull'editto hanno dimostrato che codesta duplice formula *in ius* e *in factum* - per lo addietro ritenuta una particolarità isolata delle due azioni di deposito e comodato soltanto - eravi anche nella *fiducia*, nel *pignus*, nel mandato, nella gestione di affari, e che la formula *in factum*, almeno nei casi più conosciuti, era quella che occupava il primo posto tanto nell'editto quanto nei commentari del medesimo. Essa è da ritenersi la più antica ed importante, e non già, come prima si opinava, un semplice complemento della formula *in ius*, ammesso per eccezione in casi speciali. D'altronde la tutela posteriore da parte del *ius civile* rappresenta un progresso, per cui i sopraindicati negozi acquistarono piena e completa figura ed efficacia giuridica. Cfr. e vedi i miei *Appunti didatt.* [1<sup>a</sup> Serie] pag. 245 e segg., cogli autori ivi citati. Dell'argomento della duplice formula, *in ius* e *in factum*, si occupano, più o meno largamente, notevoli monografie recenti, italiane per la maggior parte: Segrè *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno* in *Studi in onore di Fadda*, Napoli 1906 ('05) vol 6 pag. 331 e segg.; De Francisci

L. 2 § 1 D. *de capite minutis* 4. 5 (Ulp. 12 *ad ed.*): « Ait praetor: *Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminutae esse dicentur, in eos easve perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo* » (1).

*Iudicia bonae fidei, Editti e formulae in factum* in *Studi Senesi* vol. 24 [a. 1907] pag. 346 e segg.; R. De Ruggiero *Depositum vel Commodatum, Contrib. alla teoria delle interpolazioni* in *Bullett. dell'Ist. di d. r.* a 19 [1907] pag. 5 e segg.; Taubenschlag *Zur Gesch. des Hinterlegungsvertrages im röm. Recht* in *Grünhut's Ztsch.* vol. 35 [a. 1908] pag. 683 e segg.; Rotondi *Contrib. alla storia del contr. di deposito nel dir. rom.* in *Rivista ital. per le scienze giurid.* vol. 45 [a. 1908] pag. 3 e segg.; Arangio-Ruiz *Le formule con demonstratio e la loro orig.* in *Studi economico-giuridici della Università di Cagliari* vol. 4 [a. 1912] parte 2<sup>a</sup> pag. 75 e segg. Dobbiamo, con rammarico, accontentarci di averle indicate. Una discussione in argomento, che non potrebbe farsi senza entrare nella dottrina dei relativi negozi, nuocerebbe, sia per la misura come per la materia, all'economia ed al carattere del presente lavoro; all'uopo occorre una particolare monografia, esclusivamente scientifica, libera da esigenze e limitazioni didattiche. Ed è nei nostri desideri.

(1) Cfr. Gai. 4. 38 e 3. 84 trascritti a pag. 15-16. S'intende *capitis deminutio minima*; cfr. il pr. e vedi Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 113 n. 15 [*Édit* vol. 1 pag. 133 n. 10] per la spiegazione dell'espressione generale, e perciò apparentemente troppo larga, usata dal pretore (*contra* però Eisele *Beiträge zur röm. RG.* pag. 160 e segg.) Altre notizie e illustrazioni sull'argomento dà Lenel; in particolare risponde al quesito, perchè il pretore, invece di far risorgere per via di *restitutio* l'azione contro il *minutus*, non abbia dato direttamente azione analoga a quella *de peculio* contro l'avente potestà; e indica come la pratica provvide ai casi di *capitis deminutio media e maxima*, non contemplati dall'editto, mediante una *utilis actio in eos ad quos bona eorum pervenerunt* (pr. sopracit. e L. 7 § 2 D. h. t.). Su tutta codesta materia vedi pure la recente mo-

L. 11 § 10 D. *ad leg. Aquil.* 9. 2 (Ulp. 18 *ad ed.*): « An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat: et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum ».

L. 6 § 3 D. *de his qui effud. vel deiec.* 9. 3 (Paul. 19 *ad ed.*): « Si de nave deiectum sit, dabitur actio utilis in eum qui navi praepositus sit » (1).

L. 1 D. *de praescriptis verbis et in factum actionibus* 19. 5 (Papin. 8 *quaest.*): « Il proemio è trascritto a pag. 252 del vol. 1. — § 1. Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit (2), civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit (3). — Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum

nografia di Desserteaux *Études sur la formation histor. de la capitis deminutio* I Dijon - Paris 1909 pag. 73 e segg., che ampiamente la svolge, nonchè il posteriore scritto speciale *Contrib. a l'étude de l'édit, Formation de la théorie prétor. relative aux dettes contractuelles en cas de capitis deminutio minima* in *Nouv. Revue histor. de droit* a. 36 [1912] pag. 423 e segg., che precorre il desiderato II vol. dell'opera egregia. Degli autori generali vedi Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagg. 196-7 [*Manuale* pagg. 210-1] e fra i nostri autori utilmente si legge Fadda *Dir. eredit. (Lezioni)* vol. 1 pag. 20 e segg. Noi non possiamo estenderci di più.

(1) Cfr. L. 1 pr. eod. Qui abbiamo un'*actio utilis in factum*, trattandosi di un'azione pretoria accordata come *utilis*; e così azioni utili estensive di un'azione pretoria sono pure l'*actio ad exemplum institoriae actionis*, l'*actio quasi Serviana* o *hypothecaria*.

(2) Per la distinzione di questi due casi cfr. L. 2 pr. D. h. t. e L. 3 § 1 D. *nautae caupones* 4. 9.

(3) Cfr. L. 1 pr. D. *de aestim.* 19. 3, coi miei *Appunti didatt.* [1<sup>a</sup> Serie] pagg. 738 e 418 n. 2.

erit, sed non exhibita fide in factum civilis (1) subicitur actio

L. 2 D. h. t. (Celsus 8 *digest.*): (nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est) ».

L. 3 D. h. t. (Iulian. 14 *digest.*): « In quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt ».

L. 11 D. h. t. (Pompon. 39 *ad Q. Mucium*) — È trascritta a pag. 253 del vol. I.

L. 24 § 2 D. *de liberali causa* 40. 12 (Paul. 51 *ad ed.*): « ... ex eventu iudicii liberalis aut utilis aut inanis actio eius efficietur » (2).

178. — FORMULAE S. ACTIONES IN PERSONAM, FORMULAE S. ACTIONES IN REM; FORMULAE S. ACTIONES PRAEJUDICIALES; ACTIONES IN REM SCRIPTAE; ACTIONES MIXTAE. L'*intentio* della formula può essere concepita *in personam* oppure *in rem*; vale a dire essa nomina la persona del convenuto o invece non la nomina, limitandosi ad indicare la persona dell'attore. — Questo contrapposto non è puramente estrinseco, formale; bensì anche intrinseco, sostanziale, fondato sull'intima natura dei rapporti e dei diritti. Precisamente, havvi una classe di diritti, quelli di obbligazione o personali, che sono relativi, nel senso che si possono far valere soltanto contro una data persona, il debitore; il diritto in

(1) « civilis » qui, « civilem » sopra, interp. ?; cfr. pag. 10 n. 2.

(2) Altri passi in cui il significato di *utilis actio*, *utiliter agere* etc. è generale trovi raccolti in Heumann-Seckel cit. a pag. 5 n. 1.

tal caso non può essere determinato o specificato senza indicare questa data persona, senza menzionare il debitore, convenuto; e perciò l'*intentio* nei relativi casi è concepita p. es. in tal guisa « (si paret) N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia dare oportere ». Invece tutti gli altri diritti - specialmente, ma non esclusivamente, i diritti reali - sono assoluti, nel senso che si possono far valere non soltanto contro una data persona, bensì, *erga omnes*, contro chiunque; chiunque può ledere il nostro diritto e può quindi, così facendo, essere chiamato da noi in giudizio (1); qui non occorre, per determinare o specificare il diritto che l'attore vuole sia riconosciuto e tutelato, di menzionare la persona del convenuto, la persona cioè che oggi, nel caso concreto, lo ha leso secondo che afferma l'attore, e nemmeno sarebbe giusta siffatta menzione, appunto perchè il diritto sussiste *erga omnes*; pertanto l'*intentio* è concepita p. es. in tal guisa « (si paret) hominem ex iure Quiritium A. Agerii esse »; il convenuto viene menzionato soltanto nella *condemnatio* (2). — La sud-

(1) Onde correlativamente (nota Scialoja *Istit.* pag. 545) nell'*actio in rem*, a differenza dell'*actio in personam*, colla condanna non si esaurisce il diritto, che potrà domani essere fatto valere contro un altro.

(2) Fanno eccezione però le azioni proibitoria e negatoria, di cui la formula nomina nell'*intentio* la persona del convenuto; ed altrettanto dicasi per certe formule di azione confessoria (cfr. Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1018 n. 2 [*Manuale* pag. 1032 n. 4] e Lenel *ivi cit.*). Per converso il nome del convenuto non si trova menzionato nell'*intentio* di alcune azioni personali, le cosiddette *actiones in rem scriptae*, di cui fra breve daremo la nozione, che mostrerà essere siffatta omissione naturale e giustificata.

detta distinzione di azioni *in personam* e *in rem* (1) avendo, come abbiamo detto, non solamente valore processuale, ma anche fondamento sostanziale nella diversa natura dei due gruppi di diritti rispettivamente tutelati, è rimasta nel diritto giustiniano, non certo per semplice tradizione storica; e oggi pure si differenziano *azioni personali* e *azioni reali*. Distinzione assai importante; « *summa actionum divisio* » l'appella Giustiniano nelle sue *Istituzioni*, probabilmente calcando Gaio, che tale distinzione mette in primo luogo (2).

179. — Riguardo alla categoria delle azioni reali (3), notiamo anzitutto che esse, come dichiarano le fonti, hanno anche il nome generale di *vindicationes* o *petitiones* (quest'ultima espressione

(1) Mayr *Röm. Rechtsgesch.* 2° libro, 1ª metà pag. 121 osserva essere divenuta impropria nel procedimento formulare l'espressione *actio in rem* una volta che non si richiede più, come nel procedimento delle *legis actiones* (qui vol. I pagg. 120-1), la presenza *in iure* della cosa controversa. Dissento da tale rilievo critico. Il punto di collegamento e spiegazione di siffatta terminologia è diverso. Possiamo dire con Bonfante *Dir. romano* pag. 508: è l'indifferenza della persona, codesto consueto pensiero negativo, che, anche fuori della presente classificazione delle azioni, viene significato dall'espressione *in rem* (confronta p. es. *in rem pacisci*).

(2) Risalendo storicamente, pel rapporto e collegamento colla *legis actio sacramento* e coll'*agere per sponsionem* (di cui nel vol. I pag. 105 e segg. e pag. 193) confronta Scialoja *Eserc. e difesa dei dir.* pagg. 483-5.

(3) Delle quali si occupa particolarmente coll'abituale acume Naber *Quid sit in rem actio* nelle sue *Observat. de iure rom.* n. 88 (*Mnemosyne N. S.* vol. 30, a. 1902, pag. 322 e seguenti).

però in senso largo abbraccia insieme le azioni personali); tipo, azione reale per eccellenza, la *rei vindicatio*, che tutela il diritto di proprietà. — Gli autori sogliono suddividere, con fondamento nei testi, azioni reali in stretto senso, cioè quelle a tutela dei diritti reali fra le quali spicca la *rei vindicatio* come dianzi si disse, e azioni reali in largo senso, onde sono comprese anche quelle azioni che tutelano tutti gli altri diritti all'infuori dei diritti di obbligazione, che sono sanzionati invece dalle azioni personali; il che si collega all'osservazione da noi fatta più addietro (1), determinando i diritti assoluti. — Si sogliono suddividere pure le azioni reali, a seconda che sono di origine civile o di origine pretoria; indicando nel primo gruppo la rivendicazione, l'azione proibitoria o negatoria, l'azione confessoria, la petizione di eredità; e nel secondo gruppo indicando, come principali, l'azione Publiciana, l'azione confessoria utile, le azioni concesse al superficiario e al *conductor agri vectigalis* e tutte le altre azioni utili modellate sulla rivendicazione, le azioni Serviana e quasi-Serviana, la *petitio hereditatis* possessoria. — Notiamo infine che un gruppo speciale di azioni reali è costituito dalle cosiddette *actiones praeiudiciales* (*praeiudicia, formulae praeiudiciales*); delle quali abbiamo già avuto occasione di dire trattando delle parti della formula (2).

(1) Pag. 23.

(2) Vol. I pag. 314, e a pag. 322 n. I abbiamo citata la recente monografia di Pissard, colle recensioni di Wenger e Cicogna; riassuntivamente *Praeiudicium* nel *Dictionn. des antiq.* tomo 4 parte 1ª pag. 623 (Humbert-Lécrivain). Circa

180. — Riguardo alla categoria delle azioni personali, osserviamo anzitutto che esse hanno anche il nome generale di *condictiones*; ma si è dubitato o addirittura escluso (1) che a tutte le medesime si applichi tale denominazione; meglio possiamo ritenere che la parola *condictiones* abbia un duplice significato, largo e stretto, designando nel secondo soltanto certe azioni personali, come vedremo in seguito. — Segnaliamo in secondo luogo un gruppo particolare di azioni personali, dette *actiones in rem scriptae* (2). Sono azioni personali, aventi origine cioè da un diritto di obbligazione, ma che si riferiscono a casi in cui non havvi un debitore fisso e singolarmente determinato, bensì è obbligato chi si trova in una certa relazione, di cui il soggetto può variare (cosidette *obbligazioni ambulatorie*); perciò non competono contro un dato individuo, bensì contro chiunque si trovi in quella certa relazione nel momento in cui l'azione viene esperita (3). Un esempio ne offre l'*actio ad exhi-*

la classifica delle *actiones praeiudiciales* fra le *actiones in rem* vedi Scialoja *sopracit.* a pag. 486.

(1) Vedi specialmente Naber *Quid sit conditio* nelle sue *Observ.* n. 23 (*Mnemos.* N. S. vol. 20, a. 1892, pag. 190 e segg.). Da ultimo Mayr *Röm. RG.* loc. cit.

(2) Due buone dissertazioni sono: Kolkmann *Ueber die actio in rem scripta* (Univ. di Göttingen) Duisburg 1889; Westen *Die actiones in rem scriptae etc.* (Univ. di Erlangen) Barmen 1897. Brevemente *Azioni in rem scriptae* in *Dizionario del dir. privato* vol. 1 pag. 480 (R. De Ruggiero).

(3) Pacchioni *Corso* vol. 2 pag. 876, avuto riguardo a questo gruppo di azioni rientranti nella categoria delle azioni personali, dice con precisione, che « le *actiones in*

*bendum*, la quale può essere promossa contro chiunque detenga la cosa di cui si chiede la esibizione; un altro esempio porge l'*actio quod metus causa* (1), che si può rivolgere non solamente contro l'autore della violenza, ma contro chiunque si trovi in possesso della cosa (che in seguito a minacce fu trasmessa) e pertanto sia in grado di farne la restituzione (2); ed il suddetto carattere di *actiones in rem scriptae* hanno l'*actio aquae pluviae arcendae*, l'*interdictum quod vi aut clam* e altre ancora.

181. — Abbiamo nelle fonti una categoria di azioni dette *actiones mixtae*, nel senso di reali e personali ad un tempo o meglio in parte reali e in parte personali (3). Sono le azioni divisorie - *actio familiae erciscundae* e *actio communi dividundo* - alle quali si aggiunge, per certa analogia ed uguale disciplina giuridica in genere, l'*actio finium regundorum*, onde anche questa viene compresa fra le azioni divisorie nel largo senso dell'espressione. Il suddetto carattere misto viene riconosciuto in tali azioni da Giustiniano nelle sue *Istituzioni*, mentre

*personam* sono quelle che si fanno valere contro una persona determinata individualmente o almeno determinabile per un certo fatto, ecc. ». Cfr. pure Sokolowski in *Dernburg Pandekten* 8 pag. 252.

(1) Per questa le fonti usano la speciale denominazione *actio in rem scripta*.

(2) Ora si comprende come e perchè l'*intentio* di tali azioni non indichi la persona del convenuto (cfr. pag. 23 n. 2).

(3) In altro senso vengono dette *mixtae* le *actiones duplices* e in altro senso ancora le azioni *ex delicto* che sono ad un tempo *poenales* e *rei persecutoriae*; come vedremo più avanti.



egli stesso d'altronde in una sua costituzione del codice le dichiara personali, e Paolo in un frammento accolto nel Digesto dice espressamente essere personale l'*actio finium regundorum*. In sostanza, come si vede anche in queste ultime dichiarazioni delle fonti, trattasi di azioni personali, essendo propriamente il diritto di domandare la divisione un diritto personale o di obbligazione, derivante dalla *communio*; ma che pur si collegano e si intrecciano colle azioni reali, partecipando dei caratteri di queste. L'elemento reale lo troviamo nel fondamento di dette azioni, che è un rapporto reale, la comunione, come pure nell'effetto delle medesime, e precisamente nella *adiudicatio*, ossia attribuzione di diritti reali alle parti, cui il giudice addiviene nel fare la divisione. Senonchè il giudice, nel fare la divisione appunto, può inoltre costituire rapporti personali fra le parti, quando l'*adiudicatio* non sia sufficiente, allo scopo di compensare le partite, onde ricompare l'elemento personale; e qualcuno, con appoggio nelle *Istituzioni* giustinianee sopra citate, invoca tale misto di rapporti reali e personali che le suddette azioni possono far nascere, per giustificare senz'altro l'epiteto di *mixtae* dato alle medesime. Il quale effetto misto o complesso viene invocato pure da qualcuno in guisa diversa, con base diversa, onde un'altra spiegazione ancora; collegata a ciò, che le azioni divisorie vevoli da principio, come generalmente si opina, soltanto per ottenere la divisione (dalla quale appunto traggono il nome), furono in seguito ammesse anche per l'adempimento delle obbligazioni (profitti, spese, danni) derivanti dalla comunione (*personales praestationes* o

*praestationes* senz'altro, col linguaggio delle fonti, le quali contrappongono le espressioni *divisio rei* o *res* senz'altro pel primo oggetto) (1).

Alcuni autori aggiungono al novero delle anzidette *actiones mixtae* la *hereditatis petitio*; per ciò che tale azione fa conseguire all'erede tutti i diritti compresi nel patrimonio abbandonato dal defunto, i quali possono essere ad un tempo e diritti reali e diritti di obbligazione; motivazione analoga ad una di quelle che sopra si sono viste per le *actiones mixtae* divisorie. Ma se noi riflettiamo che la *hereditatis petitio* ha in mira diretta e immediata il riconoscimento di un diritto assoluto - la qualità di

(1) In rapporto alle varie spiegazioni del carattere misto delle azioni in discorso cfr. e vedi: Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 487 e segg., Perozzi in *Comment. alle Pand.* di Glück lib. 10 pag. 165 nota g, Bonfante *Istit.* <sup>5</sup> pagg. 106-07, Brugi *Istit.* <sup>2</sup> parte 1<sup>a</sup> pag. 228, Girard *Manuel* <sup>5</sup> pag. 1015 [*Manuale* pag. 1030]. In confronto di tanto lusso di spiegazioni havvi chi invece dichiara (come May *Eléments* <sup>10</sup> pag. 638 n. 9) trattarsi di un semplice paragone o contatto, privo di qualsiasi portata scientifica, che meglio sarebbe stato non affacciare. Una pura creazione giustiniana è giudicata da alcuni l'*actio mixta* « tam in rem quam in personam »; così da ultimo Arangio-Ruiz *Appunti sui giudizi divisorii* nella *Rivista ital. per le scienze giur.* vol. 52 [a. 1913] pag. 231 e segg. — A complemento e illustrazione in generale per quanto abbiamo detto, vedi più addietro vol. 1 pag. 316-17 e la 1<sup>a</sup> Serie di questi *Appunti didatt.*, pag. 1160 e segg. Addentrarci nella dottrina delle azioni divisorie sarebbe inopportuno; ricordiamo tuttavia la recente cospicua monografia di Berger, già citata nel primo dei suddetti luoghi, di cui ampiamente si è occupata la critica (vedi da ultimo al riguardo l'articolo di Arangio-Ruiz sopracitato pag. 221 e segg., interessante anche per le osservazioni originali).

erede-, se ne esaminiamo la struttura, se ne leggiamo la formula (1), se consideriamo che nelle fonti essa viene avvicinata alla *vindicatio* di cose singole o isolate come *vindicatio universalis*, se ancora badiamo alla stessa parola *petitio* che in un senso più stretto o tecnico designa come si è detto (2) le azioni reali, dobbiamo concludere che, malgrado la possibilità del sopraindicato effetto finale (personale e reale insieme), la *hereditatis petitio* va classificata schiettamente tra le azioni reali. E tale appunto la dichiarano espressamente i testi concordi; soltanto per cagione di lettura superficiale ed incompleta si è potuto credere che uno di essi la consideri azione mista. Conformemente a ciò abbiamo già inclusa la *hereditatis petitio* nel precedente elenco di azioni reali, distinte in civili e pretorie (3).

182. — Gai. 4. 1-5: « *Superest ut de actionibus loquamur* (4). *Et si quaeramus* quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam; nam qui IIII esse dixerunt ex sponsonum generibus, non animadverterunt quasdam species actionis inter genera se rettulisse (5). —

(1) Così in Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 174 [*Édit* vol. 1 pag. 202]: « Si paret hereditatem qua de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse, quod N. Negidius ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet neque id arbitrio tuo A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam c. s. n. p. a.

(2) Pagg. 24-25.

(3) Pag. 25.

(4) Lacuna completata in base a I. 4. 6 pr.

(5) Il senso di codesto rilievo critico è chiaro. Come poi l'uso differenziale di *species* e *genera* non sia sempre preciso

2. In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus 'dare facere praestare oportere'. — 3. In rem actio est, cum aut corporealem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive; aut cum actio ex diverso adversario est negativa. — 4. Sic itaque discretis actionibus, certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere 'si paret eum dare oportere'. Nec enim quod nostrum est nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod *ita datur, ut* nostrum fiat; nec res quae *nostra iam est* nostra amplius fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur 'si paret eos dare oportere', quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus (1). — 5. Appellantur autem in rem quidem actiones 'vindicationes', in personam vero actiones, quibus 'dari fieri oportere' (2) intendimus, 'conditiones' (3).

nelle fonti giuridiche vedilo p. es. in Gaio stesso 3. 88 e 182-3; e cfr. più largamente Goudy *Trichotomy in Roman Law* pag. 19 n. 1.

(1) Cfr. 2. 79, 3. 99 e 189-190. Strana la cosa e strana la giustificazione, onde discutono e si affaticano gli autori; vedi Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagg. 410-1 [*Manuale* pagg. 422-3] cogli autori dal medesimo citati, cui altri autori, specialmente italiani, si potrebbero aggiungere.

(2) Nel « fieri » è da ritenersi compreso il « praestare » della definizione data nel § 2 soprascritto.

(3) Cfr. per le *actiones in personam* il § 18. Vedi poi

Con questi paragrafi di Gaio sono da confrontarsi i §§ 1-2, 14-15 I. *de actionibus* 4. 6 (1). Sono poi da trascriversi i §§ 13, 20 e 31 I. h. t.:

« Praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo (2). ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quaeritur, an aliquis liber sit: ceterae ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt (3). — 20. Quaedam actiones mixtam causam

anche il § 87 relativo alla rappresentanza (e che perciò più avanti riprodurremo), in cui chiaramente appare che il nome del convenuto, mentre è indicato nell'*intentio* delle *actiones in personam*, non è menzionato invece nell'*intentio* delle *actiones in rem*; « tantum enim intenditur (in queste ultime) rem actoris esse ». Anche altrove Gaio rileva tale mancanza del nome del convenuto nelle *actiones in rem*. per applicazioni e conseguenze; cfr. Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 485.

(1) È nel § 1 che Giustiniano dichiara la distinzione delle azioni *in rem* e *in personam* « summa divisio », come abbiamo notato a pag. 24; ed in questo stesso § 1 rileviamo la frase « aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam », dove appare il più ampio significato di azione reale, conformemente a pag. 25.

(2) Cfr. 3. 123 e 4. 44 trascritto a pagg. 318-9 del vol. 1, nonchè L. 3 §§ 2-3 D. *de agnosc. et al. liberis* 25. 3 e L. 6 D. *si ingenuus esse dicetur* 40. 14.

(3) La fonte classica di questo paragrafo è ignota; forse un passo delle *res cottidianae* di Gaio che non ci fu conservato; vedi gli scritti di Ferrini e Zocco-Rosa citati in vol. 1 pagg. 299-300 n. 5, rispettivamente pag. 193 [estr. pag. 97] e vol. 2 pag. 307. Il *praeiudicium an aliquis liber sit*, che Gaio non menziona nel sopracit. § 44, dà luogo a dubbî e discussioni esorbitanti dalla nostra trattazione; citiamo

optinere videntur tam in rem quam in personam. qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate: item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune (1) est, ut ita dividatur: item finium regundorum, quae inter eos agitur qui confines agros habent. in quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare et, si unius pars praegravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare (2). — 31 ... in personam veluti (actiones) quibus de eo agitur, quod aut metus causa... ad exhibendum quoque actio (3).... ».

L. 9 § 8 D. *quod metus causa gestum erit* 4. 2

tuttavia Ferrini *Man. di Pand.*<sup>2</sup> pag. 68, Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 366 e segg. [*Edit* vol. 2 pag. 110 e segg.], Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagg. 102-3 [*Manuale* pag. 115].

(1) *ex quacumque causa commune* B. cum Theoph.

(2) Cfr. Gai. 4. 42 trascritto nel vol. 1 pag. 316. Ma anche qui la fonte classica di tale paragrafo delle Istituzioni giustiniane ci rimane ignota; cfr. Ferrini e Zocco-Rosa sopracitati, il primo loc. cit., il secondo pagg. 311-2; Ferrini accenna che il modello possa essere un passo delle Istituzioni di Paolo « con molti ritocchi ». Per l'ultimo brano « et si unius pars etc. » cfr. i §§ 4-5 I. *de off. iudicis* 4. 17, identici o quasi, il primo in rapporto all'*actio familiae erciscundae*, il secondo in rapporto all'*actio communi dividundo*. Berger *Teilungsklagen* pagg. 27 e 100 (il quale conferma la fonte classica, ignota, da « item communi dividundo » in avanti, negandola invece pel brano iniziale) nota che in questi ultimi paragrafi havvi « praegravare », più corretto di « praegravari » del nostro paragrafo, e si ferma con fine rilievo su tale espressione.

(3) Ecco codeste due fondamentali *actiones in rem scriptae* qualificate come *actiones in personam*.

(Ulp. 11 ad ed.): « Cum autem haec actio in rem sit scripta (1) nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est (2)... hanc actionem, cum in rem sit scripta » (3).

L. 8 D. de hereditatis petitione 5. 3 (Paul. 16 ad ed.): « Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur... ».

L. 25 § 18 D. h. t. (Ulp. 15 ad ed.): « Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, ut puta eorum quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum » (4).

L. 1 D. finium regundorum 10. 1 (Paul. 23 ad ed.): « Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est » (5).

(1) Cfr. pag. 27 n. 1.

(2) Onde nella formula di quest'azione adducevasi il fatto della violenza, ma non la persona dell'autore della medesima. — Eisele nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 30 [a. 1909] pag. 106 giudica essere tale proposizione « nec etc. factum est » un emblema a scopo istruttivo. Essa non fa che esplicare il precedente « cum autem haec actio in rem sit scripta » e lo fa in modo difettoso, tanto nel riguardo sostanziale che in quello formale; a prescindere da altri indizi.

(3) Anche qui Eisele sopracit. pag. 107 accenna il dubbio che non sia legittimo il « cum in rem sit scripta » poichè uguale dichiarazione havvi già nell'inizio del testo; ma poscia conclude che può essere di Marcello, da Ulpiano ripetutamente citato nella parte del testo che abbiamo omessa.

(4) Largamente interpolato, e per la forma e per la sostanza, ritiene questo passo Arangio-Ruiz sopracit. pag. 237.

(5) È il passo cui abbiamo accennato menzionando Paolo a pag. 28. Arangio-Ruiz c. s. pag. 238 rileva giustamente il *licet* coll'indicativo come una buona traccia della mano

L. 5 pr. D. ad exhibendum 10. 4 (Ulp. 24 ad ed.): « ... eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri » (1).

L. 25 pr. D. de oblig. et action. 44. 7 (Ulp. singular. regul.): « Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. in rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est qui rem possidet. in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum (2): et semper adversus eum est qui rem possidet. in personam ».

L. 37 pr. D. h. t. (Id. 4 ad ed.): « Actionis verbo continetur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium, sicut ait Pomponius... ».

L. 51 D. h. t. (Celsus 3 digest.): « Nihil aliud

tribonianea; ma ciò non involge, mi pare, la legittimità della dichiarazione che l'*actio finium regundorum* è in *personam* e non obbliga a ritenere che Paolo abbia scritto semplicemente: *finium regundorum actio pro rei vindicatione est*.

(1) *Iust. Beseler Beiträge z. Kritik der röm. Rechtsquellen* fasc. 1 pagg. 20-21. — Cfr. e vedi in rapporto alle *actiones in rem scriptae* anche: L. 3 §§ 3 e 15 e L. 4 D. eod., L. 12 D. de aqua et aquae pluviae arcendae act. 39. 3, L. 5 § 13 D. quod vi aut clam 43. 24, L. 4 § 33 D. de doli mali et metus except. 44. 4 (trascritta in vol. 1 pag. 347).

(2) Pernice *Labeo* vol. 3 parte 1<sup>a</sup> pag. 202 n. 1 rileva la concordanza della definizione che qui dà Ulpiano della *condictio* con quella che della medesima dà Gaio in 4. 5 retroscritto; reagendo contro l'opinione dominante che al passo gaiano vorrebbe dare un significato restrittivo. Analogamente da ultimo Bonfante *Le obbligaz.* (Lezioni) Pavia 1911 pag. 33 n. 10<sup>a</sup>.

est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi » (1).

L. 178 § 2 D. de verbor. signif. 50. 16 (Ulp. 49 ad Sab.): « Actionis verbum et speciale est et generale. nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio (2): sed plerumque actiones personales solemus dicere (3). petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur. persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri,

(1) È riprodotto in pr. I. de action. 4. 6. Il rilievo che siffatta definizione considera l'azione specialmente in rapporto coll'obbligazione fu fatto più volte ed in varia guisa la cosa fu spiegata; vedi p. es. Ferrini *Man. di Pand.*<sup>2</sup> pagg. 232-3 e più recentemente van Wetter *Pandectes* vol. 1 pag. 294 n. 4. Dubita fortemente della legittimità del testo di Celso Perozzi *Istit.* vol. 2 pagg. 31-32 n. 2.

(2) « petitio » del. M.; Lenel *Palingenesia* vol. 2 col. 1191 n. 1 del. ?

(3) Rilievi di interpolazioni sono fatti da Berger *Teilungsklagen* pag. 104 n. 7 cui si oppone però il suo recensore Fehr nella *Ztschr. der Sav.-Stiftung* vol. 33 [a. 1912] pagg. 578-9, in specie escludendo, anche contro Bonfante *Istit.*<sup>4</sup> pag. 5 nota e *Storia*<sup>2</sup> pag. 683, che l'espressione *actio personalis*, anziché in *personam*, sia unicamente bizantina, e da Albertario nella *Rivista ital. per le scienze giurid.* vol. 52 [a. 1913] pag. 44: « Qui l'interpolazione è soltanto formale, ma non per questo meno sicura. Qui forse il giureconsulto diceva: sed plerumque actionis verbo in personam actiones solemus dicere petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur. Il passo, così, avrebbe ben maggiore euritmia e sarebbe, nella sua prima parte, certo migliore ». Come si vede, anche Albertario ritiene la qualifica « personalis » schiettamente compilatoria; cfr. e vedi il medesimo pag. 43, dove cita pure Eisele *Beitr. zur. röm. RG.* pag. 244. (Ugualmente da ultimo Arangio-Ruiz nella *Riv. ital. c. s.* pag. 233).

ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem » (1).

L. 7 C. de petit. hered. 3. 31 (Diocl. et Max.): « Hereditatis petitionem, quae adversus pro heredem vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri nemini incognitum est, cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. — § 1. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est (2), si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit » [a. 294].

L. 1 d. C. de annali except. 7. 40 (Iustinian.): « Nemo itaque audeat neque actionis familiae eriscundae neque communi dividundo neque finium regundorum neque pro socio neque furti neque vi

(1) Intorno a codesta celebre discussa tricotomia, *actio petitio persecutio*, vedi recentemente Mitteis *Röm. Privatrecht* vol. 1 pag. 89 e segg., Goudy *Trichotomy* in *R. L.* pag. 58 e segg., Samter *Nichtförmliches Gerichtsverfahren* Weimar 1911 pagg. 73 e 140-1.

(2) Vedi come qui nel modo più chiaro e deciso la *hereditatis petitio* si presenta quale *actio in rem*; *generalis* in confronto delle *actiones in rem speciales*. (I bizantini la dicono azione generale, ἡ γενική ἀγωγή in altro senso, quello cioè di azione neutra o astratta, come rileva da ultimo Collinet *Études histor. sur le droit de Justinien* vol. 1 Paris 1912 pagg. 203-4). Se nel proemio si parla di « mixtae personalis actionis ratio », ciò si collega a quelle « praestationes personales » di cui Ulpiano nella L. 25 § 18 D. h. t. soprascritta. Malgrado le quali Giustiniano non comprende la *hereditatis petitio* nel suo elenco di *actiones mixtae* in § 20 I. 4. 6 parimenti soprascritto. (Tutta la proposizione finale del proemio « cum mixtae etc. » è ritenuta da Arangio-Ruiz retrocit. pag. 238 un'appiccatura).

bonorum raptorum neque alterius cuiuscumque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari.... » [a. 530].

183. — FORMULAE S. ACTIONES CERTAE, FORMULAE S. ACTIONES INCERTAE. Questa distinzione concerne l'oggetto della domanda dell'attore; a seconda che si tratti di un *certum* (*certa pecunia, certa res*) oppure di un *incertum*. Sotto tal riguardo sono *certae* le azioni personali rivolte alla *datio* di un *certum* e quasi in via assoluta le azioni reali; mentre sono *incertae* le azioni personali rivolte alla *datio* di un *incertum*, nonché tutte quelle rivolte ad un *facere* o ad un *praestare* (1), e in ipotesi eccezionali le azioni reali (*vindicatio incertae partis*). — Ben si nota (2), in rapporto alla *formula s. actio certa*, che nel caso di *certa pecunia* abbiamo il tipo di massima certezza, poichè questa dall'*intentio* si estende anche alla *condemnatio*, pecuniaria nel periodo delle formule, come sappiamo. — La distinzione qui esposta spiega la maggiore sua importanza nella materia della *plus petitio*, di cui diremo più avanti; soltanto rispetto alle *actiones incertae* può esservi *plus petitio*, poichè rispetto alle *actiones certae* l'*intentio* della relativa formula è così concepita « *quidquid dare facere oportet* ».

184. — Gai. 4. 54: « ...in incertis formulis .... certa quantitas non petatur, sed 'quidquid' adversarium 'dare facere oportet' intendatur..... si in

(1) Per particolari e segnalazione di difficoltà circa la classifica delle azioni personali derivanti da contratto in azioni *certae* e *incertae* vedi Cuq *Instit.* vol. 2 pagg. 736-7 n. 6 e Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1018 n. 3 [*Manuale* pag. 1033 n. 1] col rinvio.

(2) Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 533.

rem incertae partis actio data sit, velut talis 'quantam partem paret in eo fundo quo de agitur' actoris esse; quod genus actionis in paucissimis causis dari solet » (1).

L. 74 D. *de V. O.* 45. 1 (Gai. 8 *ad ed. prov.*): « Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum ».

L. 75 pr. e § 7 D. h. t. (Ulp. 22 *ad ed.*): « Ubi autem non apparet, quid quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est. — Qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur » (2).

185. — ACTIONES BONAE FIDEI, ACTIONES STRICTI IURIS (3). Avvertiamo avanti tutto che codesta ter-

(1) Vedi Girard loc. cit. e Kniep *Gai Instit. commentarius secundus* §§ 1-96, Jena 1912 pag. 116, coi passi dai medesimi citati.

(2) Altri passi in rapporto a pag. 38 n. 1 negli autori ivi citati.

(3) Krüger H. *Zur Gesch. der Entstehung der bonae fidei iudicia* in *Ztschr. der Sav.-Stiftung* vol. 11 [a. 1890] pag. 165 e segg.; Naber *De strictis iudiciis* in *Mnemos. N. S.* vol. 24 [a. 1896] pag. 55 e segg. (*Observ. de iure rom.* nr. 65); Marchi *Il risarcim. del danno morale secondo il dir. rom.* in *Bullett. dell'Ist. di d. r.* a. 16 [1904] pagg. 244 e segg. e 255 e segg. [estr. pagg. 40 e segg. e 51 e segg.], *Azioni di stretto diritto, Azioni di buona fede*; Longo *Sopra alcune generalizzazioni giustin. in materia di giudizi di b. fede* in *Studi Senesi* vol. 22 [a. 1905, *Scritti... in onore di Moriani I*] pag. 193 e segg.; successivamente le monografie già citate, per intreccio di materia, a pagg. 19-20 n. 1.

minologia, anche oggi prevalente, è riconosciuta però oggi come giustiniana; mentre il diritto classico parlava di *iudicium bonae fidei* e *strictum iudicium*, trattandosi appunto dell'ambito del *iudicium* (1). — La suddetta distinzione si riferisce alle azioni derivanti da contratti o rapporti analoghi. — Negli *iudicia bonae fidei* l'*intentio* contiene l'aggiunta « ex fide bona » (2); in forza della quale il *iudex* ha il mandato di ricercare e apprezzare secondo la buona fede e l'equità il rapporto giuridico contestato, determinando e sentenziando *ex aequo et bono quantum actori praestari debeat*; egli è invitato

(1) Il rilievo critico, fatto già da Windscheid *Pandekten*<sup>9</sup> vol. I pagg. 198-9 [*Dir. delle Pand.* trad. e annot. da Fadda e Bensa, vol. I parte 1<sup>a</sup> pagg. 194-5 n. 4] per l'espressione *actio stricti iuris*, venne poi confermato e sviluppato, estendendolo all'espressione *actio bonae fidei* (forse però meno recente), da Gradenwitz *Interpol. in d. Pand.* pag. 105 e segg. Le osservazioni di Gradenwitz sono riprodotte dai suddetti annotatori di Windscheid, pag. 690 e segg. nota q, con alcune contro-osservazioni, per concludere che nel diritto classico « pur essendo normale la terminologia *iudicia bonae fidei*, non sia mancato tuttavia anche il termine *bonae fidei actio* ». Ma gli ultimi scrittori sono in generale più recisi; cfr. p. es. Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1019 n. 2 [*Manuale* pag. 1033 n. 3], il quale nota che *iudicium bonae fidei* si trova nella grande maggioranza dei testi e fra essi in tutti quelli di sicura genuinità, e da ultimo Albertario *retrocrit.* pag. 58 n. 1. (Fadda stesso, l'autore probabilmente della suddetta nota q, si spinge più avanti in quest'ultimo indirizzo, nella sua *Parte generale con riguardo alla teoria del negozio giurid.*, Lezioni, Napoli 1909 pagg. 274-5).

(2) A torto alcuni (anche Serafini *Istit.*<sup>8</sup> vol. I pag. 213 n. 1) ammettono una variante per l'*actio fiduciae* e l'*actio rei uxoriae*; cfr. Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1019 n. 5 [*Manuale* pag. 1034 n. 1].

pertanto a por mente e dar valore non solo alle circostanze indicate nella formula ma a tutte le circostanze del caso concreto, seguendo nell'esame della controversia e nella decisione i precetti e le esigenze della buona fede e dell'equità. Negli *stricta iudicia* invece - in cui l'*intentio* della formula non contiene le parole « ex fide bona », ma è diretta puramente e semplicemente ad un *dare* o *dare facere oportere* senza quell'aggiunta - il *iudex* ha da attenersi rigorosamente ai termini della formula, senza ch'egli possa e debba por mente e dar valore a circostanze da questa non contemplate; traendo rigide ed imprescindibili le conseguenze dei fatti che costituiscono il rapporto giuridico, secondo che la formula li determina e circoscrive (1). — L'importanza della distinzione si manifesta in concreto e nei particolari sotto parecchi rispetti; esplicandosi in molteplice direzione negli *iudicia bonae fidei* l'arbitrio del giudice, ossia la larghezza di apprezzamento a lui concessa. Così, nei medesimi è inutile inserire le eccezioni *doli metus pacti*, essendo tali eccezioni insite o sottintese, vale a dire venendo senz'altro direttamente considerate le relative circostanze dal *iudex* in base alla sopraindicata

(1) Cfr. vol. I pagg. 57 e 134-5. Nota bene Fadda *Parte generale ecc.*, che utilmente può leggersi a pag. 275 e segg., che negli *iudicia bonae fidei* è fatta larga parte non solo alla funzione interpretativa, ma anche a quella di svolgimento e complemento. « La buona fede vuole che si tenga conto non soltanto di ciò che fu detto e preveduto, ma di tutto quanto risponde ai bisogni del comune commercio, alla lealtà delle contrattazioni, alla conciliazione degli opposti interessi delle parti ».

natura e qualità del mandato suo (1); ugualmente sono senz'altro contemplate le cosiddette clausole di stile del negozio, fondate sopra gli usi e le consuetudini, sebbene non dichiarate e apposte espressamente dalle parti; il patto vale anche *ad augendam obligationem*, ed in specie per stabilire degli interessi; si accordano *ex officio iudicis* gli interessi dal momento della mora; e via via la distinzione in discorso ha importanza in rapporto alla compensazione, alla colpa, al giuramento estimatorio, alla determinazione del valore dell'oggetto, alla *plus petitio*, e ad altre cose ancora; materie tutte sulle quali sorvoliamo per non addentrarci in particolari esposizioni e discussioni, da farsi più convenientemente in altro punto di questo trattato sul processo o addirittura in altre parti del sistema (2). — La presente distinzione di azioni, com'è facile comprendere, ha anche base sostanziale, nella natura del rapporto giuridico che si fa valere in giudizio; onde si parla pure di negozi o rapporti giuridici di buona fede e di stretto diritto. Ma nel giure classico essa più propriamente e direttamente si collegava a questo, che il rapporto non fosse od invece fosse rigorosamente determinato dalla legge o dalla formula del pretore, consentendo la prima ipotesi quell'aggiunta « *ex fide bona* » all'*intentio*, che di per sè, nella seconda ipotesi, era inammissibile;

(1) Cfr. vol. I pagg. 330-1.

(2) Solo facciamo presente il felice rilievo di Longo retrocit. (ancorchè non in tutto da seguirsi), che le frasi, in cui si afferma che date regole sancite per una determinata azione o per un determinato contratto debbono valere *in omnibus (o in ceteris) bonae fidei iudiciis*, sono sovente interpolatizie

onde vediamo *iudicia stricta* relativi a rapporti sanciti *ex naturali aequitate, ex bono et aequo*, come la *condictio indebiti*. Fu Giustiniano che intese veramente la distinzione nel senso di un'antitesi fra equità e stretto diritto, denominando coerentemente *actiones stricti iuris* gli *stricta iudicia* (1). Di questa evoluzione abbiamo riscontro considerando il quadro concreto delle azioni di buona fede quale ci è dato da Giustiniano, in raffronto al diritto anteriore; come passiamo a vedere. — Un primo elenco di azioni di buona fede, derivante da Quinto Mucio Scevola e riferito da Cicerone, comprende le azioni: *tutelae, pro socio, fiduciae, mandati, empti venditi, locati conducti*. Gaio aggiunge le azioni *negotiorum gestorum, depositi, rei uxoriae* (2). Giustiniano, mentre toglie dall'elenco le cessate azioni *fiduciae* e *rei uxoriae*, aggiunge invece ancora le seguenti azioni: *commodati* e *pigneraticia*, le quali però si può dubitare o meglio ritenere che esistessero già nell'elenco gaiano e che manchino

(1) Cfr. specialmente Bonfante *Istit.*<sup>5</sup> pagg. 108-9 e fra gli scritti particolari Di Marzo *Bonae fidei contractus* Palermo 1904 pagg. 11-12.

(2) L'*actio negotiorum gestorum* (la *directa* soltanto e non anche la *contraria* probabilmente) e l'*actio rei uxoriae* erano già conosciute da Cicerone e vengono da lui menzionate; ma non ancora come azioni di buona fede, bensì come azioni *in bonum et aequum conceptae* (categoria di cui diremo subito dopo la presente distinzione di azioni); vedi Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagg. 625 n. 1, 955, 1019-20 n. 7 [*Manuale* pagine 639 n. 2, 967, 1034 n. 3] e i nostri *Appunti didatt.* [1<sup>a</sup> Serie] pag. 1046 e segg.; ivi ci siamo diffusi sulle *actiones neg. gest.* pei varî problemi che si attengono alle medesime, citando la relativa letteratura.



solo per scorrettezza del manoscritto (1), le azioni *familiae erciscundae* e *communi dividundo*, le quali possono suscitare uguale dubbio (2), l'*actio prae-*

(1) Così varî autori, fra cui la maggior parte degli editori di Gaio. Dissentono altri; o ritenendo che tali *iudicia* al tempo di Gaio non avessero ancora una formula *in ius concepta* colla clausola *ex fide bona*; o ammettendo ciò sì pel tempo di Gaio (almeno pel *iudicium commodati*) ma ritenendo che questi abbia sbadatamente attinto ad una fonte più antica, la quale apparteneva ad un'età in cui appunto il pegno ed il comodato non erano ancora stati riconosciuti quali *iudicia bonae fidei*. A mio avviso la prima di codeste opinioni è contraddetta da Gaio stesso 4. 47 (qui trascritto a pag. 18) dove attesta e descrive la *formula depositi in ius concepta*; la seconda (sebbene accolta da varî fra gli autori più recenti, con Segrè, ingegnosamente, alla testa) mi sembra troppo poco probabile. Invece l'idea che il manoscritto gaiano sia qui imperfetto trova notevole argomento di probabilità nel rilievo che faremo, per connessione di materia, nella nota seguente. — Come manchino negli elenchi ciceroniani i predetti due *iudicia* di comodato e di pegno nonchè il *iudicium depositi* lo si comprende; poichè anche per altri dati la *formula in ius concepta* per siffatti negozi è da ritenersi posteriore a Cicerone; cfr. i miei *Appunti didatt.* [1ª Serie] pagg. 245-6.

(2) Nei nostri *Appunti didatt.* [1ª Serie] pagg. 1173-74 n. 3 ci siamo occupati della questione, da quando queste due ultime azioni sono di buona fede. Certamente dall'epoca dei Severi. Se già prima e perciò se anche le medesime sieno da aggiungersi nel testo gaiano, come varî autori vogliono, è discusso. Argomento notevole di probabilità per l'affermativa è il fatto su cui da ultimo richiama l'attenzione Kübler (*Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Ver-tragshaftung im klass. röm. Recht* Breslau 1910 pagg. 6-7), che la riga finale del paragrafo discusso di Gaio vi è due volte nel manoscritto e potrebbe quindi con probabilità questo errore di ripetizione essere stato causa dell'omissione invece di una riga, contenente appunto gli *iudicia* di cui in

*scriptis verbis*, l'*actio ex stipulatu* per la restituzione della dote (da Giustiniano stesso introdotta in luogo dell'abolita *actio rei uxoriae*), e ancora la *petitio hereditatis*, colla quale si esorbita dal campo originario delle azioni personali (1). Il confronto di questi elenchi, a partire dal nucleo più antico, mostra lo sviluppo e la trasformazione della predetta categoria delle azioni di buona fede; all'infuori di quanto dianzi abbiamo osservato in nota e di qualche altro rilievo che potremo fare nella esposizione esegetica, non entriamo in particolari ragguagli e discussioni; solo ricordiamo che numerose interpolazioni furono felicemente additate (2). — Abbiamo più addietro (3) rilevato l'importanza della distinzione fra *iudicia bonae fidei* e *stricta iudicia*. Ma conviene pur notare che siffatta importanza andò scemando, e sempre più, già nell'età classica, per varie cause; fra cui specialmente l'introduzione e applicazione sempre più larga ed agevole non solo della *exceptio doli* negli *stricta iudicia* ma addirit-

questa nota e nella precedente. Arangio-Ruiz retrocit. pagg. 238-9 ritiene da ultimo che per i classici fosse *bonae fidei* soltanto il *iudicium communi dividundo* e che la inclusione di tutti i giudizi divisorii fra i *bonae fidei iudicia* sia giustiniana (vedi le citazioni ivi fatte).

(1) Cfr. pag. 30; e per rilievo critico e spiegazione vedi Girard *Manuel* 5 pag. 908 [*Manuale* pag. 919].

In confronto di codesti elenchi delle azioni di buona fede è opportuno notare con Girard cit. pag. 1019 n. 4 [1033 n. 5] che il campo degli *stricta iudicia* è in verità meno precisamente determinato di quello degli *iudicia bonae fidei*; vedi anche Perozzi *Istit.* vol. 2 pag. 68.

(2) Cfr. anche qui p. es. Bonfante *Istit.* 5 pag. 109 n. 3 cogli autori citati.

(3) Pagg. 41-42.

tura della *clausula doli* nei negozi stessi, *stipulationes* essenzialmente, cui corrispondeva uno *strictum iudicium*; clausola escludente ogni dolo in rapporto al contenuto del negozio. In forza di siffatta clausola, il giudice non era rigorosamente vincolato allo *strictum ius*, ma poteva e doveva ispirarsi alla *bona fides*, tenendo presenti ed applicando criterî di più larga giustizia ed equità; onde si perveniva a conseguenze e risultati analoghi a quelli degli *iudicia bonae fidei* (1). — Un avvertimento finale in riscontro colla precedente distinzione (2) di *actiones certae* e *incertae*. Le *actiones bonae fidei* erano sempre *incertae*. È facile comprenderlo. Il giudice poteva e doveva determinare e sentenziare *ex fide bona* a che cosa fosse obbligato il convenuto; un'*intentio certa*, che ne avrebbe esclusa o menomata la libertà, a ciò non si adattava. Onde nelle suddette azioni l'*intentio* doveva essere sempre così concepita: « *quidquid* N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona ».

(1) Cfr. i miei *Appunti* c. s. pagg. 104-5. Ivi indichiamo come la *clausula doli* per disteso fosse espressa così, « *dolum malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse* »; ma bastava all'uopo anche una semplice frase « *recte* » o « *ex fide bona dari, fieri* ». In che probabilmente è da vedersi una evoluzione (come abbiamo accennato nel testo, parlando di applicazione più larga ed agevole), a suffragio della quale non mancano riscontri generali e specifici. — La *clausula doli* si trova particolarmente nelle *stipulationes praetoriae*; e può essere che sia stata introdotta prima in queste, poichè era ufficio del pretore di tutelare le parti il più possibile ed egli aveva poi autorità per far sì che la clausola anzidetta producesse il voluto effetto giuridico; ma certo, comunque, anche nelle *stipulationes conventionales* la *clausula doli* fu accolta e largamente usata.

(2) Pag. 38 e segg.

186. — a) Lex [Rubria] de Gallia Cisalpina 20. 26-27 e nuovamente 35-36: « *tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona* ».

Gai. 4. 61-63 e 114: « ... (1) continetur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare (2). — 62. Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fidei iudicia, pro socio, tutelae, rei uxoriae (3). — 63. Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim apertae formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur. — 114. ... de bonae fidei iudiciis... quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis... ».

§§ 28-30 I. *de actionibus* 4. 6: « *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividendo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae*

(1) Per colmare la lacuna vedi le Istituzioni giustiniane sottotrascritte (§ 30).

(2) L'uso del consecutivo *ut* coll'infinito o coll'indicativo segnala Kniep (*Der Rechtsgelehrte Gaius* pagg. 64-65) in Gaio come grecismo.

(3) Quest'ultima però da Gaio stesso (4 *ad ed. prov.*) in L. 8 D. *de capite minutis* 4. 5 è dichiarata « *in bonum et aequum concepta* ». (Il testo parla di « *de dote actio* » colla consueta sistematica interpolazione). Cfr. pag. 43 n. 2.

ex permutatione competit (1), et hereditatis petitio. quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio (2) aperte eam esse bonae fidei disposuit. — § 29. Fuerat antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei iudiciis: sed cum plenior esse ex stipulatu actionem invenientes omne ius, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus (3), merito rei uxoriae actione sublata ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit.... — § 30. In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat, sed et in strictis iudiciis (4)

(1) Il caso dell'*aestimatum* è quello contemplato dall'editto («proponitur»); Giustiniano vi aggiunge l'altro della *permutatio*, verosimilmente in base al criterio della frequenza ed importanza. Cfr. e vedi più ampiamente Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagg. 592 n. 3 e 1019-20 n. 6 [*Manuale* pagg. 605-6 n. 4 e 1034 n. 3]; il quale ritiene che Gaio forse ometta intenzionalmente l'*actio praescriptis verbis* nel suo elenco delle azioni di buona fede (§ 62, qui pag. 47), la quale esisteva certamente al tempo suo e, conviene ammettere, come azione di buona fede.

(2) Cod. 3. 31. 12 § 3, che poscia vien riprodotta.

(3) Cod. 5. 13. 1.

(4) Con Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1019 n. 3 [*Manuale* pag. 1033 n. 4] incliniamo a ritenere che Giustiniano parli qui di *stricta iudicia* copiando Gaio.

ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur .... » (1).

L. 7 § 5 D. *de pactis* 2. 14 (Ulp. 4 *ad ed.*): « Quin immo interdum (nuda pactio) format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis... » (2).

L. 6 [7] *de negot. gest.* 3. 5 (Paul. 9 *ad ed.*): « .... tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio ».

L. 3 § 2 D. *commodati* 13. 6 (Ulp. 28 *ad ed.*): « In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae (3) tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti (4) litis contestatae tempus spectetur » (5).

L. 11 pr. e § 1 D. *de action. empti vend.* 19. 1

(1) Qui Giustiniano - come sopra Gaio - continua a parlare della materia della compensazione, che, come altre, lo abbiamo già dichiarato a pag. 42), non svolgeremo naturalmente. Solo notiamo ancora che a Gai. 4. 61 dianzi trascritto è da raffrontarsi pure il § 39 delle *Istituzioni giustinianee* eod. — Per la determinazione dell'origine di questi §§ 28-30 I., in aggiunta ai rilievi fatti, vedi Zocco-Rosa *Paling. Instit.* vol. 2 pag. 315 e segg.

(2) Per il seguito del passo ed in genere per la relativa materia rinviamo a Girard c. s. pagg. 599-600 [613-4].

(3) *iudicatae* scr. Fadda.

(4) *iuris* ins. f.; da correggere e integrare *strictis iudiciis*.

(5) Questo passo deve ritenersi più o meno largamente interpolato; tale, con vario apprezzamento, lo hanno ritenuto tutti gli autori moderni che hanno avuto occasione di considerarlo, a cominciare da Ferrini in *Archivio giuridico* vol. 52 [a. 1894] pag. 476 nota, Pernice *Labeo* vol. 2<sup>a</sup> parte 2<sup>a</sup> sez. 1<sup>a</sup> pag. 155 n. 1, via via negli scritti più recenti, fra cui da ultimo in Arangio-Ruiz qui cit. in nota a pag. 20, pag. 92 n. 2

(Ulp. 32 *ad ed.*): « Ex empto actione is qui emit utitur. — Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate » (1).

L. 3 D. *de rescind. vendit.* 18. 5 (Paul. 33 *ad ed.*). — Trascritta a pag. 345 del vol. I.

L. 31 § 20 D. *de aedil. edicto* 21. 1 (Ulp. 1 *ad ed. aedil. cur.*): « ... ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire ».

L. 21 D. *solutio matrim.* 24. 3 (Ulp. 3 *disput.*). — Trascritta a pag. 345 del vol. I.

L. 84 § 5 D. *de legatis* I [30] (Iulian. 33 *digest.*). — Id. (2).

L. 53 D. *de V. O.* 45. 1 (Iulian. 16 *digest.*): « Stipulationes commodissimum est ita componere, ut, quaecumque specialiter comprehendere possint, contineantur, doli autem clausula ad ea pertineat,

[estr. pag. 20 n. 2] cogli autori ivi citati; adde Lenel *E. P.* pagg. 246 n. 1 e 247 n. 2, Collinet in *Nouv. Revue histor. de droit* a. 34 [1910] pag. 165 e qualche altro.

(1) « quod si — potestate » interp. Longo. Beseler *Beiträge zur Kritik. etc.*, fasc. 1° pag. 83 (e cfr. fasc. 2° pag. 70) dice che molto probabilmente questo § 1 è tutto interpolato, da capo a fondo; rilevando in particolare che anche il successivo § 2 comincia con « Et in primis » e notando la frase « bonae fidei congruit ».

(2) La frase finale, che a noi interessa, è interpolata secondo Segrè cit. a pag. 19 n. 1 pag. 367 [estr. pag. 37] nota.

quae in praesentia occurrere non possint et ad incertus casus pertinent » (1).

L. 119 D. h. t. (Papin. 36 *quaest.*): « Doli clausula, quae stipulationibus subicitur, non pertinet ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim cavetur ».

L. 121 pr. D. h. t. (Id. 11 *respons.*): « Ex ea parte cautionis *dolumque malum huic rei promissionique abesse afuturumque esse stipulatus est ille, spondit ille, incerti agetur* ».

L. 69 D. *de verb. signif.* 50. 16 (Ulp. 78 *ad ed.*): « Haec verba *cui rei dolus malus aberit afuerit* generaliter comprehendunt omnem dolum, quicumque in hanc rem admissus est, de qua stipulatio est interposita ».

L. 73 D. h. t. (Id. 80 *ad ed.*): « Haec verba stipulatione posita *eam rem recte restitui fructus continent: recte enim verbum pro viri boni arbitrio est* ».

L. 116 pr. D. *de R. I.* 50. 17 (Ulp. 11 *ad ed.*): « Nihil consensui tam contrarium est, qui ac (2) bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare contra bonos mores est ».

L. 12 § 3 C. *de petit. hered.* 3. 31 (Iustinian.): « Illo, ne in posterum dubitetur, observando, ut et ipsa hereditatis petitio omnimodo bonae fidei iudiciis connumeretur » [a. 531] (3).

(1) Mommsen vuole che si tolga l'ultima parola. Pernice *Labeo* vol. 2<sup>a</sup> parte 1<sup>a</sup> sez. 1<sup>a</sup> pag. 166 n. 2 reputa, e parmi meglio, che tutta l'ultima proposizione, da « et » in poi, sia un'inutile ridondanza dei compilatori.

(2) ac *abundat. videntur ante id quaedam intercidisse*, Krueger.

(3) Intorno a tale costituzione ed ai suoi rapporti col di-

b) Cic. *de officiis* 3. 15. 61 e 17. 70: « ... dolus malus et legibus erat vindicatus.... et sine lege iudiciis, in quibus additur 'ex fide bona' (1). — Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis (2), in quibus adderetur 'ex fide bona', fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis societatibus fiduciis mandatis rebus emptis venditis conductis locatis quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret ».

Id. *de natura deorum* 3. 30. 74: « ... tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem veniunt... ».

Id. *Topic.* 17. 66: « In omnibus igitur iis iudiciis, in quibus 'ex fide bona' est additum... » (3).

ritto classico vedi recentemente De Francisci in *Bullett. dell'Istit. di d. r.* a. 23 [1911] pag. 243 e segg.

(1) In rapporto a questo passo accenniamo al problema discusso dell'origine delle azioni di buona fede. La dottrina oggi dominante, alla quale accediamo, ritiene che derivino dal diritto pretorio. Essa fu combattuta da De Francisci cit. a pag. 19 n. 1 concludendo che gli *iudicia bonae fidei* per la maggior parte sono invece di origine civile. Vedi per ragguaglio codesta monografia e più recentemente e brevemente Krüger *Gesch. der Quellen und Litteratur des röm. Rechts*<sup>2</sup> München-Leipzig 1912 pagg. 48-49 (in parte nella trad. della 1<sup>a</sup> ed. fatta da Brissaud *Hist. des sources du d. r.* Paris 1894 pagg. 59-60).

(2) È bene usato *arbitria* per *iudicia*, stante la larghezza ed elasticità di siffatti *iudicia*, l'ampiezza dei poteri del *iudex* rispetto ai medesimi; vedi pag. 41 n. 1.

(3) Aggiungi a questi passi ciceroniani *pro Caecina* 3. 7.

187. — ACTIONES IN BONUM ET AEQUUM CONCEPTAE (1). Hanno analogia, evidentemente, colle *actiones bonae fidei*; ma il rapporto colle medesime non è ben chiaro, come non è ben definito il gruppo di dette *actiones in bonum et aequum conceptae*. Diversi autori non ne parlano nel descrivere le varie specie di formule e azioni; pochi le enunciano, rapidamente. Sono azioni in cui il giudice ha mandato di condannare - eventualmente, si capisce - *quantum (quantae pecuniae) ob eam rem aequum (bonum aequum) videbitur, quod (quantum) aequius melius (melius aequius) erit*. Da Cicerone, in luoghi dianzi citati, vediamo indicate come tali l'*actio negotiorum gestorum* (2) e l'*actio rei uxoriae*, che poscia Gaio nelle sue *Istituzioni* ci indica come azioni di buona fede (3). E come azioni *in bonum*

(1) Thomas *Observations sur les actions in bonum et aequum conceptae* nella *Nouv. Revue histor. de droit* a. 25 [1901] pag. 541 e segg. (intorno a cui Cuq *Instit.* vol. 2 pag. 739 n. 1 e la rec. di Erman in *Ztschr. der Savigny-Stiftung* vol. 23 [a. 1902] pag. 498 e segg.); in alcuni degli scritti citati a pagg. 19 n. 1 e 39 n. 3 più o meno si parla anche di questa categoria di azioni; e specialmente nelle monografie di Marchi pag. 213 e segg. [estr. pag. 9 e segg.]. (*Actiones in b. et aeq. conceptae*) e di Arangio-Ruiz pag. 110-113 [estr. pagg. 38-41] e i. f.

(2) *Actio directa*; della *contraria* Cicerone non parla ed è ciò argomento per ritenere probabile che non esistesse ancora al tempo suo; cfr. i miei *Appunti didatt.* [1<sup>a</sup> Serie] pagg. 1048-49 e qui pag. 43 n. 2.

(3) 4. 62 trascritto a pag. 47, ma vedi ivi pure la nota 3 (il passo in quest'ultima citato è da segnalarsi anche in generale per l'espressione « *actio in bonum et aequum concepta* »). Come d'altronde la formula dell'*actio rei uxoriae* differisse notevolmente da quella delle altre *actiones in bo-*

*et aequum conceptae*, raccogliendo le testimonianze sparse delle fonti giuridiche, possiamo additare inoltre, non senza dubbî però per qualcuna: l'*actio iniuriarum aestimatoria* (1), l'*actio sepulchri violati* fatta valere dal titolare del *ius sepulchri* (2), l'*actio de effusis et deiectis* e l'*actio de feris* essendo stato ferito un uomo libero, l'azione contro il *iudex qui litem suam fecit*, l'*actio funeraria*, il *iudicium de moribus* parallelo all'*actio dei uxoriae*, e forse qualche altra ancora (3).

188. — Cic. *de off.* 3. 15. 61: « in arbitrio rei uxoriae ' melius aequius ' (4)... ».

Id. *Topic.* 17. 66: « ... in arbitrio rei uxoriae, in quo est ' quod aequius melius ' (5) ... quid eum, qui

*num et aequum conceptae* e come sia discussa la costruzione della medesima, vedi in Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 294 e segg. [*Edict* vol. 2 pag. 20 e segg.] e Arangio-Ruiz *sopracit.* che combatte Lenel.

(1) Su questa, come la più importante del gruppo, si difonde Marchi *sopracit.*

(2) In difetto di questo, è un'azione popolare, come più avanti meglio vedremo.

(3) Cfr. e vedi per questo elenco Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagina 1021 n. 3 [*Manuale* pag. 1035 n. 6] coi rinvii, e Marchi *sopracit.*

(4) Cfr. Val. Prob. *Einsiedl.* 9 M. A. E. = *melius aequius erit*, e Dig. 24. 3 L. 66 § 7 « *melius aequius esset* » (Labeo) e 46. 3 L. 82 « *nec melius nec aequius existimarem* » (Proculus).

(5) Nota recentemente Costa *Cicer. giurec.* parte 1<sup>a</sup> pag. 49 che le caratteristiche di larghezza e libertà dell'*actio rei uxoriae* e del *iudicium* provocato dalla medesima sono additate da Cicerone in questi passi per la prima volta; mentre è pure un contemporaneo di lui, Servio Sulpicio, a narrarne l'origine, risalente a mezzo il secolo VI di Roma (Gell. 4. 3. 2).

*negotia aliena curasset*, ei, cuius ea *negotia fuisent*... alterum alteri praestare oporteret... » (1).

pr. e § 1 I. *de obligat. quae quasi ex del.* 4. 5: « Si iudex litem fecerit ... in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit (2). — ... de eo quod deiectum effusumve est... si vero vivet (homo liber) nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videtur, actio datur: iudex enim computare debet mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum (3) quibus caruit aut cariturus est ob id quod inutilis factus est » (4).

L. 14 § 6 D. *de religiosis et sumpt. fun.* 11. 7 (Ulp. 25 *ad ed.*): « Haec actio quae funeraria di-

(1) Cfr. pag. 53 n. 2.

(2) Per questo argomento cfr. e vedi vol. 1 pagg. 142-3 cogli autori ivi citati; adde Perrot *L'appel dans la procéd. de l'ordo iudiciorum* Paris 1907 pagg. 11-12, confrontando colla mancanza dell'appello, e Perozzi *Istit.* vol. 2 pag. 307. Vari autori ritengono che « in quantum — sustinebit » = D. 50. 13. 6 (Gai. 3 *rer. cottid.*) sia dei compilatori, giudicando in questo passo interpolata tutta la proposizione finale; così Pernice *Labeo* vol. 2<sup>a</sup> parte 2<sup>a</sup> sez. 1<sup>a</sup> pag. 169 n. 9, Krueger nella sua ed. delle *Istituzioni* e delle *Pandette* e fra noi Ferrini e Zocco-Rosa citati in vol. 1 pagg. 299-300 n. 5, rispettivamente pag. 190 [estr. pag. 94] e vol. 2 pag. 294, nonchè Marchi *retrocit.* pag. 213 n. 5 [estr. pag. 9 n. 5]; ma *contra* Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 637 n. 2 [*Manuale* pag. 651 n. 1] e Bartoli *Du juge qui litem suam fecit* Paris 1909 pag. 39 e segg.

(3) *operas* o *operarum aestimationem*.

(4) Per la derivazione di questo paragrafo 1 vedi Ferrini e Zocco-Rosa *sopracit.*, rispettivamente loc. cit. e pagg. 294-6, e circa l'apprezzamento del medesimo vedi Marchi *sopracit.* pag. 224 [estr. pag. 20].

citur ex bono et aequo oritur: continet autem funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumptuum. aequum autem accipitur ex dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumptus nomine quam factum est neque tantum quantum factum est, si immodice factum est: deberet enim (1) haberi ratio facultatum eius, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur. quid ergo si ex voluntate testatoris impensum est? sciendum est nec voluntatem sequendam, si res egrediatur iustam sumptus rationem, pro modo autem facultatum sumptum fieri » (2).

L. 17 § 2 D. *de iniuriis* 47. 10 (Ulp. 57 *ad ed.*): « ... dandam mihi iniuriarum (3) adversus te, in quantum ob eam rem aequum iudici videbitur » (4).

L. 3 § 8 D. *de sepulchro violato* 47. 12 (Ulp. 25 *ad ed.*): « Qui de sepulchri violati actione iudicant, aestimabunt, quatenus intersit, scilicet ex iniuria quae facta est, item ex lucro eius qui violavit, vel ex damno quod contigit, vel ex temeritate eius qui fecit... » (5).

(1) *debet etenim M.*

(2) Cfr. anche i §§ 10 e 13-16 e vedi i miei *Appunti didatt.* [1ª Serie] pagg. 1092-93 n. 2 cogli autori ivi citati. Da ultimo De Francisci *Studi sopra le azioni penali e la loro intransmissibilità passiva* Milano 1912 pag. 17 e segg., contro il carattere penale dell'*actio funeraria* affermato da Thomas e Sclezzi.

(3) Elissi di *actionem*; per cui vedi Kalb *Wegweiser in die röm. Rechtssprache* pag. 12.

(4) Cfr. L. 18 pr. eod. e L. 34 pr. D. *de O et A.* 44. 7.

(5) Vedi anche §§ 8-9 e L. 6 D. eod. Rileva Marchi *so-  
pr. cit.* pagg. 220-1 [estr. pagg. 16-17] che in quest'azione il

189. — *ACTIONES ARBITRARIAE* (1). Anche tali azioni, come le precedenti *actiones in bonum et aequum conceptae*, presentano analogia colle azioni di buona fede. Senonchè per esse pure la particolarità - rispondente sempre a criterî di larghezza ed equità e perciò ad ampiezza di potere da parte del

giudice ha una grande libertà di apprezzamento, che gli permette di tener conto non solo del danno materialmente dato al sepolcro, ma anche della temerarietà dell'agente e dell'ingiuria da lui arrecata; la condanna comprende indubbiamente l'interesse tanto patrimoniale quanto morale dell'attore ed ha carattere satisfattorio, come l'*actio iniuriarum*. Prosegue l'A. dichiarando altri caratteri di tale azione, che in seguito avremo occasione di vedere, e quindi notando e svolgendo come essa, ancor più spiccatamente dell'*actio iniuriarum*, tende nel diritto imperiale ad essere sostituita con pene di carattere pubblico.

Per altri testi e altri casi rispetto a questa materia delle *actiones in bonum et aequum conceptae* vedi Girard e Marchi cit. a pag. 54 n. 3; adde Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pagg. 163, 168, 222, 224, 294, 385 [*Édit* vol. 1 pagg. 188-9, 194-5, 263, 264-5 e vol. 2 pagg. 21 e 132-3].

(1) Cohn *Die sogennante actio de eo quod certo loco* Berlin 1877; Lenel *Beiträge zur Kunde des prätor. Edikts* Stuttgart 1878, *Die Formel der actio de eo quod certo loco u. das Wesen der arbitrarie actione* pag. 55 e segg., con che è da confrontare oggi *E. P.*<sup>2</sup> pag. 234 e segg. [*Édit* vol. 1 pag. 277 e segg.] contenente notevoli modificazioni e rettifiche; Leoni *De eo quod certo loco dari oportet* Milano 1893; Naber *Ad formulam actionis arbitrarie in Mnemosyne* N. S. vol. 30 [a. 1902] pag. 319 e segg. (*Observ. de iure rom.* nr. 87); Gradenwitz *Aeltere u. neuere formula arbitrarie* nella *Ztschr. der Savigny-Stiftung* vol. 24 [a. 1903] pag. 238 e segg.; Stoicesco *Contrib. à l'étude de la formule arbitrarie* Berlin 1905; Beseler *Das Edictum de eo quod certo loco* Leipzig 1907, di cui largamente si è occupata la critica (H. Krüger nella *Ztschr. der Savigny-Stiftung* vol. 29, a. 1908, pag. 491 e segg.); Biondi *Il fr. 8*

giudice (1) - non è nell'*intentio*, com'è invece nelle azioni di buona fede, bensì nella *condemnatio* (2).

190. — Nella procedura formulare romana la condanna, come sappiamo, era sempre in una somma di denaro, *pecuniaria condemnatio*, qualunque fosse l'oggetto della lite; e pertanto il giudice una volta accertato il diritto dell'attore doveva determinarlo in una somma di denaro, se non era già tale l'oggetto. Siffatto principio, così singolare e che fino ad oggi non si è potuto spiegare in modo soddisfacente, poteva condurre a gravi inconvenienti ed ingiustizie per l'attore.

Soprattutto ciò si rileva quando trattasi di azione diretta ad un *restituere* o *exhibere*. — L'attore, p. es., prova il suo diritto di proprietà sopra una cosa che il convenuto possiede. Or bene, qualunque egli abbia intentata la *rei vindicatio*, cioè l'azione per la restituzione della cosa propria da altri illegittimamente posseduta, non riacquisterà

D. de eo quod certo loco XIII, 4 in Bull. dell'Istit. di d. r. a. 21 [1909] pag. 222 e segg.; Dumas *L'action de eo quod certo loco dari oportet en droit class.* in *Nouvelle Revue histor. de droit* a. 34 [1910] pag. 610 e segg.; Biondi *Sulla dottr. rom. dell'actio arbitraria* Palermo 1911 (estr. dagli *Annali del Seminario giurid. dell'Università di Palermo* a. 1); May *Observations sur les actions arbitraires* in *Mélanges P. F. Girard* Paris 1912 tomo 2 pag. 151 e segg. (cfr. gli *Éléments de dr. r.*<sup>11</sup> Paris 1913 del medesimo A., pag. 682 e segg.).

(1) Si può dire quindi che un'idea generale comune presiede a questi tre gruppi di azioni, *bonae fidei*, in *bonum et aequum conceptae*, *arbitrariae*, e fra loro li collegli.

(2) Con ciò non si vuole certamente escludere l'esistenza di azioni di buona fede e arbitrarie ad un tempo, con entrambi i caratteri; come vedremo negli esempi concreti.

tuttavia la cosa, bensì riceverà l'equivalente in denaro; il convenuto pur perdendo la lite, conserva il possesso ed anzi diventa proprietario per diritto pretorio pagando la somma della condanna all'attore; sicchè quest'ultimo, in seguito alla vittoria riportata nel giudizio di proprietà, perde la proprietà, ricevendo in cambio l'equivalente in denaro, ossia si finisce con una espropriazione. Ed una somma pecuniaria ottiene analogamente l'usufruttuario che agisce coll'*actio confessoria* per conseguire la cosa su cui ha il diritto di usufrutto, il creditore ipotecario che coll'*actio in rem hypothecaria* fa valere il suo diritto alla consegna del pegno; come pure il commodante, il deponente, l'oppignorante, il locatore, quando, a buon diritto, rispettivamente agiscono per la restituzione della cosa oggetto del contratto; e così dicasi dell'erede che colla *hereditatis petitio* pretende la consegna degli oggetti e valori ereditari, nonchè dell'individuo che per effetto di dolo o minacce altrui si è privato di una cosa e ne domanda la restituzione; così dicasi del proprietario che per preparare la *rei vindicatio* chiede coll'*actio ad exhibendum* la presentazione della cosa posseduta dall'avversario, allo scopo p. es. di accertarne l'identità con quella che ha smarrito; ecc. In tutti questi casi si pretende un *restituere* o (nell'ultimo caso) un *exhibere*; ma la vittoria nel relativo giudizio, in conseguenza del principio che la condanna deve essere pecuniaria, non conduce al vero soddisfacimento della pretesa dell'attore, bensì ad un compenso in denaro (1).

(1) Cfr. per la esposizione qui fatta specialmente Sohm *Instit.*<sup>14</sup> pagg. 324-5.



Agli inconvenienti illustrati poneva riparo il pretore, dando mandato al giudice in certe azioni, una volta verificata l'*intentio*, di emettere un *arbitrium* (*arbitratus, pronuntiatio, iussus*) - e quindi si parla di *clausula arbitraria* per la formula relativa - di determinare cioè la prestazione che veramente avrebbe soddisfatto l'attore ed invitare il convenuto a compierla; la quale prestazione, nei casi più importanti sopraesposti di azioni rivolte ad un *restituere* o *exhibere*, era evidentemente l'effettivo *restituere* o *exhibere*; onde così era concepita la *clausula arbitraria* suddetta, « nisi arbitrio (arbitratu) tuo restituetur (exhibebitur) condemna »; *arbitrium* (*arbitratus*) *de restituendo vel exhibendo*. Tale *arbitrium* non era coattivo, non aveva forza esecutiva; un testo famoso di Ulpiano, che per parecchio tempo ha fatto credere il contrario alla maggior parte degli autori (1), è da ritenersi interpolato, come oggi generalmente viene ammesso (2). D'altra parte l'*arbitrium* aveva una grande efficacia indiretta o mediata, per lo scopo che mirava a raggiungere. Infatti la condanna, la quale seguiva la mancata ottemperanza all'*arbitrium* - mentre questo eseguito invece la escludeva - si intensificava, aggravando la posizione del convenuto; essa veniva pronunciata sulla base del giuramento estimatorio dell'attore, e portava seco l'infamia trattandosi dell'*actio doli* come

(1) Ad alcuni in via assoluta, ad altri per certi casi che determinano variamente e piuttosto in modo vago.

(2) Un maestro valente nega però anche da ultimo l'interpolazione: van Wetter *Pandectes* vol. 1 pag. 299 n. 5; trattasi, egli dice, di un'innovazione della fine del pericolo classico.

era in *quadruplum* nell'*actio quod metus causa*. Il convenuto il più delle volte doveva logicamente trovare che era minor male eseguire l'*arbitrium*, evitando il peggio della condanna; e così, in via indiretta, ma senza dubbio efficace, si arrivava ad ottenere il vero soddisfacimento, in natura, dello attore, escludendo gli inconvenienti e svantaggi che dal principio della condanna pecuniaria sarebbero derivati.

Le azioni di cui la formula conteneva l'*arbitrium* si dicevano *actiones arbitrarie*. — Quali erano esse singolarmente, in concreto? Parecchie ne abbiamo già visto attraverso l'esposizione fatta sin qui. Aggiungiamo ora le azioni *Fabiana*, *Calvisiana* e *Pauliana*, le azioni date in forza di certi interdetti, l'azione nossale di ingiurie, l'*actio aquae pluviae arcendae*, l'*actio redhibitoria* per vizi e difetti occulti nella compravendita, e qualche altra azione analoga (1).

191. — Nel diritto giustiniano, essendo tramontata la necessità della condanna in denaro, la clausola arbitraria ha perduto la sua importanza e utilità essenziale, caratteristica; che era, ripetiamolo, quella di forzare indirettamente il convenuto alla esecuzione in natura, la quale direttamente non poteva essergli imposta. Essa non può più valere che

(1) Cfr. e vedi per l'elenco delle *actiones arbitrarie*: Cuij *Instit.* vol. 2 pagg. 740-1, Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagg. 1022-23 [*Manuale* pagg. 1036-37], May *Éléments*<sup>11</sup> pag. 683-4 e nella monografia retrocit. i. f. Non mancano del resto i dubbi e le incertezze, come appare anche qui il carattere evolutivo e pratico del diritto romano; ciò si vede in codesti autori stessi citati.

come una *consegna generale* di larghezza ed elasticità (*aestimare ex bono et aequo*) per l'*officium* di chi giudica.

192. — Le fonti indicano ripetutamente come *actio arbitraria*, in aggiunta alle sopraindicate, anche l'*actio de eo quod certo loco dari oportet*, segnalandola anzi come l'*actio arbitraria* per antonomasia o eccellenza. È l'azione concessa dal pretore in rapporto a crediti di *dare* un *certum* conducenti ad uno *strictum iudicium* - secondo il concetto che di quest'ultimo abbiamo dato più addietro (1) - da potersi esperire in luogo diverso da quello ove dovrebbe seguire il pagamento; tenendo conto ivi il giudice della diversità di valore e interesse che la diversità del luogo importa. Con questa azione (2) il pretore viene in aiuto al creditore il quale trattandosi di uno *strictum iudicium* non potrebbe a rigore agire, senza incorrere in una *plus petitio* e perdere quindi la causa, fuori del *locus solutionis*; mentre poi il debitore in quest'ultimo mai non si trova, magari e soprattutto maliziosamente, poichè, come sappiamo, non si ammette procedimento *in iure* contro il contumace.

Ora, come può essere detta *arbitraria* tale azione? come può essere aggiunta al precedente elenco delle *actiones arbitrarie* e fatta rientrare nella nozione che di codeste azioni più addietro abbiamo dato?

(1) Pag. 41.

(2) Circa la data della quale ogni congettura sarebbe fallace, nota Biondi *Sulla dottrina ecc. sopracit.*, pag. 7 n. 1, soggiungendo che pare sia già nota a Giavoleno, il quale in un testo conservatoci ne applica i principî ad un caso speciale.

Punto grave di imbarazzo e di ricerca, in cui la difficoltà si accresce anche per le interpolazioni, non lievi e non poche, che certamente furono fatte dai commissari giustiniani nei materiali classici dell'*actio de eo quod certo loco dari oportet*; i quali pertanto furono sempre annoverati dagli interpreti fra quelli astrusi e contraddittori. Gli autori si sono affaticati e si affaticano per vincere la difficoltà, con sforzi molteplici, nei quali non manca certamente la vivacità dell'ingegno (1). Ma, a mio parere, ispirazione felice fu quella di Lenel, il quale rinunciò a tali sforzi, per battere altra via e giungere ad altro apprezzamento, che in sostanza è il seguente: Qui le fonti usano l'espressione *actio arbitraria* in tutt'altro senso, semplicemente per significare che il giudice nello stabilire la somma della condanna può e deve esercitare il suo *arbitrium*, nel largo senso della parola, per tener conto della differenza di valore e interesse che implica il differente luogo, come sopra si disse. Manca qui affatto l'*arbitrium* (*clausula arbitraria*) in senso speciale o tecnico del grande gruppo delle *actiones arbitrarie* dianzi illustrate, e perciò non possono riuscire che vani i tentativi fatti per collegarsi e riferirsi a tale istituzione, qui inesistente (2).

(1) Vedi p. es. Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1038 n. 3 [*Manuale* pagg. 1052-53 n. 5].

(2) Vari autori mostrano di aderire alla teoria di Lenel. La combattono invece Riccobono in *Bull. dell'Ist. di d. r.* a. 20 [1908] pagg. 102-3 e poscia Biondi *La dottrina ecc.* pagg. 105-6; « vi è d'ostacolo - afferma quest'ultimo - l'enumerazione dell'*actio de eo quod certo loco dari oportet* nel catalogo delle *actiones arbitrarie*, riportato nel § 31 I. IV,

193. — a) Gai. 4. 53<sup>c</sup>. — Appena poche parole si leggono di questo paragrafo, sufficienti però a mostrare che ivi si parlava della *plus petitio loco* e dell'azione arbitraria *de eo quod certo loco dari oportet*, quando si faccia il confronto col corrispon-

6, e nessuna prova sicura si ha per sostenere, come fa il Lenel, che sieno stati i commissari giustinianeî ad introdurre l'*actio de eo q. c. l.* in quel catalogo ». Controsservo che ben altro e più hanno fatto in genere i commissari giustinianeî - e appare più volte in questa stessa materia secondo la dottrina originale di Biondi, non meno che dal giudizio critico di altri e nostro (pag. 62) - onde si possa ritenere ovvia e probabile (pretendere la sicurezza è troppo) la tesi leneliana; e bene osserva Lenel, come tutti sappiamo, che le formule classiche ai compilatori apparivano omai come indifferenti antichità (*gleichgültige Antiquitäten*). Alla dottrina di Lenel conferisce pure probabilità - malgrado l'avvertimento di Biondi circa il « risolvere », che può essere altrimenti spiegato - l'altro rilievo, che nel passo corrispondente della Parafraresi teofilina, pedissequa per sistema al testo delle *Istituzioni* e che qui stesso commenta tutti gli altri esempi di azioni arbitrarie dati dal § 31 cit. (ed. di Ferrini pagine 434-5), viene passata sotto silenzio l'*actio de eo q. c. l.* Biondi trova strana la duplice qualifica, in senso diverso, di *actio arbitraria* per la presente azione e di *actiones arbitrarie* per le altre, contenenti l'*arbitrium* in senso tecnico o *iussus*. Ma è così largo molteplice ed elastico l'uso delle parole *arbiter* e *arbitrium* (anche senza ripescare il motteggio ciceroniano circa l'uso e il significato delle parole *iudex* e *arbiter*, segnalato nel vol. 1 pag. 57 n. 3) che io non sento di condividere tale impressione di stranezza e conseguentemente di impossibilità; che pur esistendo il gruppo delle *actiones arbitrarie*, col valore ora ricordato, si possa aver detto *arbitraria* in altro senso, rientrando tuttavia nel senso più largo e generale dell'espressione, la nostra azione, per quella libertà e facoltà di apprezzamento che conferiva al *iudex*, non mi riesce ostico.

dente paragrafo delle *Istituzioni* giustiniane che poscia riproduciamo.

Id. 4. 163 : « ... is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo

D'altronde la dottrina originale che Biondi presenta e svolge nella sua monografia - la quale ha, accanto ad altri pregi, anche quello fondamentale, e pur non comune a molte monografie originali, della esposizione chiara, sobria, ordinata, frutto non solo di qualità personali dello scrittore, ma pure, tengo per fermo, di maturazione del pensiero e del *limae labor* - merita certamente di essere considerata dalla critica. (Un riassunto, con conclusione adesiva, di Giorgi, in *Bollett. del Circolo Giurid. di Roma* a. 2 1913 pagg. 18-20). E la critica tanto più e meglio potrà farlo, io credo, quando sieno pubblicati i risultati delle « nuove e più profonde indagini » su tutta la materia delle *actiones arbitrarie* che Biondi ha in animo di compiere. Qui e per ora ci accontentiamo di riprodurre l'idea fondamentale propugnata dall'autore nella presente monografia : Concordemente si ritiene, sulla base dei testi della compilazione giustiniana, che nell'*actio de eo quod certo loco* dovesse valutarsi tanto l'interesse del debitore quanto quello del creditore ad eseguire e ottenere rispettivamente il pagamento nel luogo fissato anziché in quello dell'azione; ciò per effetto di uno svolgimento avvenuto già durante il diritto classico; chè fino a Giuliano la suddetta azione avrebbe compreso solo la valutazione dell'interesse del debitore, a cui più tardi si sarebbe aggiunto il nuovo elemento dell'interesse del creditore. L'A. ritiene invece che non si tratti di una lenta evoluzione, iniziata già con Labeone e maturata con Giuliano, bensì di una profonda alterazione operata dai compilatori nella costruzione classica dell'*actio de eo q. c. l.*; mentrè secondo il diritto classico colla semplice stima e deduzione dell'interesse del debitore si esauriva tutto l'*officium iudicis* nell'azione suddetta; della quale i commissari giustinianeî hanno fatto

exhibet aut restituit, et ita absolvitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur.... » (1).

§§ 31 e 33<sup>c</sup> I. *de action.* 4. 6: « Praeterea quasdam actiones arbitrarias (id est ex arbitrio iudicis pendentes) appellamus, in quibus nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciatur, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur (2): in personam veluti quibus de eo agitur

« un istituto pieno di contraddizioni e incoerenze, tali da render vano ogni tentativo di ricostruzione organica dell'istituto in base agli elementi positivi che ci provengono dalla compilazione » (pagg. 2-4, 96, 80). (In confronto di questa ed altre dichiarazioni analoghe dell'A. circa l'opera dei compilatori, possiamo avere difficoltà ad ammettere la dottrina leneliana, che siano stati i commissari giustiniani ad introdurre l'*actio de eo quod certo loco* nel catalogo delle *actiones arbitrariae*? Il ritegno e l'opposizione di Biondi non sembra una strana mutazione di apprezzamento e non pecca di illogicità? Questo per spiegare la critica fatta più addietro in termini generali).

(1) Cfr. Ulp. *Instit.* 5.

(2) Per codeste azioni *Serviana* e *quasi Serviana* non una redazione speciale della *clausula arbitraria*, così *nisi restituat aut pecuniam solvat*, bensì la consueta redazione *nisi ea res arbitrato tuo restituatur*; come ben dimostra, contro altri, Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 474 [*Édit* vol. 2 pag. 243]. — Come Giustiniano citi soltanto azioni reali pretorie e non anche azioni reali civili e specialmente la *rei vindictio* - mentre il carattere arbitrario di queste risulta indubbiamente da singole particolari testimonianze delle fonti - vedi in Cuq *Instit.*

quod aut metus causa aut dolo factum est. item quod id, quod certo loco promissum est, petitur. ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet (1). in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat (2). — 33<sup>c</sup>. Loco plus petitur, veluti cum quis id quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuerit (3): verbi gratia si quis ita stipulatus fuerit *Ephesi dare spondes?*, Romae pure intendat *dari sibi oportere*. et ideo autem plus petere intellegitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione: propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio pro-

vol. 2 pag. 741 n. 1 e Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagg. 1022-23 n. 4 [*Manuale* pag. 1037 n. 1].

(1) Cfr. e vedi § 3 I. *de officio iud.* 4. 17.

(2) Questo paragrafo, costruito certamente sopra una trama classica perduta (cfr. Zocco-Rosa *Instit. Paling.* vol. 2 pagg. 318-9), mostra però a più riprese la mano dei compilatori. Vedi: Lenel *Beiträge* retrocit., pag. 79 e segg.; Riccobono loc. cit.; Biondi retrocit. pag. 98 n. 1, il quale rileva la nitida enunciazione della dottrina della *natura cuiusque rei* che ricorda molto da vicino il domma tanto caro ai compilatori della *natura actionis*, come appare dai noti lavori di Longo ivi citati. (Pel nostro § 31 particolarmente vedi il secondo di tali lavori in *Bollett. dell'Istit. di d. r. a.* 17 1905 pagg. 47-48).

(3) Nell'*actio de eo q. c. l. d. o.* era necessario dire espressamente che la prestazione che si chiedeva in un sito era invece dovuta in un altro; cosa perfettamente logica siffatta menzione del *locus solutionis* nell'*intentio*.

ponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret. quae utilitas plerumque (1) in mercibus maxima invenitur, veluti vino oleo frumento, quae per singulas regiones diversa habent pretia: sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub isdem usuris fenerantur (2). si quis tamen Ephesipetat, id est eo loco petat, quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit: idque etiam praetor monstrat (3), scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori » (4).

L. 68 D. *de rei vindic.* 6. 1 (Ulp. 51 *ad ed.*) (5). — È il passo di Ulpiano che abbiamo menzionato a pag. 60, sul quale si è costruita la dottrina della forza esecutiva dell'*arbitrium*. Ci riserbiamo di riprodurlo ed esaminarlo criticamente quando parleremo del periodo degli *iudicia extraordinaria* (6);

(1) Codesto « plerumque » può essere interpolato, avverte Biondi pag. 36 n. 1 riportandosi a Heumann-Seckel *Handlex.* ad v. pag. 434; ma contro il *plerumque* interpolatizio vedi da ultimo Fehr nella *Ztschr. der Sav.-Stiftung* vol. 33 [a. 1912] pag. 579.

(2) Cfr. e vedi i miei *Appunti didatt.* [1ª Serie] pag. 178 n. 4, coi testi ivi indicati, di cui l'ultimo qui più avanti riproduciamo.

(3) Con ragione dichiara Naber *retrocit.* pag. 320 n. 8, sospetta questa proposizione.

(4) È questo il paragrafo con cui integrare Gai. 4. 53<sup>c</sup> *sopracit.* Particolarmente e completamente per l'origine del medesimo vedi Zocco-Rosa *Instit. Paling.* vol. 2 pagg. 322-3.

(5) 51 *ad Sabinum*: Lenel *Paling.* vol. 2 col. 1197 n. 2.

(6) Frattanto vedi la mia traduzione annotata di Glück *Pand.* lib. 12 pag. 424 nota I.; anche per la rettifica indicata nella nota precedente.

qui notando ancora che esso, pur spogliato delle interpolazioni, mostra tuttavia l'applicazione del *iusiurandum in litem* alle azioni arbitrarie (1).

L. 1 D. *de eo quod certo loco dari oportet* 13. 4 (Gai. 9 *ad ed. prov.*): « Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet (quod vel data opera faceret vel quia aliis locis necessario distringeretur), non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est utilem actionem (2) in eam rem comparare ».

L. 2 pr. e § 1 D. h. t. (Ulp. 27 *ad ed.*): « Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei (3): quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, maioris pecuniae fiat (4). — Haec autem

(1) Di codesto giuramento ripareremo poi a proposito della *Sentenza* e allora vedremo altri testi.

(2) Ecco un esempio di *utilis actio* nel senso generale di *efficace* (cfr. pagg. 7-8 e 22 n. 2).

(3) La « utilitas rei » l'abbiamo vista dichiarata e spiegata nel § 33<sup>c</sup> I. soprascritto; ripetutamente vien rilevata dal § 2 di questa stessa L. 2; e per la medesima Biondi a pag. 13 n. 2 riferisce anche un passo di Eusebio (*Homilia VI, de pascha*).

(4) Cfr. L. 15 i. f. D. *de compens.* 16. 2 — « pecuniae fiat » del. Hal.; *fit* Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 236 [*Edit* vol. 1 pag. 280]. Il quale poi esprime nell'edizione tedesca il dubbio che la seconda parte di questo testo possa essere interpolata, dichiarando invece sicuramente legittima la prima. Naber *retroc.* pag. 321 e Biondi pagg. 42-43 ritengono tutto interpolato.

actio ex illa stipulatione venit, ubi stipulatus sum a te Ephesi decem dari ».

L. 3 D. h. t. (Gai. 9 ad ed. prov.): « Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque (1), maxime vini olei frumenti: pecuniarum quoque licet videatur una et eademque potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus usuris ».

L. 7 D. h. t. (Paul. 28 ad ed.): « In bonae fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex empto vel vendito vel depositi actio competit, non arbitraria actio (2). —

(1) Biondi pag. 36 n. 1: il « civitates » è probabilmente dei compilatori, poichè i classici a proposito della diversità del prezzo delle merci e del tasso delle *usurae* parlano solo di « regiones » (cfr. fr. 10, 3 D. 17. 1; fr. 1 pr. D. 22. 1; fr. 39, 1 D. 30).

(2) Qui vediamo chiaramente che negli *iudicia bonae fidei* per la natura del *iudicium* stesso si verifica direttamente ciò che in confronto degli *stricta iudicia* può aversi soltanto per via della speciale azione *de eo quod certo loco*; nei suddetti *iudicia bonae fidei* l'agire in luogo diverso da quello di pagamento non implica *plus petitio* e senz'altro il *iudex*, in forza della clausola *ex fide bona*, calcola il valore e interesse differente della prestazione nel diverso luogo. — Longo cit. a pag. 39 n. 3, i. f., e Biondi pag. 95 n. 3 segnalano il testo come interpolato; Biondi, con più tenue e a parer mio più giusto apprezzamento: « La proposizione /in bonae fidei iudiciis ... actio competit/ e quella sciatta esemplificazione /ex empto vel... vel.../ non possono provenire dal giurista. Ma non consento al Longo che qui il giurista abbia parlato dell'*actio depositi in factum* e che sieno stati i com-

§ 1. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit hac actione utendum erit ».

L. 8 D. h. t. (Afric. 3 quaest.: « Centum Capuae dari stipulatus fideiussorem accepisti: ea pecunia ab eo similiter ut ab ipso promissore peti debebit, id est ut, si alibi quam Capuae petantur, arbitraria agi debeat lisque tanti aestimetur, quanti eius interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi (1)... (stipulatio) pecuniae creditae, circa cuius executionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur... » (2).

b) Cic. in *Verrem* II. 2. 12. 31: « L. Octavius iudex esto. Si paret fundum Capenam, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Servili esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur » (3).

pilatori a generalizzare (cfr. qui la riserva espressa a pag. 42 n. 2). Infatti, nulla di strano che Paolo, occupandosi nel suo commento dei vari casi di applicazione dell'*actio arbitraria* (fr. 5 h. t. legato, fr. 7 § 1 stipulazione, fr. 27 D. 12. 6 indebiti solutio) abbia negato in generale l'applicazione dell'*actio de eo q. c. l.* ai giudizi di buona fede. Ma la classicità del contenuto del testo è per me indiscutibile ».

(1) De Medio in *Archivio giurid.* vol. 68 [a. 1902] pag. 211 (e cfr. l'ed. di Krueger) giudica interpolato tutto questo brano da « id est », ma *contra* con ragione Biondi pag. 39 n. 1 confrontando col seguito.

(2) Ora chiudendo l'esposizione delle fonti giuridiche, notiamo che addurre le testimonianze delle medesime per le singole *actiones arbitrarie* ci condurrebbe troppo in lungo e perciò dobbiamo prescindere, rinviando tuttavia per parecchie ai richiami in Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagg. 1022-23 n. 4 [*Manuale* pag. 1037 n. 1].

(3) Ecco il formulario della *clausula arbitraria*, conservatoci per la *rei vindicatio* da Cicerone; va aggiunto « arbitrio

194. — *CONDITIONES*. Abbiamo avuto occasione di accennare a tale categoria di azioni; in questo stesso paragrafo, distinguendo un senso largo e un senso stretto della parola (1), e già nel volume 1° parlando della *legis actio per conditionem*, colla guida di Gaio, il quale comparativamente alla medesima accenna alle *conditiones* (2). Onde si è già detto che trattasi della più oscura e travagliata categoria di azioni; ora soggiungiamo che le difficoltà provengono specialmente dalle numerose interpolazioni fatte dai compilatori, che hanno alterato il concetto genuino di *condictio* e la sua evoluzione (3). Vasta è la letteratura speciale in

---

tuo», sottinteso. Rileviamo la stonatura, o irregolarità che voglia dirsi, dell'ordine di restituire ad un terzo (Q. Catulo) anziché all'attore (P. Servilio); ma questo è semplicemente un errore di applicazione, che facilmente si corregge; errore voluto, poichè trattasi di uno dei tanti mezzi di malversazione posti in opera da Verre, che Cicerone descrive. Utilmente si legge tutto il c. 12 dell'orazione ciceroniana. Cfr. Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 180 n. 1 e Lenel *E. P.* pag. 181 n. 4 [*Edit* vol. 1 pag. 211 n. 4] che rettifica e completa codesta *formula petitoria*.

(1) Pag. 26.

(2) Pagg. 137 n. 2 e 139.

(3) Anche qui però, come per altre materie, non bisogna esagerare e farsi trascinare troppo dalla *passione* delle interpolazioni, che, come ogni altra, può essere eccessiva ed oggi in generale tende senza dubbio ad esorbitare. La ricerca critica è qui molto delicata. Bekker p. es. nella *Ztschr. der Savigny-Stiftung* vol. 25 [a. 1904] pag. 395 segnala tre gruppi di interpolazioni, di diversa epoca e diverso carattere, raccomandando i. f. «die höchste Vorsicht». E così un certo peso, per reagire contro eccessi nel senso suddetto,

argomento e va arricchendosi continuamente di nuovi scritti (1). Noi non staremo ad esporre le varie teoriche ed ometteremo tutti quegli svolgimenti che concernono piuttosto la parte di diritto sostanziale o materiale dell'istituto, rientrando nella dottrina delle *Obbligazioni*. Daremo soltanto in generale quelli che ci sembrano i più probabili ragguagli e lineamenti processuali.

195. — Dicevansi *conditiones* nel periodo formulare le azioni civili *in personam* di stretto diritto, nelle quali inoltre la formula non esprimeva che la pretesa astratta dell'attore senza menzionare la causa della medesima. — Si collegavano nell'origine, come nel nome, alla *legis actio per conditionem*, onde in guisa analoga limitavansi dapprima alle antiche cause obbligatorie di stretto diritto civile (2); ed erano corrispondentemente: l'*actio o condictio certae creditae pecuniae* (3); l'*actio o condictio certae rei* o *triticaria* come dai compilatori fu chiamata (4). Complessivamente si parla

---

ha anche il rilievo che fa Kalb nella *Wochenschrift für klass. Philol.* a. 22 [1905] col. 905 circa l'uso di *condictio* e *condicere* nelle costituzioni di Giustiniano.

(1) Anche codesta letteratura fu indicata a proposito della *legis actio per conditionem* (vol. 1 pagg. 135-6 n. 2), poichè anche di quest'ultima, più o meno largamente, essa, com'è naturale, si occupa. (Per la dissertazione di Freudenthal vedi, per questa materia pure delle *conditiones*, le recensioni citate c. s. pag. 141 note).

(2) Cfr. da ultimo Bonfante *Istit.*<sup>5</sup> pag. 110.

(3) Usando *condictio* il *creditae* di solito si omette.

(4) Di queste azioni abbiamo parlato nei nostri *Appunti didattici* [1ª Serie] pagg. 107 e segg., 126, 191, 1102-03, nel

nelle Pandette di *condictio certi*, rimanendo dubbio d'altronde se questo nome sia genuino e classico o sia al contrario un'innovazione posteriore (1). — Ma poscia si ebbe anche la *condictio*, colle sopra-indicate caratteristiche, per le pretese aventi per oggetto un *incertum*; onde è giusta, considerando lo sviluppo avvenuto, la definizione larga, vale a dire senza limitazione dell'oggetto, che sopra abbiamo dato. E qui troviamo corrispondentemente nelle Pandette l'espressione *condictio incerti*; della quale pure, ed anzi di più, la genuinità è contestata (2). — Per Giustiniano *condictio* è una azione generale sussidiaria; ossia quando egli non trova un'azione tipica e determinata tutelante un dato rapporto e pur vuole che questo sia tutelato, dà il nome di *condictio* (*condictio ex lege*) alla nuova azione che concede. Inoltre egli allarga la sfera della *condictio certi* ammettendola per qualsiasi obbligazione avente per oggetto un *certum*, in concorso elettivo colle specifiche azioni personali (c. d. *condictio generalis*).

196. — Gai. 4. 5 e 18: « Appellantur autem in rem quidem actiones 'vindicationes', in personam vero actiones, quibus 'dari fierive oportere' intendimus, 'conditiones'. — ... conditionem dicimus

---

primo luogo indicandone anche i caratteri e la formula; per l'aggiunta delle parole *qua de re agitur* (*quibus de agitur*) vedi Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 493 n. 2 cogli autori ivi citati.

(1-2) Cfr. e vedi *Appunti* c. s., pag. 1103 n. 1. Per Girard ivi cit., ora (soltanto per comodità di riscontro) 5<sup>a</sup> ed. pag. 616 n. 2 e trad. ital. pagg. 629-630 n. 4.

actionem in personam esse, qua intendimus 'dari nobis oportere'... » (1).

L. 25 pr. D. *de oblig. et act.* 44. 7 (Ulp. *singul. regul.*): « Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur... » (2).

L. 9 pr. e §§ 1-3 D. *de rebus creditis* 12. 1 (Ulp. 26 *ad ed.*): « Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petitur sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem sit vel sub condizione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere. — § 1. Competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia. sed et causa furtiva per hanc actionem condicatur. sed et si ex senatus consulto agetur, competit haec actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est agere volet. — § 2. Sive autem suo nomine quis obligatus sit sive alieno, per hanc actionem recte convenitur. — § 3. Quoniam igitur ex omnibus contractibus certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis sive coniunctim, referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat » (3).

---

(1) Paragrafi trascritti già rispettivamente a pag. 31 e nel vol. 1 pag. 139, ma che tuttavia conveniva riprodurre; e cfr. coi medesimi il § 15 I. *de action.* 4. 6.

(2) Vedi il seguito a pag. 35.

(3) Segue l'esame dei casi speciali.



L. un. D. *de condictione ex lege* 13. 2 (Paul. 2 *ad Plautium*): « Si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est ».

La definizione delle *condictiones* che dà Gaio nel § 5, della quale è analoga la definizione data da Ulpiano nella L. 25 pr. D. citata, mostra che le *condictiones* sono azioni *in personam*; e, a primo aspetto almeno, fa ritenere che tutte le azioni *in personam* sieno comprese in questa denominazione; specialmente vedendosi opposte le *condictiones*, quali *actiones in personam*, alle *vindicationes*, che comprendono certamente, nel largo senso della parola, tutte quante le *actiones in rem*. Ma se noi diamo all'ulteriore determinazione di Gaio « quibus 'dari fierive oportere' intendimus » un valore preciso e tecnico (ed altrettanto dicasi della frase « ad faciendum aliquid vel dandum » in Ulp. c. s.), la medesima ci attesta essere *condictiones* almeno in senso stretto o proprio soltanto quelle azioni personali in cui l'*intentio* è 'dari fierive oportere'; non escludendosi d'altronde la possibilità di un senso largo, abbracciante effettivamente tutte le *actiones in personam*, onde vi sarebbe simmetria col duplice significato di *vindicationes*. Così non sono *condictiones* in stretto senso le azioni personali pretorie, come quelle che non possono avere l'*intentio* 'dari fierive oportere', che è *iuris civilis*. E tali ancora non sono le azioni di buona fede, come quelle in cui non havvi il puro e semplice 'dari fierive oportere', bensì havvi in più l'aggiunta 'ex fide bona'. — Confrontando il § 5 col § 18 di Gaio, che dà pure in certa guisa una de-

finizione delle *condictiones*, troviamo che in quest'ultimo il 'fieri' manca e rimane solo il 'dari oportere'. Tale diversità si spiega considerando che nel § 18 Gaio parla delle *condictiones* in correlazione ai casi della *legis actio per condictionem*, onde indica il campo primitivo delle *condictiones* - soltanto *condictio certi*; nel § 18 vuol comprendere anche l'ulteriore allargamento delle *condictiones incerti*, sorte poscia sul modello delle *condictiones* aventi per oggetto *certa pecunia* o *alia certa res* (1). In tal guisa, come la differenza si spiega, così dessa ci rileva un allargarsi progressivo dell'orbita delle *condictiones*, secondo che nella parte dogmatica abbiamo detto. — E omai le caratteristiche in questa indicate - azioni personali, civili, di stretto diritto - le abbiamo riscontrate, all'infuori di una: la mancanza della causa, del titolo, onde la pretesa veniva avanzata. Quest'ultimo elemento risulta dalla famosa orazione di Cicerone *pro Roscio comoedo*, dove l'oratore, volendo dimostrare che una somma di denaro non è dovuta dal suo cliente, enumera (per escluderle) tutte le cause che si sarebbero potute addurre a fondamento della *condictio* intentata; prova evidente che la formula di questa non aveva indicazione di causa. E ove ciò non bastasse, la mancanza della causa risulta pure dal confronto delle formule in cui Gaio parla di *condictiones* con quelle in cui parla di altre azioni personali; l'*intentio* della *condictio* è conce-

(1) Cfr. Scialoja *Esercizio e tutela dei dir.* pag. 540.

pita sempre negli stessi termini, qualunque sia la causa in base alla quale è fatta valere, sempre senza alcuna menzione di causa; vedi p. es. 3. 91, 4. 33, 34, 41, 64, 86 in confronto di 2. 213, 4. 55, 60, 130, 137 ecc. (1). — La L. 9 Dig. trascritta ci illumina intorno al diritto giustiniano, poichè, come altri ha egregiamente dimostrato (2), è quasi tutta interpolata; essa dà alla *condictio certi* una più larga sfera di applicazione, conformemente al nuovo carattere e valore assunto dalla medesima nel diritto giustiniano, secondo che già fu detto. — Ai compilatori pure ci riferiamo per la L. un. D., l'ultimo testo da noi trascritto; il quale nella sua portata primitiva non aveva a che fare colle *condictiones*; mentre parla di *agere* e non di *condicere* e figura probabilmente nel commentario di Paolo sulla legge Aquilia (3).

197. — ACTIONES SIMPLICES, ACTIONES DUPLICES (4). D'ordinario nelle liti i contendenti hanno

(1) Cfr. e vedi c. s. pag. 543 e Girard *Manuel* 5 pagg. 610-1 n. 3 [*Manuale* pagg. 624-5 n. 2]; quest'ultimo anche contro la dottrina di Buhl e Bekker, i quali hanno affermato che la formula della *condictio* dovesse o almeno potesse contenere l'indicazione della causa del credito.

(2) Pernice *Parerga* IV nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 13 [a. 1892] pag. 248 e segg.; Scialoja c. s. pagg. 548-9; Mitteis in *Jherings Jahrbücher* vol. 39 (a. 1898) pag. 153; Lenel *E. P.* 2 pag. 228 [*Edit* vol. 1 pag. 270; Girard c. s. pag. 612 n. 2 [pag. 625-6 n. 4]; e parecchi altri autori si potrebbero citare.

(3) Cfr. e vedi, anche per altri testi, Girard loc. cit.

(4) Da ultimo Naber *De iudiciis in rem duplicibus* Pars I

una posizione distinta, essenzialmente contraria; l'uno è l'attore, l'altro il convenuto; l'uno, l'attore, vuole il soddisfacimento di un suo diritto mediante la condanna dell'altro, ossia del convenuto, e questi chiede che sia respinta invece la domanda dell'attore. In tale caso, che è il normale, ripeto, si parla di *actio simplex, iudicium simplex*. — Ma sonvi casi eccezionali in cui ciascuno dei litiganti è ad un tempo attore e convenuto; i due si trovano in posizione identica. In tal caso si parla di *actio duplex, iudicium duplex*. Sono duplici gli *interdicta retinendae possessionis*, e lo vedremo meglio trattando degli interdetti (più propriamente *interdicta duplicia*). Sono duplici le azioni divisorie; nelle quali ci siamo imbattuti prima descrivendo le parti della formula e precisamente l'*adiudicatio* (1) e poscia esponendo la distinzione di azioni personali e reali (2). Rispetto a codeste azioni ciascun coerede o condomino, come ha diritto di avere la parte sua, così è tenuto a far avere all'altro o agli altri (chè più naturalmente possono essere i comunisti e di due si parla per maggior facilità) la propria; ed il giudice conformemente, per realizzare la divisione, come a profitto di ciascuno può aggiudicare, così ciascuno può condannare. — Se sostanzialmente ciascuno dei litiganti ha negli

in *Mnemosyne* N. S. vol. 41 [a. 1913] pag. 117 e segg. (*Observ. de iure rom.* nr. 105); interessante e dotto svolgimento di diritto storico comparato.

(1) Vol. 1 pagg. 314 e 316.

(2) Qui pagg. 27-29 e 33.

*iudicia duplicia* la doppia posizione di attore e convenuto, d'altronde per la condotta e lo svolgimento della procedura è necessario assegnare ad uno la posizione di attore, all'altro la posizione di convenuto. Ciò si fa badando alla priorità di provocazione del giudizio, attore considerandosi chi primo ha chiesto la divisione e convenuto l'altro. Che se la provocazione è avvenuta contemporaneamente, vale a dire se gli interessati si sono chiamati contemporaneamente a vicenda in giudizio, in tal caso si ricorre al criterio dell'estrazione a sorte. — È chiaro come sia cosa diversa dal *iudicium duplex* nel senso suesposto la duplicità di azione dei contratti bilaterali, sia perfetti che imperfetti, trattandosi qui di due distinte azioni, di due distinte formule; come è pure diverso il caso di una domanda riconvenzionale (*mutua petitio*) in cui due distinti giudizi sono cumulati, ma in ciascuno dei medesimi, con inversione di parte, l'uno e l'altro litigante ha un'unica posizione processuale.

198. — Gai. 4. 156-160: « Tertia divisio interdictorum in hoc est, quod aut simplicia sunt aut duplicia. — 157. Simplicia sunt veluti in quibus alter actor, alter reus est, qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria; namque actor est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui, reus is est, a quo desideratur, ut exhibeat aut restituat. — 158. Prohibitoriorum autem interdictorum alia duplicia, alia simplicia sunt. — 159. Simplicia sunt veluti quibus prohibet praetor in loco sacro aut in flumine publico ripave eius aliquid facere reum: nam actor est qui desiderat ne quid fiat, reus est

qui aliquid facere conatur. — 160. Duplicia sunt veluti 'uti possidetis' interdictum et 'utrubi'. Ideo autem duplicia vocantur, quod par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur (1)... ».

L. 13. D. de iudiciis 5. 1 (Gai. 7 ad ed. prov.): « In tribus istis iudiciis familiae erciscundae, communi dividundo et finium regundorum quaeritur, quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur. sed magis placuit eum videri actorem qui ad iudicium provocasset ».

L. 14 D. h. t. (Ulp. 2 disput.): « Sed cum ambo ad iudicium provocant, sorte res discerni solet » (2).

(1) Cfr. § 7 I. de interd. 4. 15 « quippe etc. » postgiano secondo Kniep *Der Rechtsgelehrte Gaius* pag. 145. — Questi paragrafi saranno nuovamente considerati quando tratteremo degli interdetti. Abbiamo voluto tuttavia trascriverli già qui, perchè bene illuminano sull'attuale argomento.

(2) Per l'applicazione di questa *ultima ratio* cfr. Quintil. I. O. 7. 1. 37 i. f. — Berger *Teilungsklagen* pag. 62 n. 3 rileva che *provocare* nelle fonti classiche è espressione caratteristica a preferenza adoperata per significare l'esperimento di un'azione divisoria, come appare dai numerosi passi del Digesto e anche del Codice. Saggiunge essere interessante chiamare a confronto i passi di Gaio (4° libro delle Istituzioni) dove è adoperata questa parola; in rapporto al *sacramentum*, nella stessa dichiarazione solenne delle parti (« sacramento provocare », 4. 16 e 95, qui in vol. 1 pagg. 121 e 204 n. 2) e nel procedimento *per sponsionem* (« sponsione provocare », 4. 93, 165, 166); anche in questi casi è pari la posizione processuale delle due parti.

L. 10 D. *finium regundorum* 10. 1 (Iulian. 5 *digest.*): « Iudicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex ius habeant agentis et eius quocum agitur ».

L. 2 § 3 D. *familiae erciscundae* 10. 2 (Ulp. 19 *ad ed.*): « In familiae erciscundae iudicio unusquisque heredum et rei et actoris partes sustinet ».

L. 44 § 4 D. h. t. (Paul. 6 *ad Sab.*): « Qui familiae erciscundae et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei et ideo iurare debent non calumniae causa litem intendere et non calumniae causa ad infortias ire » (1).

L. 2 § 1 D. *communi dividundo* 10. 3 = L. 13 D. *de iudiciis* 5. 1 soprascripta, nell'inizio così: « In tribus duplicibus iudiciis etc. ».

L. 37 § 1 D. *de O. et A.* 44. 7 (Ulp. 4 *ad ed.*): « Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, ut puta finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrobi » (2).

(1) Quanto alla dichiarazione relativa al *iusiurandum calumniae* essa ci interesserà direttamente quando tratteremo dei mezzi per diminuire i processi. — Altra applicazione del *duplex iudicium*, in rapporto alla rappresentanza processuale, nella L. 15 § 1 D. *de procurat.* 3. 3.

(2) Ecco un altro valore e significato dell'espressione *actio mixta* comparativamente a quello che abbiamo visto in rapporto alla distinzione di azioni personali e reali; come con altro valore e significato ancora si parla di *actio mixta* in rapporto alla distinzione di azioni penali e *rei persecutoriae*, che fra breve vedremo (Cfr. pag. 27 n. 3). E in

199. — ACTIONES PRIVATAE, ACTIONES POPULARES. Diconsi *actiones privatae* quelle che si danno ai singoli individui per la tutela dei loro diritti privati o individuali. E queste costituiscono la regola, il grande gruppo. Diconsi *actiones populares* (1), comprendendo nelle medesime anche gli *interdicta popularia* (2), quelle che si danno ai singoli individui non già per la tutela di propri diritti privati o individuali, bensì per la tutela di pubblici interessi; considerando il singolo individuo come partecipe e difensore dell'interesse pubblico, comune. E queste sono l'eccezione; eccezione però larga (3) ed importante; che costituisce un caratteristico elemento e istituto del giure romano, citato ad esempio e imitato nel diritto moderno, il quale in esso giustamente ravvisa il portato di un alto principio liberale, insieme ad un potente mezzo di educazione ed evoluzione politica.

Dig. 43. 1 *de interd.* L. 1 § 1 (Ulp. 67 *ad ed.*) si dicono « *interdicta mixta*, quae et prohibitoria sunt et exhibitoria (*restitutoria* Smalenburg) ». Siffatta denominazione di « *mixtae actiones* » per gli « *iudicia duplicia* », e altrettanto dicasi per gli interdetti analogamente, attribuisce da ultimo Albertario in *Rivista ital. per le scienze giurid.* vol. 52 [a. 1912] ai compilatori giustiniani; in appoggio e a svolgimento della tesi, che l'uso di *actio* per significare *interdictum* nei testi classici derivi sempre da interpolazione.

(1) Anche *iudicia popularia*; raramente *actio publica* per *actio popularis*.

(2) Cui si contrappongono, come sopra per le *actiones*, gli *interdicta privata*.

(3) Lo si comprende. A Roma financo l'accusa pubblica era affidata all'iniziativa dei cittadini.

200. — Sulle *actiones privatae* non abbiamo da trattenerci, poichè qui non dobbiamo svolgere generalità, e quanto alle loro numerose distinzioni e specie ne abbiamo già esposte varie ed altre ne esporremo in seguito; onde le suddette azioni vengono menzionate e denominate unicamente per contrapposto. Le *actiones populares* invece richiedono - nei limiti ed in conformità al carattere di questo Corso, s'intende - una diligente e chiara esposizione. Copiosa è la letteratura speciale sull'argomento, nella quale spicca, come maggiore e più efficace, il contributo italiano (1).

(1) Di Scialoja che, in *Archivio giurid.* volumi 28 e 29 [a. 1882 e 83] rispettivamente pagg. 166 e 219 e pag. 279 e segg. ha tradotto con prefazione e note pregevoli, il lavoro classico di Bruns *Die röm. Popularklagen*, pubblicato nella *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (ristampato, con poche e lievi aggiunte, nei *Kleinere Schriften* del medesimo, Weimar 1882, vol. 1 pag. 313 e segg.), cui aggiungi lo studio speciale di Scialoja stesso *L'exceptio rei iudicatae nelle az. popol.* in *Archivio giur.* vol. 31 [a. 1883] pagg. 213 e 495 e segg.; Codacci-Pisanelli *Le azioni popol.* ivi vol. 33 [a. 1884] pag. 317 e segg. (e quindi Napoli 1887), colla rec. di Ascoli ivi vol. 42 [a. 1889] pag. 147 e segg.; Costa *Nota a proposito di alcuni recenti studi sulle azioni popol. rom.* nella *Rivista ital. per le scienze giurid.* vol. 11 [a. 1891] pag. 359 e segg., dove dà conto precisamente delle monografie di Maschke, Colonieu, Paalzow, a. 1885, '88, '89; Fadda *L'azione popol., I Parte storica, Dir. rom.* Torino 1894, opera eccellente; Prestidonato *Le azioni pop., I Dir. rom.* Palermo 1904; Manca *Sulla natura giur. dell'az. pop.* (Capo I *Le az. pop. nel d. r.*, Capo II *Le az. pop. nel d. ital.*) in *Studi econom.-giur. pubblic. dall'Università di Cagliari* a. 3 [1911] parte 3<sup>a</sup> pag. 155 e segg.; e prescindiamo da qualche altro contributo italiano di minor conto. Ag-

201. — Vi sono due categorie di azioni popolari nel diritto romano:

1) Azioni popolari che il singolo cittadino è ammesso a promuovere con veste di rappresentante del *populus*, come un *procurator* del *populus*, quale è oggi il pubblico ministero nei nostri giudizi. Codeste diconsi *azioni popolari procuratorie*. Naturalmente la condanna va a vantaggio di una cassa pubblica, a favore del *populus*, che l'individuo rappresenta e per cui chiede. Il carattere loro non è spostato o alterato per quelle fra esse in cui si ammette che il cittadino agente partecipi ai proventi della condanna, p. es. per un quarto o una metà di questa. Ciò si fa soltanto per stimolare l'iniziativa del privato, per spingerlo ad assumersi eventualmente la funzione di rappresentante del *populus* quando interessi di quest'ultimo sieno lesi, e compensarne anche lo zelo; trattasi di un *praemium* della sua iniziativa e attività. Esempio di azione popolare procuratoria offre l'*actio de termino moto*.

2) Azioni popolari che il singolo individuo promuove non con veste di rappresentante del *populus*, come un *procurator* del medesimo, bensì in proprio nome. Queste diconsi *azioni popolari in*

giungi fra gli stranieri: Robert *Des actions populaires*, buona Tesi dell'Università di Parigi, ivi 1895; Mommsen *Die Popularklagen* nella *Ztschr. der Sav.-Stiftung* vol. 24 [a. 1903] pag. 1 e segg. (ora accolta nei *Gesammelte Schriften* del medesimo vol. 3 Berlin 1907 nr. XXXIII pag. 375 e segg.); riassuntivamente Cuq *Popularis actio* nel *Dictionn. des antiq.* vol. 4 parte 1<sup>a</sup> pag. 579 e segg.

*stretto senso*, e specialmente per esse, non però senza eccezioni (1), viene adoperata nelle fonti la espressione *popularis actio*; onde gli autori le chiamano anche *azioni popolari propriamente dette*. La condanna va a favore del privato che ha agito; e ciò è naturale, perchè egli ha agito per sè, chiedendo per sè, onde *intentio* e *condemnatio* sono state concepite nel suo nome. — Tali azioni fanno parte del patrimonio del cittadino che le ha intente a partire dal momento della *litis contestatio*, in cui il diritto di agire, prima comune, ossia aperto a tutti, si individualizza e converte nel diritto singolo di avere la somma della condanna. — Sono in generale azioni pretorie e penali pecuniarie, quindi annali e non trasmissibili passivamente, contro gli eredi; come ad esempio l'*actio de effusis et deiectis* quando sia stato ucciso o anche solo ferito un uomo libero, l'*actio de positis et suspensis*, l'*actio sepulchri violati*. — Quest'ultima azione (come pure l'*actio de effusis et deiectis* essendo stato ferito un uomo libero) presenta spiccata una caratteristica comune a qualche altra azione popolare in stretto senso; onde potrebbe farsi una suddivisione nelle azioni popolari di tale categoria. Precisamente, vi sono dei casi in cui, mentre è lesa un pubblico interesse, è lesa in pari tempo un interesse privato, come avviene appunto nel caso dell'*actio sepulchri violati*; la violazione del *sepulchrum* offende il particolare o privato *ius sepulchri*

(1) Lo avvertiamo, in confronto di dichiarazioni contrarie, anche recentissime, come di Mayr *Röm. Rechtsgesch.* 2° libro, 1ª metà, pag. 105.

ed offende insieme l'interesse comune che la religione dei sepolcri sia rispettata. Orbene, in siffatti casi l'azione in primo luogo si dà all'individuo direttamente e privatamente lesa (*is ad quem pertinet*) come azione privata, e, qualora egli non voglia o non possa esercitarla, si dà a qualunque cittadino (*quicumque agere volet*) come azione popolare. — All'infuori di questi casi, in cui la lesione del privato interesse determina la preferenza ad agire, se più cittadini si presentino per far valere la medesima azione popolare, il magistrato sceglie colui che riconosce più idoneo; tenendo conto naturalmente di tutti gli elementi che meglio possono garantire l'esercizio dell'azione di interesse comune.

L'azione popolare esperita da un cittadino non può essere riproposta nè dal medesimo attore nè da altri cittadini che in seguito a quel primo vogliono agire (1). Il mezzo per impedire siffatto rinnovarsi dell'azione popolare è l'*exceptio rei iudicatae*; ciò anche in confronto di un altro attore, secondo che comunemente si ritiene.

Eranvi azioni popolari già sotto il regime delle *legis actiones*? Lo abbiamo ammesso, parlando del divieto della rappresentanza in quell'epoca; intendendo, col maggior numero degli interpreti, l'ecce-

(1) Questa almeno è la regola generale, perchè in un caso, quello dell'*interdictum de homine libero exhibendo* che è popolare, noi troviamo ammessa l'azione replicatamente contro la stessa persona, quando perseveri nella illegale detenzione di un uomo libero (Cfr. Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 529).

zione « pro populo » come relativa al caso di esperimento di azioni popolari (1). Azioni popolari procuratorie però, ossia della prima categoria, si ritiene generalmente; onde le azioni popolari in stretto senso sarebbero sorte solo nel secondo periodo della storia del processo, durante le formule.

Ed ora, chiudendo l'esposizione dogmatica dell'argomento, ritorniamo sulla posta distinzione di due specie di azioni popolari. Vi sono autori, come Mommsen, che la contestano, che affermano una natura giuridica unica o comune, propugnando per tutte le azioni popolari il carattere procuratorio, ossia affermando che in tutte l'attore singolo ha veste di *procurator* del *populus*; mentre ciò hanno negato vigorosamente altri, fra cui Bruns e Fadda. L'opinione nostra, conforme a quella di questi ultimi autori, è apparsa già nell'aver noi esposto ed accolto la suddetta distinzione. Conviene non esagerare d'altronde, soggiungiamo con Scialoja (2); non sono da contrapporre in decisa antitesi le due categorie, i due tipi, di azioni popolari, avvicinando soverchiamente le *azioni popolari in stretto senso* alle azioni private. Si ricordi il carattere o elemento fondamentale comune, cioè la difesa di pubblici interessi aperta e concessa ai singoli individui componenti la comunità. Anche le *azioni popolari in stretto senso* sono date nell'interesse popolare; in queste però l'attore, se agisce nell'interesse del po-

(1) Vedi il vol. 1 pag. 187 ed ancora ivi pagg. 71-72 n. 3, 112 n. 1 e 128, 168-9 n. 4, 183 n. 2; cfr. Girard *Manuel* 5 pagg. 1014-15 n. 2 [*Manuale* pag. 1029 n. 2].

(2) *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 523.

*pulus*, non agisce invece in nome di questo; e in ciò sta la caratteristica distintiva in confronto delle azioni popolari procuratorie.

202. — L. 7 pr. D. *de iurisdiction.* 2. 1 (Ulp. 3 *ad ed.*): « Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum aureorum (1) iudicium, quod populare est » (2).

L. 43 § 2 D. *de procur. et defens.* 3. 3 (Paul. 9 *ad ed.*): « In popularibus actionibus, ubi quis quasi unus ex populo agit (3) defensionem ut procurator praestare cogendus non est ».

L. 5 §§ 5 e 13 D. *de his, qui effud. vel deiec.* 9. 3 (Ulp. 23 *ad ed.*): « Haec autem actio, quae competit de effusis et deiectis, perpetua est et heredi competit, in heredem vero non datur (4). quae autem de eo competit, quod liber perisse dicitur, intra annum dumtaxat competit, neque in heredem datur neque heredi similibusque personis (5): nam est poenalis et popularis: dummodo sciamus ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere cuius interest vel qui adfinitate cogna-

(1) Consueta interpolazione.

(2) *Actio de albo corrupto*. Vedi in proposito Fadda *Azione popol.* pag. 33 e Lenel *E. P.* 2 pagg. 57-58 [*Edit* vol. 1 pagg. 64-65].

(3) Il carattere fondamentale dell'*actio popularis* si presenta qui chiarissimo; chi la intenta lo fa nella qualità di membro del *populus*.

(4) Questa è l'azione privata data allo stesso individuo leso; «perpetua» e perciò non *popularis*.

(5) «similibusque personis» interp. (Longo).

tioneve defunctum contingat, sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit haec actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio.... — Ista autem actio popularis est et heredi similibusque competit (1), in heredes autem non competit, quia poenalis est ».

L. 3 pr. D. de sepulchro violato 47. 12 (Ulp. 25 ad ed.): « Praetor ait: Cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum (2) iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur (3). si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere volet, ei centum aureorum (4) actionem (5) dabo. si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam. si quis in sepulchro dolo malo habitaverit (6) aedificiumve aliud, quamque (7) sepul-

(1) Qui si tratta dell'*actio de positis et suspensis* (cfr. § 6 e segg.). Scialoja, nell'ed. ital. del Digesto, vorrebbe « non popularis », altri propone *nec* invece di « et »; questa seconda proposta è da preferirsi a parer nostro, perchè il carattere popolare della suddetta azione ci sembra non possa essere contestato. « similibusque » interp. (Longo).

(2) « in factum » gloss. ?

(3) Cfr. pagg. 54 e 56.

(4) Solita interpolazione: *sestertium centum milium nummorum* Ulp.

(5) *iudicium (recuperatorium)*? Vedi Gradenwitz nella *Ztschr. der Sav.-Stiftung* vol. 8 [a. 1887] pag. 254; Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 222 n. 14; Partsch nella *Ztschr. c. s.* vol. 31 [a. 1910] pag. 416; Girard *Textes*<sup>4</sup> pag. 150 n. 5.

(6) *vel aedificaverit* ins. Knip *Gai instit. comment. secundus* §§ 1-96 Jena 1912 pagg. 63 e 307 (cfr. § 11 L. cit).

(7) *quam quod* Hal. e così Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 222 [Edit vol. 1 pag. 263].

*chri causa factum sit, habuerit: in eum, si quis eo nomine agere volet, ducentorum aureorum (1) iudicium dabo* » (2).

L. 6 D. h. t. (Iulian. 10 *digest.*): « Sepulchri violati actio in primis datur ei ad quem ea res pertinet. quo cessante si alius egerit, quamvis rei publicae causa afuerit dominus (3), non debet ex integro adversus eum, qui litis aestimationem sustulerit, dari. nec potest videri deterior fieri condicio eius, qui rei publicae causa afuit, cum haec actio non ad rem familiarem eiusdem, (4) magis ad ultionem pertineat » (5).

L. 3 pr. D. de termino moto 47. 21 (Callistr. 5 *de cognition.*): « Lege agraria, quam Gaius Caesar tulit (6), adversus eos, qui terminos statutos extra suum gradum finesve moverint dolo malo, pecu-

(1) Solita interpolazione: *sestertium ducentorum milium nummorum* Ulp.

(2) Un chiaro commento di questo passo dà recentemente la notevole memoria premiata di Giorgi *Le multe sepolcrali in dir. rom.* Bologna 1910 pag. 3 e segg., descrivendo la natura e i caratteri dell'*actio de sepulchro violato*.

(3) Cioè il titolare del *ius sepulchri*. Nota recentemente Albertario *Appunti sul condominio di sepolcro* nel periodico *Il Filangieri* a. 35 [1910] pag. 85 n. 2 [estr. pag. 4 n. 2], citando Scialoja, che una sola volta, qui precisamente, il titolare del sepolcro vien detto *dominus*; parola evidentemente male applicata, perchè potrebbe richiamare il senso *tecnico* del termine. Essa esprime soltanto il concetto *vulgare* del rapporto. Che sia così, lo si desume anche da un interessantissimo testo di Ulpiano (L. 4 pr. D. 39. 3).

(4) « sed » *ins edd.*

(5) Vedi Giorgi *sopracit.*

(6) Da ultimo vedi per questa legge Rotondi *Leges publicae populi rom.* Milano 1912 pagg. 466-7.



niaria poena constituta est. nam in terminos singulos, quos eiecerint locove moverint, quinquaginta aureos (1) in publico dari iubet: et eius actionem, ei qui volet esse iubet» (2).

L. 1 D. *de popularibus actionibus* 47. 23 (Paul. 8 *ad ed.*): « Eam popularem actionem dicimus, quae suum (3) ius populi tuetur ».

(1) Consueta interpolazione.

(2) Cfr. Lex Mamilia Roscia Peducaea Alliena Fabia de limitibus (per cui Rotondi loc. cit. e pagg. 388-9) c. 55: «... Quique termini hac lege statuti erunt, ne quis eorum quem eicito neve loco moveto sciens dolo malo. Si quis adversus ea fecerit, is in terminos singulos, quos eiecerit locove moverit sciens dolo malo, sestertium quinque milia nummum in publicum eorum, quorum intra fines is ager erit, dare damnas esto»; e Lex Coloniae Genetivae Iuliae s. Ursonensis c. 104.

Qui la pena pecuniaria va al fisco e pertanto si tratta di azione popolare procuratoria (cfr. pag. 85). — Altre azioni popolari procuratorie, in numero notevole, risultano da leggi municipali (vedi Mommsen *Droit public romain* vol. 1 pag. 204 e segg.), e in modo particolarmente chiaro e deciso dalla Lex Municipii Tarentini 9. 4, nonchè dalla L. 25 § 2 D. *de senat. cons. Silan.* 29. 5. Per quest'ultimo punto, *actio de testamento aperto*, vedi Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 352 [*Edit* vol. 2 pag. 94]; metà della pena pecuniaria va all'*aerarium*, ossia al *populus*, e metà, a titolo di premio (« praemii nomine » dice appunto il testo), all'attore; la partecipazione, pur considerevole, di quest'ultimo non esclude il carattere procuratorio dell'azione, secondo che già fu detto in generale a pag. 85. Nella stessa L. 25 § 2 vediamo usata l'espressione *popularis actio*, sebbene l'azione sia procuratoria; esempio onde appare che l'uso di tale espressione nelle fonti, se è prevalente per le azioni popolari in stretto senso, non è però esclusivo; il che pure abbiamo già dichiarato, c. s.

(3) Questa proposizione finale « quae — tuetur » è oggetto

L. 2 D. h. t. (Id. 1 *ad ed.*): « Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem ».

L. 3 D. h. t. (Ulp. 1 *ad ed.*): « Sed si ex eadem causa saepius agetur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur (1). — § 1. In popularibus actionibus is cuius interest, praefertur » (2).

di viva discussione fra gli autori, così per la lezione come per il senso; vedi Fadda *Azione popol.* pag. 383 e segg. Per la lezione Mommsen vorrebbe sostituire *sua vi* al « suum », che altri invece giudicano interpolazione o piuttosto glossema (la parola manca nei Basilici), e vi sono altre proposte ancora. Fadda accetta la lezione fiorentina senza esitare; e quanto al senso, trova che esso appare chiaro confrontando il presente passo colla L. 43 § 2 D. *de procur.* 3. 3 sopratrascritta, parimenti di Paolo *ad edictum*; il cittadino fa valere un diritto che a lui appartiene (« suum ») come membro del *populus*.

(1) Da questo passo si dovrebbe arguire che l'*exceptio rei iudicatae* non contenesse l'indicazione delle persone in rapporto alle quali fu pronunciata la sentenza; poichè si ammette, almeno in prevalenza, che l'*exceptio rei iudicatae* impedisse il rinnovarsi dell'azione popolare anche se promossa da un altro attore (cfr. pag. 87), ed il testo parla di « *exceptio vulgaris rei iudicatae* », ossia dell'ordinaria o generale *exc. r. i.*, senza introduzione di elementi speciali.

(2) Nota Fadda *Az. popol.* pag. 75, in rapporto a questa legge e alla precedente, che anche per questo verso appare il parallelismo fra azioni popolari e giudizi pubblici; nelle une come negli altri non si ammette pluralità di attori o accusatori; nelle *quaestiones perpetuae* presentandosi più accusatori, aveva luogo un giudizio preliminare di scelta, detto *divinatio*. — Il medesimo autore nel suo *Diritto eredit. rom.* parte 2<sup>a</sup> pag. 240 tratta la questione se vi sia trasmissibilità ereditaria delle ragioni di preferenza che in ordine alle azioni popolari possono spettare a certi cittadini. Con-

L. 4 D. h. t. (Paul. 3 *ad ed.*): *Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est cui per edictum postulare licet* » (1).

vien distinguere. Quando la preferenza sia fondata su ragioni di indole morale, come p. es. la parentela, non si può parlare di trasmissione; mentre se il cittadino è prescelto in considerazione di un interesse patrimoniale, la ragione di preferenza, al pari di qualunque altro elemento patrimoniale, passa nell'erede. Ma, badiamo bene, per questo stesso caso, è unicamente la ragione di preferenza che passa nell'erede; errore ed equivoco sarebbe parlare di trasmissione dell'azione; la quale sorge nell'erede in persona propria e non si dà già a lui come derivante dall'ereditando.

(1) Sono esclusi pertanto gli infami. E qui commenta bene Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pagg. 526-7: Si capisce che essendo l'infamia una ragione sufficiente per escludere che uno si presenti come procuratore in un'azione privata, tanto più valga ad escludere che uno si presenti a difendere un rapporto che è di interesse pubblico. Onde a torto si è voluto arguire dal contenuto di questo passo che sempre l'azione popolare sia procuratoria; mentre non è l'esclusione della rappresentanza dal punto di vista tecnico o giudiziale ciò che impedisce l'esercizio di azioni popolari da parte degli infami, bensì la diminuzione generale del loro diritto, che è la ragione stessa per cui non sono ammessi ad essere procuratori nelle private azioni. Ciò trova conferma nel fatto, che il testo, escludendo l'idoneità degli infami a promuovere azioni popolari, non aggiunge il motivo che non possono essere procuratori nelle private azioni; segno evidente che non è la pretesa veste procuratoria che sempre assumerebbero agendo (secondo la dottrina combattuta) la causa di siffatta esclusione. Bisogna risalire più in alto, con un'espressione grafica, diremo così; è la condizione stessa degli infami (come prima abbiamo notato) che toglie loro l'una e l'altra possibilità, di essere procuratori in azioni private e di intentare azioni popolari; senza che fra queste due impossibilità vi sia rapporto diretto causale.

L. 5 D. h. t. (Id. 8 *ad ed.*): « Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare potest: is autem, qui eam movet, procuratorem dare non potest » (1).

Sull'argomento è da vedersi pure, con maggiore determinazione, Fadda *L'azione pop.* pag. 69 e segg., il quale in particolare inclina a ritenere che nella L. 4 Dig. di cui stiamo occupandoci, la seconda parte, da « hoc est » alla fine, sia interpolazione o glossema. — Si collega poi un successivo articolo di diritto intermedio e moderno dello stesso Fadda *Le qualità morali dell'attore nell'az. popol.* pubblicato nel periodico *Il Filangieri* a. 24 [1899] pag. XXXV e segg. e ristampato recentemente negli *Studi e questioni di dir.* del medesimo A. vol. 1 Napoli 1910 pag. 563 e segg. In codesto interessante lavoro Fadda comincia col dichiarare che la tradizione romanistica non fu interrotta nei tempi di mezzo. Da un canto la Glossa e gli scrittori posteriori considerarono codesto fr. 4 come avente indiscutibile valore pratico; dall'altro il diritto canonico, nei limiti in cui ammise il processo accusatorio, riprodusse, allargandolo, il concetto limitativo romano. Ma la tradizione romana trova soprattutto la sua conferma in molti fra gli statuti, che in larga misura ammisero l'azione popolare. E di tali statuti fa ampia e dotta disamina l'A.; chiudendo quindi l'articolo suo con un opportuno confronto di diritto moderno.

(1) Lenel *Paling* vol. 1 col. 977 n. 9 congettura che Paolo abbia scritto *cognitorem* anziché « procuratorem »; non segnala interpolazione l'ed. di Krueger. — Anche questo passo, nella seconda parte, fu invocato per sostenere il carattere procuratorio di tutte le azioni popolari; chi promuove un'azione popolare, si è detto, è già procuratore del *populus* e pertanto non può costituire un ulteriore procuratore, che sarebbe procuratore del procuratore del *populus*. Ma anche qui bene oppone Scialoja c. s. pagg. 525-6: Non si può agire mediante procuratore nelle azioni popolari, per ciò che in esse ciascuno fa valere un diritto che spetta ugualmente ai suoi concittadini, ma è anche un diritto suo proprio;



L. 6 D. h. t. (Ulp. 25 *ad ed.*): « Mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat » (1).

L. 7 D. h. t. (Paul. 41 *ad ed.*): « Populares actiones non transeunt ad eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatus consulto (2). — § 1. Item qui habet has actiones, non intellegitur esse locupletior » (3).

L. 8 D. h. t. (Ulp. 1 *ad ed.*): « Omnes populares actiones neque in heredes dantur neque supra annum extenduntur » (4).

L. 12 pr. D. de V. S. 50. 16 (Ulp. 6 *ad ed.*):

---

onde non sta che uno sia costituito procuratore di altri per un'azione, che, come ad altri, compete anche a lui medesimo. Ciò, osservo, corrisponde perfettamente allo scolio dei Basilici 60. 32. 9 (ed. di Heimbach vol. 5 pag. 670), trad. lat.: « Qui enim fieri potest, ut quis agat quasi procurator? Nam si quis agat ut procurator, quam ob causam non agit suo nomine, cum unus et ipse sit ex civibus, qui possit agere suo nomine? ».

(1) Vedi Fadda *Az. pop.* pagg. 71-72.

(2) Non si trasmettono le azioni popolari al fedecommisario universale, come non si trasmettono agli eredi. Ciò deriva logicamente dalla natura stessa dell'azione popolare, avendo i suddetti *iure proprio* il diritto di agire, come ogni altro cittadino. Si trasmetteranno tuttavia le azioni popolari dopo la *litis contestatio*, perchè entrate allora nel patrimonio del defunto, trasformandosi nella natura. (Cfr. il seguente § 1 colla nota).

(3) Cfr. e vedi L. 12 pr. D. de V. S. 50. 16, che sotto trascriviamo; nonchè L. 32 pr. D. *ad leg. Falcid.* 35. 2. Come l'azione popolare abbia carattere repugnante al lucro svolge bene Fadda *Az. pop.* pag. 98 e segg.

(4) Ciò deriva dal carattere penale di codeste azioni (cfr. pag. 86).

« ... si ex populari causa (debeatur) ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse » (1).

203. — ACTIONES REI PERSECUTORIAE, ACTIONES POENALES, ACTIONES MIXTAE (2). Tale distinzione concerne le azioni derivanti da atti illeciti. *Actiones rei persecutoriae (rei persequendae causa comparatae)* sono quelle con cui si domanda la reintegrazione del diritto offeso - p. es. la restituzione della cosa rubata - od un congruo indennizzo, per modo che il patrimonio dell'individuo leso dall'atto illecito ritorni nella pristina condizione. *Actiones poenales (poenae persequendae causa comparatae)* sono quelle con cui si domanda la prestazione di una pena, privata e pecuniaria s'intende, onde aumenta di una data somma il patrimonio dell'attore e diminuisce in corrispondenza quello del convenuto. *Actiones mixtae* (3) sono quelle azioni che mirano a raggiungere ad un tempo tutti e due gli scopi menzionati. Esempio rispettivamente delle tre specie la *condictio furtiva*, l'*actio furti*, l'*actio legis*

---

(1) Cfr. L. 7 § 1 soprascritta. Anche in ciò hanno creduto di trovare un argomento i fautori del carattere procuratorio di tutte le azioni popolari. La risposta si può vedere nella stessa esposizione dogmatica nostra a pag. 86 e più ampiamente in Scialoja *sopracit.* pagg. 528-9.

(2) De Francisci *Studii sopra le azioni penali ecc.* già cit. a pag. 56 n. 2, con idee originali (per l'enunciazione delle quali vedi specialmente pagg. 5-8 e 86 e segg.) discutibili, soprattutto nel riguardo processuale, come discutibile è l'apprezzamento dei testi classici; ancorchè il lavoro sia serio e pregevole.

(3) In un senso diverso da quelli già visti (pagg. 27 n. 3 e 82 n. 2) e fin d'allora preannunciato.

*Aquiliae*. — Caratteristiche dell'azione penale sono: che non si dà contro gli eredi, i quali logicamente non sono tenuti per la pena; che dura soltanto un anno utile, reputandosi che il maggior tempo trascorso renderebbe inefficace la pena; che se più sono i colpevoli, può farsi valere integralmente contro tutti, dovendo tutti ugualmente essere *puniti*. Invece le *actiones rei persecutoriae* e *mixtae* si danno contro gli eredi, le *mixtae* però solo per l'entità del danno sofferto (ossia in quanto sono *rei persecutoriae*) e non anche per la pena; vanno soggette non alla prescrizione dell'anno utile come le azioni penali, bensì alla normale prescrizione delle azioni (1), però le *mixtae* oltre l'anno utile rimangono naturalmente efficaci soltanto per la parte onde mirano al risarcimento del danno; essendovi più colpevoli, ciascuno è per intero responsabile del danno arrecato e perciò contro ciascuno può dirigersi integralmente l'*actio rei persecutoria* o *mixta* - senonchè l'indennizzo avvenuto da parte di uno dei condelinquenti libera logicamente tutti gli altri, rimanendo tuttavia efficace l'*actio mixta* contro ciascuno degli altri in quanto mira alla pena.

204. — Tutto ciò è molto chiaro, armonico, semplice. Ma non dobbiamo credere di trovare il suddetto sistema determinato, fisso e sicuro, nel

(1) Per ciò che la lesione del diritto permane oltre l'anno e oltre l'anno il patrimonio leso si può integrare. Circa la spiegazione del termine di prescrizione dell'azione penale e dell'*actio rei persecutoria* cfr. specialmente Perozzi *Istit.* vol. 2 pag. 66.

diritto storico romano e nemmeno nello stesso diritto giustiniano. — Nel periodo del più antico diritto romano (come si riscontra pure nel diritto degli altri popoli antichi a noi noti) sono confusi i due concetti di pena, privata e pecuniaria come sopra si disse, e risarcimento del danno; non distinguendosi o mal distinguendosi la restaurazione del patrimonio dell'individuo leso, che è risarcimento del danno, dall'aumento del medesimo con corrispondente diminuzione del patrimonio del delinquente, che è pena (1). Ed una certa confusione permane, come abbiamo detto, financo negli stadî più avanzati; di cui sono manifestazione l'ibrida categoria delle azioni miste (2), l'oscillante e più volte impropria terminologia, come pure il fatto che un'azione ora in questa ed ora in quella categoria trovasi collocata, o se pur nella stessa, con differente motivazione; a tacere di altre discordanze ancora. Dello sviluppo storico non portato a netto e deciso compimento non è dato di seguire bene le

(1) Carattere e scopo della pena privata - la quale soltanto viene qui considerata - è quello stesso della pena pubblica, il castigo dell'autore del delitto; colla differenza che per la pena privata il male inflitto a quest'ultimo può tornare e torna infatti - trattandosi dell'esborso di una somma di denaro, fissata spesso in un multiplo (*in duplum, in triplum, in quadruplum*) del danno arrecato - a beneficio della parte lesa.

(2) Vi sono autori che ritengono essere tale categoria prettamente giustiniana, ripudiandola pel diritto classico; vedi da ultimo De Francisci *Studii sopra le az. penali* pag. 9 n. 3, il quale cita come precursori Pampaloni e Perozzi e come a lui consenziente pure Albertario, annunciandone un prossimo lavoro sulle azioni miste.

fasi, anche per le numerose e svariate interpolazioni.

205. — Gai. 4. 6-9 e 112: « Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam. — 7. Rem tantum persequimur velut actionibus, quibus ex contractu agimus. — 8. Poenam tantum persequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum: nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit. — 9. Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine quae per damnationem certa relictae sunt. — 112... Est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. Sed heredibus huius modi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum et si qua alia similis inveniatur actio » (1).

§§ 16-19 I. de actionibus 4. 6 e § 1 I. de perpet. et tempor. act. 4. 12: « Sequens illa divisio est, quod quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt. — 17. Rei persequendae causa

(1) Per codesta riserva vedi più avanti, pagg. 107-8. Sul l'argomento della trasmissibilità delle *actiones ex delicto*, con previe opportune osservazioni circa la confusione dei concetti di pena e restaurazione del danno, vedi Fadda *Dir. credit.* parte 2<sup>a</sup> pag. 241 e segg.

comparatae sunt omnes in rem actiones. earum vero actionum, quae in personam sunt, hae quidem quae ex contractu nascuntur fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur: veluti quibus mutuam pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor, item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto vendito, locato conducto. plane si depositi agetur eo nomine, quod tumultus incendii ruinae naufragii causa depositum sit, in duplum actionem praetor reddit, si modo cum ipso apud quem depositum sit aut cum herede eius ex dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio. — 18. Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae quam rei persequendae et ob id mixtae sunt. poenam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur quadrupli sive nec manifesti dupli, de sola poena agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet: eo amplius adversus furem etiam condictio est rei (1). — 19. Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur, poena autem tripli est. sed et legis Aquiliae actio de damno mixta est, non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit. veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit. tanti enim damnatur, quanti is homo in eo anno plurimi fuerit, secundum iam traditam divisionem. item mixta est actio contra eos, qui relicta sacro-

(1) Cfr. Gai. 4. 4 e § 14 I. eod. (qui pagg. 31-32).

sanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine dare distulerint usque adeo, ut etiam in iudicium vocarentur: tunc enim et ipsam rem vel pecuniam quae relicta est dare compelluntur et aliud tantum pro poena, et ideo in duplum eius fit condemnatio» (1). — Il § 1 sopracit. in buona parte riproduce Gai. 4. 112 sopratrascritto (2).

(1) La fonte classica di questi §§ 16-19 fino a « divisionem » è incontrollabile; l'ultima parte del § 19, dopo « divisionem », è del compilatore. Vedi Zocco-Rosa *Instit. Paling.* vol. 2 pag. 309 e segg., rettificando Ferrini.

(2) Esaminando il brano di Gaio e quello delle Istituzioni giustiniane varie cose rileviamo. — Si parla di azioni con cui « rem persequimur » o « rei persequendae causa comparatae » comprendendo nelle medesime, e si capisce, anche quelle che non derivano *ex maleficio*. — Leggendo i paragrafi di Gaio, tosto si avverte l'incertezza e l'insufficienza delle spiegazioni che essi danno. — Confrontando colle Istituzioni giustiniane, notiamo che l'*actio legis Aquiliae* è posta dalle medesime fra le azioni miste non solo come fa Gaio in quanto si raddoppia per l'*infitiatio*, ossia per il diniego del convenuto, ma anche senza ciò, in ogni caso, direttamente di sua natura; per questo, che con essa si ottiene non solo un'indennità costituente la reintegrazione del patrimonio dell'attore, ma si consegue il valore massimo che la cosa distrutta o deteriorata aveva avuto dentro un certo periodo (dentro l'anno nel caso addotto), e in ciò, si capisce, è rinvenuto l'elemento penale. (Con ragionamento analogo, possiamo arguire, Giustiniano più su dichiara mista l'azione *in duplum* del cosiddetto deposito necessario: § 17 I. sopratrascritto). — Gaio nel § 112 indica come « poenales actiones » tanto l'*actio furti* quanto l'*actio vi bonorum raptorum* e l'*actio iniuriae* e Giustiniano nel § 1 I. 4. 12, come abbiamo veduto, ciò riproduce; or bene nella classifica giustiniana che danno i §§ 18-19 sopratrascritti la prima si è dichiarata *poenalis*, ma le altre due invece sono dichiarate *mixtae*. Per l'*actio vi bonorum raptorum* cfr. lo stesso Gaio

§ 9 I. *de lege Aquilia* 4. 3: « His autem verbis quanti id (1) in eo anno plurimi fuerit (2) illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus aut luscus aut mancus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti is hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. qua ratione creditum est poenalem esse huius legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris: ideoque constat in heredem eam actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis aestimaretur » (3).

L. 1 § 4 D. *de eo per quem factum erit quominus quis in iudicio sistat* 2. 10 (Ulp. 7 *ad ed.*): « Si plures dolo fecerint, omnes tenentur: sed si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur, cum nihil (4) intersit » (5).

4. 8 sopratrascritto, « secundum quorundam opinionem » e vedi Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 416 [*Manuale* pag. 428].

(1) « id » om. B.

(2) Cfr. il proemio.

(3) Qui, a differenza di ciò che sopra abbiamo veduto (n. 2 della pag. preced.) l'*actio legis Aquiliae* è detta *poenalis* e come tale caratterizzata. — Circa la derivazione di questo paragrafo da Gaio vedi Zocco-Rosa sopracit. vol. 2 pag. 275.

(4) « nihil amplius » Basil. 7. 15. 1. 4 trad. lat. (ed. di Heimbach vol. 1 pag. 310).

(5) Ecco un'altra incongruenza e difformità. Qui si indica come « poena » l'oggetto di un'azione di cui l'importo è pari a quello del pregiudizio patrimoniale sofferto (confronta L. 3 pr. D. h. t.). — Non ci occupiamo di altre questioni attinenti a questo passo, ma estranee all'argomento generale che stiamo trattando; e questo avvertimento vale anche per altri passi prima e dopo trascritti.

L. 4 § 6 e LL. 5-7 D. *de alienatione iudicii mutandi causa facta* 4. 7 (Ulp. 13 *ad ed.*, Paul. 11 *ad ed.*, Ulp. 13 *ad ed.*, Gai. 4 *ad ed. prov.*): « Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet, quare et heredi dabitur: in heredem autem / vel similem (1) / vel post annum non dabitur, / quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari » (2).

L. 23 § 8 D. *ad leg. Aquil.* 9. 2 (Ulp. 18 *ad ed.*): « Hanc actionem et heredi ceterisque successoribus dari constat: sed in heredem vel ceteros (3) haec actio non dabitur (4), cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit » (5).

L. 1 § 3 D. *si mulier ventris nomine* 25. 6 (Ulp. 34 *ad ed.*): « Hanc autem actionem praetor intra annum utilem pollicetur, ultra non, videlicet quasi poenalem » (6).

(1) « vel similem » interp. Longo; cfr. D. 50. 17. 117.

(2) Qui abbiamo un'azione dichiarata reipersecutoria e non penale, essendo diretta solo all'indennità (cfr. L. 1 pr., L. 3 § 4, L. 4 § 5 D. *eod.*); eppure non si dà contro gli eredi, nè oltre l'anno, conformemente ai caratteri delle azioni penali. — Circa l'*alienatio iudicii mutandi causa facta*, di cui meglio si tratta in altra parte del sistema, vedi le indicazioni bibliografiche in Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 342 n. 1 e da ultimo Mayr *Röm. Rechtsgesch.* 2° libro 1ª metà pagg. 137-8. Della bella monografia di Partsch citata da Girard si è occupata largamente la critica.

(3) « ceterisque successoribus » e « vel ceteros » interp. Longo.

(4) Cfr. L. 10 pr. D. *comm. divid.* 10. 3.

(5) Qui l'*actio legis Aquiliae* è detta *poenalis* e come tale viene caratterizzata (cfr. pag. 103 n. 3).

(6) Ulpiano in questo passo dice che l'azione diretta contro la donna la quale si sia fatta immettere nel possesso

L. 9 § 8 e LL. 10-11 D. *de rebus auctoritate iudicis possid.* 42. 5 (Ulp. 62 *ad ed.*, Paul. 59 *ad ed.*, Ulp. *eod.*): « Si possessionis causa deterior facta esse dicetur dolo eius, qui in possessionem missus sit, actio in eum ex dolo datur, quae neque post annum, in heredes ceterosque successores (1) dabitur, cum ex delicto oriatur, poenaeque nomine concipiatur, / nisi quatenus ad eum pervenit. / Heredi autem dabitur, quia et rei continet persecutionem » (2).

L. 1 § 8 D. *ne vis fiat ei qui in possess. missus erit* 43. 4 (Ulp. 72 *ad ed.*): « Hanc actionem, excepta legatorum missione (3), intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis,

dell'eredità *ventris nomine* sapendo di non essere gravida, non si dà oltre l'anno in quantochè (tale significato ha qui, come in molti altri luoghi il *qualis*) essa è penale. Orbene, codesta azione, detta *poenalis*, è in sostanza diretta al risarcimento del danno derivato all'attore per ciò che la donna ha ottenuto il possesso dei beni ereditari invece di lui che ne aveva il diritto (vedi il § 4, dove il « simili modo » vuol dire *come nell'editto precedente*, cfr. il § 1). Abbiamo dunque un'azione diretta ad un indennizzo, che è dichiarata *poenalis*.

(1) « ceterosque successores » interp. Longo.

(2) Il linguaggio che adopera il testo ed i caratteri che esso indica dovrebbero farci concludere che la presente azione è penale; ma il testo stesso i. f. dice « quia et rei continet persecutionem ». — Circa la discussa azione contro gli eredi dell'autore del delitto, nei limiti del loro arricchimento (che qui appare nel « nisi quatenus ad eum pervenit »), vedi in genere Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 399 [*Manuale* pag. 411] e la monografia di De Francisci.

(3) Lenel *Paling.* vol. 2 pagg. 790 n. 2 e 791 n. 1 corregge l'*inscriptio* in 62 *ad ed.* e rileva come interpolato questo inciso.

nec in heredes similesque personas (1), dabitur, nisi in id quod ad eos pervenit... » (2).

L. 35 pr. D. *de O. et A.* 44. 7 (Paul. *1 ad ed.*): « In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus. illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur » (3).

(1) « similesque personas » interp. Longo.

(2) Abbiamo qui un'azione data a colui che è immesso nella *possessio bonorum* dal pretore contro colui che ostacola la presa di possesso; la quale azione si afferma competere solo dentro l'anno e contro gli eredi solo fino al limite dell'arricchimento « cum sit poenalis »; eppure è un'azione diretta al risarcimento di danni, al « quanti ea res erit » (confronta pr. e § 5).

(3) Anche in codesta distinzione di azioni onorarie reipersecutorie e penali troviamo singolarità e incongruenze. Il testo è più o meno largamente interpolato; vedi da ultimo Albertario nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 32 [a. 1911] pagg. 313-4 e nuovamente nella *Rivista ital. per le scienze giurid.* vol. 52 [a. 1912] pagg. 24-25, nonchè De Francisci *Op. cit.* pagg. 16-17.

I rilievi critici relativamente ai testi trascritti per la maggior parte li abbiamo fatti colla guida di Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 495 e segg. (che ivi può vedersi con profitto anche per altro); adde Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 398 e segg. [*Manuale* pag. 409 e segg.].

206. — ACTIONES VINDICTAM SPIRANTES. Con questa denominazione, a preferenza, o colle denominazioni analoghe, più prossime al linguaggio delle fonti, *actiones quae vindictam continent* e *actiones quae ad ultionem pertinent*, indicano gli autori un gruppo di azioni penali che colpiscono atti illeciti i quali esclusivamente o prevalentemente, in confronto del patrimonio, ledono la *persona* della vittima dei medesimi; esse tendono a dare soddisfazione alla *persona* per l'offesa da questa ricevuta, a vendicarla per così dire della lesione sofferta, colpendo nel patrimonio chi l'offesa ha arrecato. I testi rilevano più volte con chiarezza e decisione il carattere personale di tali azioni. Le quali sono precisamente: l'*actio iniuriarum*, che costituisce come il tipo o perno della categoria, essendo quella in cui la suddetta caratteristica concettuale appare più spiccata; l'*actio sepulchri violati* fatta valere in prima linea dal titolare dello *ius sepulchri* come abbiamo visto (1), l'*actio in factum* contro chi impedisce di sotterrare un cadavere; l'azione contro figli e liberti che rispettivamente abbiano chiamato in giudizio ascendenti o patroni o anche ascendenti o discendenti di questi ultimi senza il permesso del pretore (2); l'*actio de effusis et deiectis* essendo stato ferito un uomo libero, a questo in primo luogo concessa (3); l'*actio de calumnia* data contro chi ha ricevuto denaro per fare o non fare *calumniae causa* un processo; forse, si discute, qualche altra azione

(1) Pagg. 86-87.

(2) Cfr. vol. 1 pag. 227.

(3) Cfr. pagg. 86-87.



ancora (1). Codeste *actiones in vindictam spirantes*, in conformità alla dichiarata loro natura, si estinguono colla morte della persona lesa, ossia non si trasmettono agli eredi nemmeno attivamente (2), chè passivamente abbiamo visto essere intrasmissibili agli eredi tutte le azioni penali (3); e, con logica applicazione, si ritiene che le suddette azioni non possano essere cedute, al pari delle altre azioni considerate inerenti alla persona del titolare delle medesime.

207. — Gai. 4. 112 i. f. — Trascritto a pag. 100.

L. 24 D. *de in ius voc.* 2. 4 (Ulp. 5 *ad ed.*). — Trascritta a pag. 230 del vol. 1.

L. 4 D. *de calumniatoribus* 3. 6 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): « Haec actio (4) heredi quidem non competit, quia sufficere ei debet, quod eam pecuniam quam defunctus dedit repetere potest » (5).

(1) Vedi Windscheid *Pandekten* 9 vol. 2 pagg. 530-1 n. 6 [*Pandette* vol. 2 parte 1<sup>a</sup> pag. 395 n. 6], Scialoja *sopracit.* pagg. 505-6, Perozzi *Istit.* vol. 2 pag. 63 n. 2, Fadda *Dir. eredit.* parte 2<sup>a</sup> pag. 197 e segg.

(2) Possiamo dire con Fadda *sopracit.* pag. 193, il quale occasionalmente fa una chiara e diffusa esposizione di codeste azioni: « Se l'offeso venga a morire, la funzione di soddisfacimento vien meno, non essendo più possibile provocare nella persona lesa il sentimento del benessere per la riparazione ricevuta. D'altra parte è decisiva la volontà della persona nel provocare il soddisfacimento e non vi è ragione per tollerare che prenda la iniziativa l'erede là dove l'autore tacque ».

(3) Pag. 98.

(4) Vedi L. 1 pr. D. eod.

(5) Intorno a codesta azione vedi Fadda *sopracit.* pagine 195-6 cogli autori dal medesimo citati.

L. 5 § 5 D. *de his qui effud. vel deiec.* 9. 3 (Ulp. 23 *ad ed.*): « ... sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: ... nec enim heredibus iure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur » (1).

L. 9 D. *de religiosis* 11. 7 (Gai. 19 *ad ed. prov.*): « Liberum est qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre aut statim interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri, aut alio inferre et postea in factum (2) agere: per quam consequetur actor, quanti eius interfuerit prohibitum non esse, in quam computationem cadit loci empti pretium aut conducti merces, item sui loci pretium, quem quis, nisi coactus est (3), religiosum facturum non esset, unde miror quare constare videatur neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem: nam ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur (4): certe perpetuo ea inter ipsos competit ».

(1) Cfr. I. 4. 5 § 1 trascritto a pag. 55. La parte qui omessa della presente L. 5 § 5 D. trovasi a pagg. 89-90. Per ragioni formali e materiali il testo può ritenersi in parte illegittimo; vedi in questo senso, parmi però con troppo zelo, Kann *Klagenmehrheit bei einem Delikt* Berlin 1901 pag. 6 e segg. Un equivoco nel determinare il perchè dell'intrasmissibilità attiva dell'azione, di cui nel brano sopratrascritto, agli eredi ben rileva Fadda *Dir. eredit.* parte 2<sup>a</sup> pagg. 196-7. Utilmente si legge Marchi *Op. cit.* a pag. 39 n. 3, pag. 222 [estr. pag. 18], per lo svolgimento storico ivi tracciato.

(2) *formula* ins. Erman (in Kr.).

(3) « est » del. Hal.; *esset* scr. Scialoja.

(4) Questa meraviglia di Gaio ha dato luogo a vive dispute fra gli interpreti. Ma giustamente la grande mag-

L. 20 § 5 D. *de adquir. vel omitt. hered.* 29. 2 (Ulp. 61 *ad ed.*): « Si sepulchri violati filius aget, quamvis hereditarii, quia nihil ex bonis patris capit, non videtur bonis (1) immiscere: haec enim actio poenam et vindictam quam rei persecutionem continet » (2).

L. 32 pr. D. *ad leg. Falcid.* 35. 2 (Maecianus 9 *fideicomm.*): « Poenales actiones, sive legitimae sive honorariae exceptis popularibus (3) in bonis actoris non ideo minus computandae sunt, quia morte reorum intercidere possunt, e contrario autem eadem actiones nihil bonis rei defuncto eo detrahunt, sed ne in actoris quidem bonis defuncto eo iniuriarum actio poterit computari, quia et ipsa simul cum eo intercidit, ut ususfructus et id quod in dies menses annosve singulos alicui quoad vivat debeatur .... ».

L. 2 § 4 D. *de collatione bonorum* 37. 6 (Paul. 41 *ad ed.*): « Emancipatus filius si iniuriarum habet

gioranza degli scrittori ritiene, che la ragione della trasmissibilità si debba ricercare in ciò che, sebbene la condanna comprenda elementi patrimoniali, qui si ha una specie particolare di *actio iniuriarum*; essendo vera ingiuria, vuoi al defunto, vuoi a colui che procede al seppellimento, l'ostacolo arrecato. Vedi a conferma L. 3 § 8 D. *de sepulchro viol.* 47. 12; e l'impedimento alla sepoltura è posto sotto il concetto del violato sepolcro nella L. 6 C. h. t. 9. 19. Cfr. Fadda *Dir. ered.* parte 2<sup>a</sup> pagg. 195-6.

(1) *se ins.* ?

(2) Elissi del *magis*; per cui vedi Kalb *Rom's Juristen* pag. 127 e *Wegweiser in die röm. Rechtssprache* pag. 115 dove il passo è chiaramente spiegato. Cfr. Giorgi loc. cit. a pag. 91 n. 2, nonché L. 6 i. f. D. *ivi*.

(3) Cfr. L. 7 e L. 12 pr. D. trascritte a pag. 96.

actionem, nihil conferre debet: magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem: sed si furti habeat actionem, conferre debebit ».

L. 1 § 1 D. *de privatis delictis* 47. 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): « Heredem autem furti agere posse aequae constat: exsecutio enim quorundam delictorum heredibus data est (1): ita et legis Aquiliae actionem heres habet, sed iniuriarum actio heredi non competit ».

L. 13 pr. D. *de iniuriis* 47. 10 (Ulp. 57 *ad ed.*): « Iniuriarum actio neque heredi neque in heredem datur, idem est et si in servum meum iniuria facta sit: nam nec hic heredi meo iniuriarum actio datur, semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad successores pertinere » (2).

(1) Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagg. 395-6 n. 3 [*Manuale* pag. 407 n. 3] invoca questo passo per sostenere che la trasmissibilità attiva agli eredi dell'individuo leso, che abbiamo indicata come caratteristica delle *actiones vindictam spirantes*, debba aver avuto nel diritto antico più larga applicazione; militando poi a suffragio di siffatta tesi anche la testimonianza di Cicerone *Epist. [ad famil.]* 7. 22 (e non 21), secondo la quale la trasmissibilità dell'*actio furti* agli eredi era stata negata da certi giureconsulti, probabilmente Manio Manilio, Sesto Elio Peto e Marco Giunio Bruto.

(2) Quest'ultima dichiarazione si spiega col noto effetto novatorio della *litis contestatio*, per il quale sparisce la primitiva causa del rapporto e sottentra la causa processuale: L. 139 pr. D. *de R. I.* 50. 17. Cfr. la burlesca *lex convivialis* riprodotta da Pernice nella *Ztschr. der Savigny-Stiftung* vol. 7 [a. 1886] fasc. 1 pagg. 95-96: « in tantum autem parasitis consuli iura voluerunt, ut si vulneribus afflictus contestata lite defecerit, heredibus eius paterni laboris ac meriti praemia non negentur ».

L. 6 D. *de sepulchro violato* 47. 12 (Julian. 10 *digest.*). — Trascritta a pag. 91.

L. 10 D. h. t. (Papin. 8 *quaest.*): « Quaesitum est, an ad heredem necessarium, cum se bonis non miscuisset, actio sepulchri violati pertineret. dixi recte eum ea actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est: nec tamen si (1) egerit, hereditarios creditores timebit, cum etsi per hereditatem obtigit haec actio, nihil tamen ex defuncti capiatur voluntate, neque id capiatur, quod in rei persecutione, sed in sola vindicta sit constitutum » (2).

208. — ACTIONES PERPETUAE, ACTIONES TEMPORALES S. TEMPORARIAE (3). La legge, nel più largo

(1) *tametsi* M.

(2) Cfr. L. 20 § 5 D. 29. 2 trascritta a pag. 110 ed i rinvii ivi in nota. Costa (*Papiniano* vol. 3 pagg. 168-9), il quale pone in rilievo il concetto espresso in più luoghi da Papiniano sopra l'indipendenza della volontà di acquistare l'eredità deferita, dalla volontà di gerire uffici di pietà familiare, riconoscendo espressamente il diritto e l'obbligo di esercitare tali uffici anche al familiare e specialmente al figlio che si è astenuto dall'eredità paterna o ne è stato escluso dal padre colla *exhereditatio* — segnala come una manifestazione di tale concetto codesta dottrina, che al figlio astenutosi compete l'*actio sepulchri violati* per la violazione del sepolcro paterno. Circa il presente passo vedi ora anche De Francisci *Studii sopra le azioni penali* pag. 56.

Sul *ius sepulchri* - di cui il carattere nelle fonti non è del tutto chiaro e che in Italia pure, specie da parte di Fadda, fu seriamente studiato - non possiamo qui trattenerci; sommariamente vedi Ferrini *Manuale di Pand.*<sup>2</sup> pag. 257 e segg. Pregevoli studi attinenti a questa materia furono pubblicati anche molto recentemente presso di noi (Giorgi *retrocrit.* e Albertario).

(3) Da ultimo Klingmüller *Ueber Klagenverjährung u.*

senso della parola, offrendoci il mezzo per far valere in giudizio i nostri diritti, ossia offrendoci l'azione, può aggiungere la condizione che se ne faccia uso dentro un tempo determinato. In tal caso, se noi vogliamo far valere l'azione trascorso il termine, l'avversario potrà respingere la nostra domanda fondandosi sul fatto che è trascorso lo spazio di tempo stabilito dalla legge, ossia che è prescritta (1) la nostra azione.

Orbene, all'antico diritto romano era ignota la prescrizione. Si poteva agire quando si voleva per la difesa dei propri diritti, anche dopo mille anni, senza trovare ostacolo, teorico almeno. Onde le azioni erano tutte *perpetuae* nel vero senso della parola (2).

Ma in progresso di tempo, col sorgere e svilupparsi del diritto onorario, gli organi e rappresentanti di questo, creando nuove azioni, spesso stabilivano un lasso di tempo dentro cui farle valere, trascorso il quale non potevansi più intentare; precisamente, le azioni edilizie si estinguevano tutte col decorso di un anno al più (dentro due mesi e sei mesi quelle note in materia di compravendita, mentre annuale era certamente l'azione dell'editto *de*

*deren Wirkung in Festgabe für F. Dahn* Breslau 1905 parte 2<sup>a</sup> pag. 31 e segg.

(1) Tale terminologia fu già spiegata a pag. 323 n. 1 del vol. 1.

(2) Un'eccezione si rileva in base alla *lex Furia*, per la quale *sponsores* e *fidepromissores* dopo due anni erano liberati dalla loro obbligazione di garanzia; la suddetta legge era ispirata, come sappiamo, a speciali considerazioni politiche e sociali.

feris), e quanto alle azioni pretorie - se pur ve n'erano di perpetue, come le azioni civili - per la maggior parte si estinguevano dopo un anno (1). Onde la distinzione di *actiones perpetuae*, poche azioni onorarie e quasi tutte le civili, e *actiones temporales*, pochissime azioni civili (2) e la maggior parte invece delle azioni onorarie. — Come si calcolava l'anno, termine normale di validità dell'azione? Parecchi testi dichiarano trattarsi di anno utile (*annus quo experiundi potestas fuerit*) e non di anno continuo. Ma è un anno utile *ratione cursus*, pel quale cioè non si contano che i giorni in cui il titolare potrebbe agire, senza ostacolo proveniente da lui stesso o dal convenuto o dal magistrato? Od è invece un anno utile semplicemente *ratione initii*, tale cioè che una volta presentatasi una prima possibilità di agire come sopra, prosegue con computo di tutti i giorni, senza che si tenga più conto dell'ostacolo eventualmente rinnovantesi? La prima dottrina è la dominante. La seconda è più recente ed ha notevoli fautori (3). Essa si accorda coll'attestazione di Giustiniano e di Teofilo, secondo cui l'annualità delle azioni pretorie deriva dall'annualità dei poteri del pretore, che è

(1) Molte di queste ultime però (p. es. l'*actio doli*, l'*actio Pauliana*, ecc.) morendo coll'anno erano sostituite poscia da un'*actio in factum* limitata all'arricchimento.

(2) Qualche altra eccezione avendo tenuto dietro a quell'unica menzionata a pag. 113 n. 2.

(3) Vedi Ferrini *Man. di Pand.*<sup>2</sup> pag. 225 n. 4 e Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 729 [*Manuale* pagg. 740-1] cogli autori dai medesimi citati.

annualità continua (1). A tal riguardo potrebbe venir mossa l'obbiezione, che se è l'estinguersi dei poteri del magistrato che determina l'estinguersi dell'azione, la vita di quest'ultima - tolto che essa nasca ad un tempo coll'inizio della carica di quello, per la lesione del relativo diritto in tale momento avvenuta - sarebbe variabile e magari di pochissimi giorni. Ma la difficoltà si toglie, riflettendo al modo come si svolgeva il diritto onorario ed in particolare riflettendo come i magistrati man mano succedentisi accoglievano buona parte delle disposizioni dei loro predecessori.

Nel giure classico avanzato il pretore o gli imperatori, non sappiamo bene, stabilirono l'estinzione dell'azione col decorso del tempo anche per un'intera categoria di azioni civili, le *actiones in rem*. Precisamente, si ammise che l'individuo chiamato in giudizio con un'azione reale - p. es. da chi pretendeva essere suo il fondo da quello posseduto - potesse respingere l'attore mediante la *exceptio* o *praescriptio (longi) temporis* quando fosse stato nel godimento del diritto - p. es. nel possesso del fondo - per un lungo spazio di tempo (10 anni fra presenti e 20 fra assenti nel caso indicato) ed inoltre il possesso fosse cominciato in base ad una giusta causa, cioè in base ad un rapporto che avrebbe potuto giustificare l'acquisto del diritto.

Il suddetto istituto della *exceptio* o *praescriptio temporis* in materia di azioni reali - istituto che si

(1) Havvi chi nega però questo fondamento, sostenendo che l'anno di durata delle azioni pretorie deriva da ragioni generali. Così Klingmüller retrocit. pag. 39 e segg.

fuse più tardi con quello dell'usucapione - fu il substrato del principio generale stabilito nell'anno 424 dall'imperatore Teodosio II, in antitesi all'originario principio della perpetuità o imprescrittibilità delle azioni. Teodosio introdusse la prescrizione per tutte le azioni; precisamente ordinando che tutte le azioni le quali non fossero già limitate ad un termine più breve, dovessero farsi valere dentro lo spazio di trent'anni (la durata media di una generazione), oltre il quale venivano respinte colla *praescriptio triginta annorum* (1). — In seguito a questa disposizione, la distinzione di *actiones perpetuae* e *temporales* avrebbe dovuto sparire. Invece la si mantenne, mutandone la portata e spostandone il naturale significato. Si continuarono a chiamare *actiones perpetuae* quelle che prima, logicamente e propriamente, avevano questo nome e che dopo la suddetta costituzione si estinguevano scorsi trent'anni; e *actiones temporales* quelle azioni che

(1) Bene osserva Frese (*Aus dem gräko-ägypt. Rechtsleben* Halle 1909 pag. 11 e segg.) potersi ritenere che l'istituto generale della prescrizione delle azioni abbia avuto valore pratico molto tempo prima nelle provincie orientali dell'Impero romano; in base all'*argumentum e contrario* che offrono parecchie costituzioni imperiali del terzo secolo, le quali escludono la suddetta prescrizione in confronto di istanze elevate invocandola, e in base ai chiari accenni che troviamo nei papiri. Dopo aver presentato codesti papiri, Frese si occupa della *longi temporis praescriptio*, che ha assolutamente base processuale e può collegarsi molto probabilmente ad un modello greco. (Senonchè, come abbiamo esclusa la trattazione di tale materia nel vol. 1 pag. 323 n. 1, così qui nuovamente la escludiamo, ricordando ancora tuttavia la monografia di Partsch ivi citata).

si prescrivevano in un termine più breve. La costituzione di Teodosio passò con poche modificazioni nel diritto giustiniano (ed è stata accolta fondamentalmente anche nel diritto moderno). In pochi casi il tempo della prescrizione fu allungato oltre i 30 anni; citiamo la prescrizione di 40 anni per l'ipoteca, la prescrizione di 40 anni pure a favore delle chiese e pie fondazioni, e la prescrizione di 50 anni per la ripetizione del pagamento di debiti di giuoco proibito (1).

209. — La prescrizione estintiva delle azioni comincia a decorrere dal giorno in cui l'azione è nata. Ed è nata l'azione quando viene leso il diritto che essa tutela; perciò, trattandosi di azione reale, appena possiamo pretendere l'esecuzione della obbligazione dalla medesima tutelata (2), poichè da questo momento cominciamo ad essere lesi per la mancanza di esecuzione. Perchè si compia la prescrizione non bastano ancora i due elementi positivi del sorgere dell'azione e del trascorso del tempo stabilito per l'efficacia della medesima; è necessario un altro elemento, negativo; precisamente, che la prescrizione durante questo tempo non sia stata sospesa o interrotta. Il caso più importante di sospensione è quello a profitto degli impuberi;

(1) Imprescrittibile è appena qualche azione che tutela un forte interesse pubblico, come la *vindicatio in libertatem*, l'azione del fisco per la riscossione delle imposte. Soltanto queste azioni, che costituiscono una singolarità in confronto del contrario principio generale, sono *veramente* perpetue.

(2) Perciò nelle obbligazioni a termine *quando dies venit*, nelle obbligazioni condizionali quando si sia verificata la condizione.

fi tantochè l'attore è impubere, la prescrizione è sospesa. La prescrizione poi si interrompe: se viene a cessare la lesione che ha fatto nascere l'azione (*interruzione naturale*), ossia quando il convenuto riconosca il diritto relativo, o espressamente o implicitamente (come pagando un acconto, pagando interessi, ecc.); quando l'attore intenti l'azione di cui è cominciata la prescrizione (*interruzione civile*).

La prescrizione estintiva delle azioni reali (in quanto non concorra usucapione) estingue soltanto l'azione, non anche il diritto. Quella delle azioni personali invece estingue insieme coll'azione anche il diritto stesso, secondo la dottrina da preferirsi; alcuni ritengono che il credito pur sussista anche prescritta l'azione relativa, o come obbligazione naturale o, presentandosi il caso, in forma di eccezione (1).

210. — Gai. 4. 110-111: « Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accomodare, eas vero quae ex propria ipsius iurisdictione pendent plerumque intra annum dare. — Aliquando tamen et *perpetuo eas dat velut qui-*

(1) Intorno alla questione molto discussa - non solo per il caso di precrizione ma anche per quello di ingiusta assoluzione - vedi sommariamente Ferrini *Man. di Pand.*<sup>2</sup> pagg. 545-6. Contributi speciali recenti: Klingmüller *retrocit.*, il quale sostiene che la sussistenza di un'obbligazione naturale dopo la prescrizione non ha fondamento nelle fonti romane, e Brini *Intorno alle oblig. naturali nel dir. rom. priv.* Bologna 1908 (*Memorie dell'Acc. di Bologna*) pag. 36 e segg. Qui non possiamo svolgere siffatta controversia.

*bus* (1) imitatur ius legitimum: quales sunt eae, quas *bonorum possessoribus ceterisque qui heredis loco sunt accomodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iuris dictione proficiscatur, perpetuo datur; et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit* » (2).

pr. I. *de perpetuis et temporalibus actionibus* 4. 12: « Hoc loco admonendi sumus eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consulto sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere, donec sacrae constitutiones tam in rem quam personalibus actionibus certos fines dederunt: eas vero, quae ex propria praetoris iurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere (nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium). aliquando tamen et in perpetuum extenduntur, id est usque ad finem constitutionibus introductum: quales sunt hae, quas bonorum possessori ceterisque qui heredis loco sunt accomodat. furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur, tamen perpe-

(1) Integr. Huscke; *scilicet cum*, piuttosto che *velut quibus*, Mommsen e così Girard *Textes*<sup>4</sup> pag. 341.

(2) Qui sono indicate come perpetue fra le azioni pretorie quelle che si collegano al *ius civile*; onde le azioni pretorie utili e fittizie, aventi analogia o fondamento nel *ius civile*, e l'*actio furti manifesti* nel quadruplo che sottentra alla privata vendetta (uccisione o schiavitù) ammessa dal *ius civile*. Cfr. L. 35 pr. D. *de O et A.* 44. 7 trascritta a pag. 106; dove appare pure un altro criterio più ristretto, per la temporaneità o perpetuità delle azioni pretorie, proposto da Cassio in base al carattere reipersecutorio o penale della azione.

tuo datur: absurdum enim esse existimavit anno eam terminari » (1).

L. 1 D. *de diversis temporalibus praescriptionibus* 44. 3 (Ulp. 74 *ad ed.*): « Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiundi potestatem habere. et quidem in primis exigendum est, ut sit facultas agendi. neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. proinde sive apud hostes sit sive rei publicae causa absit sive in vinculis sit aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiri neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. illud utique neminem fugit experiundi potestatem non habere eum, qui praetoris copiam non habuit: proinde hi dies cedunt, quibus ius praetor reddit ».

L. 139 pr. D. *de R. I.* 50. 17 (Gai. 1 *ad ed. praet. urb.*): « Omnes actiones, quae morte vel tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent » (2).

(1) È interessante il confronto con Gaio soprascritto. L'ultima edizione di Krueger stacca bene, qui come altrove in generale, la parte giustiniana. Vedi anche più ampiamente, con illustrazione, Zocco-Rosa *Le interpol. nelle Istit. di Giust.* Catania 1910 pagg. 11-12 e *Iustin. Instit. paling.* vol. 2 pagg. 353-4.

(2) Citiamo questo passo per mostrare che colla *litis contestatio* le azioni temporanee diventano perpetue (cfr. L. 9 § 3 D. *de iureiurando* 12. 2), come diventano ugualmente trasmissibili le azioni di natura loro intrasmissibili. Ciò per effetto della nota trasformazione che subisce il rapporto dedotto in giudizio (cfr. pag. 111 n. 2).

L. 3 C. *de praescriptione triginta vel quadraginta annorum* 7. 39 (Honor. et Theodos.) (1): « Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime tendantur. sed si qua res vel ius aliquod postuletur, vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilo minus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda... — § 1. Quae ergo antea non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem... — § 1<sup>a</sup>. Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate dumtaxat, quamvis (2) sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni... — § 2. Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae quae antiquitus (3) temporibus limitantur. — § 3. Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare temptaverit » [a. 424] (4).

(1) = Th. 4. 14. 1; *iunge* Th. 2. 12. 7. Imp. Theodosius A. *recte* Th. (Kr.).

(2) « quamdiu » Th. contra B. (k. p).

(3) « antiquitus fixis » cum Th. scr. (Kr.).

(4) Cfr. L. 1 § 1 C. *de annali except. ital. contr.* 7. 40 di Giustiniano (§ 1 *d* è trascritto in parte a pag. 37).

Esponendo la distinzione delle azioni perpetue e temporanee abbiamo avuto occasione di accennare a materie, le quali meglio si dichiarano e svolgono in altre parti del *Sistema*. Sottinteso il rinvio, omettiamo anche i testi relativi.

La suddetta distinzione, col titolo *Prescrizione delle azioni*, trovasi anche, ed anzi più spesso, esposta (invece che a proposito delle varie specie e distinzioni di formule ed azioni,

211. — SGUARDO COMPLESSIVO FINALE. — Abbiamo compiuto un lungo cammino esponendo le varie specie e distinzioni di formule e azioni. Le quali facilmente dai giovani potranno venir raggruppate secondo il diverso punto di vista e fondamento. Altre specie e distinzioni ancora si presentano al pensiero; ma codeste meglio e più opportunamente si considerano in altri punti del trattato stesso della *Procedura civile* o in diversa parte del *Sistema*. Così è per le *actiones in duplum* (*triplum*, etc.) e

---

come qui) sotto una particolare più ampia rubrica *Estinzione delle azioni*, unitamente alle altre cause generali di estinzione; cioè la cosa giudicata e nel diritto classico pure la contestazione della lite, il giuramento, il patto di non chiedere, il concorso di più azioni tendenti al medesimo scopo. Abbiamo dubitato se non fosse il caso di attenerci a questa seconda modalità di classifica e distribuzione della materia. Senonchè, di cotali altre cause di estinzione delle azioni abbiamo già avuto od avremo occasione di discorrere in seguito nella trattazione nostra. Possiamo dire così anche rispetto a quella per ultima menzionata, *concorso* (*concorrenza*) *delle azioni*; infatti nel diritto classico l'estinzione che si verifica in detto caso non è che una speciale applicazione della consumazione processuale attinente alla *litis contestatio*, ossia del principio *bis de eadem re agi non potest*. È soltanto nel diritto giustiniano che il *concursum actionum* diventa una causa speciale di estinzione, essendo stato abolito l'effetto consuntivo della *litis contestatio* in generale; l'estinzione avviene, per disposto di Giustiniano, soltanto fino alla reale misura del concorso, ossia l'azione concorrente sussiste per l'eventuale di più. Sull'argomento, che ha addentellati e sviluppi in altre parti del *Sistema* e che presenta ancora oscurità e difficoltà, vedi fra gli autori generali, a preferenza, Bonfante *Istituzioni*<sup>4</sup> pagg. 128-9, con indicazione di fonti (segnalando le interpolazioni) e gli scritti speciali in materia.

*actiones in simplum*, per le *actiones quae infitiando in duplum crescunt*, le *actiones directae* e *contrariae*, le *actiones noxales*, le *actiones adiecticiae qualitatatis*, le *actiones famosae* (1) ed altre ancora.

---

(1) Qualche accenno di codeste specie di azioni abbiamo già fatto occasionalmente.



## SEZIONE SECONDA

## Procedimento in iudicio

## § 23.

Iudicia legitima  
e iudicia imperio continentia (1)

Nozione — Importanza della distinzione (pag. 125).

212. — NOZIONE. Il *iudicium* che si iniziava in base alla formula rilasciata dal magistrato poteva essere o un *iudicium legitimum* o un *iudicium imperio continens*; colla denominazione completa *iudicium quod legitimo iure consistit* o *iudicium quod*

(1) Mommsen *Iudicium legitimum* nella *Ztschr. der Savigny-Stiftung* vol. 12 [a. 1891] pag. 267 e segg. (ora riprodotto nei *Gesammelte Schriften* del medesimo vol. 3 Berlin 1907 nr. XXXII pag. 356 e segg.); Bruneau cit. nel vol. 1 pag. 247 n. 1, per questo argomento specialmente pag. 35 e segg.; Tuor *Die mors litis im röm. Formularverfahren* Leipzig 1906, recensito da H. Krüger nella *Ztschr. u. s.* vol. 27 [a. 1906] pag. 370 e segg. e di cui dà un sunto R. De Ruggiero nel *Bull. dell'Ist. di d. r. a.* 18 [1906] pagg. 118-9, lavoro accurato, che nelle idee fondamentali si attiene a Wlassak, eccellente guida, come sappiamo.

*imperio continetur*. Era *iudicium legitimum* quello che si svolgeva a Roma o dentro il primo miglio all'intorno, cioè nel sobborgo; davanti ad un giudice unico; fra parti aventi la cittadinanza romana. Quando mancava uno qualunque degli elementi ora esposti, si aveva invece un *iudicium imperio continens*. — La distinzione suddetta va spiegata storicamente; poichè da principio eranvi soltanto giudizi risponderenti agli estremi sopraindicati, dai quali si derogò poscia via via coll'estendersi del territorio, coll'allargarsi della funzione giudiziaria. Ed allora *iudicia legitima* si dissero quei primi, ed i nuovi, tenuti in una classe a parte, si designarono come fondati sull'*imperium* del magistrato - poichè si scostavano dalle norme dell'antico ordinamento (1) - *iudicia imperio continentia* (2).

213. — IMPORTANZA DELLA DISTINZIONE. Era molteplice. — Anzitutto si manifestava riguardo alla perenzione d'istanza. Gli *iudicia legitima*, in origine perpetui ossia senza limite di tempo alla loro efficacia e validità, dovevano per disposizione della *lex Iulia iudiciaria* essere giudicati dentro diciotto mesi dall'emanazione della formula; gli *iudicia im-*

(1) Fu detto non essere altro il *iudicium legitimum* se non la *legis actio* trasportata nel processo formulare (Fadda *Diritto delle persone e della famiglia*, Lezioni, Napoli 1910 pag. 135).

(2) Vedi specialmente Cuq *Instit.* vol. 2 pagg. 757-8; diffusamente da ultimo, con idee in parte discutibili, Mayr *Röm. RG.* 2° libro 1ª metà pag. 112 e segg. Bonfante *Le obblig.*, Lezioni, Pavia 1911 pag. 104 trova l'espressione stranamente barbarica; i Frammenti d'Autun più avanti citati parlano, con nuova contrazione, di *iudicia imperialia*.

*perio continentia* dovevano essere decisi prima che uscisse di carica il magistrato che li aveva singolarmente ordinati, cessando col potere di questo anche il potere del *iudex* che egli, emanando la formula, aveva nominato. — In secondo luogo la distinzione suddetta aveva importanza relativamente alla consumazione processuale, per effetto della *litis contestatio*, la quale avveniva *ipso iure* negli *iudicia legitima* in cui si trattasse di azione personale e in *ius concepta* ed avveniva invece *ope exceptionis* (mercè la *exceptio rei in iudicium deductae*) negli altri *iudicia legitima* e in tutti gli *iudicia imperio continentia*; come abbiamo già visto trattando della *litis contestatio* (1). — Altre differenze si notano; quanto alla necessità di nominare un *tutor praetorius* per un processo fra il pupillo o la donna ed il rispettivo tutore, necessità affermata per il caso di *iudicium legitimum*; quanto alla necessità per la donna di avere l'*auctoritas tutoris* per litigare, necessità affermata ugualmente in rapporto al *iudicium legitimum*; quanto agli effetti dell'*adiudicatio*, la quale aveva un'efficacia *ipso iure* o di diritto civile negli *iudicia legitima* ed invece un'efficacia pretoria negli *iudicia imperio continentia* (proprietà quiritaria e proprietà bonitaria, servitù acquistata *iure civili* o *iure praetorio*); quanto alla *capitis deminutio*, che estingueva gli *iudicia legitima* e non gli *iudicia imperio continentia*.

214. — Gai. 4. 103-109 (2): « Omnia autem iudi-

(1) Pag. 304 del vol. 1. La differenza non mi pare si spieghi così facilmente come dichiara May *Éléments*<sup>10</sup> pag. 616 n. 8.

(2) Cfr. i frammenti d'Autun 4. 97-114.

cia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur. — 104. Legitima sunt iudicia (1) quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque e lege Iulia iudiciaria (2), nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori (3). — 105. Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur, ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamen diu valent, quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit (4). — 106-108. Questi paragrafi relativi

(1) « Legitima » presuppone, è da ritenersi, una *lex*, di che si ha anche riscontro sostanziale nella determinazione diligente e precisa degli estremi di siffatti *iudicia*. La *lex Aebutia*, come opinano Dernburg, Wlassak ed altri? Addirittura le Dodici Tavole, la legge per eccellenza, come reputano Mommsen, Duquesne e altri? Vedi per ragguaglio e discussione Duquesne *La translatio iudicii* pag. 29 e segg.; adde Mitteis *Röm. Privatrecht* vol. 1 pagg. 35-36 n. 17 e Naber ivi cit.

(2) *Lex Iulia iudiciorum privatorum*; cfr. Kniep *Der Rechtsgelehrte Gaius* pag. 90. Il quale, pag. 92, vuole che si legga soltanto « iudicia », come già prima Velsen *Beiträge zur Gesch. des edictum praetoris urbani* Leipzig 1909 pag. 24; lezione possibile diplomaticamente, ma impossibile stilisticamente, osserva Beseler in *Berliner philol. Wochenschrift* a. 31 [1911] col. 271.

(3) Altra espressione usata con uguale significato è « iudicium solvitur ».

(4) Come temperamento si cita (cfr. Cuq *Instit.* vol. 2

alla consumazione processuale furono già trascritti a pagg. 308-9 del vol. I (1). — 109. Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse. Nam si verbi gratia ex lege Aquilia vel Olinia vel Furia in provinciis agatur, imperio continetur iudicium; idemque iuris est si Romae apud recuperatores agamus, vel apud unum iudicem interveniente peregrini persona; et ex diverso si ex ea causa, ex qua nobis edicto praetoris datur actio, Romae sub uno iudice inter omnes cives Romanos accipiatur iudicium (2), legitimum est » (3).

pag. 758 n. 2) Sueton. *Aug.* 32, dove Augusto permette ai giudici che si lamentavano di essere sovraccarichi verso la fine dell'anno giudiziario di rinviare all'anno seguente le cause iscritte a ruolo in novembre e dicembre. Vedi anche per le provincie in specie Sokolowski in *Dernburg Pand.* pag. 249; nell'età imperiale codesti *iudicia* non si tennero più rigorosamente vincolati alla durata in carica dei magistrati che li avevano costituiti; L. 49 D. *de iudiciis* 5. 1.

(1) E confronta coi medesimi Gaï. 3. 180-1 parimenti ivi riprodotto.

(2) Schlossmann *Litis Contestatio* pagg. 84-85 invoca la frase *iudicium accipere sub iudice*, che ripetutamente si trova in questi paragrafi, per porre la *litis contestatio* allo inizio del procedimento in *iudicio*, anziché alla fine del procedimento *in iure*. Ma, come non può accogliersi in generale la dottrina di Schlossmann, così non regge affatto in particolare questo argomento. Bene osserva De Ruggiero in *Bullett. dell'Ist. di d. r. a.* 17 [1905] pag. 169 che chi legge con naturalezza i passi gaiani *sente* che la frase suddetta ha tutt'altro senso che quello di indicare il momento in cui la *litis contestatio* si compie; e cfr. Duquesne *Translatio iudicii* pag. 229 n. 2.

(3) In quest'ultimo paragrafo Gaio osserva che la distin-

Id. 1. 184: « Olim cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve lege agendum erat; nam quia ipse tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore legis actio perageretur; qui dicebatur praetorius tutor, quia a praetore urbano dabatur. Sed post sublatas legis actiones quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desiisse, aliis *autem* placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur » (1).

Id. 3. 83. i. f.: « ... quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt... *lites contestatae* legitimo iudicio ».

Ulp. 11. 24 e 27: « Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult, ut auctore eo agat (ipse enim tutor in rem suam auctor fieri non potest), qui praetorius (praetorianus *ms.*) tutor dicitur, quia a praetore urbis dari consuevit (2). — Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant ... ».

zione di *iudicia* da lui descritta non è da confondersi colla distinzione di azioni civili e pretorie; ad azioni civili possono corrispondere *iudicia imperio continentia* e viceversa ad azioni pretorie *iudicia legitima*.

(1) Cfr. § 3 I. *de auctor. tut.* 1. 21 e vedi Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 216 n. 1 [*Manuale* pag. 229 n. 1]. Kniep *Der Rechtsgelehrte Gaius* pag. 49-50 e *Gai Instit. comment. primus* Jena 1911 pagg. 74 e 331 afferma, per ragioni formali e sostanziali, che il testo di Gaio fu largamente modificato; ma tali ragioni mi pare si possano combattere facilmente.

(2) L'essere questo tutore dato « moribus » e la sua qualifica di « tutor praetorius » hanno fatto ritenere ch'egli venisse nominato già prima della *lex Atilia* in forza di un

Fragm. Vatic. 47<sup>a</sup> (Paul. 1 *manual.*): «Potest constitui (usus fructus) et familiae erciscundae vel communi dividundo iudicio legitimo ...».

L. 44 § 1 D. *famil. ercisc.* 10. 2 (Paul. 6 *ad Sab.*): «Si familiae erciscundae vel communi dividundo actum sit, adiudicationes praetor tuetur exceptiones aut actiones dando» (1).

### § 24.

#### Corso del procedimento

In generale — In particolare della prova (pag. 133) — Sentenza. Arbitratus e interlocutorie (pag. 139).

215. — IN GENERALE. Valgono in massima le regole indicate per questo stadio del processo all'epoca delle *legis actiones* (2); il sistema delle *formulae*, mentre nel procedimento *in iure* differisce notevolmente dalle *legis actiones*, nel procedimento *in iudicio* non presenta invece grandi diversità; salvo, com'è naturale, i maggiori sviluppi e le maggiori

diritto generale di proteggere gli incapaci: Cic. *in Verr.* II. 1. 56 e cfr. Girard pagg. 207-8 n. 6 e 208 n. 2 [221 n. 3 e 5]. — Qui appare pacifico ciò che Gaio 1. 184 dà come discusso; conformemente alla seconda soluzione dal medesimo riferita.

(1) Vediamo come l'*adiudicatio* trasferisca talvolta soltanto la proprietà pretoria. L'elemento determinativo, in base alla distinzione di *iudicia* di cui stiamo parlando, si ha confrontando col fragm. Vatic. soprascritto. Vedi Girard u. s. pag. 314 [327].

(2) Vol. 1 pag. 141 e segg.

complessità degli istituti, negli indirizzi precedentemente determinatisi.

216. — Una diversità esisteva, secondo l'opinione fino a poco tempo fa dominante, in riguardo alla contumacia (*lis deserta, eremodicium*). Mentre in base alle Dodici Tavole qualora uno dei contendenti mancasse senza legittima scusa, lo si aspettava sino a mezzogiorno e non giungendo egli ancora la causa veniva decisa addirittura a favore della parte presente, non badando al merito — nel periodo delle formule, secondo la suddetta dottrina, siffatta norma, mantenuta per il caso di assenza dell'attore, non si sarebbe invece più seguita in caso di contumacia del convenuto. Il *iudex*, malgrado questa, avrebbe tuttavia esaminata la domanda dell'attore, non condannando il convenuto che quando l'avesse trovata giustificata; naturalmente senza tener conto di quei mezzi di difesa di cui il convenuto avrebbe dovuto e forse potuto dare la prova. Tale dottrina non è da accogliersi, e la escludono infatti quasi tutti gli autori più recenti. L'antica regola ci appare ancora non solamente in Cicerone (e fino all'età di questo in generale la si ammette) ma, di più, nei testi giuridici posteriori (1). — Anche in questo periodo delle formule

(1) Cfr. in questo senso: Eisele *Abhandl. zum röm. Civilpr.* pag. 187; Pernice nella *Ztschr. der Savigny-Stiftung* vol. 14 [a. 1893] pag. 160; Wlassak *Absentia* nella *Encyclop. der Alttertumswiss.* vol. 1 parte 1<sup>a</sup> col. 121; Kipp *Eremodicium* ivi vol. 6 parte 1<sup>a</sup> col. 417-8; Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1035 [*Manuale* pag. 1050]; Mayr *Röm. RG.* 2 libro 1<sup>a</sup> metà pag. 139; Petot *Le défaut in iudicio dans la procéd. ord. rom.* Paris 1912 (anche questo un buon frutto della scuola

adunque occorre che le parti sieno entrambe presenti a che il processo abbia il suo svolgimento.

217. — E lo ha per via di *causae coniectio*, *perorationes*, *probationes*; appunto, nelle linee fondamentali, come durante il periodo anteriore delle *legis actiones*. — Soltanto la *causae coniectio*, resa inutile dalla formula, se continua ancora per qualche tempo come ricordo simbolico, non tarda poscia a cadere (1). — Quanto alle *perorationes*, talvolta si fanno con rapido vivace dibattito delle parti (*altercare*, *altercatio*) (2), ma più spesso con lunghe e gonfie *orationes* delle parti stesse o dei loro avvocati; alle quali in questo periodo (mentre pare che un tempo gli avvocati potessero parlare a piacimento) si pongono limiti, o direttamente dalla legge o dal giudice autorizzato dalla medesima a farlo. — Vengono quindi prodotte *hic et inde* le prove, d'ordinario soltanto accennate o preannunciate nelle *perorationes*. Meno frequentemente le vediamo addirittura inserite nelle *perorationes*; quando Cicerone nelle sue orazioni tratto tratto si arresta per leggere deposizioni testimoniali, testo di documenti, ecc. (3).

di Girard) pag. 28 e segg. e 133-4, dal quale sono citati (a pag. 35 n. 2) degli autori più recenti.

(1) Altrettanto abbiamo detto per l'invocazione dei testimoni nella *litis contestatio* (vol. I pagg. 301-2).

(2) Kipp *Altercatio* nell'*Encyclop. der class. Altertumswiss.* vol. I parte 2<sup>a</sup> col. 1692-93.

(3) L'*altercatio*, di cui sopra, poteva aver luogo anche alla fine del procedimento *in iudicio*, come conclusione e ricapitolazione dei risultati delle orazioni e delle prove, mirando con essa ciascuna parte a mettersi nella miglior luce

218. — IN PARTICOLARE DELLA PROVA (1). E' un principio generale notissimo, dettato dalla logica, che ciascuna delle due parti, attore e convenuto, deve provare quei fatti che adduce a proprio vantaggio, rispettivamente per fondare la propria azione o per dedurne un mezzo di difesa. Così p. es. Aulo Agerio, affermando che Numerio Negidio è debitore suo per effetto di avvenuta compravendita, dovrà provare l'esistenza di questo negozio; e Numerio Negidio, opponendo p. es. che tal debito gli fu rimesso, dovrà a sua volta dare di ciò la prova. Onde le due massime famose « *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* » e « *reus in exceptione actor est* » (2).

davanti al *iudex*; e un'abile condotta di codesta *pugna decretoria*, come la chiama Quintiliano, poteva contare per l'esito del processo più che i grandi discorsi introduttivi. Cfr. Kipp sopracit.

(1) Lavori speciali moderni sull'argomento complessivo della prova in diritto romano non esistono; e poco hanno anche sui singoli mezzi, tolto il giuramento, pel quale vedi in gran parte le indicazioni bibliografiche date nel vol. I pagg. 261-2 n. 4 (Appendice e contronote alla traduzione del *Commentario* di Gluck, per cura di L. Gianturco e L. Ferrara, lib. 22 pag. 206 e segg.). Invece pel diritto greco un buon lavoro moderno ed anzi recente sulla materia complessiva è quello di Bonner *Evidence in Athenian Courts* Chicago 1905 (interessante anche per riscontri col diritto moderno) con quadro bibliografico indicante scritti speciali su singoli mezzi; posteriormente Leisi *Der Zeuge im Att. Recht* Frauenfeld 1908, parimenti con quadro bibliografico, al quale scritto si è largamente interessata la critica.

(2) Famosa la deroga a quest'ultimo principio nella *exceptio non numeratae pecuniae*; della quale abbiamo trattato nella 1<sup>a</sup> Serie di questi nostri *Appunti* pagg. 93 e segg. e 129 e segg.

219. — Le prove quali erano? Se nel periodo delle *legis actiones* i mezzi di prova consistevano quasi esclusivamente in testimonî (1), nel periodo delle *formulae* accanto a questa prova, che rimane pur sempre la più frequente, troviamo, come altri mezzi principali, i documenti e il giuramento; cui si aggiungono la *confessio in iudicio*, il sopraluogo o accesso giudiziale (*inspectio*, d'ordinario nelle cause di regolamento di confini, *actio finium regundorum*), perizie, tortura degli schiavi, fama (*rumores*). — Per tutti i mezzi di prova e quindi per la prova in genere domina nel diritto classico il principio della piena libertà di apprezzamento da parte del giudice. I Romani non avevano allora sui mezzi di prova le regole determinate e precise che noi troviamo nelle legislazioni moderne e che in parte appaiono già nel diritto postclassico e giustiniano; ma lasciavano al prudente arbitrio del giudice di decidere sovrano se la prova era sufficiente o no, senza che la legge stabilisse i gradi e la misura prima; la sola convinzione morale era la norma pel giudice (2).

(1) Cfr. vol. 1 pag. 143.

(2) Con ciò si accorda e si spiega il fatto, che la materia delle prove era considerata di spettanza piuttosto dei retori che dei giureconsulti. Cfr. Cuq *Instit.* vol. 2 pag. 759 e Kroell *Du rôle de l'écrit dans la preuve des contrats en dr. r.* (Thèse Nancy) Paris 1906 pagg. 63-64. In quest'ultimo, pagg. 61-62, vedi come il libero apprezzamento del giudice nella suddetta materia si collega direttamente alla stessa struttura e organizzazione del processo romano, al carattere essenziale del *iudex*. — È conforme al diritto romano il diritto comune greco, almeno nell'età progredita; discorda

Ciò trovasi particolarmente affermato riguardo alla prova testimoniale, dove appunto era la coscienza del giudice che apprezzava e determinava l'entità delle deposizioni; le testimonianze venivano pesate e non contate, come si suol dire, e la massima *testis unus testis nullus* non era in vigore nell'età della procedura *per formulas*. Questo tanto più, in quanto che il diritto romano di tale epoca non aveva in confronto della prova testimoniale quelle diffidenze cui si è ispirato invece lo stesso diritto romano posteriormente e che nel nostro Codice furono elevate a principî di diritto. — I testimonî erano procurati e designati rispettivamente dalle parti; facevano le loro deposizioni pubblicamente e oralmente all'udienza, e potevano essere interrogati sia dalle parti stesse, sia dagli avvocati delle medesime. — Secondo il diritto antegiustiniano la testimonianza era libera in generale nelle cause civili, mentre era invece coattiva nei dibattimenti criminali. Fu Giustiniano soltanto a renderla obbligatoria anche nelle cause civili; sebbene altri pensi diversamente. — Quanto all'obbligo di giurare, noi crediamo che sia stato Costantino ad imporre il giuramento ai testimonî nelle cause civili, per maggior garanzia di sincerità della prova; sebbene anche qui altri pensi diversamente e creda tale obbligo più antico. Giustiniano poi confermò la massima di Costantino, ordinando che il testi-

invece il diritto di Gortyna, che ci presenta un sistema molto meccanico di valutazione delle deposizioni testimoniali. Cfr. e vedi Gilbert in 23 Supplementband degli *Jahrbücher für class. Philol.* [a. 1896] pag. 470 e Leisi retrocit. pag. 106 e segg.

monio dovesse deporre quanto sapeva, previo giuramento, oppure dovesse giurare di non saper nulla.

Riguardo ai documenti (*scripta, tabulae, instrumenta, cauliones, chirographa*) - chè noi passiamo ora in rivista rapidamente i principali mezzi di prova - notiamo, completando ciò che altrove si è detto, che una prima *editio instrumentorum*, ricorrendo codesto mezzo di prova, aveva luogo anche *in iure*, accompagnandosi alla *editio* e *postulatio actionis*; già *in iure* cioè si dovevano produrre i documenti sui quali si fondavano le proprie ragioni, per rendere possibile al pretore quella delibazione della causa che egli faceva avanti di concedere e costituire il giudizio (1). — Intorno al valore sostanziale dei documenti ed al modo onde dovevano essere redatti per aver valore in giudizio vi erano alcune regole fisse, di diritto civile, cui il giudice doveva attenersi; non vi erano invece pure qui (conformemente alla dichiarazione generale fatta più addietro) limitazioni nel riguardo processuale; ossia anche rispetto a tale mezzo di prova il giudice aveva piena libertà di apprezzamento e convinzione.

E veniamo al giuramento. — Circa il giuramento deferito dalle parti *in iudicio*, prima dell'opera fondamentale di Demelius *Schiedseid und Beweiseid* (opera che abbiamo tenuta in gran conto nel trattare dello *iusiurandum in iure delatum*) (2), noi troviamo due dottrine presso gli scrittori. Una,

(1) Cfr. vol. I pag. 247.

(2) Cfr. vol. I pag. 261 e segg.

avente come principale sostenitore Bethmann-Hollweg, per la quale il *iusiurandum in iudicio delatum* era un semplice mezzo di prova, che, come gli altri mezzi di prova, serviva a formare la convinzione del giudice; il quale di fronte ad essa fruiva di quella stessa libertà di apprezzamento che aveva in confronto delle altre prove. Una diversa dottrina, sostenuta da Savigny, Keller ed altri, attribuiva invece al *iusiurandum in iudicio delatum* i caratteri e il valore del *iusiurandum in iure delatum* conformemente alla teorica su quest'ultimo in generale ammessa; riteneva cioè che fosse un giuramento necessario, surrogato della sentenza, da doversi prestare o riferire per non perdere la lite. Demelius, come ha circoscritto e determinato la sfera e i caratteri del *iusiurandum (necessarium) in iure delatum*, così pel *iusiurandum in iudicio delatum* ha dimostrato definitivamente essere vera la prima delle anzidette due dottrine, quella cioè che ravvisa in siffatto giuramento un semplice mezzo di prova (1). Precisamente, una parte poteva deferire *in iudicio* il giuramento all'altra, sopra uno o più dei punti di fatto da provarsi, e l'altra poteva giurare o riferire (non nel senso tecnico specifico che ha quest'ultima espressione nel *iusiurandum in iure*, si capisce) il giuramento o anche rifiutarsi di giurare; non vi era alcuna coazione. Naturalmente quando una delle parti (in seguito a *delatio* o *relatio* dell'altra) avesse giurato, la sua affermazione giurata doveva di fatto avere un certo valore sull'animo del giudice, come in altro senso doveva

(1) *Op. cit.* pag. 141 e segg.

impressionarlo il rifiuto di giurare; ma in ogni caso egli non era vincolato, rimaneva sempre libero nell'apprezzamento della prova. — Ugual carattere e uguale effetto aveva il giuramento che la parte stessa interessata si fosse offerta di prestare, senza e prima che l'altra parte ne avesse fatto la delazione (*iusiurandum oblatum, offerre iusiurandum*). — Altrettanto dicasi per l'ipotesi che il giudice invitasse una delle parti a rafforzare col giuramento la propria affermazione e le altre prove eventualmente addotte; il che corrisponde, nella struttura, al *giuramento suppletorio* del diritto giustiniano e del nostro stesso diritto. Anche qui non era assolutamente obbligatorio di giurare, potevansi addurre delle scuse, che il giudice valutava; certo, se la parte non giurava, il giudice poteva da ciò essere indotto a non prestarle fede, e viceversa nel caso contrario; siamo sempre in materia di libero apprezzamento, come per le altre prove.

Chiudiamo questa rapida esposizione della prova (1), rilevando che le *presunzioni* stabilite dalla legge, con o senza facoltà di prova contraria (*praesumptiones iuris* le prime, *praesumptiones iuris et de iure* le seconde), sono un'istituzione del diritto giustiniano (2). Il diritto classico conosceva sol-

(1) Per la quale ci siamo attenuti specialmente a Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 252 e segg.; fra noi ancora, più ampiamente, Buonamici *La storia del proc. civ. rom.* vol. 1 pag. 290 e segg.

(2) Ancorchè, come altre istituzioni, non creata di sana pianta dal diritto giustiniano, bensì preparata e sviluppata nelle scuole. — La mancanza di siffatte *praesumptiones* nel periodo di cui stiamo trattando è, come avverte Perozzi *Istit.*

tanto le semplici presunzioni naturali o logiche, dette dai commentatori *praesumptiones hominis*; onde il giudice poteva ammettere, senza bisogno di prova specifica e diretta, dei fatti adottati dalle parti, quando fossero stati assai verosimili, argomentandone l'esistenza dall'accertata esistenza di altri fatti; si parlava appunto di *argumenta* (1). Ma anche qui eravi piena libertà; l'apprezzamento e il convincimento del giudice non era vincolato da alcuna regola determinata (2).

220. — SENTENZA, ARBITRATUS E INTERLOCUTORIE. Esaurita la fase della prova, il *iudex* poneva ter-

vol. 2 pag. 51, un aspetto ed una conferma della libertà di prova.

(1) Nello stretto senso della parola, perchè in largo senso la parola stessa equivale a *prova*.

(2) Vedi: Gradenwitz *Praesumptio (Interp. in den Pand.)* nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 7 [a. 1886] pag. 70 e segg.; Ferrini *Le presunzioni in dir. rom.* nella *Rivista ital. per le scienze giurid.* vol. 14 [a. 1893] pag. 258 e segg., e succintamente in *Manuale di Pand.*<sup>2</sup> pagg. 238-9, raggruppando le numerose interpolazioni; Aron *Les présomptions juris et de jure et leur origine histor.* nella *Nouv. Revue histor. de droit* a. 20 [1896] pag. 500 e segg.; Hedemann *Die Vermutung nach dem Rechte des deutschen Reichs* Jena 1904, con una buona esposizione romanistica nell'indirizzo critico moderno, rilevando vari scambi e errori di stampa nell'elenco di testi dato da Ferrini; L. Gianturco *retrocit.* pag. 411 e segg. Cfr. pure Heumann-Seckel *Handlexikon zu den Quellen* ad v. pag. 454 per testi interpolati. La stessa parola *praesumere* (e derivati) ha nei testi genuini dei giureconsulti classici il senso comune e semplice di *credere, opinare* - letteralmente *opinione presa, seguita, a preferenza* - ed è solo nelle interpolazioni dei compilatori e nelle costituzioni giustiniane che essa acquista un significato speciale e tecnico, perdendo del tutto quel primo significato.



mine alla lite (1) pronunciando la sentenza, in conformità all'istruzione scritta del pretore, ossia alla formula; con che il mandato suo era compiuto. Della sentenza - nozione ed effetti - vogliamo trattare in un paragrafo speciale; ricordando tuttavia qui ancora, in base all'esposizione più addietro fatta (2), che nelle azioni arbitrarie eravi, una volta esaurita la fase della prova, l'*arbitrium* con cui il *iudex* invitava il *reus* alla più conveniente soddisfazione in natura; se il *reus* ottemperava all'invito, il processo con ciò finiva; altrimenti seguiva la sentenza, di condanna naturalmente, colle modalità già indicate. Come colla sentenza, vera e propria o definitiva, non va confuso l'*arbitrium*, così non vanno confuse con quella le decisioni che il giudice poteva emettere nel corso del procedimento per risolvere incidenti e preparare la sentenza stessa (*interlocutiones*) (3).

221. — Passando ora ai testi e *more solito* cominciando dai giuridici, vediamo in primo luogo (seguendo l'ordine della esposizione dogmatica) sulla contumacia del convenuto p. es. la L. 8 D. *de minoribus* 4. 4 (Hermogen. *1 iur. epitom.*) « Minor etiam si quasi (4) contumax condemnatus sit, in

(1) Salvo ciò che si disse dell'*altercatio* a pag. 132 n. 3.

(2) Pag. 57 e segg.

(3) Per una rapida rassegna delle medesime recentemente Samter *Nichtförmliches Gerichtsverfahren* Weimar 1911 pagine 131-2.

(4) Come tante altre volte significa *come, perchè, quale*. Diversamente ora Solazzi *La minore età nel d. r.* pag. 196 n. 5, esprimendo il dubbio che vi sia interpolazione, non potendo i Giustiniani ammettere la contumacia del minore.

integrum restitutionis auxilium implorabit»; nel senso che abbiamo dichiarato (1).

Quanto alle prove in genere, *sedes materiae* sono i titoli *de probationibus* in Dig. 22. 3 e Cod. 4. 19. Pel principio fondamentale dell'onere della prova, rispetto all'attore vedi Dig. L. 21 (Marcianus *6 instit.*) « Verius esse existimo ipsum qui agit, id est legatarium (2), probare oportere scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam vel obligatam, quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit » (3); e rispetto al convenuto, L. 9 (Celsus *1 digest.*) « ... sed quamvis verum est, quod qui excipit probare debeat quod excipitur (4) .... », L. 19 pr. (Ulp. *7 disput.*) « In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse » (5), e L. 1 D. *de exception.* 44. 1 (Ulp. *4 ad ed.*) « Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est » (6).

(1) Pag. 131.

(2) Questo inciso è interpolato (Kr.).

(3) Riprodotto in I. *de legatis* 2. 20 § 4; da vedersi utilmente per la completa esposizione dell'argomento.

(4) Interp. secondo Lenel *Paling.* vol. 1 col. 128 n. 1 e Beseler *Beiträge etc.* fasc. 1 pag. 53; ? Krueger; vedi anche Kalb *Roms Juristen* pag. 29.

(5) Continuano esempi e applicazioni nei paragrafi successivi, che non trascriviamo per brevità.

(6) Questo passo l'abbiamo già trascritto a pag. 345 del vol. 1, a proposito delle *Eccezioni*, adducendo anche la spiegazione di Lenel.

Quanto alla testimonianza, la *sedes materiae* è costituita dai titoli *de testibus* in Paul. 5. 15, Dig. 22. 5, Cod. 4. 20. — Per la libertà di apprezzamento del giudice circa questa prova e in generale vedi Dig. L. 3 §§ 1 e 2 (Callistr. 4 *cognit.*): « Ideoque (1) divus Adrianus Vibio Varo legato provinciae Ciliciae rescripsit eum qui iudicat magis posse scire quanta fides habenda sit testibus. verba epistulae haec sunt: *Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus, qui et cuius dignitatis et cuius existimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatam sermonem attulerint an ad ea quae interrogaveras ex tempore verisimilia responderint* (2). — Eiusdem quoque principis exstat rescriptum ad Valerium Verum de excutienda fide testium in haec verba: *Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. hoc ergo solum tibi rescribere possum summam, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia*

(1) Con profitto si legge il proemio, che non trascriviamo per ragione di brevità.

(2) Segnala Post *Giurispr. etnol.* vol. 2 pag. 407 che nei più alti gradi dell'evoluzione l'apprezzamento delle dichiarazioni dei testimoni è deferito al libero arbitrio giudiziario; cosicchè per esempio alla testimonianza di persona illibata suole essere attribuito maggior peso che non alla testimonianza di parecchie persone non integre.

*animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris*». — Sull'obbligo di testimoniare e sul giuramento dei testimoni vedi L. 9 Cod. h. t. = Cod. Theod. 11. 39. 3 (Constantinus) « Iurisiurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium (1), iamdudum arctari praecipimus et ut honestioribus potius fides testibus habeatur » [a. 334] (2), e L. 16 pr. eod. (Iustinianus) *trad. lat.* « Constitutio praecipit, ut non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis omnes cum iureiurando dicere compellantur quod noverint vel de ignorantia iurare ... » (3).

Quanto ai documenti, sono *sedes materiae* i titoli *de fide instrumentorum* in Dig. 22. 4 e Cod. 4. 21.

Quanto al giuramento, sono certamente interpolate L. 34 §§ 8-9 D. *de iureiurando* 12. 2 di Ulpiano (26 *ad ed.*) e L. 25 § 3 D. *de probation.* 22. 3 di Paolo (3 *quaest.*), in base alle quali principalmente fu sostenuto che il *iusiurandum in iudicio* avesse forza coattiva. In particolare, a prescindere da altri rilievi (4), sono interpolate nella cit. L. 34 §§ 8-9 le parole « officio iudicis » e « iudex »; non poten-

(1) Dunque giuramento promissorio, di dire il vero; in confronto, pel giuramento assertorio dei testimoni nel diritto greco, sul quale si fonda anche il *Libro siro-romano*, vedi *Mitteis Reichsrecht u. Volksrecht* pag. 519 e segg.

(2) È questa legge che, seguitando, esclude l'« unius testimonium » (cfr. qui pag. 135).

(3) Come tale costituzione sia di Giustiniano vedi nelle note di Krueger; a. 527? — Cenni di diritto comparato sull'obbligo di deporre e sul giuramento dei testimoni in Post *Giurispr. etnol.* vol. 2 pagg. 408 e 406.

(4) Recentemente vedi Beseler *Beiträge etc.* fasc. 2 pagg. 63-64 e 106.

dosi ammettere che il giureconsulto, dopo aver citato nel § 6 l'editto pretorio sul *iusiurandum in iure delatum* ed aver considerato nel § 7 la facoltà della *relatio* in rapporto al medesimo, abbandoni d'un tratto il commento della clausola edittale e passi a discorrere del giuramento dinanzi al *iudex* (1). Circa la L. 25 § 3 cit., tutta codesta L. 25 è notoriamente interpolata, il che già renderebbe sospetto il nostro § 3; ma, per di più, questo stesso paragrafo presenta dati sicuri specifici di interpolazione, onde non possiamo servircene per la dottrina del *iusiurandum in iudicio* nell'epoca classica. Veggasi invece come testo fondamentalmente legittimo la L. 31 D. *de iureiurando* 12. 2 (Gai. 30 *ad ed. prov.*) « Admonendi sumus interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usus sit. sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis absolutus fuerit (solent enim saepe iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit): quod si alias inter ipsos iureiurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare » (2). Questo passo senza dubbio si riferisce al *iusiurandum in iudicio*, e ragionevolmente va applicato non solo al cosidetto giuramento suppletorio, ma a qualunque *iusiurandum in iudicio*, anche se pre-

(1) Il § 9 lo abbiamo già riprodotto ed esaminato criticamente a pagg. 281-2 n. 4 del vol. I.

(2) In rapporto a quest'ultimo periodo vedi vol. I pagg. 271-2 n. 5.

stato cioè in seguito a *delatio* dell'avversario ed offerta del giurante stesso. Ora, la *retractatio* a cagione di *instrumenta noviter reperta* si comprende solo in quanto si ammetta il valore semplicemente probatorio del *iusiurandum in iudicio* (1).

Quanto alle cosiddette *praesumptiones hominis*, un esempio molto chiaro delle medesime può vedersi nella L. 23 pr. D. *quod metus causa* 4. 2 (Ulp. 5 *opin.*): « Non est verisimile compulsum in urbe inique indebitum solvisse eum, qui claram dignitatem (2) se habere praetendebat, cum potuerit ius publicum invocare et adire aliquem potestate praeditum, qui utique vim eum pati prohibuisset: sed huiusmodi praesumptioni debet apertissimas probationes violentiae opponere » (3).

222. — Dei testi non giuridici citiamo Cic. *in Verr.* II. 2. 17. 41, relativo alla materia della contumacia; soggiungendo che, come facilmente si immagina, le orazioni di Cicerone - specie quelle *pro Quinctio*, *pro Roscio comoedo*, *pro Caecina* (4) -

(1) Per questo argomento del *iusiurandum in iudicio*, colla guida di Demelius, vedi più ampiamente la mia *Appendice* a! *Comm.* di Glück lib. 12 pag. 500 e segg. Interpretazione in parte diversa della L. 31 D. cit. danno Debray in *Nouv. Revue histor. de droit* a. 32 [1908] pag. 135 e segg. e Samter *Nichtförmliches Gerichtsverfahren* pag. 117 n. 2.

(2) Indica in generale la carica di senatore.

(3) « sed etc. » è interpolato, come notano Gradenwitz e Ferrini retrocitati, pag. 73 e pag. 261 [estr. pag. 7], il primo con rilievo soltanto formale, il secondo anche con rilievo sostanziale (non bene espresso però, a mio avviso). Per l'interpolazione pure e insieme per il caso contemplato vedi più recentemente Hedemann retrocit. pagg. XIII, 9 e 40.

(4) Le illustra giuridicamente Bethmann-Hollweg in Ap-

offrono per tutta la materia del presente paragrafo un vasto materiale, prezioso ed efficace anche per la sua vivezza pratica.

Citiamo Quintil. *Inst. orat.* libro 5, che discorre ampiamente dell'argomento delle prove; in particolare ha servito a Demelius per la retta dottrina sul *iusiurandum in iudicio* nell'età del diritto classico (1). Ci limitiamo a trascrivere il brano 5. 7. 9 donde appare la libertà della testimonianza in materia civile: «... duo genera sunt testium, aut voluntariorum aut eorum, quibus in iudiciis publicis lege denuntiatur, quorum altero pars utraque utitur, alterum accusatoribus tantum concessum est... » (2).

Infine riproduciamo (3) Gell. 14. 2, un brano lungo, ma assai interessante, come quello che ci illumina circa l'*officium iudicis* e ci mostra in movimento e pratica attuazione un *iudicium* della procedura formulare:

---

pendice al vol. 3 del suo *Civilprozess*. Anche per questo attendiamo con vivo desiderio la continuazione dell'opera di Costa *Cicerone giurec.* nella parte che sarà dedicata alla Procedura; frattanto Costa *Le orazioni di dir. priv. di M. Tullio Cicerone* Bologna 1899.

(1) Vedi la cit. mia *Appendice* pag. 503.

(2) Cfr. e vedi Girard *Organis. iudic.* I pag. 88 n. 4, colla riserva ivi fatta circa gli atti per *aes et libram*, probabilmente da estendersi agli altri atti solenni richiedenti la presenza di testimoni (come la *cretio*), in base alla nota e discussa disposizione delle Dodici Tavole 8. 22 « Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium [fatiatur], improbus instabilisque esto » (per la quale vedi le note in Riccobono ecc. *Fontes* parte 1<sup>a</sup> pag. 51).

(3) Come fa pure Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 259 e segg.

« Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia, quae appellabantur privata, susciperem, libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos acquisivi, ut homo adulescens a poetarum fabulis et a rhetorum epilogis ad iudicandas lites vocatus rem iudiciariam, quoniam vocis, ut dicitur, vivae pecuniae erat, ex mutis, quod aiunt, magistris cognoscerem. Atque in dierum quidem diffisionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperitorum commentariis commoniti et adminiculati sumus. In his autem, quae existere solent, negotiorum ambagibus et in ancipiti rationum diversarum circumstantia nihil quicquam nos huiusmodi libri iuverunt. Nam, etsi consilia iudicibus ex praesentium causarum statu capienda sunt, generalia tamen quaedam praemonita et praecepta sunt, quibus ante causam praemuniri iudex praepararique ad incertos casus futurarum difficultatum debeat, sicut illa mihi tunc accidit inexplicabilis reperiendae sententiae ambiguitas.

Petebatur apud me pecunia, quae dicebatur data numerataque; sed qui petebat, neque tabulis neque testibus id factum docebat et argumentis admodum exilibus nitebatur. Sed eum constabat virum esse firme bonum notaeque et expertae fidei et vitae inculpatissimae, multaque et industria exempla probitatis sinceritatisque eius expromebantur; illum autem, unde petebatur, hominem esse non bonae rei vitaeque turpi et sordida convictumque volgo in mendaciis plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur. Is tamen cum suis multis patronis

clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis: expensi latione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione (1), testium intercessione; ex quibus omnibus si nulla re probaretur, dimitti ita iam se sane oportere et adversarium de calumnia damnari; quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus.

Tunc ibi amici mei, quos rogaveram in consilium, viri exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres semperque se circumundique distrahentibus causis festinantes, non sedendum diutius ac nihil esse dubium dicebant, quin absolvendus foret, quem accepisse pecuniam nulla probatione solemniter docebatur. Sed enim ego homines cum considerabam, alterum fidei, alterum probri plenum spurcissimaeque vitae ac defamatissimae, nequaquam adduci potui ad absolvendum. Iussi igitur diem diffindi atque inde a subselliis pergo ire ad Favorinum philisophum, quem in eo tempore Romae plurimum sectabar, atque ei de causa ac de hominibus quae apud me dicta fuerant, uti res erat, narro omnia et peto, ut et ipsum illud, in quo haerebam, et cetera etiam, quae observanda mihi forent in officio iudicis, faceret me, ut earum rerum essem prudentior.

(1) Per la distinzione che fa qui Gellio di *tabulae* e *chirographum* in confronto della nota distinzione di *syngrapha* e *chirographum* che fa Gai. 3. 134 vedi Mitteis *Reichsrecht* pag. 484. Più ampiamente su tal materia in generale i miei *Appunti didatt.* [1ª Serie] pag. 129 e segg.

Tum Favorinus religione illa cunctationis et sollicitudinis nostrae comprobata: id quidem, inquit, super quo nunc deliberas, videri potest specie tenui parvaeque esse. Sed si de omni quoque officis iudicis praeire tibi me vis, nequaquam est vel loci huius vel temporis; est enim disceptatio ista multiugae et sinuosae quaestionis multaque et anxia cura et circumspicientia indigens (1) Namque, ut pauca tibi nunc quaestionum capita adtingam, iam omnium primum hoc de iudicis officio quaeritur; si iudex forte id sciat, super qua re apud cum litigatur, eaque res uni ei, priusquam agi coepta aut in iudicium deducta sit, ex alio quodam negotio casuque aliquo cognita liquido et comperta sit, neque id tamen in agenda causa probetur, oporteatne eum secundum ea, quae sciens venit, iudicare, an secundum ea, quae aguntur? Id etiam, inquit, quaeri solet, an deceat atque conveniat iudici causa iam cognita, si facultas esse videatur componendi negotii, officio paulisper iudicis dilato, communis amicitiae et quasi pacificatoris partes recipere? Atque illud amplius ambigi ac dubitari scio, debeatne iudex inter cognoscendum ea, quae dicto quaesitoque opus est, dicere et quaerere, etiamsi, cuius

(1) Koschaker *Translatio iudicii* pag. 20 pone in rilievo questa proposizione, donde appare (conformemente a ciò che abbiamo detto nell'esposizione dogmatica) che il processo psicologico di formazione del convincimento nel *iudex* non poteva essere costretto in rigide regole di diritto; l'individualità e la specifica natura del giudice aveva un'importanza decisiva; come si vede in Gellio stesso più avanti, quando contrappone gli « iudices acres atque celeres » a quelli « sedatores et graviores ».

ea dici quaerique interest, neque dicat neque postulet? patrocinari enim prorsus hoc esse aiunt, non iudicare.

Praeter haec super ea quoque re dissentitur, an ex usu atque officio iudicis, rem causamque, de qua cognoscit, interlocutionibus suis ita exprimere consignareque, ut ante sententiae tempus ex iis, quae apud eum in praesens confuse varieque dicuntur, proinde ut quoquo in loco ac tempore movetur, signa et indicia faciat motus atque sensus sui. Nam qui iudices, inquit, acres atque celeres videntur, non aliter existimant rem, qua de agitur, indagari comprehendique posse, nisi is, qui iudicat, crebris interrogationibus necessariisque interlocutionibus et suos sensus aperiat et litigantium deprehendat. Contra autem, qui sedatiores et graviores putantur<sup>(1)</sup>, negant iudicem debere ante sententiam, dum causa utrimque agitur, quotiens aliqua re proposita motus est, totiens significare, quid sentiat. Eventurum enim aiunt, ut, quia pro varietate propositionum argumentorumque alius atque alius motus animi patiendus est, aliter atque aliter eadem in causa eodemque in tempore sentire et interloqui videantur.

Sed de his, inquit, et ceteris huiusmodi iudicialis officii tractatibus et nos posthac, cum erit otium, dicere, quid sentiamus, conabimur et praecepta Aelii Tuberonis super officio iudicis, quae nuperrime legi, recensebimus. Quod autem ad pecuniam pertinet, quam apud iudicem peti dixisti, suadeo hercle tibi, utare M. Catonis, prudentissimi

(1) Cfr. nota precedente.

virii consilio, qui in oratione quam pro L. Turio contro Cn. Gellium dixit, ita esse a maioribus traditum observatumque ait, ut si quod inter duos actum est, neque tabulis neque testibus planum fieri possit, tunc apud iudicem, qui de ea re cognosceret, uter ex his vir melior esset, quaereretur et, si pares essent seu boni pariter seu mali, tum illi, unde petitur crederetur ac secundum eum iudicaretur. In hac autem causa, de qua tu ambigis, optimus est qui petit, unde petitur deterrimus, et res est inter duos acta sine testibus. Eas igitur et credas ei, qui petit, condemnesque eum, de quo petitur, quoniam, sicut dicis, duo pares non sunt et qui petit melior est.

Hoc quidem mihi tum Favorinus, ut virum philosophum decuit, suasit. Sed maius ego altiusque id esse existimavi, quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer; ut absolverem tamen, indicere in animum non quivi et propterea iurari mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum.

Verba ex oratione M. Catonis, cuius commemoravit Favorinus, haec sunt: 'Atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsionem fecissent Gellius cum Turio, ni vir melior esset Gellius quam Turius, nemo, opinor, tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium: si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi, unde petitur' ».

## § 25.

**La sentenza**

Norme varie — Effetti (pag. 165).

223. — NORME VARIE. — Cominciamo col porre in rilievo che il giudice romano, a differenza del giudice odierno, non era assolutamente obbligato a dar sentenza. Egli poteva esimersene dichiarando con giuramento « sibi non liquere », ossia di non essere riuscito a formarsi un sicuro convincimento; il magistrato gli sostituiva un altro giudice; ed era questo uno dei casi della *translatio iudicii*, della quale più avanti discorreremo. Trattandosi non di giudice unico, bensì di collegio di giudici - p. es. di *recuperatores* - ed essendo la mancanza di convincimento solamente parziale, potevano giudicare gli altri in quanto vi fosse in essi una maggioranza di avviso, in confronto dell'astenuito o degli astenuti, calcolata l'astensione come parere contrario; altrimenti, si faceva la sostituzione come pel giudice unico, integrando il collegio.

224. — Passando all'ipotesi, senza dubbio più frequente, che il giudice pronunciasse la sentenza, questa, secondo l'alternativa posta nella formula, era di condanna o assoluzione del convenuto; salvo che si trattasse di un'*actio praeiudicialis* (mancante di *condemnatio*), in cui il giudice si limitava a dichiarare esistente o no una qualità, un rapporto, un fatto, come sappiamo (1). — Se più erano i giudici e non erano tutti concordi, prevaleva l'opinione

(1) Vol. I pag. 314.

della maggioranza; a parità di voti prevaleva l'avviso dei giudici favorevoli all'assoluzione o favorevoli alla causa *libertatis* trattandosi di *liberale iudicium*. Essendo i giudici in disaccordo sull'ammontare della condanna, questa veniva pronunciata nella cifra più bassa.

225. — Circa la forma della sentenza ed il modo di pronunciarla, essa, come nel precedente periodo delle *legis actiones*, non era vincolata a formule solenni; doveva però pronunciarsi verbalmente, senza bisogno di addurre motivi, quantunque fosse nell'uso di indicarli; e doveva pure pronunciarsi alla presenza delle parti, almeno come regola generale (a prescindere dalla procedura contumacia). L'inosservanza di codeste norme esterne della verbalità e della presenza delle parti produceva nullità della sentenza (1).

226. — È una particolarità molto notevole della procedura formulare romana che la condanna dovesse sempre essere in denaro, *pecuniaria condemnatio*.

(1) Osserva bene Chiovenda *Saggi di dir. process. civile* pag. 231: « Il concetto romano che la funzione del giudicare non dovesse normalmente consumarsi se non presenti coloro a cui il diritto deve dirsi, non sembra nè formalistico, nè privo di significato. Esso trovasi poi in rapporto evidente colla oralità che dominava il procedimento romano. Quindi la nullità delle sentenze pronunciate nell'assenza d'una parte o in luogo o tempo diverso da quello fissato; quindi la menzione della presenza delle parti che troviamo fatta nelle sentenze pronunciate, come di circostanza essenziale alla validità del giudizio » (= *La Legge* a. 41, 1901, vol. I col. 61). E cita le testimonianze delle fonti al riguardo. — Cenni di diritto comparato in *Post Giurispr. etnol.* vol. 2 pag. 412.

Di codesta particolarità già più di una volta ci è occorso di far cenno. Da ultimo, a quali inconvenienti più accentuati ciò potesse dar luogo e come mirasse ad escluderli un espediente largo e fecondo, quello dell'*arbitrium* nelle *actiones arbitrariae*, abbiamo visto, parlando appunto di tali azioni (1). — Ora vogliamo aggiungere che la ragione del suddetto principio è sempre incerta e controversa; le fonti sono completamente mute in proposito, e le ipotesi affacciate non sembrano soddisfacenti (2).

(1) Pag. 58 e segg. D'altra parte come codesto sistema potesse anche aver dei vantaggi accenna Erman in *Göttin-gische gelehrte Anzeigen* a. 168, 1906 pag. 404, riferendosi a Sokolowski.

(2) Poco chiara e stringente mi pare anche quella affacciata da Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagg. 1020 e 1043 [*Manuale* pagg. 1035 e 1058]; generalizzazione del sistema della *manus iniectio iudicati*. Per altre spiegazioni: Herzen *Précis de dr. r.* pagg. 131-2, Perozzi *Istit.* vol. 2 pagg. 57-58 n. 4, Mayr *Röm. RG.* 2° libro 1ª metà pag. 124. Vi sono poi due scritti speciali: l'uno di Pfaff *Zur Lehre von der Condemnatio Pecuniaria im röm. Formularprozess* nella *Juristische Vierteljahresschrift* vol. 34 [N. F. 18, a. 1902] pag. 49 e segg., che ha avuto il merito di dedicare per il primo uno studio speciale alla *vexata quaestio*, nel quale studio esamina criticamente tutti i tentativi di spiegazione, cercando nuovi mezzi di chiarimento; l'altro di Schlossmann *Ueb. die Geldkondemnation und die Gründe ihrer Einführung in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik etc.* vol. 46 [Zweite Folge 10, a. 1904] pag. 321 e segg., che combatte le idee di Pfaff, non apportando tuttavia la desiderata luce. Il problema è tanto più grave, in quantochè pare si tratti di una singolarità; anche nel diritto comune greco la condanna era in *ipsam rem*; condanna pecuniaria invece nel diritto di Gortyna e nel diritto latino? Cfr. e vedi Pfaff c. s. da principio in nota.

La *condemnatio* può, a seconda dei casi, essere una *condemnatio certa*, tale cioè che fissa tassativamente la somma alla quale il giudice può condannare, o una *condemnatio incerta*, che gli concede in misura più o meno larga di determinare e valutare la somma della condanna. Nel quale ultimo caso si hanno copiose varietà; a seconda che la facoltà del giudice è o non è sottoposta ad un limite, *condemnatio cum taxatione* (1) e *condemnatio infinita*; a seconda che la *condemnatio* prescrive al giudice di condannare a *quanti ea res est, erit, fuerit* oppure a *quanti interest interfuit, a quidquid dare facere oportet ex fide bona, a quantum (quantae pecuniae) ob eam rem aequum (bonum aequum) videbitur* o *quod (quantum) aequius melius (melius aequius) erit* (2); a seconda che prescrive di condannare ad un multiplo (doppio, triplo, quadruplo) del valore che il giudice stesso determinerà (3); e vi sono altri casi e modalità ancora (4). Le azioni nossali presentano la particolarità che la *condemnatio* impone al giudice di condannare alternativamente al pagamento della *litis aestimatio* o alla *noxae datio*.

(1) Può ancora essere utile la monografia di Hefke *Bedeutung u. Anwendungen der Taxatio in Röm. Recht* Berlin 1879; breve cenno recente di Lécrivain ad voc. nel *Dictionnaire des antiq.* tomo 5 parte 1ª pagg. 52-53.

(2) Cfr. pagg. 46 e 53.

(3) Cfr. pagg. 99 n. 1 e 61.

(4) Cfr. e vedi Cuq nel *Dictionn. des antiq.* tomo 3 parte 2ª pagg. 1269-70 e *Instit.* vol. 2 pagg. 738-9 n. 4; Leist e Wenger nell'*Encyclop. der Altertumswiss.*, rispettivamente vol. 4 parte 1ª col. 843 e vol. 6 parte 2ª col. 2872-73; Marchi nello scritto cit. a pag. 39 n. 3.



227. — Istituto speciale che a questa materia della *condemnatio* si collega è il giuramento estimatorio, *iusiurandum in litem* o *ad litem* (1): stima giurata del valore dell'oggetto della lite (2), fatta dall'attore, in base alla quale il giudice condanna il convenuto. Abbiamo già trovato questo giuramento nelle azioni arbitrarie (3); dove serviva di stimolo preventivo per indurre il convenuto ad ottemperare all'*arbitrium*, evitando la condanna, ed una volta prestato era ad un tempo pena per il convenuto ed espediente di equità e giustizia in riguardo allo attore. Con questi ultimi caratteri - tolto invece *re ipsa* quel primo carattere, specifico all'*arbitrium* - le fonti ci attestano applicato il giuramento estimatorio anche nelle azioni di buona fede non arbitrarie, in caso di dolo del convenuto. Ma un'altra applica-

(1) Vedi il mio *Giuramento nel dir. priv. rom.* pag. 207 e segg. e le mie note a Glück *Comment.* lib. 12 pag. 413 e segg.; nonchè Solazzi *Del iusiurandum in litem* (Note eseg.) in *Archivio giurid.* vol. 65 [N. S. vol. 6 a. 1900] pag. 145 e segg. e Marchi *Il giuram. in lite e la stima della cosa perita nei giudizi di stretto diritto* in *Studi... in onore di Scialoja* Milano 1905 vol. 1 pag. 165 e segg., entrambi con esame critico delle fonti, affermando parecchie interpolazioni. Al qual riguardo ricordiamo le opere di A. Fabro (specie *Coniect.* lib. 16 c. 1, 13, 15 e segg.; *De error. pragmat.* dec. 17 err. 5 e segg. e dec. 18 err. 1 e segg.; *Ration. in Pand., de in litem iur.*, 12. 3), il quale in molti testi relativi al *iusiurandum in litem* ravvisò la mano dei compilatori giustiniani; a riscontro serve oggi l'opportuno lodevole lavoro di De Medio *I tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro* nel *Bullett. dell'Ist. di dir. rom.* a. 13 [1900] pag. 208 e segg. (particolarmente pag. 225).

(2) *Lis*, come varie altre volte, ha qui tale significato.

(3) Pag. 60.

zione ancora ne risulta dalle fonti: quando la cosa sia perita per fatto o dopo la mora del convenuto. In confronto di quest'ultima applicazione, indicata dagli interpreti colla qualifica di *iusiurandum in litem necessitatis*, le altre sopramenzionate sono contraddistinte colla qualifica di *iusiurandum in litem aequitatis* (1). Il *iusiurandum in litem necessitatis* è veramente indicato dalle fonti in rapporto alle *actiones stricti iudicii*; ma a forziori evidentemente doveva ammettersi, nelle medesime circostanze, per le *actiones bonae fidei*; ancorchè varî autori non se ne rendano conto e con esegesi troppo stretta e letterale, lo circoscrivano agli *stricta iudicia*. — D'altronde, il giuramento estimatorio era soltanto guida o base, e non criterio tassativo costringente per il giudice; il quale pertanto poteva anche condannare ad una somma inferiore; come poteva anche fissare preventivamente un limite oltre il quale all'attore non fosse lecito di andare (*iusiurandum in litem, cum taxatione delatum*) (2). Restrizioni giustificate, poichè il mezzo in questione poteva facilmente esorbitare.

228. — Gai. 4. 48-52: « *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniarum aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, veluti fundum hominem vestem aurum argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut*

(1) Espressioni assunte anche dagli autori moderni, specialmente tedeschi: *Notwendigkeitseid* e *Billigkeitseid*.

(2) Qui si ripete l'avvertimento fatto a pag. 155 n. 1 per la monografia di Hefke. Della critica recente in materia diremo esponendo i testi.

olim fieri solebat, *sed* aestimata re pecuniam eum condemnat (1). — 49. Condemnatio autem vel certae pecuniae in formulam proponitur vel incertae. — 50. Certae pecuniae velut in ea formula, qua certam pecuniam petimus; nam illic ima parte formulae ita est 'iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemna. si non paret, absolve'. — 51. Incertae vero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet. Est enim una cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione, velut si incertum aliquid petamus; nam illic ima parte formulae ita est 'iudex N. Negidium A. Agerio dumtaxat sestertium X milia condemna (2). si non paret, absolve'. Vel incerta est et infinita, velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum; nam illic ita est 'quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N. Negidium A. Agerio condemna. si non paret, absolvito'. Quid ergo est? Iudex si condemnet, certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit (3). — 52. Debet autem iudex attendere, *ut* cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alio-

(1) Veggasi quanto abbiamo detto per le *legis actiones* nel vol. I pag. 290 n. 1. Brini ivi cit. propone di leggere «... eum cum quo actum est. Sicut olim fieri solebat, aestimata re pecuniam eum condemnat ». May pure ivi cit. (ora II ed. pag. 636 n. 9), seguendolo come fanno altri, osserva che forse è meglio leggere *sed ut* invece di « sicut ».

(2) Vedi Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 149 [Edit. vol. I pag. 174].

(3) Cfr. con questi §§ 49-51 il § 43 trascritto in vol. I pagg. 317-8. — Altri casi di *incerta condemnatio* coi relativi testi negli autori citati a pag. 155 n. 4.

quin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit, alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est (1). At si etiam... qui formulam accipit, intendere debet, nec *amplius*... certa condemnatione constringi... usque velit » (2).

L. 68 D. *de rei vindic.* 6. 1 (Ulp. 51 *ad ed.*) (3). — Vedi pag. 68.

L. 1 D. *de in litem iurando* 12. 3 (Ulp. 51 *ad Sab.*): « Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per iusiurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei pretium ».

L. 2 D. h. t. (Paul. 13 *ad Sab.*): « Sive nostrum quid petamus sive ad exhibendum agatur, interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: cum vero dolus aut contumacia (4) non restituen-

(1) Cfr. Gai. 3. 224 riprodotto in vol. I pagg. 239-240 n. 2.

(2) Con quest'ultimo paragrafo e col primo trascritto (§ 48) confronta § 32 I. *de action.* 4. 6. Quanto alla lacuna che havvi qui, ecco che cosa scrive Baviera nell'edizione italiana delle *Fontes iur. rom. anteiust.* parte 2<sup>a</sup> pag. 137 note: « Coniecit Krueger hoc loco Gaium de eo fortasse egisse quod actor vel reus attendere debeat ne quid damni capiat ex male concepta condemnatione, deinde de formula condemnationis in infinitum concepta. Coniicere vero licet paragraphum in haec verba exiisse: « *potest condemnare quousque velit* ». Ugualmente Girard *Textes*<sup>4</sup> pag. 331 n. 2.

(3) 51 *ad Sab.* Lenel.

(4) La derivazione di *contumacia* da *contemno* è nota; cfr. Heumann-Seckel *Handlex. zu den Quellen* ad v. pag. 106 e il nostro vol. I pag. 259.

tis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor » (1).

L. 4 §§ 1-4 D. h. t. (Ulp. 36 *ad ed.*): « Deferre autem iusiurandum iudicem oportet: ceterum si alius detulerit iusiurandum vel non delato iuratum sit, nulla erit religio nec ullum iusiurandum: et ita constitutionibus expressum est imperatoris nostri et divi patris eius. — § 2. Iurare autem in infinitum licet, sed an iudex modum iuriurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occasione in immensum iuretur, quaero. et quidem in arbitrio esse iudicis deferre iusiurandum nec ne constat: an igitur qui possit iusiurandum non deferre, idem possit et taxationem iuriurando adicere, quaeritur: arbitrio tamen bonae fidei iudicis etiam hoc congruit (2). — § 3. Item videndum, an possit iudex, qui detulit iusiurandum, non sequi id, sed vel prorsus absolvere vel etiam minoris condemnare quam iuratum est: et magis est, ut ex magna causa et postea repertis probationibus possit. — § 4. Ex culpa autem non esse iusiurandum deferendum constat, sed aestimationem a iudice faciendam ».

(1) Cfr. i due testi precedenti e Dig. 6. 1. 71. Le LL. 60 § 1 D. *ad leg. Falcid.* 35. 2 e 73 D. *de fideiussor.* 46. 1 (il « magno condemnatus est » di quest'ultima indica l'applicazione del *iusiurandum in litem*) accentuano il carattere di « poena » pel convenuto che ha il giuramento estimatorio; cfr. e vedi le mie note a Glück *Comm.* lib. 12 pag. 438 nota c.

(2) Nella sopracitata L. 68 Dig. si dice che il convenuto sarà da condannarsi « quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit ».

L. 5 D. h. t. (Marcianus 4 *regul.*): « In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur (1). — § 1. Sed iudex potest praefinire certam summam, usque ad quam iuretur: licuit enim ei a primo nec deferre. — § 2. Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare (2). — § 3. Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam: haec enim iudex aestimat. — § 4. Plane interdum et in actione stricti iudicii (3) in litem iurandum est, veluti si promissor Stichi moram fe-

(1) Cfr. L. 3 § 2 D. *commodati* 13. 6 trascritta a pag. 49.

(2) Il potere di controllo del giudice rispetto al *iusiurandum in litem*, quale ci appare qui, §§ 1-2, e nella precedente L. 4 § 3 (arg. pure L. 68 D. 6. 1 nel brano trascritto a pag. 160 n. 2 e aggiungi L. 18 pr. D. *de dolo malo* 4. 3 e L. 3 § 2 D. *ad exhibendum* 10. 4) è oggetto di dubbî e discussioni. Da ultimo se ne occupa Solazzi nello scritto retrocit., colla consueta sua ingegnosità, distinguendo le due questioni, se il giudice possa diminuire la stima giurata e magari assolvere il convenuto, se il giudice possa imporre una *taxatio*; segnalando varie interpolazioni (per le quali ricorda i rilievi di Fabro in proposito, che qua e là trova però eccessivi), inclina a credere che l'una e l'altra facoltà del giudice si limitassero nel diritto classico ai giudizi di buona fede. Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 646 n. 2 [*Manuale* pag. 660 n. 1] esprime l'avviso che vi sia stato un dissenso dottrinale ed uno sviluppo storico, senza precisare di più. Cuq nel *Dictionn. des antiq.* vol. 3 parte 1<sup>a</sup> pag. 775 afferma del pari uno svolgimento storico, specificatamente dentro lo stesso diritto classico. L'argomento potrebbe dar luogo ad ulteriore critico esame; grave e difficile a spiegarsi mi sembra la facoltà addirittura di assolvere, alla quale Solazzi accenna soltanto di passaggio e che meriterebbe, credo, speciale indagine e riflessione.

(3) Cfr. pag. 40.

cerit et Stichus decesserit, quia iudex aestimare sine relatione (1) iurisiurandi non potest rem quae non extat :

L. 6 D. h. t. (Paul. 26 ad ed.): alias, si ex testamento vel ex stipulatu agatur, non solet in litem iurari (2).

L. 11 D. h. t. (Paul. 3 respons): « De periurio eius qui ex necessitate iuris in litem iuravit, quaeri facile non solere ».

L. 24 pr. D. de manumiss. 40. 1 (Hermogen. 1 iur. epitom.): « Lege Iunia Petronia, si dissonantes (3) pares iudicum existant sententiae, pro libertate pronuntiari iussum » (4).

L. 1 D. de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus 42. 1 (Modestin. 7 pand.): « Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absoluteione contingit » (5).

(1) « delatione » dett.

(2) Vedi il mio *Giuramento* pagg. 207, 216, 220. Marchi nella monografia retrocit. respinge pel diritto classico la L. 5 § 4 come interpolata, ravvisando nel cosiddetto *iurandum in litem necessitatis* una novità di Giustiniano, il quale aveva in generale (come ritiene pure Solazzi retrocit. i. f.) una certa « simpatia pel iurandum in litem, che ai suoi occhi costituiva certamente un mezzo abbastanza buono per ovviare in taluni casi alla difficoltà o all'impossibilità della stima ».

(3) « dissonantes » gloss. Beseler *Beiträge etc.* fasc. 2 pag. 96.

(4) Intorno a questa legge vedi Rotondi *Leges publicae populi romani* Milano 1912 pag. 464.

(5) Troppo sottile è, a mio avviso, la critica che di questo passo, chiaro e semplice, fa Beseler *Beiträge etc.* fasc. 2 pag. 142.

L. 6 § 1 D. h. t. (Ulp. 66 ad ed.): « Decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit. at is qui stipulatus est decem aut noxae dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt ea, quae singula separatim stipulari possumus. at iudicium solius noxae deditiois nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur. et ideo iudicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur » (1).

L. 36 D. h. t. (Paul. 17 ad ed.): « Pomponius libro trigesimo septimo ad edictum scribit, si uni ex pluribus iudicibus (2) de liberali causa cognoscenti de re non liqueat, ceteri autem consentiant, si is iuraverit sibi non liquere, eo quiescente, ceteros, qui consentiant, sententiam proferre, quia, etsi dissentiret, plurium sententia optineret » (3).

L. 38 D. h. t. (Id. eod.): « Inter pares numero iudices (4) si dissonae (5) sententiae proferantur, in

(1) Per illustrazione in rapporto a codesto caso vedi Girard *Manuel* <sup>5</sup> pagg. 682-3 [*Manuale* pagg. 694-5].

(2) *recuperatoribus* Paul., Lenel *Paling* vol. 1 col. 994 n. 2; *centumviris* invece Martin *Le tribunal des centumvirs* App. I.

(3) Cfr. L. 13 § 4 D. de receptis 4. 8 (Ulp. 13 ad ed.): « Proinde si forte urgeatur a praetore ad sententiam, aequissimum erit, si iuret sibi de causa nondum liquere, spatium ei ad pronuntiandum dari »; e cfr. pure Gell. 14. 2 i. f. trascritto a pag. 151.

(4) *recuperatores* Paul., Lenel c. s. nota 3 e Wlassak nell'*Encyclop. der Altertumswiss.* vol. 1 parte 1<sup>a</sup> col. 124 con Mommsen ivi cit.; *centumviri* invece Martin c. s.

(5) Anche qui Beseler sopraccit. pag. 97 respinge il « dissonae »; Paolo probabilmente aveva scritto *diversae*.

liberalibus quidem causis, secundum quod a Divo Pio constitutum est, pro libertate statutum obtinet, in aliis autem causis pro reo. quod et in iudiciis publicis optinere oportet (1). — § 1. Si diversis summis condemnent iudices (2), minimam spectandam esse Iulianus scribit ».

L. 47 pr. D. h. t. (Paul. 5 *sent.*): « De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet: aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet » (3).

L. 59 pr. e § 1 D. h. t. (Ulp. 4 *de omnibus tribunalibus*) (4): « In summa sufficet, si expresserit iudex summam in sententia solvique iusserit vel praestari vel quo alio verbo hoc significaverit. — § 1. Amplius est rescriptum, etsi in sententia non sit summa adiecta, si tamen is qui petit summam expresserit et iudex ait: *solve, quod petitum est vel quantum petitum est* valere sententiam ».

L. 60 D. h. t. (Iulian. 5 *digest.*): « Quaesitum

(1) Cfr. L. 24 pr. D. trascritta a pag. 162 e ivi nota 4.

(2) *recuperatores, centumviri*, c. s.

(3) D'altronde un giusto riguardo ai litiganti esprime la L. 59 D. *de iudiciis* 5. 1 (Ulp. 51 *ad Sab.*): « Si locus in iubendo iudicare non est comprehensus, videtur eo loco iudicare iussisse quo solet iudicari, sine incommodo litigantium ».

(4) Per codesto titolo dell'opera ulpiana vedi vol. 1 pag. 293 n. 2 (*protribunalion* Index flor. 24. 5 e Lyd. *de magistr.* 1. 48); Pernice ivi cit., anche per il contenuto dell'opera; si associano Jörs nell'*Encyclop. der Altertumswiss.* vol. 5 parte 1<sup>a</sup> col. 1454-55 e parmi anche Krüger *der Quellen* 2 pag. 247 n. 193; Samter *Nichtförmli. Gerichtsverfahren* pagg. 100 n. 1 e 155 propugna invece da ultimo il titolo *de omnibus tribunalibus*.

est, cum alter ex litigatoribus febricitans discessisset et iudex absente eo pronuntiasset, an iure videretur pronuntiasse. respondit (1): morbus santicus etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt. santicus autem existimandus est, qui cuiusque rei agenda impedimento est. litiganti porro quid magis impedimento est, quam motus corporis contra naturam, quem febrem appellant? igitur si rei iudicandae tempore alter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur iudicata. potest tamen dici esse aliquam et februm differentiam: nam si quis sanus alias ac robustus tempore iudicandi levissima febre correptus fuerit, aut si quis tam veterem quartanam habeat, ut in ea in omnibus negotiis superesse soleat, poterit dici morbum santicum non habere » (2).

L. 3. C. *de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum* 7. 45 (Alex.): « Praeses provinciae non ignorat definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non haberi ».

229. — EFFETTI. Rinunciando a quei maggiori svolgimenti che appartengono al diritto materiale, qui esponiamo sommariamente gli effetti della sentenza:

1) Colla sentenza la *res in iudicium deducta* diventa *res iudicata*, la quale costituisce una verità formale o legale (3), escludente ogni nuovo processo

(1) *respondi* M.

(2) Cfr. vol. 1 pag. 144 e segg. Aggiungi ai passi ivi citati L. 1 § 8 e L. 53 D. *de aedil. edicto* 21. 1.

(3) Savigny che nel suo *Sistema del dir. rom. attuale* vol. 6 pag. 283 e segg. tratta con ampiezza e profondità di tale materia, parla di « finzione della verità »; espressione che

sul rapporto giuridico omai giudicato e con questo definitivamente accertato; la questione resta decisa per sempre, in via assoluta, indipendentemente dal fatto che la sentenza emanata sia o no conforme a verità e giustizia; il che si esprime dicendo « res iudicata pro veritate accipitur (habetur) » e più succintamente, parlando di « auctoritas rei iudicatae (iudicati) ».

Il principio dell'autorità della cosa giudicata (1) - suffragato da evidenti ragioni di ordine pubblico ed utilità sociale - si collega nell'essenza e nell'origine sua all'effetto estintivo della *litis contestatio*. Come già questa, secondo che abbiamo veduto (2), escludeva che si potesse riproporre la medesima azione, « bis de eadem re ne sit actio », così e tanto più lo escludeva la sentenza; e ciò si realizzava o *ipso iure* o *ope exceptionis* simmetricamente a quanto abbiamo visto per la consumazione processuale collegata alla *litis contestatio* (3). La eccezione era l'*exceptio rei iudicatae* (4); distinta, a parer no-

ebbe fortuna, ma che fu anche criticata. Cfr. da ultimo Sokolowski in Dernburg *Pand.*<sup>8</sup> pag. 261 n. 3 cogli autori citati, cui altri si potrebbero aggiungere.

(1) Cenno di diritto comparato in Post *Giurispr. etnol.* vol. 2 pag. 413. Pel diritto provinciale vedi Mitteis *Reichsrecht* pagg. 134-5.

(2) Vol. 1 pagg. 304-5.

(3) Loc. cit.

(4) Sugli argomenti dell'*auctoritas rei iudicatae* e della *exceptio rei iudicatae*, che fra loro si intrecciano e si compenetrano, oltre gli scritti speciali di Eisele e Manenti citati a pagg. 308-9 n. 2 del vol. 1 (per Eisele aggiungendo *Ueber die Formulierung der exceptio rei iudicatae* nelle sue *Abhandl.* ivi citate, a pag. 111 e segg.) veggansi questi altri

stro, dalla *exceptio rei in iudicium deductae*, mentre altri la ritengono costituente con questa un'unica complessa eccezione (1). La quale *exceptio rei iudicatae*, dapprima contenuta dentro i limiti formali della consumazione processuale dell'azione, si estende poi e si fa più elastica, applicandosi, in una

scritti speciali: G. Rümelin *Zur Lehre von der exceptio rei iud.* Tübingen 1875; Cogliolo *Trattato della eccez. di cosa giudicata sec. il d. r. ecc.* vol. 1 Torino 1883, colla rec. di Scialoja in *Rivista crit. delle scienze giur. e soc.* a. 2 [1884] pag. 257 e segg. e colla replica dell'A. in *Archivio giurid.* vol. 33 [a. 1884] pag. 399 e segg.; Naber *De exc. rei iud.* in *Mnemos.* N. S. vol. 17 [a. 1889] pag. 115 e segg. (*Observ. de iure rom.* nr. 1); Bülow *Absolute Rechtskraft des Urtheils* in *Archiv f. die civ. Praxis* vol. 83 [N. F. 33 a. 1894] pag. 1 e segg.; Binder *Die subjekt. Grenzen der Rechtskraft* Leipzig 1895 colla rec. di Geib nella *Kritische VJSchr. für Gesetzgeb. u. RW.* vol. 39 (III Folge vol. 3) pag. 129 e segg.; Thomas *Évolut. de la théorie de la chose jugée à Rome* (Thèse) Toulouse 1898; Pernice *Parerga IX* nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 19 [a. 1898] pag. 140 e segg.; Leonhard *Die Replik des Prozessgewinns (replicatio rei secundum me iudicatae), ein Beitrag zur Lehre von den beiden Funktionen der exceptio rei iudicatae* in *Festgabe für F. Dahn* Breslau 1905 vol. 2 pag. 65 e segg., colla rec. di Erman nella *Ztschr. c. s.* vol. 27 [a. 1906] pag. 405 e segg.; Esmein *L'effet relatif de la chose jugée* in *Mélanges Gérardin* Paris 1907 pag. 229 e segg. riassunto da Senn nella *Nouv. Revue histor. de droit* a. 32 [1908] pag. 242-3 e recensito da Kübler nella *Ztschr. c. s.* vol. 30 [a. 1909] pagg. 424-5; Gradenwitz *Op. cit.* in vol. 1 pagg. 306-7 n. 3; von Böttinger *Die exceptio rei iudic. in röm. u. heut. R.* Bornaleipzig 1907 (buona tesi di Heidelberg, con discussione speciale in rapporto alla L. 7 §§ 4 e 5 D. 44. 2). Brevemente Cuq *Judicatum* nel *Dictionn. des antiq.* vol. 3 parte 1<sup>a</sup> pagg. 644-5.

(1) Vedi vol. 1 pagg. 308-9 n. 2.

forma od in un'altra, ogni qualvolta venga nuovamente portata in giudizio la medesima questione fra le medesime persone (1).

La medesima questione, abbiamo detto; con formula delle fonti. Mutando la questione, l'*exceptio rei iudicatae* non può aver luogo; essa non osta quindi a chi avendo perduto in possessorio ritenti la prova in petitorio, nè a chi avendo perduto quale rivendicante agisca nuovamente quale creditore. — Un'altra formula, che è pure delle fonti, parla invece di *identità di causa e oggetto*. È da segnalarsi, perchè la riprodusse il Codice civile francese (art. 1351) e di rimando il nostro Codice civile (art. 1350). Ma con ragione viene criticata. Infatti l'*auctoritas rei iudicatae* può esservi senza che vi sia identità di oggetto; come quando si intenti l'*actio quanti minoris* dopo aver fatto valere l'*actio redhibitoria* per lo stesso vizio. E del pari può esservi cosa giudicata senza identità di causa (dove si faccia derivare il diritto, cui la domanda si riferisce); così chi esperisce la rivendicazione per un certo titolo, implicitamente fa valere e consuma ogni altro titolo del suo diritto di proprietà (salvo, si capisce, un nuovo titolo sorto dopo la pronunciata sentenza). Che se di solito è diversamente per le azioni personali, ciò si spiega con facilità riflettendo che ivi la differenza di causa produce differenza di questione; poichè ivi la causa determina la natura stessa del diritto (2).

(1) Uguale formula nel diritto greco: *Dictionn. des antiq.* vol. 1 parte 1<sup>a</sup> pag. 259.

(2) Forse il non chiaro «qua de re agitur» della formula delle azioni personali serviva ad assicurare l'*eadem res*, riportandosi al dibattimento *in iure* ed alla determinazione

Bisogna in secondo luogo - a prescindere da casi eccezionali in cui la *res iudicata* opera anche rispetto a terzi o addirittura *ius facit inter omnes* (segnatamente nelle controversie di *status* per quest'ultimo caso) - che vi sia *identità di persone*, che la medesima questione sia stata decisa *inter easdem personas*. Ma, badiamo, si tratta di identità giuridica e non di identità fisica. Questa può esservi senza quella, e quindi senza che si possa parlare di identità giuridica; come quando la parte dopo aver agito *alieno nomine*, p. es. quale tutore, agisca poscia *proprio nomine*, ossia in diversa qualità. Viceversa può esservi identità giuridica senza che vi sia identità fisica, onde avremo tuttavia la cosa giudicata; come quando agisca l'erede dopo che ha agito il suo autore.

2) Quando la sentenza sia di condanna, essa conferisce all'attore un nuovo diritto sanzionato dall'*actio iudicati* (1); il diritto di ottenere l'esecuzione

ivi avvenuta della pretesa e del fondamento particolare della medesima: Mayr *Röm. Rechtsgeschichte* 2<sup>o</sup> libro 1<sup>a</sup> metà pag. 141. Uno studio interessante in argomento è quello di H. Krüger *Die Worte 'qua de re agitur' und (res) 'qua de agitur' in den Prozessformeln* nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 29 [a. 1908] pag. 378 e segg., discusso da Bekker ivi vol. 30 [a. 1909] pag. 6 e segg.

(1) Eisele *Ueber actio iudicati* u. *Nichtigkeitsbeschwerde* nelle sue *Abhandl. zum röm. Civilpr.* pag. 125 e segg., colla rec. di Krüger nella *Kritische VJSchrift etc.* vol. 32 [N. F. 13, a. 1890] pag. 327 e segg.; Naber *Ad actionem proiudicati, Ad actionem iudicati, De iudicati actionis natura, Cui detur et in quem iudicati actio* in *Mnemosyne* N. S. vol. 22 [a. 1894] pag. 242 e segg. e vol. 26 [a. 1898] pag. 258 e segg. (*Observ. de iure rom.* nr. 52-53 e 79-80); Wenger *Actio iudicati, Eine rechtshist. Unters.* Graz 1901, ottima monografia (che inte-

della sentenza, quando il convenuto non vi ottemperi spontaneamente (1).

L'*actio iudicati* non è una vera e propria azione esecutiva, ma apre solo la via all'esecuzione; mentre presso di noi l'esecuzione segue direttamente la condanna, senza uopo di anello di congiunzione.

3) In certe azioni la sentenza può produrre delle penalità e conseguenze svantaggiose per la parte soccombente. Le quali vedremo quando parleremo, in apposito paragrafo, dei mezzi per diminuire i processi (2).

230. — a) Gai. 3. 180-1, 4. 106-7 e 121 trascritti nel vol. 1 pagg. 307-8 e 341-2 per l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

L. 25 D. *de statu hominum* 1. 5 (Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*): « Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur » (3).

ressa per varie materie, anche svolte precedentemente o da svolgersi in seguito) della quale tutte le principali riviste si sono occupate. Sommariamente Cuq nel *Dictionn. retrocit.* pagg. 643-4.

(1) Le fonti parlano di *obligatio iudicati* o *obligatio quae ex causa iudicati descendit*. Per l'obbligazione che sorge fra le parti in seguito alla *litis contestatio*, avente vigore nel tempo intermedio fra questa e la sentenza (vol. 1 pag. 304 e segg.) manca invece un'espressione speciale nella lingua giuridica romana; cfr. Wenger *Actio iudicati* pag. 57 n. 4 e Bekker ivi cit.

(2) Per questa materia degli *Effetti della sentenza* ci siamo attenuti principalmente a Ferrini *Manuale di Pand.*<sup>2</sup> pag. 239 e segg. e Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1039 [*Manuale* pag. 1054] e segg., dove possono aversi anche maggiori notizie.

(3) Questa sentenza finale è riprodotta in L. 207 D. *de R. I.* 50. 17. Vedi in rapporto a questo passo la dottrina di

L. 1 D. *de exceptione rei iudicatae* 44. 2 (Ulp. 2 *ad ed.*): « Cum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant... ».

L. 3 D. h. t. (Ulp. 15 *ad ed.*): « Iulianus libro tertio digestorum respondit exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur: et ideo et si singulis rebus petitis hereditatem petat vel contra, exceptione summovebitur » (1).

L. 7 §§ 4 e 5 D. h. t. (Ulp. 75 *ad ed.*): « Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere iudicii, et ideo si hereditate petita singulas res petat vel singulis rebus petitis hereditatem petat exceptione summovebitur (2). — Idem erit probandum et si quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat, vel contra si ante hereditatem petierit et postea debitum petat: nam et hic obstat exceptio:

Gradenwitz di cui nel vol. 1 pagg. 306-7 n. 3, la quale, pur riconoscendo noi anche in tale scritto la valentia dell'autore, non ci sembra però dimostrata. — La giustificazione dell'*auctoritas rei iudicatae* è dichiarata nettamente nel decreto del proconsole di Sardegna del 69 d. C. edito anche nella nostra Collezione delle fonti antegustiniane parte 1<sup>a</sup> pagina 256 « Cum pro utilitate publica rebus iudicatis stare conveniat... ». Cfr. i passi ciceroniani in fondo a questo paragrafo.

(1) Applicazione in materia ereditaria, ancorchè le azioni sieno diverse, ossia *rei vindicatio* e *hereditatis petitio*. — Critica di questo passo da ultimo in Beseler *Beiträge etc.* fasc. 2 pag. 144, ma con lui non consento nel ritenere « quaestio » interpolato al posto di *res*.

(2) Cfr. L. 3 soprascritta. Critica in Beseler c. s. pagina 145.



nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci ».

L. 12 D. h. t. (Paul. 70 *ad ed.*): « Cum quaeritur, haec exceptio noceat necne, inspiciendum est, an idem corpus sit,

L. 13 D. h. t. (Ulp. 75 *ad ed.*): quantitas eadem, idem ius (1),

L. 14 pr. e §§ 2 e 3 D. h. t. (Paul. 70 *ad ed.*): et an eadem causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est... — § 2. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur (2) nec ulla earum alterius petitione vitatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest (3). — § 3. Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur ».

L. 17 D. h. t. (Gai. 30 *ad ed. prov.*): « Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam: non nocebit mihi exceptio rei iudicatae ».

(1) Cfr. L. 7 pr. D. h. t.

(2) *requiritur fere*: mihi debeatur ex causis diversis (*sic fere Iensius*), singulae obligationes singulas causas sequuntur (M.). Così Kr.

(3) Cfr. 50. 17. 159.

L. 25 § 1 D. h. t. (Iulian. 51 *digest.*): « Est in potestate emptoris intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur, quanti minoris homo cum veniret fuerit. (1) nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit: quare vere dicetur eum, qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei iudicatae exceptione summo-  
moveri ».

L. 28 D. h. t. (Papin. 27 *quaest.*): « Exceptio rei iudicatae nocebit ei, qui in dominium successit eius qui iudicio expertus est ».

L. 31 D. h. t. (Paul. 3 *respons.*): « Paulus respondit ei, qui in rem egisset nec tenuisset, postea condicenti non obstare exceptionem rei iudicatae ».

L. 3 C. *de iurisdict. omnium iud.* 3. 13 (Diocl. et Max.): « Privatorum consensus iudicem non facit eum, qui nulli praeest iudicio, nec quod is statuit rei iudicatae continet auctoritatem » [a. 293] (2).

L. 2 C. *quibus res iudicata non nocet* 7. 56 (Gordian.): « Res inter alios iudicatae neque emolumentum adferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque praeiudicium solent inrogare. ideoque nepti tuae praeiudicare non potest, quod adversus coheredem eius iudicatum est, si nihil adversus ipsam statutum est » [a. 239] (3).

(1) *nonnulla videntur intercidisse* Eisele in Kr.

(2) Deve trattarsi, si capisce, di decisione data da un giudice non regolarmente istituito. I Basilici 7. 3. 39 (ed. di Heimbach vol. 1 pag. 268) continuano così (trad. lat.): « Iudex autem incompetens consensu partium fit competens ».

(3) La condanna di un coerede non nuoce all'altro.

b) Cic. *pro Flacco* 21. 49. — È trascritto nel vol. 1 pag. 254 (1).

§ 26.

**Soggezione del iudex  
ai termini della formula.**

Principio generale — Imperfezioni della formula (pag. 175) — Plus petitio (pag. 177) — Fatti posteriori alla litis contestatio (pag. 188) — Eccezioni deminutorie (pag. 191).

231. — PRINCIPIO GENERALE. Il giudice romano che abbiamo visto godere la maggior libertà nel formare in base alle prove addotte il proprio convincimento circa le questioni sottoposte al suo giudizio, perde siffatta libertà rispetto alle conseguenze da trarre dal convincimento in lui liberamente formatosi. Tali conseguenze sono in anticipazione determinate dalla formula; ai termini di questa egli deve strettamente attenersi. Ciò non esclude che codesti termini possono essere più o meno rigorosi, come abbiamo visto passando in rassegna le diverse specie di formule ed azioni, e in particolare ricordiamo qui la distinzione di *actiones bonae fidei* e *stricti iuris*.

Ma comunque, sieno più o meno costringenti i

(1) Il caso è illustrato da Mitteis *Reichsrecht* pag. 135. Vedi anche Cic. *de domo sua* 29. 78 trascritto in vol. 1 pag. 127, nonchè *pro Sulla* 22. 63 «status enim rei publicae maxime iudicatis rebus contineri»; ed altri passi ciceroniani si potrebbero citare.

termini della formula, il *iudex* è tenuto in ogni caso ad osservarli; egli non può decidere che in conformità a ciò che la formula stabilisce.

232. — IMPERFEZIONI DELLA FORMULA. Questo principio fa sì, che il giudice, qualora confrontando le sue risultanze processuali coi termini della formula, trovi in questi discordanze ed inesattezze, non può correggere per giudicare quindi conformemente alle anzidette risultanze processuali, ma deve invece coartare e sottoporre queste ultime agli errati e imperfetti termini della formula stessa. — Il che presenta numerosi casi, diverse applicazioni e modalità, derivandone per l'attore in ogni ipotesi la perdita del processo e in varie ipotesi anche la perdita dell'azione, in causa della consumazione processuale collegata alla *deductio in iudicium*.

Supponiamo che l'attore per errore abbia preteso una cosa diversa da quella cui ha diritto (*aliud pro alio*): il giudice, il quale nell'opera sua di indagine e accertamento scopre l'errore e riconosce ciò a cui veramente l'attore ha diritto e che avrebbe dovuto indicare come oggetto della propria pretesa, non può di tale rilievo e riconoscimento tener conto, se non in senso negativo, in quanto ne deriva che l'attore a quello che ha chiesto non ha diritto; onde il giudice, ligio alla formula, assolverà il convenuto. L'attore dovrà e potrà fare un nuovo processo, evitando di ripetere l'errore e così potrà vincere la lite, mentre oggi la perde. — Altrettanto dicasi quando l'errore sia invece nella *demonstratio* (*falsa demonstratio*). Il convenuto viene assolto, poichè l'attore non riuscirà naturalmente a provare la verità dei fatti dedotti nella *demonstratio*; un

nuovo processo in cui sia rettificato l'errore, potrà essere per l'attore vittorioso. — Analogamente quando l'attore abbia preteso per inavvertenza meno di ciò cui ha diritto (*minus petitio*). Il giudice non può condannare il convenuto che a questo *meno*, conformemente alla domanda riprodotta nella formula. Per avere il residuo l'attore dovrà intentare una nuova lite; trascorso un certo tempo, in base ad una particolare norma processuale romana che conosciamo (1). — Un altro caso di errore è quello in cui, mentre l'*intentio* corrisponde al vero e intiero diritto dell'attore, la *condemnatio* indica invece al giudice una somma minore. In questo caso la conseguenza è più grave; chè tutto il diritto dell'attore viene dedotto *in iudicium*, stante la correttezza dell'*intentio*, e quindi per intiero la ragione sua si consuma, ond'è a lui precluso di intentare una nuova azione pel residuo; eppure il giudice non può condannare il convenuto che alla somma indicata nell'erronea *condemnatio*. — Supponiamo il caso inverso, di *condemnatio* eccessiva. Anche qui il giudice seguirà l'errore della formula, ossia l'eccesso questa volta; però potrà esservi luogo alla *restitutio in integrum* per la riduzione della condanna dentro il giusto limite; mentre nel caso opposto prima considerato, quello di *condemnatio* scarsa, tale ausilio, per l'effetto contrario, in massima viene negato. — Supponiamo ancora il caso di una domanda eccessiva da parte dell'attore (*plus*

(1) *Exceptio litis dividuae et rei residuae*, di cui nel vol. I pag. 342.

*petitio*); caso opposto ad altro più addietro contemplato, ma che abbiamo lasciato per ultimo, a cagione di sviluppo come si vedrà. L'attore ha chiesto più di ciò che gli spetta, e la formula dà mandato al giudice di condannare il convenuto in quanto egli accerti avere l'attore realmente diritto a ciò che ha chiesto. In tale ipotesi, il giudice, essendo vincolato rigorosamente ai termini della formula, assolverà il convenuto, poichè dal processo risulterà che all'attore non compete proprio e per intiero ciò che egli ha preteso; e l'attore d'altro canto non potrà intentare novella lite, contenendo la domanda dentro i limiti della reale spettanza sua; poichè egli l'azione sua la ha omai fatta valere e così la ha consumata, onde decade senz'altro dall'intiero diritto.

Quest'ultimo caso di imperfezione della formula è il più importante. Perciò intorno ad esso - contraddistinto col nome tecnico, già indicato, di *plus petitio*, conforme al linguaggio delle fonti stesse - dobbiamo, dopo averne data ora la nozione generale, trattenerci ancora particolarmente. È una materia delicata.

233. — PLUS PETITIO (1). Codesta domanda giudiziaria eccessiva può aversi in varia guisa, rispetto ad elementi diversi della domanda stessa: *re, tem-*

(1) Cohn *Beiträge zur Bearb. des Röm. Rechts* fasc. 1 Berlin 1878 nr. 3 pag. 41 e segg., *Ueber Pluspetition*; Leoni *Plus petitio* in Append. alla trad. del *Comment. di Glück* libro 13 pag. 96 e segg. Milano 1893. Gli scritti relativi alle *actiones arbitrariae* come pure quelli recenti relativi alla *translatio iudicii*, che a suo tempo vedremo, trattano pure di questa materia (confronta d'altronde l'avvertimento di massima a pag. 1 n. 1).

*pore, loco, causa*, anche qui con terminologia e distinzione delle fonti. *Re*, quando si pretende p. es. una somma maggiore di quella che è dovuta, oppure la cosa che è nostra per una certa parte la si rivendichi tutta o in una parte maggiore di quella che ci compete. *Tempore* quando la domanda è precoce, fatta avanti tempo. *Loco* quando si chiede il pagamento in luogo diverso da quello in cui è dovuto; pagare altrove può essere gravoso pel debitore. *Causa*, quando in altra maniera si eccede nella dimanda, alterando o trascurando qualche modalità sotto cui è costituito il diritto che si fa valere; p. es. quando si chiede tassativamente uno dei due oggetti di un'obbligazione alternativa o si pretende una cosa singola determinata invece di una delle cose di un dato genere, non rispettando in ambo i casi il diritto di scelta del debitore. — È chiaro che la *plus petitio* non può aver luogo giudizialmente che rispetto alle *formulae certae*; non si può parlare di *plus petere* in confronto di una *formula incerta* dove havvi il « quidquid dare facere oportet » (1).

Abbiamo indicato come e dove possa esservi una *plus petitio*, ossia ne abbiamo indicato le condizioni, i requisiti; avendone già prima, nel dare la nozione generale, esposti gli effetti, vale a dire che l'attore non solo perde la lite attuale, ma perde anche il diritto che gli spetta, non potendo promuovere pel medesimo un ulteriore processo. Effetti i quali provengono dalla combinazione dell'obbligo cui è soggetto il giudice di stare ai termini della

(1) Cfr. pag. 38.

formula, colla famosa regola *bis de eadem re ne sit actio*.

Ora dobbiamo aggiungere che vi sono mezzi preventivi per ovviare alla *plus petitio*, come havvi pure un rimedio posteriore per sanare i seguiti effetti della medesima. Quest'ultimo rimedio è di carattere generale, la *in integrum restitutio*; la quale viene concessa in quanto vi sia stato nell'attore errore scusabile. I mezzi preventivi, onde si evita di incorrere nella *plus petitio* in certi casi, sono: l'*actio de eo quod certo loco dari oportet*, la quale consente di far valere efficacemente, senza danno, il credito in diverso luogo (1); l'*interrogatio in iure* 'an heres sit et ex quota parte' (2); la *vindicatio incertae partis*.

234. — Passiamo all'esame dei testi.

L'obbligo del giudice di stare strettamente ai termini della formula lo vediamo in modo chiaro e perentorio, poichè ne appare doversi rispettare persino l'assurdo (3), in Cic. *In Verrem* II. 2. 12. 31: « Si vero illud quoque accedet, ut praetor in ea verba iudicium det, ut vel L. Octavius Balbus iudex, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare, si iudicium sit eius modi: 'L. Octavius iudex esto. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur ex iure Quiritium P. Servili esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur': non necesse erit L. Octavio iudici cogere P. Servilium

(1) Di questo mezzo abbiamo già parlato trattando delle *actiones arbitariae* (pag. 62 e segg.).

(2) Ne abbiamo discorso nel vol. 1 pag. 255 e segg.

(3) Come rileva Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1036 n. 3 [*Manuale* pag. 1051 n. 1].

Q. Catulo fundum restituere aut condemnare eum, quem non oporteat? » (1).

Pei varî casi di imperfezione della formula e specialmente per la *plus petitio* è da vedersi anzitutto Gai. 4. 52-60. Il § 52, già da noi trascritto più addietro (2), lacunoso, mostra tuttavia (3) che Gaio segnala gli inconvenienti che possono derivare da un'inesatta concezione della formula; introducendo l'esposizione di tale materia, che così continua nei seguenti paragrafi: 53: « Si quis intentione plus complexus fuerit, *causa cadit*, id est rem perdit (4), nec a praetore in integrum restituitur exceptis quibusdam casibus, in quibus.... praetor non patitur... (5). — 53<sup>a</sup>. *Plus autem quattuor modis petitur*: re tempore, loco causa. Re, *veluti si quis pro X milibus quae ei debentur XX milia petierit, aut si is,*

(1) Vedi pag. 71 n. 3, in rapporto alla formula ciceroniana ivi riprodotta nel testo, per le azioni arbitrarie.

(2) Pagg. 158-9.

(3) Pag. 159 n. 2.

(4) Vuol dire che perde non solo la lite, ma anche il diritto che ha fatto valere con eccesso.

(5) Passi a confronto in Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 120 [*Édit* vol. 1 pagg. 142-3]. Col medesimo poi rileviamo che i casi eccettuati da Gaio, che la lacuna ci sottrae, possiamo leggerli nelle Istituzioni giustiniane, § 33 *de action.* 4. 6; consistono nell'età minore dell'attore e pei maggiori d'età in una « magna causa iusti erroris » (cfr. Paul. 1. 7. 2). Per quest'ultimo caso, concepito in termini generali, si può dubitare se non sia un compendio di eccezioni particolari dichiarate dall'editto, ed a far ciò ritenere concorre il « quibusdam causis » di Gaio, come pure la costituzione zenoniana, L. 1 §§ 1-2 *C. de plus petendo*, dove eccezioni particolari veggiamo indicate.

*cuius ex parte res est, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit* (1). — 53<sup>b</sup>. *Tempore plus petitur, veluti si quis ante diem petierit.* — 53<sup>c</sup>. *Loco plus petitur, veluti si quod certo loco dari promissum est, id alio loco sine commemoratione eius loci petatur* (2), velut si *quis ita stipulatus fuerit 'Ephesi dare spondes?', deinde Romae pure intendat dari sibi oportere.... dare mihi oportere... petere id est non adiecto loco.* — 53<sup>d</sup>. *Causa plus petitur, velut si quis in intentione tollat electionem debitoris quam is habet obligationis iure: velut si quis ita stipulatus sit 'Sestertium X milia aut hominem Stichum dare spondes?', deinde alterutrum ex his petat; nam quamvis petat quod minus est, plus tamen petere videtur, quia potest adversarius interdum facilius id praestare quod non petitur. Similiter si quis genus stipulatus sit, deinde speciem petat: veluti si quis purpuram stipulatus sit generaliter, deinde Tyriam specialiter petat; quin etiam licet vilissimam (3) petat, idem iuris est propter eam rationem quam proxime diximus. Idem iuris est, si quis generaliter hominem stipulatus sit, deinde no-*

(1) Qui si affaccia la *vindicatio pro parte*, rivendica parziale, naturalmente possibile tanto in confronto di un condomino quanto in confronto di un terzo; l'*intentio* della formula indicava in tal caso la quotaparte, « si paret ex dodrante (p. es.) rem A. Agerii esse ex iure Quiritium ». Ed è interessante il rilievo che fa Sokolowski *Die Philosophie im Privatrecht* vol. 1 pagg. 426 e 603 in rapporto alla *vindicatio* complessiva o generale, considerando anche la *vindicatio incertae partis*.

(2) Vedi pag. 67 n. 3.

(3) Per svista nell'edizione italiana delle fonti giustiniane « utilissimam ».

minatim aliquem petat, velut Stichum, quamvis vilissimum. Itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet. — 54. Illud satis apparet in incertis formulis plus peti non posse, quia, cum certa quantitas non petatur, sed 'quidquid' adversarium 'dare facere oportet' intendatur, nemo potest plus intendere. Idem iuris est et si in rem incertae partis actio data sit: velut talis 'quantam partem paret in eo fundo quo de agitur' actoris 'esse'; quod genus actionis in paucissimis causis dari solet (1). — 55. Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari (2) eumque ex integro agere posse, quia nihil ante videtur egisse: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis 'ex testamento dari' sibi 'oportere' intenderit, cui ex stipulatu debebatur; aut si cognitor aut procurator intenderit sibi 'dari oportere'. — 56. Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est; minus autem intendere licet; sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur. Nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis dividuae (3). — 57. At si in condemnatione plus positum sit quam oportet,

(1) Vedi pagg. 38-39, dove questo passo è in parte riprodotto, e ivi la nota. Confronto con Cic. *pro Tullio* 3. 7 e congettura recentemente in Arangio-Ruiz *Le formule con demonstratio* pag. 68.

(2) Nel senso che non è dedotta in giudizio e quindi consumata l'azione per ciò cui l'attore ha diritto; come tosto si vede seguitando.

(3) Cfr. 4. 122 riprodotto a pag. 342 del vol. I colla nota ivi, conformemente al richiamo fatto qui a pag. 176 n. 1.

actoris quidem periculum nullum est (1), sed *reus cum* iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. Si vero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum consequitur *actor* quod posuit; nam tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest. Nec ex ea parte praetor in integrum restituit; facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus. Loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum; nam huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis praetor succurrit. — 58. Si in demonstratione plus aut minus positum sit, nihil in iudicium deducitur, et ideo res in integro manet; et hoc est quod dicitur falsa demonstratione rem non perimi. — 59. Sed sunt qui putant minus recte comprehendere, ut qui forte Stichum et Erotem emerit, recte videatur ita demonstrare 'quod ego de te hominem Erotem emi', et si velit, de Sticho alia formula agat, quia verum est eum, qui duos emerit singulos quoque emisse; idque ita maxime Labeoni visum est. Sed si is qui unum emerit de duobus egerit, falsum demonstrat. Idem et in aliis actionibus est, veluti commodati et depositi (2). — 60. Sed nos apud quosdam scrip-

(1) L'attore anzi è avvantaggiato, perchè il giudice, astretto alla formula, dovrà condannare il convenuto in questo di più; ma codesto vantaggio, siccome ingiusto, è precario, secondo che vediamo seguitando con Gaio. Altrettanta equità non si applica, in massima, nell'ipotesi contraria, di *condemnatio* scarsa, come pur vediamo seguitando con Gaio. Cfr. già nell'esposizione dogmatica pag. 176.

(2) È opportuno dar notizia del chiaro ed efficace commento di Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pagg. 283-4:

tum invenimus, in actione depositi et denique in ceteris omnibus, ex quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum qui plus quam oporteret demonstraverit, litem perdere: veluti si quis una re deposita duas pluresve *se deposuisse* demonstraverit; aut si is, cui pugno mala percussa est, in actione iniuriarum etiam aliam partem corporis percussam sibi demonstraverit. Quod an debeamus credere verius esse, diligentius requiremus. Certe cum duae sint depositi formulae, alia in ius concepta, alia in factum, sicut supra quoque notavi-

---

Gaio (sabiniano), il quale ritiene che la *demonstratio* tanto in *plus* quanto in *minus*, se non fa perdere il diritto, fa però perdere oggi il processo (§ 58), riferisce (§ 59) un'opinione in parte diversa di Labeone, secondo cui quando la *demonstratio* è in *minus* non solo non si perde l'azione, ma non si ha da perdere nemmeno la lite. Ecco il ragionamento di Labeone: Se io ho comperato due schiavi, Stico ed Erote, ho comperato in sostanza e l'uno e l'altro distintamente considerati, onde non è falsa la *demonstratio* (in *minus*) 'quod ego de te hominem Erotem emi', perchè lo schiavo Erote mi è realmente dovuto, ed è giusto che io l'ottenga in questo giudizio, salvo agire poscia nuovamente per ottenere lo schiavo Stico; viceversa, soggiunge Labeone (nel riferimento gaiano), sarebbe falsa la *demonstratio* quando essendo stato comperato un solo schiavo, si agisse dichiarando di averne comperati due (*demonstratio* in *plus*). E questa argomentazione di Labeone - il quale da ultimo nota che il diverso trattamento di *demonstratio* in *minus* e *demonstratio* in *plus* affermato in rapporto all'*actio empti* va seguito anche per le altre azioni, come quelle di commodato e deposito - nella prima impressione sembra così razionale da non poter essere oppugnato e far ritenere quasi assurda l'opinione contraria di Gaio. Ma, ben riflettendo, questa non è tuttavia da dispregiarsi. Si tratta di contratti di buona

mus, et in ea quidem formula, quae in ius concepta est, initio res de qua agitur demonstratorio modo designetur, deinde inferatur iuris contentio his verbis 'quidquid ob eam rem illum illi dare facere oportet'; in ea vero quae in factum concepta est, statim initio intentionis alio modo res de qua agitur designetur his verbis 'si paret illum apud *illum rem* illam deposuisse': dubitare non debemus, quin si quis in formula quae in factum composita est, plures res designaverit quam deposuerit, litem

---

fede, in cui perciò il giudice deve desumere il valore della condanna dal complesso delle circostanze del contratto. Ora se uno deve dare il servo Stico ed il servo Erote e viene convenuto per Erote soltanto, può darsi che debba venir condannato ad una somma inferiore a quella cui verrebbe condannato se essendo obbligato a dare unicamente Erote, questo non desse e per questo venisse, naturalmente ed esclusivamente, condannato. Laonde si comprende come il non aver dedotto la circostanza che il contratto aveva anche altro obbietto dovesse arrestare alcuni giuristi e far loro pensare che il contratto di più schiavi non è il contratto di uno solo intensificato e moltiplicato, che non havvi identità di contratto, e perciò la *demonstratio* di uno non è la *demonstratio* della metà di due, bensì è la *demonstratio* di un contratto diverso, che non fu mai formato. Concludendo la dottrina seguita da Gaio non è menomamente irrazionale. — Tuttavia la tesi di Labeone è prevalsa, come possiamo rilevare dai passi delle Pandette nei quali, in base a contratti aventi per oggetto più cose distinte, si dà azione appunto per le singole cose; vedi p. es., chiaramente, L. 33 D. *de act. empti vend.* 19. 1 (Ulp. 23 *ad ed.*): « Et si uno pretio plures res emptae sint (et quaedam earum vel omnes evictae sint, *ins.* M. sec. Basil.) de singulis ex empto et vendito agi potest ».

perdat, quia in intentione plus posuisse videatur...» (1).

(1) Gaio — dopo aver dichiarato, come abbiamo ora visto, che la *demonstratio* sia *in plus* che *in minus* se conduce oggi alla perdita del processo non fa perdere però l'azione e quindi il diritto (riferendo poscia la dottrina di Labeone, divergente in questo, che nemmeno la lite attuale si perda quando la *demonstratio* è *in minus*) — passa a dire come secondo alcuni (ed è codesta una dottrina divergente in senso opposto, paragonata alla suddetta di Labeone) in certe azioni la *demonstratio in plus* debba far perdere non solo il processo ma anche l'azione, ossia il diritto (*il litem perdere* di Gaio qui equivale a *rem perdere* nel senso del § 53, cfr. qui a pag. 180 n. 4). Precisamente, sono le azioni infamanti, che da Gaio stesso possiamo veder enumerate ne' § 182, quelle in cui tale conseguenza dovrebbe verificarsi. — Gaio trova che sia da distinguere. In varie delle azioni infamanti si hanno due formule, una *in ius* e l'altra *in factum*. Ora, nella formula *in ius* noi abbiamo (secondo che altrove si è detto parlando della distinzione di *formulae in ius* e *in factum*, onde questo stesso § 60 di Gaio fu già allora in parte trascritto, pag. 18 n. 3) una *intentio* fondata sul *ius civile* distinta e separata dalla *demonstratio*; la falsità di quest'ultima (*in plus*) non influisce sull'*intentio*, indeterminata, « *quidquid ob eam rem illum illi dare facere oportet* » e quindi in tal caso, se si perde il processo, non si perde però l'azione, il diritto. Invece nella formula *in factum* non può aversi una vera *intentio* fondata sul *ius civile*, ma la *intentio* è confusa e compenetrata (così nell'esempio del deposito scelto da Gaio « *si paret illum apud illum rem illam deposuisse* ») nella *demonstratio*; onde qui l'*intentio* stessa è viziata e pertanto qui sì, applicandosi il principio della *deductio in iudicium* e della consumazione processuale, si finisce colla perdita, oltrechè del processo, anche dell'azione. — Per ciò pure (confronta la nota precedente in principio) vedi Scialoja *sopracit.* pag. 284 e segg. Gli scritti recenti, specialmente italiani, che hanno occasione

Coi trascritti paragrafi di Gaio sono da confrontarsi i §§ 33-35 I. *de action.* 4. 6 (1), la lettura dei quali serve, oltrechè per più diffusa illustrazione, per integrare Gaio nei punti lacunosi, come si è fatto (2); prescindendo da ciò che è diritto poste-

di trattare della duplice formula *in ius* e *in factum* considerano naturalmente questo § 60 di Gaio; così p. es. Rotondi nella *Rivist. ital. per le scienze giurid.* vol. 45 [a. 1908] pag. 32 e segg. che ne ricava un argomento a favore della priorità della formula *in factum* « i quidam non fanno distinzione fra le due formule perchè al loro tempo era ancora l'unica per il deposito, e non c'era quindi luogo a parlare di distinzione » (par strano però che non lo dica lo stesso Gaio, il che mi fa dubitare non della tesi dell'anzidetta priorità, nella quale pienamente consento, e cfr. qui pag. 19 n. 1, ma dell'ipotesi e deduzione che Rotondi fa per questo § 60). Da ultimo dei §§ 58-60 di Gaio si occupa Arangio-Ruiz *Le formule con demonstratio* pag. 11 e segg.

(1) Il § 33<sup>c</sup> fu già riprodotto a pag. 67.

(2) Di particolare notiamo che mentre il § 53<sup>b</sup> di Gaio nella restituzione fatta dice « *Tempore plus petitur, veluti si quis ante diem petierit* », il corrispondente § 33<sup>b</sup> delle Istituzioni giustiniane dice « *Tempore: veluti si quis ante diem vel ante condicionem petierit* ». Certamente agendo *ante condicionem* si perde il processo, e si capisce. Ma si perde anche l'azione, il diritto? è questo un caso di *plus petitio* nel senso e valore del diritto classico attestato da Gaio e che seguendo abbiamo rispecchiato? La questione, che si collega direttamente alla materia delle condizioni, va risolta, a parer nostro, in senso negativo; in base a passi delle Pandette che chiaramente e decisamente ammettono la possibilità di agire di bel nuovo quando la condizione si sia verificata (L. 36 D. *de R. C.* 12. 1, L. 13 § 5 D. *de P. et H.* 20. 1, L. 43 § 9 D. *de aedil. ed.* 21. 1, L. 36 D. *de solution.* 46. 3). Cfr. Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1037 n. 2 [*Manuale* pag. 1052 n. 1] e più ampiamente Scialoja *retrocit.* pag. 275 e segg. — In rapporto all'ultima ampia lacuna di Gaio (§ 60) notiamo



riore, da vedersi nell'esposizione dell'ultimo periodo del processo civile romano.

Paul. 1. 10 (1): « Plus petendo causa cadimus aut loco aut summa aut tempore aut qualitate (2): loco alibi, summa plus, tempore petendo ante tempus, qualitate eiusdem rei speciem meliorem postulantibus » (3).

Vatic. fragm. 53 (Paul. 1 manual.): « Si altius tollendo aget is qui in infinitum tollendi ius non habet, si non expresserit modum, plus petendo causa cadit, quasi intenderit ius sibi esse in infinitum tollere ».

Vediamo ancora nelle fonti non giuridiche Cic. *pro Roscio com.* 4. 10: « Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem, in qua legitimae partis sponsio facta est. Hic tu si amplius HS nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti .... » (4).

235. — FATTI POSTERIORI ALLA LITIS CONTESTATIO.

che pochissimo doveva esser detto ancora riguardo alla questione trattata, di cui pertanto abbiamo potuto dare pienamente conto (pag. 186 n. 1); si ritiene che poscia Gaio parlasse della materia di cui i §§ 36-38 I. h. t.; e quindi ancora doveva iniziare l'argomento della compensazione, che vediamo continuato nella parte conservataci del § 61.

(1) = Cons. 5. 4. Osserva Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 120 n. 4 [*Édit.* vol. 1 pag. 142 n. 4] per questo passo delle *Sententiae* di Paolo che la rubrica del medesimo *de plus petendo* segue immediatamente la materia della *in integrum restitutio*, avvisando che a quest'ultima materia addirittura tale passo appartenesse nell'opera originale di Paolo.

(2) Rileviamo la differenza di terminologia: *summa* e *qualitate*, in confronto di *re* e *causa*.

(3) Vedi anche 2. 5. 3.

(4) Con vantaggio si legge il seguito del capo.

Il principio della subordinazione del *iudex* ai termini della formula determina e giustifica, a nostro avviso, quella dottrina romana la quale voleva che il *iudex* stesso si riportasse al momento della *litis contestatio* per giudicare se l'azione era fondata e in che il convenuto era da condannarsi, senza potere tener conto - salvo i casi di clausola speciale che a ciò lo autorizzasse - di fatti sostanzialmente in senso contrario avvenuti durante il *iudicium*. In specie e più concretamente la suddetta dottrina voleva che il giudice, fatta eccezione per le azioni di buona fede e le azioni arbitrarie, dovesse condannare il convenuto ad onta che questi tra la *litis contestatio* e la sentenza, ossia durante il *iudicium*, avesse soddisfatto la pretesa dell'attore (1). Ciò sostenevano i Proculiani (2). — I Sabiniani invece - conformandosi alla logica e giustizia intrinseca della cosa, anzichè al rigore ed alla logica formale del meccanismo giudiziario - affermavano che in

(1) Nelle azioni di buona fede e arbitrarie era la rispettiva clausola particolare delle medesime che escludeva la condanna quando l'attore fosse stato soddisfatto; per l'*ex fide bona* nelle prime, essendo contro la buona fede che uno venisse condannato a prestare ciò che già aveva prestato; per l'*arbitratus* nelle altre, onde si mirava ad ottenere con invito del *iudex* il soddisfacimento dell'attore evitando la condanna, e tanto meglio quindi e tanto più doveva essere esclusa la condanna se il convenuto faceva la prestazione da sè, spontaneamente.

(2) Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 269 e Baviera *Le due scuole dei giurec. rom.* Firenze 1898 pag. 94 ritengono che non soltanto il rigoroso attaccamento alla formula ma anche la difficoltà derivante dalle pene processuali (si pensi p. es. specialmente alla *restitutio tertiae partis*) spieghi l'opinione dei Proculiani.

ogni caso, di qualunque genere fosse l'azione ed il processo, il soddisfacimento dell'attore avvenuto dopo la *litis contestatio* dovesse condurre all'assoluzione del convenuto; il che esprimevasi bizzarramente dicendo *omnia iudicia sunt absolutoria* (1). — Prevalse quest'ultima opinione, dei Sabiniani, che fu sancita ufficialmente da Giustiniano nelle sue Istituzioni.

236. — Gai. 4. 114: « Superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam (2) is cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciatur actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse cuius generis sit iudicium; et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse: *diversae scholae auctoribus de strictis iudiciis contra placuisse*: de bonae fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. Tantumdem et de in rem actionibus putant, quia *formulae verbis id ipsum exprimitur: ita demum reum condemnandum esse, nisi arbitrato iudicis rem restituerit....* » (3).

(1) Riscontri per altre materie di analoga opposta tendenza delle due scuole rileva, accanto alla presente materia, Sokolowski, come osserva Erman loc. cit. a pag. 154 n. 1.

(2) « ante rem iudicatam » ut glossema delet Mommsen (Krueger).

(3) Per le integrazioni del brano trascritto e per le altre del restante brano del paragrafo assai lacunoso cfr. e vedi l'edizione italiana delle *Fontes iur. rom. anteiust.* parte 2<sup>a</sup>, pag. 149 note (circa la prima confrontando, per la diversità

§ 2 I. *de perp. et tempor. act.* 4. 12: « Superest ut admoneamus, quod si ante rem iudicatam is cum quo actum est satisfaciatur actori, officio iudicis convenit eum absolvere, licet iudicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut damnari debeat: et hoc est, quod ante vulgo dicebatur omnia iudicia absolutoria esse » (1).

L. 84 D. *de V. O.* 45. 1 (Paul. 74 *ad ed.*): « Si insulam fieri stipulatus sim et transierit tempus, quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet: quod si iam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices » (2).

237. — ECCEZIONI DEMINUTORIE. Prima di finire questo paragrafo, vogliamo ancora notare come col principio della soggezione del *iudex* ai termini della formula si spiega e giustifica che nel diritto classico le eccezioni possano avere soltanto effetto di escludere la condanna e non anche di ridurla; secondo che già fu detto trattando l'argomento delle *Eccezioni*, dove venne respinta quindi pel

dell'integrazione, qui pag. 40). — Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1039 n. 1 [*Manuale* pag. 1053 n. 2] osserva che il testo mutilato di Gaio non consente di sapere precisamente se i Proculiani ammettessero la possibilità di una soddisfazione *inter moras litis* anche in altre azioni oltre che in quelle di buona fede e nelle arbitrarie.

(1) Pel confronto con Gai. 4. 114 dianzi trascritto vedi Zocco-Rosa *Instit. Paling.* vol. 2 pagg. 355-6.

(2) Qui vediamo applicata la dottrina dei Proculiani; di cui pertanto si ha traccia ancora nell'età di Paolo autore del frammento. Poichè trionfò l'opinione contraria, il frammento stesso può ritenersi accolto nelle Pandette per svista dei compilatori.

periodo formulare la distinzione di *eccezioni assolute* e *eccezioni deminutorie* (1). Il *iudex*, al quale la formula prescrive di condannare il convenuto una volta verificata l'*intentio* purchè però non risulti vero anche il fatto che costituisce il contenuto dell'*exceptio*, deve - in base alla logica rigorosa dell'organismo processuale, per ciò che è vincolato ai termini della formula - assolvere in ogni caso il convenuto quando l'eccezione sia verificata; e non può applicare quella riduzione di condanna di cui pur si sia convinto, perchè, così facendo, non obbedirebbe più a ciò che la formula prescrive.

§ 27.

**Sorveglianza e poteri del magistrato  
in rapporto al iudicium**

In generale — *Translatio iudicii* (pag. 193).

238. — IN GENERALE. Il procedimento *in iudicio* si svolge sotto la sorveglianza del magistrato, com'è naturale, poichè è questi che costituisce il giudizio, che conferisce e determina il mandato del giudice. E così il magistrato può sospendere il processo, può emettere istruzioni complementari e dare disposizioni che si rendano necessarie e opportune (vendita della cosa contestata che deperisce, sequestro della medesima che può venir sottratta, ecc.); può sollecitare o costringere il giudice negligente, dispensarlo dall'ufficio in caso di impedimento, re-

(1) Vedi vol. I pagg. 336-7.

vocarlo per indegnità o inidoneità, surrogarlo quando muoia o giuri *sibi non liquere*; può intervenire in altra guisa ancora. Al magistrato ricorrono le parti; al magistrato ricorre il giudice stesso; ma egli si asterrà in via assoluta dal dare istruzioni e consigli sull'apprezzamento dei fatti, anche essendone richiesto, perchè tale apprezzamento deve formarsi nell'animo del giudice con piena libertà e indipendenza.

239. — *TRANSLATIO IUDICII* (1). È questa un'esplorazione del suddetto potere e intervento del magistrato in rapporto al processo in *iudicio*; essa viene considerata come uno speciale istituto. Aveva luogo quando, rimanendo fissi - almeno in massima - gli elementi oggettivi o reali della causa, si mutavano in qualche modo, coll'autorità del magistrato, gli elementi personali della medesima, cioè o il giudice o le parti; mutamenti richiesti dalle

(1) La dottrina della *translatio iudicii*, prima negletta, conta ora due cospicue trattazioni, una tedesca e l'altra francese, delle quali qualche citazione incidentale abbiamo già fatta: Koschaker *Translatio iudicii* Graz 1905, colle recensioni di Geib nella *Berliner philologische Wochenschrift* a. 25 [1905] colonna 1146 e seguenti e di Wenger nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 26 [anno 1905] pag. 524 e segg.; Duquesne *La translatio iudicii dans la procéd. civ. rom.* Paris 1910, colla recensione di Wenger ivi vol. 32 [a. 1911] pag. 459 e segg. Queste monografie, malgrado i loro pregi, non escludono l'opportunità di un'ulteriore trattazione; tanto più che pur essendovi concordanze fra i due autori, essi manifestano pure importanti disparità di opinione e soprattutto divergono circa il meccanismo e la struttura dell'istituto. — Particolarmente sulla *translatio iudicii de peculio* e *in rem verso* Seckel nella monografia inserita in *Aus röm. und bürg. Recht* Weimar 1907 pag. 364 e segg.,

circostanze, perchè anche rispetto alle persone non dovevano per principio farsi variazioni, fissando la *litis contestatio*, come sappiamo (1), non solo gli elementi reali ma anche gli elementi personali del processo.

Quanto alle variazioni nella persona del giudice (*iudicis mutatio*), le cause od occasioni delle medesime sono già apparse nella nozione generale data più sopra. Aggiungiamo solo, sebbene possa sembrare superfluo dichiararlo espressamente, che ciò naturalmente implicava una modificazione nell'inizio della formula, contenente appunto la costituzione del giudice; che il nuovo giudice aveva gli stessi poteri ed obblighi di quello cui era sostituito, rimanendo immutato il resto della formula; che la lite riprendeva il corso suo.

Quanto alle variazioni nelle persone dei litiganti, qui più numerosi erano i casi, in maggior copia e più varie le cause od occasioni: morte, onde subentravano nel giudizio gli eredi; inidoneità a stare in giudizio od altra ragione onde si addivenisse alla rappresentanza; viceversa giudizio diretto, anzichè per via di rappresentante; sostituzione di un nuovo rappresentante; in rapporto ad un'azione nossale, mutamento di chi aveva l'autore del delitto *in potestate*, o p. es. acquisto della libertà da parte dello schiavo delinquente, onde contro quest'ultimo in proprio nome si dirigeva il giudizio; ecc. — In qualche caso la *translatio* relativa alle persone dei litiganti implicava un mutamento anche nell'oggetto

colla recensione di Koschaker nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 29 [a. 1908] pag. 511 e segg.

(1) Vol. I pag. 306.

della lite. Così p. es. venendo a morire il *filiusfamilias* contro cui si agiva *in solidum* per l'obbligazione sua, il giudizio si rivolgeva contro il *paterfamilias* del medesimo nei limiti del peculio o della *in rem versio*; la mutazione oggettiva avveniva però, rileviamo, soltanto nella *condemnatio* (limitandosi l'entità dell'eventuale condanna), mentre l'*intentio*, ossia la parte più importante della formula, rimaneva inalterata.

Il che ci guida a dire che mutamenti sostanziali nella formula, all'infuori dei sopraindicati, non potevano farsi semplicemente, colla *translatio iudicii*; ma soltanto per via di *restitutio in integrum*, con successiva emissione di altra formula modificata in confronto della precedente (1).

240. — L. 12 pr. D. *de iudiciis* 5. 1 (Paul. 17 *ad ed.*): «Cum praetor unum ex pluribus iudicare vetat, ceteris id committere videtur» (2).

L. 18 pr. D. *eod.* (Ulp. 23 *ad ed.*): «Si longius spatium intercessurum erit, quo minus iudex datus operam possit dare, mutari eum iubet praetor: hoc est si forte occupatio aliqua iudicem non patiatur operam iudicio dare, incidente infirmitate vel necessaria protectione vel rei suae familiaris periculo» (3).

(1) Per ciò che abbiamo detto su questo argomento della *translatio iudicii* confronta specialmente Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 271 e segg.

(2) Ciò mostra come essendovi pluralità di *iudices* il pretore non sempre sostituisce un nuovo giudice al posto di quello che viene rimosso. Cfr. e vedi altrettanto nel caso in cui uno degli *iudices* giuri *sibi non liquere* (cfr. pagg. 152 e 163). E può logicamente allargarsi.

(3) Cfr. Cic. *Brut.* 31. 117 e L. 13 D. *de vacatione et*

L. 32 D. eod. (Ulp. 1 de officio consulis): « Si iudex, cui certa tempora praestita (1) erant (2), decesserit et alius in locum eius datus fuerit, tanta ex integro tempora in persona eius praestituta intellegemus, quamvis magistratus nominatim hoc in sequentis datione non expresserit: ita tamen ut legitimum tempus non excedat » (3).

L. 34 D. eod. (Iavol. 15 ex Cassio): « Si is qui Romae iudicium acceperat decessit, heres eius, quamvis domicilium trans mare habeat, Romae tamen defendi debet, quia succedit in eius locum, a quo heres relictus est » (4).

L. 46 D. eod. (Paul. 2 quaest.): « Iudex datus in eodem officio permanet, licet furere coeperit, quia recte ab initio iudex addictus est: sed iudicandi

*excusatione munerum* 50. 5, e complessivamente vedi Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pagg. 161-2 [Édit vol. 1 pagg. 186-7].

(1) *praestituta* Hal.

(2) Cfr. L. 2 § 2 D. h. t., Lex Urson. c. 95, Gell. 12. 13. 1.

(3) Da « ita tamen » già vecchi interpreti avevano ritenuto il presente passo interpolato (cfr. fin la Glossa e Wissembach in Biondi *I Tribonianismi avvertiti da J. J. Wissembach ed H. Eckhard* Palermo 1911 pag. 7). Eisele *Abhandl. zum röm. Civilprocess* pag. 59 e segg. e più recentemente Koschaker *Transl. iud.* pagg. 27 n. 1 e 315 n. 2, nonchè Duquesne *La transl. iud.* pag. 224 n. 1, lo riferiscono, segnalando l'*in-scriptio*, alla procedura straordinaria; in questo senso dubitativamente Lenel *Paling* vol. 2 col. 951 e De Ruggiero in *Bull. dell'Ist. di d. r.* a. 17 [1905] pag. 174, addirittura *contra* Samter *Nichtförm. Gerichtsverfahren* pagg. 130-1 n. 1 i. f. Comunque, nel concetto suo generale questo passo può valere anche per il procedimento ordinario formulare.

(4) Cfr. L. 19 pr. D. h. t.

necessitatem morbus soticus remittit. ergo mutari debet » (1).

L. 57 D. eod. (Ulp. 41 ad Sab.): (2) « Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio: (3) sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius versum est (4). certe si quasi procurator (5) alicuius filius familias iudicium acceperit, mortuo eo in eum quem defendit transactio vel iudicati (6) datur » (7).

L. 58 D. eod. (Paul. 13 ad Sab.): « Iudicium

(1) Cfr. L. 18 pr. soprascritta e L. 65 § 1 D. de aedil. ed. 21. 1. Nei Basilici 7. 5 c. 46 (ed. di Heimbach vol. 1 pagina 280), trad. lat. « Furor superveniens non efficit, ut iudex esse desinat, propter morbum perpetuum autem mutatur ».

(2) Junge 13. 1. 4 (Kr.).

(3) insere 9. 4. 35 (Kr.).

(4) Studio speciale di Seckel retrocit.; ivi anche per la *translatio iudicii de in rem verso* l'altro caso *vivo filio*, D. 15. 3. 10 § 3.

(5) *cognitor* ?

(6) *transfertur vel actio iudicati* scr. Scialoja, *transit o transfertur actio iudicati* Kr. (confr. Basil. 7. 5 c. 56 in ed. di Heimbach vol. 1 pag. 281), *translatio iudicii?*, *translatio vel actio iudicati?*

(7) Per questo passo, oltre Seckel sopracit., vedi Koschaker *Transl. iud.* pagg. 105 e segg. e 171 e segg., Duquesne *La transl. iud.* pag. 207 e seg. e Wirbel *Le cognitor* Paris 1911 pagg. 77-78. — Soggiungiamo che tutti codesti autori da ultimo citati si occupano naturalmente del meccanismo della *translatio iudicii* nei rapporti del *dominus* e del *cognitor*; le diverse conclusioni di Koschaker e Duquesne (rispettivamente pag. 40 e segg., pagg. 34 e 123 e segg.) sono riassunte da Wirbel (pag. XII n. 4 e 5).

solvitur vetante eo qui iudicare iusserat (1) vel etiam eo qui maius imperium in eadem iurisdictione habet, vel etiam si ipse iudex eiusdem imperii esse coeperit, cuius erat qui iudicare iussit ».

L. 60 D. *eod.* (Id. 14 ad Sab.): « Mortuo iudice quod eum iudicare oportuerat, idem eum qui subditus est sequi oportet » (2).

L. 76 D. *eod.* (Alfenus 6 digest.): « Proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicum mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset. respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere (3): neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus: nam et legionem eandem

(1) Sul *iudicare vetare*, che si contrappone al *iudicare iubere* vedi da ultimo Koschaker e Duquesne c. s., rispettivamente pagg. 62-63 n. 3, pagg. 135 n. 1 e 141 n. 3.

(2) Il nuovo giudice deve uniformarsi alle istruzioni tracciate pel precedente. — Koschaker *Transl. iud.* pagg. 319-320 osserva, citando Festo v. *subditus* e Cic. *pro domo* 32. 85, che « iudex subditus » sembra essere un termine tecnico; inclinando a ritenere che si fondi sopra le clausole abituali di sostituzione nelle formule.

(3) Di qual collegio di *iudices* si tratta? Dei *recuperatores*, come dubitativamente opina Lenel *Paling.* vol. 1 col. 42, o invece dei *centumviri*, come ritengono, più o meno decisamente, Martin *Le tribunal des centumvirs* Paris 1904 pag. 35 n. 1, Koschaker *Transl. iud.* pag. 315 n. 1, Duquesne *Transl. iud.* pag. 224 n. 1? Questa seconda opinione mi pare meglio fondata.

haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent: et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum annis fuissent (1), cum ex illis nemo nunc viveret: itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nihilo minus eandem navem esse existimari. quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex eius ratione nos ipsi non idem essemus qui abhinc anno fuissemus, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae cottidie ex nostro corpore decederent aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari » (2).

L. 79 § 1 D. *eod.* (Ulp. 5 de off. proconsulis): « Iudicibus de iure dubitantibus praesides respondere solent: de facto consulentibus non debent praesides consilium impertire, verum iubere eos

(1) « fuisset » dett.

(2) È molto interessante nel ragionamento e nei confronti questo celebre passo, così chiaro ed efficace; e pertanto anche come saggio, utile specialmente nella scuola, lo abbiamo per intero riprodotto. Il contenuto filosofico del medesimo fu più volte messo in rilievo e spiegato, come p. es. dal nostro Costa *La filosofia greca nella giurisprud. romana* Parma 1892 pag. 28; da ultimo vedi l'opera eccellente, per genialità e profondità, di Sokolowski *Die Philosophie im Privatrecht* Halle 1902-07 vol. 1 pagg. 35 e segg. e 505 e segg. (cfr. il riassunto francese della medesima, egregiamente fatto da Cornil col titolo *Philosophie et droit privé* in *Revue de droit international* a. 39, t. 9 della 2ª Serie, 1907, pagg. 384, estr. pag. 5) e Vernay *Servius et son Ecole* pagg. 99-100 e 131.

prout religio suggerit sententiam proferre: haec enim res nonnunquam infamât et materiam gratiae vel ambitionis tribuit» (1).

L. 15 D. *de noxal. act.* 9. 4 (Gai. 6 *ad ed. prov.*): « Praetor decernere debet translationem iudicii in statuliberum fieri: si vero rei iudicandae tempore adhuc in suspenso sit statuta libertas, Sabinus et Cassius liberari heredem putant tradendo (2) servum, quia toto suo iure cederet: quod et verum est » (3).

L. 23 § 2 D. *de liberali causa* 40. 12 (Paul. 50 *ad ed.*): « Si mater et filius de libertate litigant, aut coniungenda sunt utrorumque iudicia aut differenda est causa filii, donec de matre constet, sicut divus quoque Hadrianus decrevit. nam cum apud alium iudicem mater litigabat, apud alium autem filius, Augustus dixit ante de matre constare oportere, sic deinde de filio cognosci » (4).

(1) Da ultimo si occupano di questo passo Samter *Nicht-förml. Gerichtsverfahren* pagg. 114-5 e Weiss nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 33 [a. 1912] pagg. 238-9.

(2) *mancipando* Gai. in Lenel *Paling.* vol. 1 col. 199 n. 4, generalmente seguito; ma *in iure cedendo* Gai. piuttosto, secondo Kniep *Der Rechtsgelehrte Gaius* pag. 254, in base al successivo « cederet » ed all'essere preferita, sembra, nella *noxae deditio* la *in iure cessio* alla *mancipatio* (cfr. il medesimo pag. 171).

(3) Per illustrazione vedi i Basilici 60. 5 c. 15 (ed. di Heimbach vol. 5 pagg. 348-9) coi relativi scoli. Fra gli autori, da ultimo Koschaker *Transl. iud.* pag. 199 e segg. Controversia fra Sabiniani e Proculiani? Baviera *Le due scuole dei giurec. rom.* pag. 118 e Krüger *Gesch. d. Quellen etc.* pagg. 161-2 n. 8 [*Hist. des sources etc.* pag. 197 n. 1].

(4) Vedi, in aggiunta ai testi trascritti: Vatic. fragm. 341 (lacunoso) e insieme L. 17 pr. D. *de procur.* 3. 3. (integra-

## § 28.

**Mezzi per diminuire i processi**

In generale — Singoli mezzi (pag. 203).

241. — IN GENERALE. Qui, chiudendosi colla fine della *Sezione seconda* l'esposizione del processo cognitivo nel periodo formulare, crediamo opportuno, prima di passar a dire della *Esecuzione*, indicare una serie di provvedimenti i quali miravano a porre argine alle liti fatte sorgere con leggerezza o addirittura in mala fede dall'una o dall'altra delle parti; insistendo a torto in una pretesa od a torto ribellandosi all'altrui pretesa per modo da costringere a muover lite. Provvedimenti rivolti specialmente contro la mala fede dell'attore o del convenuto, che rispettivamente attacca o resiste, per profittare eventualmente di errori e trascuranze o addirittura della disonestà di chi giudica e comunque vessare l'avversario (1).

Gaio, guida fedele, ci presenta il quadro di siffatti provvedimenti. Nell'apprezzarlo dobbiamo coordinare al medesimo il sistema del diritto classico circa le spese in materia processuale. — Precisamente, le spese processuali in questo periodo erano e rimanevano a carico di ciascuno dei litiganti per la parte

zione e illustrazione in Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pagg. 93-94 [*Edit.* vol. 1 pagg. 108-9]); L. 13 § 4 D. *de receptis* 4. 8 riprodotto a pag. 163 n. 3 e Gell. 14. 2 i. f. ivi richiamato.

(1) Osservazione generale in Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 287; e qualche cenno comparativo in Post *Giurispr. etnol.* vol. 2 pag. 386.

che lo riguardava. In altri termini esse erano irripetibili, non si aggiungevano alla condanna; venivano considerate un inconveniente necessario del processo, al quale ciascuno dei litiganti doveva sottostare, senza riguardo alla soccombenza o alla vittoria, al torto o al diritto giudizialmente riconosciuto. E così le pene processuali per l'ingiusto litigio, delle quali diremo, costituivano anche un risarcimento indiretto delle spese e dei danni sopportati dalla parte vittoriosa (1).

(1) Confronta Scialoja c. s. pag. 288, il quale rileva che d'altronde in questo periodo giudiziario le spese non erano molte e gravi (essenzialmente si riducevano agli onorari ad avvocati e procuratori e alle spese di viaggio e soggiorno essendo litiganti e testimoni lontani dal luogo del giudizio); è nel tempo più avanzato dell'Impero che le liti diventano costosissime per i diritti e le pretese del fisco e dei pubblici ufficiali. Veggasi anche il bel lavoro di Erman *La restitution des frais de procès en dr. romain* nel *Recueil inaugural de l'Université de Lausanne* ib. 1892, dove segnaliamo a pag. 111: « L'idée que la restitution des frais manquait à la procédure formulaire est confirmée par sa non-mention chez G. 4, 171-181, dans l'énumération des *poenae temere litigantium*, comp. J. 4, 16, 1. Mais il y a mieux. La structure même de la procédure formulaire s'opposait dans la plupart des cas à une condamnation aux frais du plaideur vaincu ». L'A. successivamente ciò dimostra, concludendo e ripetendo a pag. 114: « La procédure formulaire manquait donc, et cela jusqu'à la fin, de la restitution des frais. Mais elle avait, pour en tenir lieu pratiquement, un système très développé de pénalités contre les plaideurs téméraires. Les sommes parfois exorbitantes qu'elles procuraient comme un pur gain au plaideur victorieux, depuis  $\frac{1}{10}$  jusqu'à la totalité de l'objet litigieux, devaient en effet lui servir avant tout pour se couvrir de ses frais de procès ». — Opera cospicua quella di Chiovenda *La condanna nelle spese giudi-*

242. — SINGOLI MEZZI. I mezzi adoperati dai Romani nell'età delle formule per frenare lo spirito litigioso dei cittadini e specialmente la loro *calumniā* nel litigare (1), erano i seguenti:

**1) Contro il convenuto:**

a) Una multa alla quale egli veniva condannato in caso di soccombenza; o *ipso iure*, raddoppiandosi la condanna pel suo diniego della pretesa dell'attore (*lis [actio] infitiando [infitiatio] in duplum crescit*, con frase divenuta tecnica); o in forza di una *sponsio poenalis* che l'attore poteva pretendere e colla quale il convenuto prometteva di pagargli, se soccombente, una quota dell'obbietto della lite (in più della condanna per l'entità di questo, si capisce). Così l'uno come l'altro caso si verificavano rispettivamente in determinate azioni. Quali per il *lis infitiando in duplum crescit* l'*actio indicati*, l'*actio depensi*, l'*actio damni iniuriae dati*, l'*actio ex testamento* relativamente ai legati *per damnationem* di cui era oggetto una cosa certa; dove generalmente il suddetto raddoppiamento viene spiegato invocando la *manus iniectio*, che si applicava a cotali azioni e che conduceva, come sappiamo (2), ugualmente alla condanna nel *duplum* in caso di

ziali Torino 1901, di cui l'ampio capo I è dedicato al diritto romano, riproducendo e sviluppando scritti singoli precedenti; per ragguaglio vedi R. De Ruggiero nel periodico *La Cultura* a. 18 [1899] pagg. 254-5 e a. 19 [1900] pagine 153-4. — Recentemente Samter *Nichtförmli. Gerichtsverfahren* pag. 135.

(1) Vedi il mio *Giuramento* pag. 190 n. 3 e le mie note alla traduzione di Glück *Comm.* lib. 12 pagg. 358-9.

(2) Vol. 1 pagg. 153-4, 160-1 e 169 n. 1.



contestazione, o fatta dal *vindex* o fatta anche dallo stesso convenuto (1). Quanto alla *sponsio poenalis*, le azioni che l'ammettevano erano l'*actio certae creditae pecuniae* e l'*actio constitutae pecuniae*, secondo che ci attesta Gaio nel suo quadro dei mezzi di cui stiamo dicendo (2); rispetto alla prima trattavasi del terzo della somma della lite, rispetto alla seconda trattavasi invece, della metà; vi erano persone esentate dall'obbligo di codesta *sponsio*, come vedremo.

b) In tutti i casi in cui non aveva luogo la pena del raddoppiamento o di una quota dell'oggetto della lite (*sponsio poenalis*) e non si trattava poi di azione penale (data *ab initio* in un multiplo), il pretore ammetteva che l'attore potesse pretendere dal convenuto il *iusiurandum calumniae* (3); ossia il giuramento che egli non negava la pretesa dell'avversario *calumniae causa* (cioè pur sapendo di aver torto, in mala fede) ma bensì perchè riteneva la di lui domanda ingiusta e giusta invece la propria difesa. L'attore poteva pretendere la prestazione di

(1) Dubbi e obiezioni in Scialoja sopracit. pagg. 292-3 ed in Mitteis nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 22 [a. 1901] pag. 114 e segg.; ma replica Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagg. 1021-22 n. 4 [*Manuale* pag. 1036 n. 1].

(2) *Sponsio poenalis* inoltre negli interdetti, come vedremo in seguito parlando di codesto istituto; cfr. frattanto per tutti Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagg. 1039-40 n. 4 [*Manuale* pag. 1054 n. 2].

(3) Del *iusiurandum calumniae*, che già si è trovato in rapporto alla *iusiurandi delatio* (vol. I pagg. 280-1) trattiamo nel nostro *Giuramento* pag. 189 e segg., cui aggiungì le nostre note alla cit. trad. di Glück, pag. 358 e segg.

siffatto giuramento anche trattandosi di un'azione che in sè ammetteva la *sponsio poenalis* quando questa fosse eccezionalmente esclusa in causa della personalità del convenuto (come sopra abbiamo annunciato); il che accadeva precisamente per gli eredi civili e pretori, per le donne e per i pupilli.

c) In certe cause, alcune di carattere penale (quasi tutti i delitti privati), alcune di carattere civile ma in base pur sempre al dolo, il convenuto condannato incorreva nell'infamia. Tali azioni, che per ciò si dicevano infamanti (*actiones famosae*), erano: le azioni di furto, rapina, ingiuria, dolo, violazione di sepolcro; le azioni, di carattere prettamente civile, di fiducia, tutela, mandato, società, deposito.

## 2) Contro l'attore:

a) Il convenuto quando fosse stata respinta la domanda dell'attore aveva diritto al *calumniae iudicium*, pel quale conseguiva la decima parte (in un caso la terza parte) di quanto gli era stato chiesto a torto. Questo giudizio veniva ammesso qualunque fosse l'azione esperita; ma, d'altro canto, bisognava, per ottenere l'indennità suddetta, che il convenuto provasse la male fede (*calumnia*) dell'attore, provasse cioè che questi aveva tentato il processo con coscienza dell'ingiustizia del medesimo.

b) In certe azioni, senza bisogno di questa prova, per il solo fatto della sconfitta dell'attore e perciò anche quando questi avesse intentata la lite in buona fede credendo di aver ragione, il convenuto poteva promuovere contro di lui un *contrarium iudicium*, col quale otteneva talvolta il decimo, tal'altra il quinto del valore della lite. — Promovendo

questo *contrarium iudicium*, egli si precludeva il *calumniae iudicium* e viceversa (1).

c) In quei casi nei quali l'attore poteva chiedere una *sponsio poenalis* secondo che abbiamo detto, il convenuto a sua volta poteva pretendere una corrispondente promessa dall'attore, pel caso inverso, che questi cioè avesse da soccombere nel processo; la quale simmetrica promessa dicevasi *restipulatio*. Anche qui bastava il solo fatto della perdita del processo perchè si potesse agire (e ciò vale naturalmente anche per la *sponsio* del convenuto); non occorre la mala fede dell'avversario.

d) Infine, anche qui, simmetricamente (2), il convenuto poteva pretendere dall'attore il *iusiurandum calumniae*, col quale questi assicurava di non agire in mala fede. — Questo mezzo preventivo cessava di aver luogo in quelle azioni che ammettevano la *restipulatio* (come si è visto già in rapporto alla *sponsio* del convenuto) ed escludeva poi la possibilità del *calumniae iudicium* o del *contrarium iudicium*.

Chiuso il quadro, rileviamo il principio già via via particolarmente apparso, che nessuno degli enumerati provvedimenti, sia nell'interesse dell'attore come in quello del convenuto, poteva essere cumulado cogli altri; in ogni caso uno solo poteva mettersi in atto. — Aggiungiamo poi che in casi più gravi eranvi ulteriori pene di *calumnia* e altri

(1) La formula di questo *contrarium iudicium*, come pure quella del *calumniae iudicium* si ritiene che fosse emessa contemporaneamente a quella dell'azione principale e giudicata naturalmente dopo. Cfr. Girard loc. cit.

(2) Cfr. pag. 204 lett. b.

pregiudizî nel processo civile, più un *actio in factum de calumnia* applicabile sì agli *iudicia publica* come agli *iudicia privata*. — Infine ricordiamo, storicamente, un mezzo pratico bizzarro di cui ci informa Plinio, immaginato da Catone censore: quello di far coprire la superficie del Foro di punte aguzze, affinchè i litiganti vi stessero a disagio.

243. — a) Gai. 4. 171-182: «*Temeritas tam agentium quam eorum cum quibus agitur modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione modo metu infamiae coercetur; eaque praetor... adversus infitantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur* (1), veluti si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur (2); ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae

(1) Beseler *Beiträge etc.* fasc. 2 pagg. 65-66 rileva che nel *Vocabul. iurispr. rom.* tomo 1 col. 948 si intende la frase «*actio constituitur*» nel senso di azione data dal pretore. Molto più probabilmente trattasi della disposizione legislativa, che viene dichiarata in tempo presente considerando la sua presente e perdurante efficienza; «*constituitur*» per *constituta est*.

(2) Cfr. 2. 182, 3. 127, 4. 9. In quest'ultimo luogo, già da noi riprodotto a pag. 100, Gaio enumera le *actiones in duplum adversus infitantes*, come qui nel testo, parlando per l'ultimo caso di azione «*legatorum nomine quae per damnationem certa relictas sunt*»; limitazione («*certa*») che abbiamo accolta nell'esposizione dogmatica a pag. 203. — Della parola *infitari* nelle sue varie applicazioni dà un chiaro quadro Wenger *Actio iudicati* pagg. 30-31 n. 9 e vedi pure Heumann-Seckel *Handlexikon etc.* ad voc. pagg. 265-6.

vero pecuniae partis dimidia (1). — 172. Quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur iniungatur (2), ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere ' non calumniae causa infitias ire'. Unde quamvis heredes vel qui heredum loco habentur, *nisi ex suo facto* (3) obligati sint, item feminae pupillique eximantur periculo sponsionis (4), iubet tamen eos iurare. — 173. Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est, veluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblato tripli (5). Nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, pluris quam simpli est actio (6). —

(1) Autori i quali ritengono la suddetta *sponsio* obbligatoria e discussione relativa nei miei *Appunti didatt.* [1<sup>a</sup> Serie] pag. 909.

(2) Così generalmente; ma Cuij *Instit.* vol. 2 pag. 730 n. 3 i. f. propugna «coniungatur» conforme al ms.

(3) Ins. Krueger.

(4) Il manoscritto veronese ha «feminis pupillisque»; la qual lezione mantiene Mommsen, continuando poscia come segue: *excusatio sit a periculo*; cfr. l'ed. di Krueger.

(5) Cfr. 3. 189-191.

(6) Osserva Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 295: «Quando si tratta dell'*infitiatio* e del raddoppiamento dell'azione, siamo in tema veramente di pene contro i *temere litigantes*, ma qui si tratta invece di un vero diritto penale; non è punto un effetto della procedura questo quadruplicarsi o triplicarsi o raddoppiarsi, ma un effetto di diritto penale; tanto è vero che sappiamo che la pena del furto manifesto era del quadruplo, perchè il pretore aveva sostituito questa pena alla più antica, che era una pena capitale (avendo diritto il derubato di fare schiavo il ladro). Perciò l'aver posto queste disposizioni di diritto penale fra le pene pro-

174. Actoris quoque calumnia coercetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione. — 175. Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimae partis (1), *praeterquam quod* adversus adsertorem tertiae partis est. — 176. Liberum est autem ei cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere, non calumniae causa agere. — 177. Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur (2), veluti si iniuriarum agatur, et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa

cedurali comminate dal diritto privato ai *temere litigantes* è un errore sistematico di Gaio». Qui è certamente giusto ed opportuno il rilievo della differenza fra le *actiones quae infitiando in duplum crescunt* e le azioni rivolte *ab initio* ad un multiplo della cosa. Ma non mi par giusto invece l'appunto critico che Scialoja muove a Gaio. Questi doveva pur menzionare, come fa nel § 172, le azioni rivolte ad un multiplo, indicando i casi in cui era escluso il *iusiurandum calumniae*. Che se poi nel § 173 dà un esempio della più importante di cotale azioni e fa notare che esse sono «pluris quam simpli» tanto che si confessi quanto che si neghi, a differenza (è sottinteso) delle azioni *quae infitiando in duplum crescunt*, ciò non implica a mio avviso - tanto più dato il carattere ammaestrativo delle Istituzioni di Gaio - che egli consideri il multiplo di tali azioni come un effetto processuale, come costituente una *poena temere litigantium*.

(1) Cfr. 4. 163.

(2) Anche qui (cfr. pag. 207 n. 1) Beseler muove appunto di inesattezza al *Vocabul. iurispr. rom.*, sostenendo che pur qui «constituitur» equivale a *constitutum est* (e forse così, egli dice, è da integrarsi addirittura il ms., il che però non parmi probabile, essendovi «constituitur» anche nel § 171) oppure a *lis contestatur*.

dolo malo ad alium possessionem transtulisse (1), et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse (2). Sed adversus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae. — 178. Severior autem coercitio est per contrarium iudicium. Nam calumniae iudicio decimae partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis; calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere. — 179. Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur (3). Qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium *dari non debet*. — 180. Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet (4); et quemadmodum contrario iudicio omni

(1) Cfr. D. 25. § *si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur*.

(2) Cfr. L. 1 pr. D. *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* 43. 4.

(3) *Restitutio* in confronto della scelta fatta? L. 6 D. *de minor.* 4. 4.

(4) Cfr. sopra § 171, nonchè § 13 (vol. 1 pag. 116) dove si fa il confronto col *sacramentum* che ha pure tale carattere (ivi pag. 115).

modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si vincere non potuerit. — 181. Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur neque iurisiurandi religio iniungitur; nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est. — 182. Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum; item pro socio, fiducia, tutelae, mandati, depositi (1). Sed furti aut vi *bonorum* raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit (2). Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit; sed qui prohibetur et pro alio postulare *et cognitorem dare procuratoremve habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse dicitur* ».

Coi paragrafi ora trascritti di Gaio va confrontato il titolo delle Istituzioni giustiniane *de poena te-*

(1) Adde e cfr. Lex Iulia munic. l. 111 e Fragm. Atest. Non ci addentriamo naturalmente in particolari svolgimenti e discussioni (in rapporto alle azioni contrarie cfr. i miei *Appunti didatt.* [1<sup>a</sup> Serie] pagg. 866-7 n. 6).

(2) Negli anzidetti giudizi di carattere penale l'infamia non si evita col venire a patti, per questo che nei medesimi ciò che induce l'infamia è il fatto stesso che dà luogo all'azione; fatto che si ritiene confessato col venire a patti, come ne è attestata altrimenti l'esistenza dalla condanna giudiziale. (Cfr. la mia *Transazione sec. il dir. rom.* pagina 202 n. 2).

*mere litigantium* 4. 16 pr. e §§ 1-2. In esso si hanno notevoli modificazioni del sistema gaiano, delle quali naturalmente diremo trattando della procedura civile romana nell'ultimo periodo; ma il confronto è utile anche ora, per ciò che havvi di conservato e per ciò che dell'antico si ricorda.

Paul. 1. 19: « 1. Quaedam actiones si a reo infitientur, duplantur, velut iudicati, depensi, legati per damnationem relictī, damni iniuriarum (1) legis Aquiliae, item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus est (2). — 2. Ex his causis, quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest » (3).

L. 44 § 4 D. *famil. ercisc.* 10. 2 (Paul. 6 ad Sab.). — È già trascritta a pag. 82 (4).

(1) « damni » Seckel-Kuebler.

(2) « item — est », spurio, come oggi generalmente si riconosce; cfr. 2. 17. 4 e vedi Rudorff nella *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft* vol. 14 (e non 15, come si legge in tutte le collezioni di fonti antegustiniane, tolto i *Textes* di Girard) a. 1848, pag. 417 e segg. *Contra* Karlowa *Röm. RG.* vol. 2 pag. 576, per errore, rilevato da Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 189 n. 11 [*Édit* vol. 1 pag. 221 n. 8].

(3) Questo § 2 rettamente interpretato dice che non si può transigere (« pacto decidi ») rispetto a tali azioni. Come ciò vada spiegato, quale sia stata la portata di tal regola e quale la sua sorte ulteriore vedi nella mia *Transazione specie* pagg. 355 e 362 e segg.; adde Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagina 396 n. 3 [*Manuale* pag. 408 n. 3].

(4) Ivi abbiamo riserbato a questo punto la considerazione della proposizione finale « et ideo—ire » relativa al *iusiurandum calumniae*. Dubbi sulla autenticità della medesima furono espressi già da Cuiacio e la hanno addirittura negata successivamente altri vecchi autori che per la maggior parte possono vedersi citati in Glück *Commentario delle Pand.* lib. 10 pag. 79 e lib. 12 pag. 363; il quale combatte

Consult. 6. 13 (Ex corpore Hermogeniani tit. *de calumniator.*, Impp. Diocl. et Max.): « Tibi magis quam adversario, qui per calumniam petit, contra quem supplicas, iudicio tutelae convenit excipere actionem, ad quam respondere debes: quippe si per calumniam hoc eum facere confidis, remedio repositionis initio postulatae calumniae decimae partis eius quod petit tibi condemnari eum desiderare potes » [a. 393].

L. 1 D. *de his qui notantur infamia* 3. 2 (Iulian. 1 ad ed.): « Praetoris verba dicunt: *Infamia notatur... qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit* (1)... ».

invece siffatto apprezzamento. Per l'interpolazione, tra i moderni, i traduttori di Glück lib. 10 cit. Ma l'argomento fondamentale che essi invocano, a mio parere non regge. Manca il nesso logico, essi dicono, fra la prima e la seconda parte del frammento. Ora, io controsservo: che cosa di più logico del dichiarare che in certi giudizi essendo ciascuno dei litiganti ad un tempo attore e convenuto, quando si richiegga in cotali giudizi la prestazione del giuramento di calunnia, sia l'uno che l'altro dei litiganti deve prestarlo pieno o complesso, come si vuol dire, cioè quale lo presterebbe singolarmente l'attore e insieme quale lo presterebbe singolarmente il convenuto? L'interpolazione non veggio indicata nè nella *Paling.* di Lenel vol. 1 col. 1269 nè nella recente edizione delle *Pandette* di Krueger.

(1) Adde L. 4 § 5, L. 5, L. 6 § 3, L. 7 D. h. t. e L. 18 C. *de causis ex quibus infamia alicui inrog.* 2. 11 [12] e cfr. con Gai. 4. 182 sopratrascritto. Sono dei compilatori, si sa, nella L. 1 D. tanto l'*inscriptio* quanto le prime parole « Praetoris

b) Plin. *Hist. natur.* 19. 6. 1: « ... Marcellus Octavia sorore Augusti genitus, in aedilitate sua, avunculo XI consule, a. d. kalendas Augusti, velis forum inumbravit, ut salubrius litigantes consistere: quantum mutatis moribus Catonis censorii, qui sternendum quoque forum muricibus censuerat? ».

— *notatur* ». Anche a prescindere dalla forma inconsueta « Praetoris verba dicunt » in luogo del solito « Praetor ait », si rileva che nè di Giuliano si hanno libri *ad edictum*, nè l'editto (come già aveva opinato Lenel e come luminosamente dimostra il paragrafo di Gaio decifrato da Studemund) conteneva propriamente un elenco di persone *infami*, bensì di persone escluse dalla facoltà di *postulare pro alio*, di costituire un *cognitor* o *procurator* oppure di poter essere assunte come tali. Codesta esclusione d'altronde si fondava sull'opinione comune di indegnità in generale di certe persone, sicchè in fondo, nella sostanza, si trattava di persone infami. Cfr. e vedi i miei *Appunti didatt.* [1ª Serie] pag. 865 n. 2 cogli autori citati. — Kniep *Der Rechtsgelehrte Gaius* pag. 143 rileva, circa le azioni infamanti *ex delicto*, che nell'enumerazione gaiana non si parla di « de dolo malo et fraude », come viceversa nel frammento Atestino l. 3-4 non si parla di « vi bonorum raptorum », che troviamo invece in Gaio; ne inferisce che base dell'esposizione gaiana dev'essere un editto più antico dell'editto giuliano e più recente del *Fragmentum Atestinum*. — Quanto all'altro gruppo di azioni infamanti, manca la fiducia, e si comprende, nella compilazione giustiniana.

---



---

## SEZIONE TERZA

### Esecuzione e rimedi contro le sentenze

§ 29.

#### Esecuzione

Quadro generale — La venditio bonorum in particolare (pag. 218).

244. — QUADRO GENERALE. Riguardo alle azioni reali, segnaliamo (salvo ritrovarla in seguito) la procedura *per sponsionem* accompagnata dalla *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*, che continua e riproduce l'esecuzione contro i *praedes l. et v.* del periodo delle *legis actiones*. — Collegandoci poi all'*obligatio iudicati* (1), ricordiamo come nel suddetto periodo l'esecuzione fosse essenzialmente sulla persona del debitore, per via della *manus iniectio*, la quale solo indirettamente poteva finire per essere anche patrimoniale, cadendo all'ultimo i beni eventuali dell'*addictus* in mano del creditore; una diretta esecuzione sui beni, mercè la *pignoris capio*, avevasi soltanto in casi particolari, come pure si è notato. Or bene, nel periodo delle

(1) Pag. 170 n. 1.

*formulae* sussiste l'esecuzione personale, mitigata, come già nel periodo anteriore in seguito alla *lex Poetelia* (1), ma accanto ad essa (2) si sviluppa la esecuzione diretta patrimoniale o reale per opera del pretore; alla quale esecuzione il creditore ricorre o per elezione sua, preferendola a quella personale, o per necessità, essendo impossibile l'esecuzione personale in causa dell'assenza o latitanza del debitore. L'istituto dicesi *venditio bonorum* (*emptio* meno frequentemente), ed è nelle grandi linee un modo di esecuzione sui beni del debitore analogo a quello stabilito dalle nostre leggi commerciali sul fallimento; esso presenta l'elemento caratteristico del concorso di tutti i creditori su tutto il patrimonio del debitore. — La *venditio bonorum* è il mezzo normale, la forma classica della esecuzione patrimoniale. Ma il debitore può anche abbandonare il suo patrimonio ai creditori perchè si soddisfacciano sul medesimo, ed in questo caso si parla di *cessio bonorum* (3); istituzione particolare, basata

(1) Cfr. sin qui vol. I pagg. 296 e 148 e segg.

(2) Per la quale anche in quest'epoca vedi in parte la bibliografia speciale data nel vol. I pag. 148 n. 1. Riassuntivamente Cui *Judicatum* nel *Dictionn. des antiq.* vol. 3 parte 1<sup>a</sup> pagg. 643-4.

(3) E. Serafini *Intorno al fr. 8 de cess. bon. XLII, 3*, Breve nota in *Per il XXXV<sup>o</sup> a. d'insegnam. di F. Serafini* Firenze 1892 pag. 435 e segg.; Caruso *Della cessio bonorum* Roma 1906; Brini *Il fr. 50 D. XIX, 1* e la *cessio bonorum* in *Memorie dell'Acc. di Bologna* vol. 6 a. 1911-12. *Bonorum cessio* nel *Dictionn. des antiq.* vol. I parte 1<sup>a</sup> pag. 733, di Caillemier pel diritto greco e di Baudry pel diritto romano. *Cessio bonorum* nell'*Encyclop. der Altertumswiss.* vol. 3 parte 2<sup>a</sup> col. 1995 e segg., di Wlassak.

sopra una *lex Iulia* (*c. b. ex lege Iulia*). La *cessio bonorum* dà luogo ad un procedimento analogo a quello della *venditio bonorum* e produce analoghi effetti; salvochè con essa il debitore evita l'infamia, che lo colpisce invece in seguito alla *v. b.*, e profitta del cosiddetto *beneficium competentiae*, onde non potrà essere condannato, anche facendo posteriormente acquisti patrimoniali, che *in id quod facere potest* per i debiti antichi. La *cessio bonorum*, come esclude la *venditio bonorum*, così esclude a forziori, si capisce, l'esecuzione personale (1). — Al principio dell'Impero fu introdotta, da uno o più senatoconsulti, una vendita al dettaglio dei singoli beni fino all'ammontare dei debiti, a profitto diretto dei creditori stessi, per mezzo di un *curator*; ma soltanto per persone eminenti, specie pei senatori, (come procedimento meno grave e indecoroso), e rimanendo ferma la *missio* in tutto il patrimonio del debitore, come nella *bonorum venditio*. Tale procedimento ebbe nome di *distractio bonorum* (2). — Finalmente Antonino Pio introdusse il cosiddetto *pignus ex (in) causa iudicati captum* (3). Il magi-

(1) In riguardo a codesti vantaggi o temperamenti le fonti parlano di *beneficium* (*adiutorium, auxilium*) *cessionis*.

(2) Solazzi *Un caso di distractio bonorum nel dir. rom. classico* in *Bullett. dell'Ist. di d. r. a.* 16 [1904] pag. 89 e segg.; Arangio-Ruiz *Sul fr. 5 D. de curatore bonis dando* in *Studi giurid. in onore di Fadda* Napoli 1906 ('05) vol. I pag. 309 e segg.

(3) Fleischmann *Das pignus in causa iudicati captum* Breslau 1896, colla rec. di Fritze in *Krit. VJSchr. für Gesetzgeb. u. RW.* vol. 40 [Dritte Folge 4, a. 1898] pag. 509 e segg.; Dienstag *Die rechtliche Natur des pignus etc.* München 1908. Sommariamente Cuiq retrocit. pagg. 645-6.

strato sopra istanza del creditore ordinava ai suoi subalterni esecutivi di impossessarsi di singole cose del patrimonio del debitore. Su queste il creditore acquistava un diritto di pegno; e quando il debitore non riscattasse la cosa dentro due mesi, essa veniva venduta all'incanto per soddisfare il creditore, restituendosi l'eventuale di più al debitore. Ma codesto *pignus ex causa iudicati captum* probabilmente fu ammesso solo nei giudizi *extra ordinem*.

245. — LA VENDITIO BONORUM (1) IN PARTICOLARE (2). Sopra domanda (*postulatio*) di uno o più creditori il magistrato con un decreto autorizzava

(1) Veramente con maggior frequenza si usa dire *bonorum venditio* (talvolta *emptio*); ma invece più frequentemente *distractio bonorum* e sempre o quasi sempre *cessio bonorum*. Per simmetria ci atteniamo a *venditio bonorum*.

(2) Dernburg *Ueb. die emptio bonorum* Heidelberg 1850; Ubbelohde *Ueb. das Verhältniss der bon. venditio zum ordo iudiciorum in Festgaben...* Wetzell Marburg 1890; Degenkolb *Magister u. Curator im altröm. Konkurs* Leipzig 1897, riprodotto immutato in *Beiträge zum Zivilprozess* dello stesso A., Leipzig 1905 pag. 159 e segg., colla rec. di Brugi nell'*Archivio giurid.* vol. 64 [N. S. 5 a. 1900] pag. 163 e segg.; Armuzzi *Il magister ed il curator nella bon. vend.* ivi vol. 72 [3ª Serie 1, a. 1904] pag. 461 e segg.; Solazzi *L'editto de fructu praediorum vendendo locandove* in *Studi... in onore di Scialoja* Milano 1905 ('04) vol. 1 pag. 663 e segg.; Rotondi *Una nuova ipotesi di bon. vend.* nel periodico *Il Filangieri* a. 36 [1911] pag. 164 e segg. e voce *Bonorum venditio* in *Enciclop. Giurid. Ital.* vol. 2 parte 1ª pag. 1265 e segg. [a. 1911]; Knip *Zum röm. Konkursverfahren* in *Mélanges P. F. Girard* Paris 1912 tomo 1 pag. 623 e seguenti. *Bonorum emptio* nel *Dictionn. des antiq.* vol. 1 parte 1ª pag. 734, di Baudry, e nella *Encyclop. der Altertumswiss.* vol. 3 parte 1ª col. 705 e segg., di Leonhard.

tutti i creditori ad immettersi nel possesso di tutti i beni del debitore: *missio in bona rei servandae causa*, affinché i beni suddetti non venissero sottratti o danneggiati; *missio* a favore di tutti i creditori anche se chiesta da uno solo, venendo essa pronunciata *in rem* e facendosi una *proscriptio*, ossia una proclamazione pubblica della medesima. — Si lasciava trascorrere quindi un certo tempo, che lo editto determinava distinguendo a seconda che si trattasse del patrimonio di un debitore vivo o di un debitore morto senza successori. Durante il qual tempo il patrimonio era custodito e amministrato da un *curator bonorum* nominato dal magistrato, sopra istanza dei creditori, nella persona di uno dei medesimi o anche all'infuori di essi. E durante tal tempo il patrimonio poteva essere sempre ripreso dal debitore quando questi, magari per l'intervento in suo favore di parenti o amici (ai quali pure mirava, oltrechè ai creditori che non avevano fatto istanza per la *missio*, la *proscriptio* in rapporto a quest'ultima sopraindicata) soddisfacesse in qualche modo i creditori o ne contestasse il diritto invalidandolo. — Trascorso infruttuosamente il termine, il pretore emetteva un secondo decreto che ordinava e dava facoltà ai creditori di nominare fra essi stessi una persona, che dicevasi *magister bonorum (vendendorum)*, incaricata di procedere alla vendita all'asta pubblica del patrimonio del debitore (1). Il *magister bonorum* doveva compilare una descrizione del patrimonio e dei creditori e loro

(1) Per ciò che abbiamo detto è evidente che il *magister bonorum* non va confuso col *curator bonorum*.



ragioni, e stabilire le *leges* della *venditio*, ossia le condizioni, il capitolato, della vendita da farsi (modalità del pagamento, crediti privilegiati da pagarsi integralmente, garanzie da prestarsi ecc.). — La vendita non avveniva subito, ma trascorso un certo lasso di tempo, anche qui distinguendo fra patrimonio di un vivo o di un morto, e coll'osservanza di certe formalità (1). Chi accedeva alla vendita doveva offrire come prezzo il pagamento di una quota dei crediti e ne era deliberatario chi offriva, fra i vari accedenti, una quota maggiore. Questi, che dicevasi *bonorum emptor*, acquistava il patrimonio del debitore - di cui conseguiva il possesso mediante uno speciale interdetto *adipiscendae possessionis* - a titolo universale, coll'obbligo naturalmente di pagare ai creditori la quota promessa. — Un particolare importante è questo, che il *bonorum emptor*, facendo valere le ragioni di credito del patrimonio acquistato, non poteva convenire in giudizio i debitori relativi se non *cum deductione*, ossia detraendo l'importo dei crediti che i debitori a lor volta avessero in confronto del patrimonio stesso. *Deductio* che, a differenza della *compensatio* dell'*argentarius* con cui la confronta Gaio, si estendeva anche a crediti aventi oggetto differente come pure a crediti non ancora scaduti, ed era una clausola della *condemnatio*, onde non poteva esservi luogo per la medesima a *plus petitio*.

Si ritiene d'ordinario, crediamo con ragione, che

(1) In genere intervalli e formalità di codesta procedura della *venditio bonorum* valevano a tutelare, com'è chiaro, tanto l'interesse dei creditori come quello del debitore.

il pretore - e precisamente il pretore Rutilio (1) - nell'introdurre questo sistema di esecuzione patrimoniale, della *venditio bonorum*, si sia modellato sul diritto pubblico (2); essendo prevalso in quest'ultimo, sull'esecuzione personale, il sistema che i questori ed i censori si impadronissero del patrimonio dei debitori verso lo Stato e lo vendessero in blocco, prevî avvisi, al maggior offerente. Questi acquistava i diritti e le ragioni del relativo patrimonio e d'altro canto era tenuto a pagare al fisco la somma promessa. Il procedimento prendeva nome di *sectio bonorum* (3).

Chiudendo l'esposizione dogmatica della *venditio bonorum* (4) ne rileviamo l'elemento singolare e

(1) Probabilmente il giureconsulto P. Rutilio Rufo, coll'opinione dei più. Vedi in specie Girard *Mélanges de dr. r.* vol. 1 pag. 91 e segg. Le prime tracce sicure della *v. b.* non risalgono oltre il 643 di Roma (*lex agraria*).

(2) È noto che per vari istituti del giure privato il diritto pubblico fu modello ed ispirazione; noi stessi abbiamo avuto altrove occasione di segnalarlo.

(3) Rotondi *Bonorum sectio* in *Enciclop. Giur. It.* come retro, pag. 1263 e segg. *Bon. sectio* nel *Dictionn. des antiq.* vol. 1 parte 1<sup>a</sup> pagg. 736-7, di Humbert, e nell'*Encyclop. der Altertumswiss.* vol. 3 parte 1<sup>a</sup> col. 712-3, di Leonhard. È un istituto poco conosciuto; essendovi scarse notizie sul medesimo nelle fonti letterarie e quanto alle fonti giuridiche essendovi soltanto un fugace accenno in Gaio.

(4) Accenniamo ancora qui in nota alla questione che si è fatta circa i diritti che possano spettare al debitore pel maggior prezzo ricavato dalla vendita in confronto all'ammontare dei debiti quali risultano dalla *lex bonorum vendendorum*; se per la concorrenza degli aspiranti si raggiunge un dividendo superiore al 100%, può il debitore agire per ricuperare l'eccedenza, e se sì contro chi e con qual

caratteristico, già accennato nel descriverla, che essa investiva il patrimonio nella sua totalità (*missio in bona*); per modo che si apriva una vera procedura di concorso per qualunque esecuzione anche di un solo credito. Come più di uno avverte (1), il carattere e la sostanza della *venditio bonorum* è la sostituzione nel patrimonio del debitore di un nuovo titolare (2), che consente a soddisfare i creditori; e perciò l'esecuzione, cioè l'immissione nei beni, non può essere che generale (3).

246. — Passando ora ai testi, per la sussistenza dell'esecuzione personale veggansi, a prescindere

mezzo? Solazzi nello scritto qui cit. a pag. 217 n. 2 dimostra come il debitore non possa avere azione. Ma più oltre si spinge Rotondi nello scritto in *Filang.* qui cit. a pag. 218 n. 2. Egli ritiene non esser possibile che la *bonorum venditio* dia un sopraprezzo, vale a dire che il *bonorum emptor* si impegni a più che non sia il soddisfacimento integrale dei debiti. E le ragioni che Rotondi adduce mi hanno convinto.

(1) P. es. Bonfante *Istit.*<sup>5</sup> pag. 126.

(2) Come si caratterizza e si giustifica questo caso di successione, in cui nè la persona vien meno nè è considerata come morta, talchè si avrebbe la scissione del patrimonio dalla persona, senza che questa sia scomparsa nemmeno solo per il diritto? Quesito che si pone da ultimo Fadda nel suo Corso di lezioni *Parte Generale ecc.* Napoli 1909 pagg. 56-57, così rispondendo: «Il vero è che questa figura di successione appartiene ad un'epoca, in cui non si può più scorgere il concetto della successione nella sua nitida figura primitiva. Se essa si separa dalle altre, ciò si deve attribuire al tempo in cui è sorta e alla funzione che deve esplicare».

(3) È usuale rilevare gli inconvenienti di siffatto sistema. Alcuni vantaggi però rileva Leonhard qui cit. a pag. 218 n. 2 i. f., col. 706-7.

da fonti letterarie, le allusioni numerose contenute particolarmente nei commentari *ad edictum*, che attestano siffatta sussistenza non solo nell'epoca della compilazione dell'Editto, ma ancora più avanti ai tempi di Gaio, Paolo, Ulpiano (1); e vedremo a suo luogo che nemmeno nella legislazione giustiniana l'esecuzione personale fu abolita. Ma le antiche forme solenni sono scomparse.

Intorno alla *venditio bonorum* leggiamo Gai. 3. 77-81: «Videamus autem (2) et de ea successione quae nobis ex emptione bonorum competit. — 78. Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum veluti eorum qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur (3); item eorum qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicatorum post tempus quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur (4). Mortuorum bona veneunt veluti eorum, quibus certum est neque heredes neque bo-

(1) Cfr. e vedi Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1044 n. 2 [*Manuale* pag. 1059 n. 1] con Lenel *ivi cit.*

(2) Cfr. 2. 98.

(3) «nec absentes defenduntur» *desideratur* aut absentes non; *fortasse quaedam exciderunt, ut Gaius sic fere scripserit*: nec defenduntur; item eorum qui absentes non. Così Seckel-Kuebler. — Ai casi dichiarati sopra da Gaio abbiamo avuto già occasione di accennare, nel vol. 1 pag. 226 e vi sono altre applicazioni. Ma il caso più importante e normale di *venditio bonorum* è quello di esecuzione del giudicato, del quale poscia Gaio dice; cfr. e vedi per tutti Leonhard *retrocit.* col. 705-6.

(4) *tempus iudicati*. Vedi vol. 1 pag. 162 n. 2, dove il passo è in parte trascritto; soggiungiamo che l'interpretazione leneliana *ivi* indicata e accolta, da altri autori invece non è seguita (vedi Wenger *Actio iudicati* pag. 244 e segg.).

norum possessores neque ullum alium iustum successorem existere. — 79. (1) Siquidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi; si vero mortui, per dies XV. Postea iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum per quem bona veneant. Itaque si vivi bona veneant, in diebus X *bonorum venditionem* fieri (2) iubet, si mortui, in dimidio. *Diebus itaque* vivi bona XXXX, mortui vero XX emptori addici iubet (3). Quare autem tardius viventium bonorum venditionem conpleri iubet, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur (4). — 80. Neque autem bonorum possessorum neque *bonorum emptorum* (5) *res pleno iure* fiunt, sed in

(1) Cfr. con questo paragrafo Instit. graeca Paraphr. 3. 12 pr., ed. Ferrini pag. 314 e segg.

(2) *legem bonorum vendundorum* fieri: Seckel-Kuebler.

(3) Kniep cit. a pag. 218 n. 2 i. f., sottoponendo ad analisi critica il passo, perviene (pag. 629) alla seguente ricostruzione: « Si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et si dies continuos XXX creditor possederit, proscribi; si vero mortui, post dies XV. Postea — veneant. Itaque si vivi bona veneant, in diebus quinque fieri iubet; si mortui, in dueiduo. Itaque vivi bona tricesimo, mortui vero vicesimo emptori addici iubet ». Egli esamina anche criticamente, in confronto con Gaio, Theoph. pr. *de success. sublatis* 3. 12, concludendo non esservi discordia fondamentale fra i due testi; soltanto che i due autori nel descrivere il procedimento di cui si tratta seguono rispettivamente un diverso punto di vista.

(4) Per il vivo dura la speranza che egli possa presentarsi.

(5) Si rileva l'accoppiamento del *bonorum possessor*, ossia dell'erede del diritto pretorio, e del *bonorum emptor*, onde anche quest'ultimo risulta un successore universale (pretorio). Cfr. nello stesso Gaio 2. 98 e 3. 77 soprascritto. — Con

bonis efficiuntur (1); *ex iure* Quiritium autem ita demum acquiruntur, si usuceperunt. Interdum quidem bonorum emptoribus ne usus quidem capio contingit, veluti si... bonorum emptor...(2). — 81. Item quae debita sunt... aut ipse debuit, neque bonorum possessor neque bonorum emptor ipso iure debet *aut ipsis debentur*,... de omnibus rebus... in sequenti commentario (3) proponemus » (4).

questo però contrasta il fatto, che il debitore sia tuttavia tenuto per gli eventuali successivi acquisti, i quali possono dar luogo ad una nuova *venditio*; cfr. Gai. 2. 155 e vedi Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1048 n. 3 [*Manuale* pag. 1062 n. 5] e Cuq *Instit. jurid.* vol. 2 pag. 769. — Adde qui pag. 222 n. 2.

(1) Ciò si comprende, essendo la *bonorum venditio* un istituto di diritto pretorio e non di diritto civile. Nella stessa guisa pei diritti di credito, sia attivamente come passivamente, il rapporto non può essere che di *ius praetorium* e non di *ius civile*; quindi azioni utili, sia a favore del *bonorum emptor* contro i debitori del patrimonio, come a favore dei creditori del patrimonio contro il *bonorum emptor* (per la quota promessa). Cfr. la nota precedente.

(2) La seconda parte di questo § 80 è, come si vede, lacunosa. Furono fatti tentativi per integrarla. Secondo Huschke (*Iurispr. antiust.*) Gaio parlava del caso in cui il *bonorum emptor* fosse peregrino e così, precisamente, il luogo potrebbe integrarsi: « veluti si *peregrinus* sit bonorum emptor, *nec senatusconsultum* concesserit eius civitati *ius quo quae civibus eius populi a civibus Romanis alienantur usucapere possunt* ». Secondo Krueger (*Collectio*) Gaio parlava del caso che la *venditio* fosse nulla per qualche irregolarità. (cfr. L. 7 § 3 D. *quibus ex causis in possess.* 42. 4 e L. 30 D. *de rebus auctoritate iudicis* 42. 5); ed è forse più probabile quest'ultima congettura, come avvisa anche Girard *Textes*<sup>4</sup>.

(3) Vedi qui a seguito.

(4) Anche questo paragrafo è lacunoso. Si è proposto (Lachmann) di colmare così la prima lacuna: « Item quae

Ancora per la *venditio bonorum* interessano in Gaio: 4. 34-35 (1), 65-68, 145-6. I §§ 34-35 li abbiamo già riprodotti a pagg. 13-14, a proposito delle azioni utili, e precisamente di quelle tra esse che dicevansi *ficticiae*; a tal luogo rinviamo. Trascriviamo invece gli altri paragrafi citati: «65. Item bonorum emptor cum deductione agere iubetur, *id est ut* in hoc solum adversarius eius condemnetur quod superest, deducto eo quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet. — 66. Inter compensationem autem quae argentario opponitur, et deductionem quae obicitur bonorum emptori, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum vocatur quod eiusdem generis et naturae est: veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino; adeo ut quibusdam placeat non omni modo vinum cum vino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita si eiusdem naturae qualitatisque sit. In deductionem autem vocatur et quod non est eiusdem generis. Itaque *si...*; si vero pecuniam petat bonorum emptor, et invicem frumentum aut vinum is debeat, deducto quanti id erit in reliquum experitur (2). — 67. Item vocatur in

*debita sunt ei cuius fuerunt bona* aut ipse etc.» E così si congettura, seguendo Huschke, per la seconda lacuna: «*et ideo de omnibus rebus utilibus actionibus et experiuntur (agunt) et conveniuntur quas in etc.*; cfr. Instit. graeca Paraphr. retrocit. pag. 316 v. 7-10.

(1) Sono quelli preannunciati alla fine del brano testè riprodotto.

(2) Cfr. Paul. 2. 5. 3. La lacuna gaiana si congettura che vada riempita come segue: «*si frumentum aut vinum petat bonorum emptor et invicem defraudatoris nomine pecuniam is debeat, quanto amplius ea pecunia id frumentum*

deductionem et id quod in diem debetur; compensatur autem hoc solum quod praesenti die debetur. — 68. Praeterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur; quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat. Deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenti periculum non intervenit; utique bonorum emptore agente, qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit (1). — 145. Bonorum quòque emptoribus similiter (2) proponitur interdictum: quod quidam possessorium vocant. — 146. Item ei, qui publica bona emerit, eiusdem condicionis interdictum proponitur quod appellatur sectorium, quod sectores vocantur qui publice bona mercantur » (3).

Sempre per la *venditio bonorum* notiamo infine che l'esposizione fattane da Gaio si completa e conferma con altre fonti, fra cui specialmente: l'orazione di Cicerone *pro Quinctio* 15 e segg. [48 e seguenti] (4), la lex [Rubria] de Gallia cisalpina c. 22,

*aut vinum erit, in condemnatione ponitur; si etc.* » (cfr. l'ed. ital. delle *Fontes iur. rom. anteiust.* parte 2<sup>a</sup> pag. 141 nota).

(1) Per schiarimenti e complementi rimandiamo alla dottrina della compensazione; per la quale, fra gli autori generali, vedi p. es. Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 704 e segg. [*Manuale* pag. 716 e segg.].

(2) Gaio parla degli *interdicta adipiscendae possessionis*.

(3) Qui, come vediamo, trattasi della *bonorum sectio*, la quale dà luogo ad un analogo interdetto.

In aggiunta ai considerati paragrafi di Gaio, vedi ancora 2. 155 circa l'obbligo tuttavia incombenente al debitore pel residuo dei debiti che il *bonorum emptor* non estingueva.

(4) Tale orazione ha particolare importanza riguardo alla

la *lex Iulia municipalis* l. 116 e segg., il titolo 5 del libro 42 del Digesto *de rebus auctoritate iudicis possidendis vel vendundis*, il titolo 72 del libro 7 del Codice *de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venundandis* (1).

Quanto alla *cessio bonorum*, abbiamo un titolo speciale nel Digesto, libro 42 titolo 3, *de cessione bonorum*; ed un titolo speciale pure nel Codice, libro 7 titolo 71 *qui bonis cedere possunt* (2). Per i due temperamenti negli effetti in confronto della *venditio bonorum* indicati nell'esposizione dogmatica, cioè l'esclusione dell'infamia e il *beneficium competentiae*, vedi L. 11 C. *de causis ex quib. infamia inrog.* 2. 11 [12] (Alex.) « Debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt » [a. 223] (3), e § 40 I. *de action.* 4. 6 « Eum quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest creditores cum eo experiuntur (4): inhuma-

dibattuta questione della *bonorum venditio* contro l'*absens qui iudicio non defenditur*; cfr. e vedi Rotondi in *Il Filang.* retrocit. pag. 166 n. 1 [estr. pag. 5 n. 1].

(1) Un elenco più ampio e particolareggiato delle fonti principali dà Rotondi in *Enciclop.* retroc.

(2) Tutti i testi relativi alla materia sono riprodotti e spiegati da Caruso cit. a pag. 216 n. 3 in fine al suo lavoro pag. 36 e segg.

(3) Vedi Basilici 21. 3 c. 10 (ed. di Heimbach vol. 2 pag. 456); fra gli autori recentemente Longo in *Bull. dell'Ist. di d. r. a.* 19 [1907] pag. 152.

(4) Cfr. e vedi LL. 4 e 6 D. *de cess. bonorum* 42. 3. Come ciò sia logico, poichè il vantaggio della *bonorum cessio* sarebbe illusorio se ristretto al momento immediato

num enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari » (1). Per l'esclusione poi della esecuzione personale vedi L. 1 C. *qui bon. ced. poss.* 7. 71 (Alex.) « ... hoc beneficium eis (qui bonis cesserint) prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem » [a. 223]. Gaio, come abbiamo visto, menziona la *cessio bonorum* in 3. 78 (2); non sappiamo se la *lex Iulia* di cui egli parla (3) sia di Giulio Cesare o di Augusto (4).

in cui la *b. c.* avviene, mostra Zipperling *Das Wesen des beneficium competentiae in geschichtlicher Entwicklung* Marburg 1907 pag. 50.

(1) Questa dichiarazione finale è senza dubbio giustiniana; vedi l'edizione di Krueger e Zocco-Rosa *Instit. paing.* vol. 2 pag. 327. Ignota rimane la fonte classica della parte precedente del paragrafo.

(2) Pag. 223.

(3) E cfr. L. 4 pr. C. h. t. 7. 71.

(4) Vedi da ultimo Rotondi *Leges publicae populi rom.* pag. 451 coi testi e autori ivi citati; egli ritiene che sia verosimilmente di Augusto. — In rapporto a Cesare si ricorda la disposizione da lui emanata essendo console e che egli stesso riferisce nel *de bello civili* 3. 1.; cfr. e vedi Poste *Gai Institutiones* 4 pag. 308. Ma mi par dubbio il valore di questo passo come pure di quello di Sueton. *De vita Caes., div. Iulius* 42 che insieme veggo da altri citato. — Come precedente storico più remoto si cita la disposizione transitoria della *lex Poetelia* che liberava tutti i *nexi qui bonam copiam iurarunt*. Cfr., anche pei testi, Girard *Manuel* 5 pag. 1045 n. 2 [*Manuale* pag. 1059 n. 4]. Il significato e il valore di tale disposizione è del resto, come si sa, fortemente discusso. — Va collegata la *cessio bonorum* all' *ἐξίστασθαι* (*ἐψίστασθαι*) *τῆς οὐσίης* del diritto greco, per la nozione della quale vedi Caillemet qui cit. a pag. 216 n. 3? Lo hanno affermato Heraldus e Voigt, e da ultimo Mitteis *Röm. Privatrecht* vol. 1 pag. 21 lett. e dichiara essere questo uno dei punti più probabili di tutta la materia della *cessio bonorum*.

Quanto alla *distractio bonorum* è da vedersi specialmente la L. 5 D. *de curator. furioso* 27. 10 (Gai 9 *ad ed. prov.*): « Curator ex senatus consulto constituitur, cum clara persona, veluti senatoris vel uxoris eius, in ea causa sit, ut eius bona venire de-

Per l'estensione della *cessio bonorum* alle provincie vedi Mitteis *Reichsrecht und Volksrecht* pag. 450. Il quale confermando la sussistenza dell'esecuzione personale durante il periodo formulare, e in tutto l'Impero (con speciali testimonianze delle fonti, da tenersi in conto), si chiede, con altri, come la *c. b.* non abbia determinato di fatto la scomparsa di quella e insieme, aggiungiamo, come anche la *venditio bonorum* non sia rimasta senza pratica applicazione di fronte alla *cessio bonorum*. Aderisce, pienamente convinto, a Puchta e Bethmann-Hollweg nella spiegazione, che è precisamente questa: La *c. b.* richiedeva che il debitore stesso spontaneo dichiarasse la propria insolvenza e rendesse possibile ai creditori la presa di possesso e la vendita dei beni; ora i debitori in genere sono proclivi ad illudersi sulla propria potenzialità economica e sperano sovente di sfuggire in qualche modo all'azione dei creditori, ossia aspettano a dichiararsi insolventi quando è già troppo tardi per farlo con effetto favorevole. Siffatta spiegazione trovo io pure che sia da accogliere, quando si ammetta che la *cessio bonorum* era aperta a tutti i debitori e non soltanto a quelli sfortunati, escludendo gli irriflessivi e tanto più quelli addirittura in mala fede; chè altrimenti codesto gruppo di debitori ci offrirebbe una più diretta e facile spiegazione, o almeno, volendo mantenere anche la suddetta, aggiungerebbe un'altra causa di spiegazione, da mettersi in primo luogo. Il punto di diritto è incerto. Possiamo dire che l'opinione comune fino a non molti anni addietro credeva di dover distinguere e limitare, come abbiamo ora accennato; invece negli autori più recenti in generale — vedi p. es. Cuij *Instit.* vol. 2 pag. 766, Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1045 n. 2 [*Manuale* pag. 1059 n. 4], Pacchioni *Corso* vol. 1 pag. 868, Bonfante *Istit.*<sup>5</sup> pag. 126 — non troviamo restrizioni o de-

beant: (1) nam ut honestius ex bonis eius quantum potest creditoribus solveretur, curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a praetore vel in provinciis a praeside » (2).

terminazioni; limitano però o inclinano a limitare il beneficio della cessione dei beni nel senso sopraindicato e Wlasak (in *Encyclopädie der Altertumswissenschaft* vol. 3 parte 2<sup>a</sup> col. 1996-97) e qualche altro autore. — Da ultimo per la *cessio bonorum* e l'esecuzione personale nei papiri, in rapporto a questo periodo, Mitteis ancora in *Archiv für Papyrusforschung* vol. 1 [a. 1900-01] pag. 352-3 e *Grundzüge u. Chrestomathie der Papyrskunde, Jurist. Teil*, Leipzig-Berlin 1912, 1<sup>a</sup> metà pag. 44.

(1) A partire da questo punto Grupe giudica che il testo sia stato interpolato: Krueger (?).

(2) Girard *Manuel*<sup>5</sup> pagg. 1048-49 [*Manuale* pag. 1063] opportunamente rileva che qui non abbiamo, come nella *venditio bonorum*, la vendita fatta in blocco ad uno speculatore, che poi rivenderà in dettaglio; non abbiamo quella singolarità della seconda fase della *v. b.* onde alla testa del patrimonio vien messo un nuovo titolare, il *bonorum emptor*. D'altra parte la prima fase del procedimento è comune, pure qui *missio* in tutti i beni; si colpisce tutto il patrimonio anche per realizzare un solo credito, per eseguire una sola sentenza.

Solazzi nello scritto speciale a pag. 217 n. 2 vuol dimostrare che nell'epoca classica, oltre il caso di *distractio bonorum* per le *clarae personae*, che è ricordato da tutti i manuali, eravene per lo meno un altro, il quale risulta da alcuni passi o trascurati o male intesi dagli scrittori; precisamente a favore del pupillo, del *furiosus* e degli altri incapaci. Caso, egli osserva, che merita di richiamare l'attenzione dei romanisti, forse più dell'altro generalmente riconosciuto; quest'ultimo infatti è determinato essenzialmente dallo scopo di evitare l'infamia alle « *clarae personae* », mentre motivi prevalentemente economici giustificano il caso propugnato. « Gli è perchè il debitore nella



Quanto al *pignus ex causa iudicati captum* il relativo rescritto di Antonino Pio ci è conservato nella L. 31 D. *de re iudicata* 42. 1 (Callistr. 2 *cognit.*): « Debitoribus (1) non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat: si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possit explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio proconsuli Divus Pius in haec verba rescripsit: *His, qui fatebuntur debere aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur: eorum, qui intra diem vel ab initio datum vel ex ea* (2) *causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi* (3) *eaque, si intra duos menses non solverint* (4), *vendantur: si quid ex pretiis supersit reddatur ei, cuius pignora vendita erant* » (5).

*bonorum venditio* non aveva diritto al residuo ed anche perchè la vendita in blocco suole riuscire meno proficua che la vendita dei singoli oggetti, che contro il pupillo, il *furius* e gli altri incapaci, il pretore ha permesso soltanto la *bonorum distractio* ».

(1) « De civitatum debitoribus haec dicta esse suspicor », Lenel *Paling.* vol. 1 col. 86 n. 1; cfr. e vedi Mitteis *Röm. Privatrecht* vol. 1 pag. 388 n. 45.

(2) « ea » del. M.

(3) *capiantur* edd.

(4) Arg. per la *pignoris capio* in vol. 1 pag. 180 n. 3.

(5) Vedi Wenger *Actio iudicati* pagg. 228 e 247 e segg. Aggiungì e cfr. la discussa L. 15 D. eod., su cui da ultimo Samter *Nichtförm. Gerichtsverfahren* pag. 144 e segg.

## § 30.

**Rimedi contro le sentenze**

Enunciazione — Infinitio iudicati e revocatio in duplum — Intercessio (pag. 235) — Restitutio in integrum (pag. 236) — Appellatio (ivi).

247. — ENUNCIAZIONE. Questi rimedi o mezzi giuridici sono in antitesi logica coi mezzi giuridici del precedente paragrafo, tendenti alla esecuzione, alla realizzazione della sentenza; qui si tratta invece di escludere l'esecuzione della sentenza, impugnandone il valore o facendola riformare. E precisamente abbiamo a tale effetto: la *infinitio iudicati* e la *revocatio in duplum*; la *intercessio*; la *restitutio in integrum*; l'*appellatio* (1). Occupiamocene singolarmente.

248. — INFINTIO IUDICATI E REVOCATIO IN DUPLUM. Il convenuto condannato contro il quale l'at-

(1) Merkel *Abhandlungen aus dem Gebiete des römischen Rechts*, fasc. 2 *Ueber die Geschichte der classischen Appellation* Halle 1883; Eisele *Op. cit.* a pagina 169 n. 1; Wenger *ivi* pure *cit.*; Perrot *L'appel dans la procédure de l'ordo iudiciorum* Paris 1907 colla rec. di Wenger nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 30 [a. 1909] pag. 479 e segg.; Lefèvre *Op. cit.* nel vol. 1 pag. 55 n. 2 (che si diffonde sull'*intercessio* e sull'*appellatio*); Pulvermacher *Der Einfluss der röm. Vollstreckungsanfechtung auf das materielle u. exekutivische Recht* Diss. Breslau, ib. 1911. Voce *Appellatio* nel *Dictionn. des antiq.* vol. 1 parte 1<sup>a</sup> pagg. 329-330 (R.) e nella *Encyclop. der Altertumswiss.* vol. 2 parte 1<sup>a</sup> col. 194 e segg. (Kipp); nel primo anche voci *Intercessio* e *Revocatio* vol. 3 parte 1<sup>a</sup> pag. 549 e vol. 4 parte 2<sup>a</sup> pagg. 858-9 (Cuq).

tore muove. l'*actio iudicati* può negare la validità del giudicato (1). Si fa luogo allora ad un giudizio speciale su questo punto, ossia se esista o no un valido giudicato (*an iudicatum sit*); e quando l'esito di tale giudizio risulti favorevole al convenuto, questi non potrà più essere perseguito esecutivamente; mentre se l'opposizione del convenuto stesso appaia al contrario infondata, egli sarà tenuto al doppio, essendo l'*actio iudicati*, come sappiamo (2), una delle *actiones quae infitiando in duplum crescunt*.

Il convenuto, anzichè aspettare che sia promossa contro di lui l'*actio iudicati* per opporre in confronto di questa la nullità della sentenza, può prendere l'iniziativa e promuovere egli stesso un giudizio per impugnare di nullità la sentenza; le conseguenze sono naturalmente quelle stesse sopraindicate. — Alcuni però ritengono quest'altra via ammessa soltanto nella procedura straordinaria (3).

(1) Varie sono le cause di nullità della sentenza, formali o materiali, di contenuto. E già abbiamo dichiarato espressamente (pag. 153) essere nulla la sentenza non pronunciata verbalmente o non presenti le parti. Del pari è nulla: se manca di precisione e determinatezza, come quando, condannando, non indichi la somma (basta però una determinazione indiretta, fatta riferendosi alla somma dichiarata dall'attore nella sua domanda); se non è conforme alla formula; se viola il diritto costituito o contraddice alla *res iudicata*; per cagione di incompetenza del magistrato che ha istituito il *iudicium*; per incapacità del *iudex*; per assenza di uno dei *recuperatores*; ed in altri casi ancora. Cfr. e vedi p. es. Cuq *Instit.* vol. 2 pag. 763 n. 7 e più ampiamente nel *Dictionn. des antiq.* voce *Revocatio retrocit.*

(2) Pagg. 203, 207, 212.

(3) Cfr. Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1049 n. 3 [*Manuale* pa-

249. — INTERCESSIO. La *intercessio* è un notissimo istituto generale del diritto pubblico, che qui vediamo in un'importante sua applicazione. Gli atti giudiziari del pretore, magistrato dello Stato romano, possono venir impediti o annullati dall'*intercessio* di un magistrato di pari o maggiore potestà oppure di un tribuno della plebe; e le parti, questa o quella, possono promuovere siffatta azione di resistenza o annullamento.

Qui si osserverà che la sentenza, nell'*ordo iudiciorum*, non è atto del magistrato, bensì del *iudex*, e lo stesso magistrato che ha costituito il *iudicium* non potrebbe cassarla. Ma è il pretore che concede l'*actio iudicati*, è il pretore che autorizza i procedimenti esecutivi. Ed a questo riguardo l'*intercessio* può operare, escludendo l'esecuzione della sentenza (1).

gina 1064 n. 1]. L'oscurità che domina ancora su questa materia della *revocatio in duplum* è affermata anche da ultimo ripetutamente da Samter *Nichtförm. Gerichtsverfahren* pagg. 69 e 119.

Non sembra, notiamo con Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 430 [*Édit* vol. 2 pag. 187], che l'attore soccombente disponesse di un corrispondente mezzo speciale per impugnare la sentenza assolutoria nulla, non essendovene traccia alcuna; ma egli poteva di bel nuovo promuovere l'azione respinta e opporre alla *exceptio rei iudicatae* la replica di nullità. Questo senza pericolo? non lo sappiamo. Come non sappiamo in qual modo all'attore si provvedesse quando la sentenza era nulla, ma il *iudicium* in sè era valido e regolare e pertanto si era consumata l'azione respinta; forse per via di restituzione.

(1) L'*intercessio*, nota Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 390, può anche escludere l'inserzione nella formula della *exceptio rei iudicatae* in base alla sentenza, essendo



250. — *RESTITUTIO IN INTEGRUM*. Anche qui abbiamo l'applicazione di un istituto generale, come ora si è visto per l'*intercessio*. Ricorrendo gli estremi generali dell'editto per la *restitutio in integrum*, la parte che non sia soddisfatta della sentenza - anche l'attore, non solamente il convenuto - può chiedere al magistrato in confronto della sentenza stessa la *restitutio in integrum*; come potrebbe farlo in confronto di qualunque atto del processo, e lo abbiamo visto relativamente alla emanazione della formula, per le eccezioni omesse (1). Venendo accordata la *restitutio in integrum* contro il giudicato, di questo non si tien più conto e potrà agitarsi nuovamente la lite (*iudicium restitutorium*).

251. — *APPELLATIO*. È chiaro che i mezzi di cui sin qui abbiamo parlato sono tutti, più o meno, diversi da un vero istituto di appello (*appellatio s. provocatio*), il quale si fonda sopra il concetto di una revisione, di una riforma dell'avvenuto giudizio (appello riformatorio in senso stretto o tecnico); onde la lite già decisa in primo grado, viene di nuovo direttamente discussa davanti ad un altro

l'inserzione di una *exceptio*, come la concessione della formula, un atto del magistrato. Osserva d'altra parte Scialoja, pag. 391, che col procedere della storia vien meno il suddetto mezzo della *intercessio*; perchè gli antichi magistrati dell'ordinamento repubblicano o sono spariti o sono rimasti soltanto di nome.

(1) Vol. 1 pagg. 331 e 343. Tale caso ed altri casi di restituzione della lite in Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 119 e segg. [*Edit* vol. 1 pag. 141 e segg.]; fra i medesimi quelli della *plus petitio* e di *condemnatio* eccessiva o scarsa (Gai. 4. 53 e 57), di cui anche noi qui a pagg. 179 e segg.

giudice di secondo grado o di appello, la cui sentenza trionfa sulla prima contraria. L'appello è un rimedio, dice Ulpiano, che mira a correggere una sentenza iniqua o pronunciata da un giudice poco illuminato. Trattasi di un'idealità, mentrechè, continua lo stesso Ulpiano, può la prima sentenza essere buona e cattiva invece la seconda; idealità fondata d'altronde sopra una presunzione di maggior valore e di maggiore indipendenza nel giudice, superiore, di secondo grado. Perciò se lo appello si comprende nel nuovo ordinamento giudiziario, che corrisponde all'età e al meccanismo degli *iudicia extraordinaria* ed in cui si stabilisce una gerarchia di magistrati o funzionarî pubblici che decidono essi le cause (direttamente o per via di loro delegati), parrebbe strano invece di doverlo ammettere in rapporto alle sentenze degli antichi *iudices* istituiti conformemente all'*ordo iudiciorum*. L'appello infatti non esiste punto nell'età della Repubblica, e se lo troviamo agli inizi dell'Impero, gli è per le decisioni dei magistrati e delegati dei medesimi, ossia per la procedura *extra ordinem* che via via invade e si prepara a prevalere e ad escludere il sistema formulare; per gli *iudicia ordinaria* non abbiamo testimonianze, e difettando queste riteniamo, in base al precedente ragionamento, che nei medesimi l'appello non sia stato ammesso (1).

(1) Cfr. Cuq *Instit.* vol. 2 pag. 764 e Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1050 [*Manuale* pag. 1064] e autori ivi citati; vedi anche Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 384-5. La questione è stata nuovamente discussa con diligente esame di fonti, che sono scarse, e di autori, che sono invece parecchi, nel buon lavoro di Perrot *retrocit.*, che offre un chiaro e com-

Dopo avere ciò dichiarato, indichiamo ora taluna delle norme più generali che disciplinavano l'appello, là dove era accolto; ossia, ripeto, negli *iudicia extraordinaria*. — Emanata la sentenza, poteva la parte - che per regola doveva esser presente, come sappiamo (1) - dichiarare senz'altro oralmente, davanti l'autorità che aveva deciso, di appellare; e bastava a tal fine che dicesse « appello ». Se ciò non faceva subito, poteva farlo dopo per iscritto (*libelli appellatorii*) dentro un breve spazio di tempo, due o tre giorni (*dies fatales*). — Il magistrato contro cui si appellava doveva trasmettere la causa al magistrato superiore al quale si appellava (*litterae dimissoriae* o, greicamente, *apostoli*); questi era così investito del giudizio e pronunciava quindi la nuova sentenza, che confermava o riformava la precedente. Ma il primo magistrato poteva anche opporsi all'appello, quando gli apparisse ispirato unicamente dal proposito di vessare l'avversario e non da serio e sincero intendimento di far riformare il giudizio; salvo il ricorso dell'appellante contro siffatto diniego. — L'appello sospendeva gli effetti della sentenza di primo grado. — L'appello temerario era punito con

pleto ragguaglio in argomento, dispensandoci dal fare citazioni. Perrot conclude in senso opposto; ma le valutazioni di passi e le altre argomentazioni dell'A. non riescono a persuaderci; tutt'al più potremmo inclinare, anziché assolutamente alla negativa, da noi sopra dichiarata nel testo, al *non liquet* (cfr. anche la recensione di Wenger retrocit.). — Antica è invece la *provocatio ad populum* in materia penale, come si sa.

(1) Pag. 153.

una pena pecuniaria. — Non ammettevasi appello contro le sentenze pronunciate dall'imperatore, poichè questi era il supremo magistrato; ed analogamente esso era escluso in confronto delle sentenze pronunciate da quei magistrati cui l'imperatore avesse delegato il giudizio dichiarandolo inappellabile. Potevano anche le parti volontariamente escludere l'appello, convenendo fra loro che la prima sentenza dovesse essere definitiva. Ancora, non si ammetteva appello per cause di scarso valore. — All'infuori di questi casi l'appello era sempre ammesso, e potevasi interporre tante volte quanti erano i gradi della gerarchia dei magistrati amministrativi-giudiziarî (1). L'abuso non mancò, e fu grave anzi; onde da ultimo Giustiniano limitò gli appelli al numero di due.

252. — Passando all'esposizione dei testi, quanto alla *infiliatio* e *revocatio in duplum* vedi: Cic. *pro Flacco* 21. 49 « ... quum iam frater meus Flacco successisset (2) ad quem adiit causamque ita detulit (Heraclides): recuperatores vi Flacci coactos et metu falsum invitos iudicavisse. Frater meus pro sua aequitate prudentiaque decrevit, ut, si iudicatum negaret, in duplum iret (3): si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores (4)..... »;

(1) Qui come più addietro (pag. 237) ci colleghiamo alle nozioni generali e ai cenni sull'Ordinamento giudiziario dati nel vol. 1 pag. 37 e segg.

(2) Nella pretura.

(3) Schol. Bob. « in duplum iret: dupli sponsionem faceret ».

(4) Per illustrazione vedi Greenidge *The Legal Proced. etc.* pagg. 277 e 294-5.

Paul. 5. 5.<sup>a</sup> 6.<sup>a</sup>, 7 e 8 [7.<sup>a</sup>, 5 e 8] « Ab ea sententia, quae adversus contumaces lata est, neque appellari neque in duplum revocari potest. Confessionem sua reus in duplum revocare non potest (1). Res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest nec eo nomine in duplum revocari. Longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes, inter absentes vicennii computatur » (2); L. 1 C. Greg. *quib. res iudic. non nocet* 10. 1 (Alex.) « ... eum, qui per contumaciam absens condemnatur, nec appellationis auxilio uti aut in duplum revocare posse » [a. 227]. Aggiungansi: L. 1 pr. D. *quae sententiae sine appellatione rescindantur* 49. 8 (Macer 2 de *appellat.*) « Illud meminerimus: si quaeratur, iudicatum sit nec ne, et huius quaestionis iudex non esse iudicatum pronuntiaverit: licet fuerit iudicatum, rescinditur, si provocatum non fuerit » e L. 1 C. *quib. res iudic. non nocet* 7. 56 [Alex.] « Si neque mandasti fratri tuo defensionem rei tuae neque quod gestum est ratum habuisti, praescriptio rei iudicatae tibi non oberit. et ideo non prohiberis causam tuam agere sine praeiudicio rerum iudicatarum » [a. 222].

Per l'*intercessio* che arresta l'esecuzione sulla persona, può vedersi Liv. 6. 27. 8-10 « quod si sit animus plebi memor patrum libertatis, se (tribunos plebis) nec addici quemquam civem Romanum ob creditam pecuniam, neque dilectum haberi... nam

(1) = App. 2. 9-10.

(2) « longum — computatur » *addita esse videntur aut ab interprete vetere aut a Visigothis* ed. Seckel-Kuebler.

et addicebantur multi, et ad Praenestini famam belli novas legiones scribendas patres censuerant. quae utraque simul auxilio tribunicio et consensu plebis impediri coepta, nam neque duci addictos tribuni sinebant, neque iuniores nomina dabant, cum patribus minor praesens cura creditae pecuniae iuris exsequendi quam dilectus esset... » (1).

Quanto alla *restitutio in integrum* veggansi: L. 46 § 3 D. *de procurat. et defens.* 3. 3 (Gai. 3 *ad ed. prov.*): « Item quaeritur, si iudicium acceperit defensor et actor in integrum restitutus sit, an cogendus sit restitutorium iudicium accipere: et magis placet cogendum » (2); L. 7 § 4 D. *de minoribus* 4. 4 (Ulp. 11 *ad ed.*): « Sed et in iudiciis subvenitur, sive dum agit sive dum convenitur captus sit » (3); L. 29 § 1 D. *eod.* (Modestin. 2 *respons.*); « Ex causa curationis condemnata pupilla adversus unum caput sententiae restitui volebat, et quia videtur in ceteris litis speciebus relevata fuisse,

(1) Utilmente si legge tutto il capo. — Intervento dei tribuni perchè sia modificata la redazione di una formula, per ottenere che sia inserita una eccezione, per evitare la *satisfactio iudicatum solvi*, in Cuq *Instit.* vol. 2 pag. 764 n. 1, coi passi relativi; per arrestare il giudizio, Cic. *pro Cluentio* 27. 74 « ... ipse (tribunus plebis) e publico iudicio ad privatum Staieni iudicium profectus est et illud pro potestate dimitti iussit... ».

(2) Consento con Koschaker (*Translatio iud.* pagg. 58-59 n. 3) essere il *defensor* costretto « restitutorium iudicium accipere » per ciò che, malgrado la *restitutio*, egli rimane ancora tenuto in base alla *cautio iudicatum solvi* da lui prestata.

(3) Dubbio di interpolazione in Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 120 n. 2 [*Édit.* vol. 1 pag. 142 n. 3].

actor maior aetate, qui adquevit, tunc temporis sententiae, dicebat totam debere litem restaurari. (1) Modestinus respondit, si species, in qua pupilla in integrum restitui desiderat, ceteris speciebus non cohaeret, nihil proponi, cur a tota sententia recedi actor postulans audiendus est »; L. 45 § 1 D. *eodem* (Callistrat. 1 *edict. monitor.*): « Imperator Titus Antoninus rescripsit eum, qui fraude tutoris, adversarium suum diceret absolutum et agere cum eo ex integro vellet, licentiam habere prius cum tutore agere » (2); L. 33 D. *de re iudicata et de effectu sententiarum* 42. 1 (Callistr. 5 *cognition.*): « Divus Hadrianus aditus per libellum a Iulio Tarentino et iudicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumventam esse; in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: *Exemplum libelli dati mihi a Iulio Tarentino mitti tibi iussi: tu, si tibi probaverit conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica, et, si qua a iudice tam malo exemplo circumscripto iudicata sunt, in integrum restitue* » (3).

(1) « Herennius » ins. F.<sup>2</sup>.

(2) Osserva recentemente Solazzi *La minore età nel d. r.* Roma 1913 pag. 222 n. 1: « La facoltà di agire contro il tutore nè era dubbia nè escludeva la *restitutio in integrum*. A che mira dunque il rescritto? Io ritengo certa l'interpolazione, che sarebbe stata provocata da C. 3. 1. 13 § 11 (Iustinianus, a. 530). Ma il Gradenwitz *Interpolationen* pag. 202 esita ad ammetterla non ostante il « licentiam habere » perchè Callistrato era un greco che poteva benissimo scrivere come Giustiniano ».

(3) Altri passi delle fonti giuridiche in Cuq *Instit.* vol. 2

Quanto all'*appellatio*, i titoli del *Corpus iuris* sono vari: nel Digesto libro 49 a partire dal titolo 1 *de appellationibus et relationibus* fino al titolo 13; nel Codice libro 7 a partire dal titolo 62 *de appellationibus et consultationibus* fino al titolo 70; senza citare altre fonti. Per le notizie più generali che abbiamo date sull'argomento, vedi:

Paul. 5. 33. 1; 5. 34. 1; 5. 37 un. « Ne liberum quis et solutum haberet arbitrium retractandae et revocandae sententiae, et poenae (1) et tempora appellatoribus praestituta sunt. Quod nisi iuste appellaverint, tempora ad cavendum in poena appellationis quinque dierum praestituta sunt... — Ab eo, a quo appellatum est, ad eum, qui de appellatione cogniturus est, litterae dimissoriae diriguntur, quae vulgo *apostoli* appellantur: quorum postulatio et acceptio intra quintum diem ex officio facienda est. — Omnimodo ponendum est, ut, quotiens iniusta appellatio pronuntiatur, sumptus, quos dum sequeretur adversarius impendit, reddere cogatur, non simplos, sed quadruplos ».

L. 1 pr. e § 4 D. *de appellat.* 49. 1 (Ulp. 1 *de appellat.*): « Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam corrigat: licet nonnunquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est. — Libelli qui dantur appellatorii ita sunt concipiendi,

pag. 763 n. 9; passi ciceroniani in Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1049 n. 4 [*Manuale* pag. 1064 n. 2].

(1) « et poena, nisi iuste appellaverint »: Seckel-Kuebler.

ut habeant scriptum et a quo dati sint, hoc est qui appellet, et adversus quem et a qua sententia ».

L. 2 D. h. t. (Macer 1 de appellat.): « Sed si apud acta quis appellaverit, satis erit, si dicat *appello* ».

L. 5 § 4 D. h. t. (Marcian. 1 de appellat.): « Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit: sin autem hoc non fecerit, ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est ».

L. 1 D. a quibus appellari (1) non licet 49. 2 (Ulp. 1 de appellat.): « Tractandum est, a quibus appellare non liceat. — § 1. Et quidem stultum est illud admonere a principe appellare fas non esse, cum ipse sit qui provocatur. — § 2. Sciendum est appellari a senatu non posse principem, idque oratione divi Hadriani effectum (2). — § 3. Si quis ante sententiam professus fuerit se a iudice non provocaturum, indubitate provocandi auxilium perdidit. — § 4. Interdum imperator ita solet iudicem dare, ne liceret ab eo provocare, ut scio saepissime a divo Marco iudices datos. an et alius possit ita iudicem dare, videbimus: et puto non posse ».

L. 1 §§ 5, 11, 12, 15 D. quando appellandum sit et intra quae tempora 49. 4 (Id. eod.): « Biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latae computandum erit. quid ergo, si sententia fuerit sub condicione dicta? utrum ex die sententiae tempus computamus ad appellandum an vero ex die, quo condicio sententiae extitit? sane quidem non

(1) « appellare » edd.

(2) « est » ins. F.<sup>2</sup>

est sub condicione sententia dicenda: sed si fuerit dicta, quid fiet? et est utile statim tempora ad appellandum computari debere. — § 11. In propria causa biduum accipitur: propriam causam ab aliena quemadmodum discernimus? et palam est eam esse propriam causam, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. — § 12. Quare procurator (1), nisi in suam rem datus est, tertium diem habebit: in suam autem rem datus magis est ut alteram diem observet. at si in partem proprio nomine, in partem pro alieno litigat, ambigi potest, utrum biduum an triduum observetur. et magis est, ut suo nomine biduum, alieno triduum observetur. — § 15. Si adversus absentem fuerit pronuntiatum, biduum vel triduum ex quo quis scit computandum est, non ex quo pronuntiatum est. quod autem dicitur absentem posse provocare ex quo scit, sic accipimus, si non in causa per procuratorem defensus est: nam si ille non provocavit difficile est, ut hic audiatur ».

L. unica D. de libellis dimissoriis, qui apostoli dicuntur 49. 6 (Marcianus 2 de appellationibus): « Post appellationem interpositam litterae dandae sunt ab eo, a quo appellatum est, ad eum qui de appellatione cogniturus est, sive principem sive quem alium, quas litteras dimissorias sive apostolos appellant. — § 1. Sensus autem litterarum talis est: appellasse puta Lucium Titium a sententia illius, quae inter illos dicta est. — § 2. Sufficit autem petisse intra tempus dimissorias instanter et saepius,

(1) « cognitor vel procurator » Ulp.: Lenel *Paling.* vol. 2 col. 382 n. 2

ut et si non accipiat, id ipsum contestetur: nam instantiam petentis dimissorias constitutiones desiderant. aequum est igitur, si per eum steterit, qui debebat dare litteras, quo minus det, ne hoc accipienti noceat ».

L. un. pr. e § 1 D. *nihil innovari* (1) *appellatione interposita* 49. 7 (Ulp. 4 *de appellat.*): « Appellatione interposita, sive ea recepta sit sive non, medio tempore nihil novari oportet: si quidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est: si vero non est recepta, ne praeiudicium fiat, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio an non sit. — § 1. Recepta autem appellatione tamdiu nihil erit innovandum, quamdiu de appellatione fuerit pronuntiatum ».

L. 106 D. *de verbor. signif.* 50. 16 (Modestin. *singul. de praescript.*): « *Dimissoriae litterae* dicuntur, quae volgo *apostoli* dicuntur. *dimissoriae* autem dictae, quod causa ad eum qui appellatus est dimittitur ».

Seguendo l'esempio di Scialoja (2) e di altri non ci diffondiamo maggiormente sull'appello nella parte esegetica, come non lo abbiamo fatto nella parte dogmatica. Piuttosto con Scialoja stesso crediamo utile rilevare esplicitamente, che, mentre per la nostra procedura l'appello è sempre necessario tanto se si vuole far riformare una sentenza nel merito quanto se si vuole far dichiarare nulla la sentenza del primo giudice perchè viziosa, nel diritto romano invece l'appello, anche quando venne

(1) « novari » ind. F.

(2) *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 393.

disciplinato nel modo più minuto e venne reputato mezzo ordinario, non fu mai dichiarato necessario contro la sentenza nulla; anzi abbiamo nel *Corpus iuris* dei titoli che dichiarano contro quali sentenze non occorre l'appello (1), e sono le sentenze nulle, contro le quali vi è sempre l'antica *infinitio iudicati* o *revocatio in duplum*; l'appello non è necessario se non quando si chiede la riforma in merito della sentenza pronunciata.

(1) Dig. 49. 8 *quae sententiae sine appellatione rescindantur* e Cod. 7. 64 *quando provocare necesse non est.*

---

---

## SEZIONE QUARTA

### Capacità a stare in giudizio per sè e per altri

§ 31.

#### Le parti contendenti

Terminologia — Idoneità processuale (pag. 249).

253. — TERMINOLOGIA. Espressioni usate ad indicare l'una o l'altra parte contendente e nel plurale ambo le parti contendenti sono *litigator* o *litigans*, *adversarius*. E ambo le parti in lotta fra loro sono indicate pure, com'è frequente in genere nel diritto romano, per via di circonlocuzioni, quali *ii inter quos controversia est* e simili.

Singularmente poi: a) Chi promuove l'azione dicesi *actor* (1); talvolta anche *petitor* (2); e altre volte

---

(1) Nel senso generale della parola potrebbe dirsi *actor* anche chi si difende, come nota Wlassak in *Encyclop. der Altertumswiss.* vol. 1 parte 1<sup>a</sup> col. 327; ma il senso generale è soverchiato da un senso specifico, collegato all'origine storica dell'espressione (vedi qui vol. 1 pag. 89 n. 1, seguendo Bonfante); onde *actor* si applica soltanto a chi intenta la lite.

(2) Non solamente quando agisce *in rem*.

viene indicato per via di circonlocuzioni. b) Colui contro il quale vien promossa l'azione si dice *reus* — essendo passata questa espressione, che nel diritto più antico si applicava ad ambo i litiganti, a significare nel diritto progredito specialmente questa fra le due parti — o *conventus* (1) od anche *possessor* (2); e altre volte è designato mediante circonlocuzioni; fra queste ultime rileviamo la più frequente, « *is cum quo agitur* » (3). — Noi moderni diciamo *attore* e *convenuto*.

254. — Di codesta terminologia abbiamo già avuto testimonianza via via nella esposizione esegetica fatta fin qui; in particolare ricordiamo Fest. voci *Reus* e *Contestari litem*, *Contestari* riprodotte nel volume 1<sup>o</sup>, rispettivamente a pagg. 146 e 311. Per completare e sistemare vedi Heumann-Seckel *Handlexikon etc.* ad vv. come pure il *Vocabularium iurisprud. romanae* nonchè i soliti grandi lessici dell'antichità classica (4).

255. — IDONEITÀ PROCESSUALE (5). Vediamo ora chi possa essere litigante, chi cioè sia capace a stare in giudizio. E vediamolo considerando chi è inca-

---

(1) Anche qui per l'origine storica cfr. vol. 1 pag. 89 n. 1.

(2) Sia pur in casi in cui non trattasi di vero possesso in senso tecnico.

(3) *cum* anzichè *contra*; residuo del più antico e generale significato di *actio*, *agere* = atto, azione, operazione in genere.

(4) Intorno ai nomi schematici nella formula *Aulus Agerius* (*A<sup>r</sup> A<sup>r</sup>*) e *Numerius Negidius* (*N<sup>r</sup> N<sup>r</sup>*) vedi ancora il vol. 1 pag. 209 n. 1.

(5) Wlassak *sopracit.* col. 326 e segg. (voce *Actor*) tratta anche della capacità processuale.

pace, più o meno, a stare in giudizio; onde gli altri risultano capaci.

1) *I servi.*

Sono incapaci; come quelli che non solo mancano di capacità di agire - e il prender parte a una lite è un atto giuridico - ma addirittura mancano di capacità giuridica, non sono persone. Però sotto l'Impero, venendo introdotta via via la procedura amministrativa *extra ordinem*, li vediamo ammessi a querelarsi, ossia a presentare una specie di denuncia al *praefectus urbi* o al *praeses provinciae*, per mali trattamenti ed oscenità da parte del padrone; e in tale epoca furono ammessi anche ad agire per difendere la libertà concessa *mortis causa* - direttamente o indirettamente, per via di fedecommesso - oppure riscattata col peculio (1).

2) *I filii familias* (2).

È dottrina comune che vigenti le *legis actiones* il *filius familias* non avesse capacità di stare in giudizio, sia come attore che come convenuto; e codesta dottrina, per quanto taluno ne abbia voluto stimare scarsa la prova testuale, vanta troppe ragioni di verosimiglianza per poter essere seriamente contestata (3).

Il diritto dell'età formulare ammette, e in via ge-

(1) Nota con ragione Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 187 non essere propriamente lo schiavo che litiga, ma piuttosto il libero, poichè lo schiavo viene ammesso a litigare in quanto deve essere libero.

(2) Solazzi *Sulla capacità del filius familias di stare in giudizio* in *Bullett. dell'Istit. di dir. rom.* a. II [1898] pag. 113 e segg.

(3) Cfr. Solazzi cit. pag. 113.

nerale, che il *filius familias* possa venir chiamato a rispondere in giudizio come convenuto; ciò per effetto dell'essersi riconosciuta la possibilità ch'egli rimanesse obbligato, tanto in base a contratto (1), quanto in base a delitto.

Ma secondo il diritto formulare può il *filius familias* essere anche attore nel giudizio? Qui si osserva che il *filius familias* è incapace di diritti propri, che i diritti che egli acquista sono acquistati senz'altro al suo *pater familias*, ossia a chi ha sopra di lui la potestà; onde dovrebbe inferirsi in via assoluta e generale l'incapacità del *filius familias* a stare in giudizio come attore, perchè farebbe valere diritti di altri e non suoi. Senonchè in confronto a ciò si rileva che il figlio ha spesso un'economia separata da quella del padre, che taluni interessi offrono, anche sussistente la patria potestà, un riferimento esclusivo al figlio o più diretto al figlio che non al padre e tendono irresistibilmente a conseguire più o meno di indipendenza; di ciò la società e la norma giuridica sviluppata e progredita ha dovuto tener conto (2). Ed ecco anzitutto che noi vediamo il *filius familias* ammesso ad agire *extra or-*

(1) Il *filius familias* in stretto senso; la *filia familias*, com'è noto, non potè obbligarsi contrattualmente che dopo l'età diocleziana, cessata la tutela sulle donne *sui iuris*. Cfr. e vedi Solazzi testè cit. pagg. 154-5, Fadda *Diritto delle persone e della famiglia* (Lezioni) Napoli 1910 pagg. 187-8, Girard *Manuel*<sup>3</sup> pag. 466 e segg. [*Manuale* pag. 478 e seguenti]. — Come la capacità di stare in giudizio segue di regola la capacità di obbligarsi vedi anche comparativamente in *Post Giurisprud. etnol.* vol. 2 pag. 381.

(2) Solazzi c. s. pag. 161.



*dinem* contro il proprio *paterfamilias* per alimenti, per l'emancipazione, pel matrimonio, per la dote (1), Ecco che si ammette che il *filiusfamilias* possa in difetto del padre far valere contro terzi, nella via della procedura ordinaria, certe azioni nate in persona sua; specie l'azione per ingiurie, circa la quale havvi una disposizione espressa nell'editto del pretore (2), e quindi l'*interdictum quod vi aut*

(1) Casi che con Scialoja *Esercizio e difesa dei diritti* pagg. 188-9 possiamo spiegare come segue:

Nel caso che il *paterfamilias* non fornisse gli alimenti al figlio, si dava a questo un'azione straordinaria per costringere il padre a provvederglieli. (L'obbligo degli alimenti era reciproco tra padre e figlio ed era indipendente dal rapporto di potestà, potendo sussistere anche nell'ipotesi di figlio emancipato). — Quando un terzo nel suo testamento avesse imposto come obbligo al *paterfamilias* l'emancipazione del figlio ed il *paterfamilias* avendo accettato la disposizione testamentaria non eseguisse poi la emancipazione, il *filiusfamilias* poteva giudizialmente preterderla. Così pure, se un *filiusfamilias* impubere, per volontà del padre fosse adottato da una terza persona ed in seguito, divenuto pubere, ritenesse per sè dannosa questa adozione, poteva ottenere che il padre adottivo lo emancipasse. Similmente poteva farsi emancipare il figlio trattato dal padre *contra pietatem*. — Per costituzioni imperiali e in base alla *lex Iulia et Papia* si ammise che i figli avessero azione contro il padre che volesse impedir loro il matrimonio o non volesse dotarli, il che rientrava sempre sotto il concetto generale di un impedimento al matrimonio; in questi casi si poteva ottenere forzatamente che venissero rimossi tali impedimenti e fosse concessa la dotazione. (Su quest'ultimo punto vedi anche il buon lavoro recente di Moriaud *Du consentement du père de famille au mariage en dr. class.* in *Mélanges P. F. Girard* vol. 2 pag. 291 e segg.).

(2) Notano Ferrini *Manuale di Pand.*<sup>2</sup> pag. 865 e altri

*clam* (1), le azioni di commodato e di deposito, l'azione data contro il liberto che abbia chiamato in giudizio il *filiusfamilias* del patrono senza il permesso del pretore (2). la *querella inofficiosi testamenti*. Siffatte ragioni vengono fatte valere da parte del *filiusfamilias* mediante azioni *in factum*, e si comprende, data la posizione giuridica patrimoniale del medesimo; un'*actio in ius* potrebbe esperirla soltanto il *paterfamilias*, che è il titolare del diritto acquistato dal *filiusfamilias* (3). Anche per tale via dell'*actio in factum*, badiamo, non si va oltre i suddetti confini, oltre le ragioni di diritto specifiche concrete dianzi indicate; è un'esegesi sbagliata quella per cui taluno ha affermato che qualunque azione *in factum* può essere esercitata *proprio nomine* dal *filiusfamilias*.

### 3) Gli incapaci di agire.

Se sono incapaci in via assoluta, non possono

(p. es. recentemente Koschaker *Translatio iudicii* pag. 229) che si comprende come qui sia stata ammessa relativamente presto (ancorchè la clausola appartenga alla categoria delle meno antiche) la facoltà di agire in giudizio da parte del *filiusfamilias*, giacchè si tratta in via principale non di danno economico, ma di offesa alla persona; l'*actio iniuriarum* è eminentemente protettiva della personalità, come sappiamo (pag. 107); e qui immediatamente e in prima linea è offesa la persona del *filiusfamilias*.

(1) Rimedio di urgenza destinato a far rimettere le cose in pristino, nota Ferrini loc. cit.

(2) Cfr. vol. 1 pag. 227. Analogia di carattere (pag. 107) e quindi di giustificazione coll'azione di ingiurie, secondo che dianzi si disse.

(3) Si richiama la nozione delle *actiones in ius* e *actiones in factum* data a pagg. 8-10.

affatto stare in giudizio; perchè il prender parte ad una lite è un atto giuridico, come già abbiamo avuto occasione di dichiarare espressamente (1), e quindi richiede la capacità di agire. Rimedia a ciò la rappresentanza (2).

Quanto a coloro che sono parzialmente incapaci di agire, occorre, perchè possano stare in giudizio, che la loro limitata capacità sia integrata dall'assistenza di altre persone, conformemente alle note regole e istituzioni (3).

#### 4) *Gli alti magistrati.*

Non possono stare in giudizio finchè non sono usciti di carica, essendo naturale che non debbano venir sottoposti al giudizio di magistrati inferiori. Qui veramente, come nota Scialoja (4), non è che manchi la capacità; anzi, per così dire, ve ne ha troppa.

256. — Passando all'esegesi che limitiamo, per varie ragioni, ai due primi numeri della

(1) Pag. 250.

(2) La recente monografia di Saas *Die Behandlung der Geisteskranken im römischen Recht* Zürich 1911 raccoglie in fine, pag. 130 e segg., le varie norme processuali relative all'argomento; essenzialmente seguendo il trattato sul processo di Keller.

(3) Solazzi *Minore Età* già cit. a pag. 242 n. 2 si occupa ampiamente a pag. 195 e segg., coll'abituale sagacia e coltura, dei « Processi del minore », concludendo per la piena capacità alle liti dell'adulto nell'epoca classica. Non ci addentriamo in discussioni sopra un punto che Solazzi stesso dichiara di aver potuto svolgere e determinare soltanto dopo una revisione di tutta la dottrina romanistica della minore età.

(4) *Esercizio e difesa dei dir.* pag. 191.

esposizione dogmatica, vedi il principio negativo dichiarato relativamente agli schiavi in: L. 3 pr. D. *ne quis eum qui in ius vocatur vi eximat* 2. 7 (Ulp. 5 *ad edictum*) « Quod si servum quis exemit in ius vocatum, Pedius putat cessare edictum, quoniam non fuit persona, quae in ius vocari potuit. quid ergo? ad exhibendum erit agendum »; L. 107 D. *de R. I.* 50. 17 (Gai. 1 *ad ed. prov.*) « Cum servo nulla actio est »; L. 6 C. *de iudiciis* 3. 1 (Gordianus) « Servus in iudicio interesse non potest, nec, si condemnatio aliqua in personam eius facta sit, quod statutum est subsistit » [a. 239]. E per le eccezioni vedi in specie L. 53 D. *de iudiciis* 5. 1 (Hermogen. 1 *iuris epitom.*) che così comincia « Vix certis ex causis adversus dominos servis consistere permissum est » (1) e LL. 26-28, 30, 51 D. *de fideic. libert.* 40. 5 (2).

Per i *filiifamilias*, circa l'accenno fatto al periodo delle *legis actiones*, in confronto della lamentata mancanza di testi, veggasi Schol. Sinait. ad Ulp. lib. ad Sab. 18. 49 (trad. lat.) « ... filius familias

(1) Osserva Ferrini *Pand.* 2 pag. 60 e segg. che questo passo di Ermogeniano - a torto accolto con dubbi e riserve da moderni scrittori, mentre le sue affermazioni si possono senza difficoltà controllare - enumera in modo abbastanza completo i casi nei quali un servo può adire le vie giudiziarie contro il proprio padrone secondo il diritto classico degli ultimi tempi; in taluni di questi casi nel diritto pregiustiniano il servo doveva essere rilevato da un *adsertor*, trattandosi sostanzialmente di *adsertio in libertatem*. E Ferrini continua descrivendo concretamente i casi.

(2) A chiarimento Scialoja c. s. pagg. 186-7, Ferrini c. s. pagg. 60-62, Perozzi *Istit.* vol. 1 pag. 145.

cum legis [actionis?] capax non sit, tutelam alii in iure cedere non potest » (1).

E pei medesimi nell'età formulare vedi in specie i testi seguenti :

L. 12 D. *de in ius vocando* 2. 4 (Ulp. 57 *ad ed.*) : « Si libertus in ius vocaverit contra praetoris edictum filium patroni sui, quem ipse patronus in potestate habet : probandum est absente patre subveniendum esse filio qui in potestate est et ei poenalem in factum actionem, id est quinquaginta aureorum (2), adversus libertum competere » (3).

L. 30 pr. D. *de pactis* 2. 14 (Gai. 1 *ad ed. prov.*) : « In persona tamen filii familias videndum est, ne aliquando et si pactus sit ne ageret, valeat pactio : quia aliquando filius familias habet actionem, veluti iniuriarum. sed cum propter iniuriam filio factam habeat et pater actionem, quin pactio filii nocitura non sit patri agere volenti, dubitari non oportet ».

L. 8 pr. D. *de inoff. testam.* 5. 2 (Ulp. 14 *ad ed.*) : « Papinianus libro quinto quaestionum recte scribit inofficiosi querellam patrem filii sui nomine insti-

(1) Ammettendo l'integrazione *actionis*, come sembra sia da farsi, il valore del testo è chiaro e decisivo. Il *filius-familias* nel procedimento *per legis actiones* non ha capacità di stare in giudizio, nè come attore nè come convenuto, poichè il testo non distingue ed usa invece un'espressione generale; e perciò non può cedere ad altri la tutela, essendo la *in iure cessio* una finta *legis actio*. Cfr. da ultimo Fadda *Diritto delle persone* retrocit. pag. 188.

(2) Nota interpolazione. Cfr. vol. 1 pag. 230 n. 2.

(3) Krueger nella sua edizione delle *Pandette* rileva co-desta parola finale giustiniana (confronta il medesimo nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 16 a. 1895 pag. 4).

tuere non posse invito eo : ipsius enim iniuria est. sequenti loco scribit, si filius post adgnitam litis ordinandae gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam, quae non patri, sed nomine dabatur filii » (1).

L. 19 D. *depositi vel contra* 16. 3 (Id. 17 *ad ed.*) (2) : « Iulianus et Marcellus putant filium familias depositi recte agere posse ».

L. 19 D. *quod vi aut clam* 43. 24 (Ulp. 57 *ad ed.*) : « Interdictum quod vi aut clam competere filio familias colono arboribus succisis (3) Sabinus ait » (4).

(1) « patris » edd. e così Lenel *Palingenesia* vol. 2 col. 494 n. 2 e l'edizione italiana; « quae non patris nomine dabatur, sed filii » Mommsen. Cfr. 49. 17. 1 (Kr.). Ben rileva Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 143 n. 4 [*Manuale* pag. 156 n. 2] le particolarità di questo caso; per l'illustrazione del quale possono servire gli scolii dei Basilici 39. 1 c. 8. (ed. di Heimbach vol. 4 pagg. 9-10).

(2) Lenel *Paling.* vol. 1 col. 994 n. 1 reputa che il passo sia di Paolo (17 *ad ed.*) anzichè di Ulpiano, per ragione di argomento (cfr. Dig. 44. 7. 9, poscia riprodotto).

(3) Cfr. vol. 1 pagg. 103-4.

(4) Mommsen per conciliare questo passo con altri vuol inserire un *a* innanzi a « filio familias ». Ben nota Fadda *Dir. delle persone* pagg. 211-2 in contrario : « Questa inserzione capovolgerebbe il significato del passo, perchè farebbe dire al giureconsulto, che l'interdetto è concesso al padrone del fondo quando gli alberi siano stati abbattuti dal figlio di famiglia colono. Ma l'aggiunta del Mommsen è affatto arbitraria : essa non è suffragata da alcun manoscritto del Digesto e non ha per sè neppure l'autorità del testo dei Basilici. (Aggiungo che perturba l'euritmia del passo). Ma, a prescindere da queste ragioni per così dire estrinseche, ve n'ha una intrinseca che ci persuade ad accogliere la lezione del passo tale quale ci è pervenuta. Nel libro 57 del com-

L. 9 D. *de O. et A.* 44. 7 (Paul. 9 *ad Sab.*): « Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Iulianus putat » (1).

L. 13 D. h. t. (Ulp. 1 *disput.*): « In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere » (2).

mentario all'editto Ulpiano trattava delle *iniuriae*: ora, perchè in questo stesso libro avrebbe parlato dell'*interdictum quod vi aut clam* se non per affermare, come fa, che anche a riguardo di questo interdetto vale la ragione che giustifica la concessione dell'*actio iniuriarum* al figlio di famiglia? Oltre questa azione, deve aver detto Ulpiano, spetta al *filius familias* anche l'*int. quod vi aut clam*. — Del resto, questo frammento collima col fr. 9 Dig. 44. 7 in cui al *filius familias* è concesso l'*int. quod vi aut clam* ».

(1) Cfr. nota 2 della pag. precedente. — Perchè fra le azioni contrattuali sono concesse al *filiusfamilias* queste di deposito e comodato, e non altre? I dubbi sono molti e gravi, nonostante le spiegazioni tentate da parecchi autori, fra i quali Solazzi nella monografia *Sulla capacità ecc.* retrocitata; cfr. e vedi p. es. R. De Ruggiero in *Bullettino de. l'Istituto di d. r. a.* 19 [1907] pagg. 21-22 n. 3.

(2) Ecco il passo principale invocato malamente (cfr. pagina 253) per sostenere che *qualunque* azione *in factum* si desse ai *filiifamilias*; malamente, perchè il passo non dice questo, bensì soltanto che il *filiusfamilias* può esperire delle azioni *in factum*. (Non lo ritengo perciò alterato dai compilatori come reputa Ferrini *Pand.*<sup>2</sup> pag. 865 n. 5). Per la medesima tesi fu invocato anche un altro passo di Ulpiano (23 *ad ed.*), la L. 18 § 1 D. *de iudic.* 5. 1; ma ivi si tratta di agire da parte del *filiusfamilias* non già *proprio nomine* bensì *patris nomine*, ossia *procuratorio nomine*. Cfr. e vedi più diffusamente Girard *Manuel*<sup>5</sup> pag. 143 n. 4 [*Manuale* pag. 156 n. 2] cogli autori citati; adde Boulard *Salvius Julianus* Paris 1903 (che alla capacità giudiziaria del *filiusfamilias* dedica varie pagine, 351 e segg., soffermandosi in specie

L. 39 D. h. t. (Gai. 3 *ad ed. prov.*): « Filium familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest » (1).

L. 17 § 10 D. *de iniuriis* 47. 10 (Ulp. 57 *ad ed.*): « Ait praetor: Si ei, qui in alterius potestate erit,

sull'influenza di Giuliano e concludendo anch'egli in senso conforme alla dottrina da noi accolta) e Fadda *Diritto delle persone* pagg. 217-8.

(1) La competenza normale dell'azione contro il *filiusfamilias* « tam ex contractibus quam ex delictis » è affermata in termini generali da Ulpiano (L. 3 § 4 D. *de minor* 4. 4, L. 57 D. *de iudiciis* 5. 1) nonchè da Paolo (L. 24 D. *de iureiur.* 12. 2). Numerosi testi poi per le singole azioni sono citati da Solazzi *Sulla capacità, ecc.* pag. 114; il quale aggiunge pure altre notizie complementari e svolge quindi ampiamente la *vexata quaestio*, se la condanna ottenuta contro il *filiusfamilias* potesse eseguirsi *durante potestate*; concludendo (a pag. 155) che l'esame dei testi, per quanto criticamente studiati e discussi, non riesce purtroppo a dissipare tutta l'oscurità che regna su questo punto e non consente un'affermazione recisa; maggiore probabilità ha forse l'opinione che contro il *filiusfamilias* fosse possibile l'esecuzione personale. La quale opinione parrebbe confortata da Cic. *Phil.* 2. 18. 45-46, come nota Costa *Cicerone giurec.* parte 1 pagg. 42-43. Circa tale questione, fra gli autori più recenti vedi Mayr (*Röm. RG.* 2° libro 2ª metà sez. 1ª (Berlin-Leipzig 1913) pag. 23).

Tornando al nostro passo di Gaio riprodotto nel testo, Kniep *Der Rechtsgelehrte Gaius* pag. 293 rileva l'opera donde è tolto, svolgendo la tesi che la capacità del *filiusfamilias*, dichiarata nel medesimo, sia di origine provinciale. Esprime poi (a pag. 299) il dubbio che si tratti del libro 9, anzichè del libro 3, di Gai. *ad ed. prov.*; errore di copista, provocato forse dalla cifra del frammento anteriore, L. 38 (Paul. 3 *ad ed.*).

*iniuria facta esse dicetur et neque is, cuius in potestate est, praesens erit neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat: causa cognita ipsi, qui iniuriam accepisse dicetur, iudicium dabo » (1).*

(1) Per la formula, contro Rudorff vedi Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pagg. 388-9 [*Edit* vol. 2 pagg. 136-7].

Fadda — che nelle sue Lezioni sul *Diritto delle persone* pag. 183 e segg. si diffonde circa la capacità processuale passiva e attiva del *filiusfamilias*, e già abbiamo avuto occasione di citarlo — pone a confronto (ivi pag. 207 e segg.) questo passo colla L. 9 D. 44. 7 da noi soprascripta. Mentre in quest'ultima il *filiusfamilias* agisce *nomine proprio*, nella presente legge riproducente l'editto lo vediamo, egli dice, agire *nomine patris*. Come porre d'accordo il testo editto col passo di Paolo? Ammettendo uno svolgimento storico. « L'ipotesi più verosimile è questa, che in origine, in base all'editto, il figlio abbia agito in nome del *pater familias* in quei casi specificati; ma che in seguito il sentimento sociale si sia fortemente pronunciato nel senso che in un'azione come questa (*actio iniuriarum*), eminentemente protettiva della propria personalità, anche il figlio avesse libertà di agire. Giuliano, che fu novatore anche in questo campo del diritto, fece prevalere con la propria autorità il nuovo indirizzo ». Soggiunge Fadda che codesto processo evolutivo si è poi allargato all'infuori del campo dell'*actio iniuriarum*. « Una netta visione di questo processo evolutivo non si può conseguire; nondimeno i passi che ci restano permettono congetture ben fondate, sebbene diano luogo a dubbi di indole secondaria per le interpolazioni che i compilatori vi hanno largamente profuso ». — Codesto rilievo delle interpolazioni diventa invece fondamentale per Albertario quando tratta incidentalmente della capacità del *filiusfamilias* a stare in giudizio, in *Riv. ital. per le scienze giurid.* vol. 52 [a. 1912] pag. 28 e segg. Egli respinge la conciliazione storica di Fadda, e, con ampia e minuta analisi critica dei testi, conclude che durante tutto il pe-

## § 32.

**Rappresentanza**

In generale — Cognitor e procurator (pag. 263)

Oratores, advocati (pag. 293).

257. — IN GENERALE. La rappresentanza giudiziaria, esclusa per principio nel sistema delle *legis actiones*, è ammessa invece nel sistema formulare; per ragioni di opportunità e di necessità, determi-

riodo classico mai fu concesso al *filiusfamilias* di esperire *suo nomine* l'*actio iniuriarum*. Tale facoltà viene introdotta nei passi dei giureconsulti classici dai compilatori. Altrettanto dicasi per l'*interdictum quod vi aut clam*. — Quanto alla dottrina di Fadda, essa a mio avviso non ha base, perchè non mi sembra vi sia contraddizione fra i due passi; ritenendo io (e cfr. Girard. loc. cit. a pag. 258 n. 2) che, pur subordinata e limitata come appare dal testo l'*actio iniuriarum* cui il *filiusfamilias* viene ammesso nella L. 17 § 10 sia un'azione concessagli *suo nomine* e non *nomine patris*; e che la limitazione e subordinazione sia poi da sottintendere nella L. 9 D. 44. 7, salvo voler ammettere uno svolgimento compiutosi sulla base dell'editto; tesi quest'ultima che mi sembra meno probabile, ma che tuttavia escluderebbe, ed anzi tanto più, la pretesa antinomia. — Quanto alla dottrina radicale di Albertario, segnalo l'ingegnosità e l'acume del dotto collega (che alla critica delle fonti ha dato e va dando opera commendevole) ma non ne rimango però convinto. Non potendo seguire l'A. nella discussione dei singoli testi e pur consentendo che in generale in codesta materia, della capacità del *filiusfamilias* ad agire, i testi subirono modificazioni giustinianee rivolte ad estendere siffatta capacità in confronto del diritto classico, sottopongo al prudente criterio di Albertario la seguente obiezione generale: Un così tardo riconoscimento, soltanto nell'età giustiniana, del diritto del *filiusfamilias* di quere-

nate dalle nuove condizioni sociali (1). E nel sistema formulare — oltre la persistenza delle antiche eccezioni, che omai non sono più tali — noi troviamo: i *curatores*, poichè i *tutores* secondo noi corrispondono ad una di quelle eccezioni (salvo ulteriori sviluppi); i rappresentanti delle persone giuridiche, designati col nome di *actores* o *syndici*;

larsi *suo nomine* coll'*actio iniuriarum* (e altrettanto dicasi per l'*interdictum quod vi aut clam*) non è forse in contrasto col riconoscimento della capacità e personalità propria del *filiusfamilias* che in una certa misura era già avvenuto durante l'età classica? E aggiungo ancora questo, che può confermare e intensificare la suddetta obiezione: Albertario stesso ammette pure (pag. 35 n. 1) che il *filiusfamilias* potesse esperire le azioni *in factum* di deposito e commodato durante l'età del diritto classico. (Lo deduco dalle citazioni ch'egli fa e dall'opinione da lui espressa, mi pare con ragione, che nel ... della L. 9 D. 44. 7 originariamente si parlasse di *actio in factum*, le quali parole i compilatori avrebbero fatto sparire in causa della fusione da essi operata delle due azioni *in factum* e *in ius* in una sola). Ora, ciò riconosciuto, non vi sono nell'*actio iniuriarum* e nell'*int. quod vi aut clam* elementi specifici (cfr. pagg. 252 n. 2 e 253 n. 1) per ammettere a forziori rispetto a tali mezzi giuridici l'esperibilità da parte del *filiusfamilias*?

Prima di chiudere il paragrafo, riguardo ai *peregrini*, dei quali abbiamo creduto di non parlare nell'esposizione dogmatica, ricordiamo Gai. 4. 37 trascr. a pag. 15 e veggansi Scialoja *Esercizio e tutela dei dir.* pag. 190 e Girard *Manuel* 5 pag. 115 [*Manuale* pag. 126], richiamando ancora ciò che sui medesimi abbiamo detto per il periodo delle *legis actiones* nel vol. 1 pagg. 214-5.

(1) Poco sensibile invece dovette essere il divieto di massima della rappresentanza giudiziaria nelle prime età; tanto più che per queste erano abbastanza larghe le eccezioni ammesse, come appare dall'illustrazione che ne abbiamo dato al relativo luogo e secondo che già altri ha notato.

due tipi o titolari diversi di volontaria rappresentanza giudiziale, cioè il *cognitor* e il *procurator*. — Di questi ultimi dobbiamo dire in particolare.

258. — COGNITOR E PROCURATOR (1). Il *cognitor* — probabilmente ammesso già nel periodo delle *legis actiones* pei vecchi e pei malati, prima di venir ammesso in via generale nel periodo delle formule (2) — era un rappresentante specifico giudiziale, solenne; costituito con certe parole più o meno determinate, alla presenza dell'avversario e probabilmente anche del magistrato (3). Non era necessaria

(1) Alle indicazioni bibliografiche date nel vol. 1 pagine 189-190 n. 1 aggiungi: Missol *De la représentation en justice par cognitor et procurator* (Thèse Lyon) ib. 1887; Bertolini *La ratifica degli atti giurid. nel dir. priv. rom.* Roma 1889-91, vol. 2 sez. 4<sup>a</sup> *Della ratifica nel processo* pag. 57 e segg.; Naber *Ad edictum de procuratoribus et Ad stipulationem de rato* in *Mnemosyne* N. S. vol. 17 e vol. 21 [a. 1889 e 1893] pagg. 388 e segg. e 367 e segg. (*Observat. de iure rom.* nr. 3 e 44); Leist *Cognitor* nella *Encycl. der Altertumswiss.* vol. 4 parte 1<sup>a</sup> col. 222-4; Lenel *E. P.* 2 pag. 85 e segg. [*Edit* vol. 1 pag. 97 e segg.]; Hellwig nella *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess* vol. 39 [a. 1909] pag. 372 e segg.; Eisele *Nochmals zur Zivilität der Cognitur* nei suoi *Studien zur röm. RG.* Tübingen 1912 pag. 51 e segg.; Debray *À propos du cognitor* nella *Nouv. Revue histor. de droit* a. 36 [1912] pag. 370 e segg. In Heumann-Seckel *Handlexikon v. Procurator* pagg. 463-4 sono segnalati vari testi interpolati; vedi pure v. *Cognitor* nel *Vocabul. iurispr. rom.* tomo 1 col. 785-6. Anche le monografie di Koschaker e Duquesne cit. a pag. 193 n. 1 si occupano di questa materia.

(2) Per i riferimenti al periodo delle *legis actiones* fatti in questo paragrafo vedi vol. 1 pag. 184 e segg.

(3) In questo senso, fra gli altri, Debray *De la représ. en justice par le cognitor* Paris 1892, pag. 106. Avviso contra-

invece la presenza del costituendo *cognitor*, vale a dire anche un assente poteva venir costituito tale; salvo si capisce l'adesione del medesimo, non potendo uno essere fatto *cognitor* contro la sua volontà (1). — Gaio ci riferisce, come vedremo, due formule di costituzione del *cognitor*. Il che ha dato luogo a dubbî. Potevansi usare altre formule oltre queste due? E se due soltanto erano, secondo che pare doversi ritenere, come si spiega tuttavia tale duplicità? Varie spiegazioni furono date, che vedremo nell'esposizione esegetica.

Il *procurator* era un rappresentante non formale, non solenne, e non specifico giudiziale, bensì un rappresentante di sua natura generale, adibito per il processo. Sembra che dapprima egli fosse un amministratore universale, *procurator omnium bonorum*, che in tale sua qualità trattava i processi, come tutti gli altri affari e negozî del suo principale; poscia anche un mandatario semplicemente *ad litem* o *ad lites*; così nel caso originario come in quest'altro la rappresentanza giudiziaria si fondava sul rapporto del mandato, istituto non formale come sappiamo, e perciò essa stessa sorgeva senza

---

rio in Girard *Organis. judic.* I pag. 192 n. 2 e *Manuel*<sup>5</sup> pag. 1026 n. 3 [*Manuale* pag. 1040 n. 5], Wirbel *Le cognitor* pag. 99, ma senza addurre ragioni o tutt'al più invocando il silenzio di Gaio; mentre ci sembra vi sieno ragioni a sostegno dell'opinione nostra (cfr. p. es. più avanti a pag. 282 note, per l'avvicinamento del *procurator apud acta factus* al *cognitor*). Raggiungo su autori meno recenti in Koschaker *Transl. iudicii* pag. 80 n. 1.

(1) L'adesione poteva essere anche successiva, come vedremo nei testi.

uopo di forme. Ma si andò anche più in là, essendosi ammesso che uno potesse stare in giudizio per altri anche senza mandato. Quest'ultimo rappresentante pure rientra nella figura e nell'istituto del *procurator*. Nel rispetto del diritto civile è il *negotiorum gestor*; che le fonti, specificando, dicevano *falsus procurator* - senza l'ordinario significato sfavorevole di codesto aggettivo (1) - o *voluntarius procurator*, in contrapposto del *verus procurator*, che era quello munito di mandato (2); e se interveniva pel convenuto lo dicevano più particolarmente *defensor*, sebbene quest'ultima espressione talvolta si trovi adoperata anche ad indicare il *verus procurator* del convenuto. Il *falsus procurator* (ossia non munito di mandato) che interveniva per l'attore, si addossava una grave responsabilità, quella cioè di doverlo difendere in tutti i processi che venissero intentati contro di lui; diventava coattivamente *defensor* generale dell'attore medesimo. — Al *procurator* erano assimilati i tutori, i curatori, i rappresentanti delle persone giuridiche; per questo fatto, insieme all'altra ragione che non vogliamo invadere il campo del diritto civile, di essi non diciamo in particolare.

---

(1) Non è esatto Nattini quando nel suo bel libro recente *La dottrina generale della Procura, La rappresent.* Milano 1910 pag. 88 n. 2 dice: « Uso l'espressione *falsus procurator* nel senso delle fonti, cioè per indicare colui che si dichiara contro verità munito di valida procura ».

(2) L'espressione *negotiorum gestor* è adoperata da Giustiniano, mentre nelle Pandette la si trova una volta sola ed anche quest'unica volta non è sicura; cfr. e vedi i miei *Appunti didatt.* [1ª Serie] pagg. 1040-41.

Raffrontate storicamente le due istituzioni del *cognitor* e del *procurator*, quella del *cognitor* sembra di origine più antica; ancorchè sia stato sostenuto il contrario (1).

259. — Com'era concepita la formula quando il giudizio avveniva per mezzo di rappresentante, *cognitor* o *procurator*? L'*intentio* menzionava la persona del *dominus*, cioè del rappresentato, la *condemnatio* invece quella del rappresentante; la sentenza quindi era sempre in nome o testa del rappresentante, e, ulteriormente, contro di lui od a suo pro' (e non già contro il rappresentato od a favore di questo) si dava l'azione derivante dalla sentenza, ossia l'*actio iudicati* (2); salvo poi le ragioni per gli effetti della medesima nel rapporto interno fra i due.

260. — Quanto alla *deductio in iudicium* e congiunte cauzioni, dobbiamo distinguere il caso di rappresentanza del convenuto da quello di rappresentanza dell'attore.

a) Nel primo caso, tanto che rappresentante del convenuto fosse un *cognitor* quanto che lo fosse un *procurator* (o altro rappresentante al medesimo assimilato, come più addietro si disse) l'attore, in forza del principio « bis de eadem re ne sit actio », consumava sempre la sua azione. Pertanto egli voleva giustamente essere sempre cautelato; pertanto aveva diritto a pretendere sempre la *cautio iudica-*

(1) Cfr. vol. I pagg. 189-190 n. 1. Incerto Cuj *Instit.* vol. 2 pag. 747 n. 6.

(2) Analogia nel sistema delle *legis actiones*; cfr. vol. I pag. 192 n. 3 e vedi Wirbel *Le cognitor* pag. 128.

*tum solvi*, onde fosse assicurata l'esecuzione della sentenza (1). Solo eravi questa differenza: che essendo intervenuto un *cognitor* la detta cauzione veniva prestata dal rappresentato, presente, come sappiamo, alla costituzione del medesimo; ed essendo intervenuto invece un *procurator*, la cauzione veniva prestata dallo stesso rappresentante, ossia da quest'ultimo.

b) Nel secondo caso, quello cioè di rappresentanza dell'attore, la differenza, a seconda che si trattasse di *cognitor* o di *procurator*, era più profonda e complicata; onde più a lungo dobbiamo qui trattenerci.

Il *cognitor* deduceva sempre *rem domini in iudicium*, come se il *dominus* avesse agito in persona; perciò essendo esclusa dall'intervento suo la possibilità di un nuovo processo da parte del *dominus*, non eravi luogo a speciale cauzione (*de rato*).

Il *procurator* nel primitivo diritto classico non deduceva, al contrario, in nessun caso *rem domini in iudicium*; perciò il convenuto, nel pericolo di dover sostenere un secondo processo sul medesimo oggetto col *dominus*, aveva il diritto di esigere dal *procurator* la *cautio ratam rem dominum habiturum* o *cautio de rato*, per la quale si assicurava il risarcimento di ogni danno e interesse qualora il *dominus* non ratificasse e promovesse invece egli nuovamente la lite.

Differenza pienamente logica. Rispetto al *cognitor* la rappresentanza era sicura, perchè lo si costi-

(1) Si ricorda la bibliografia che di tale cauzione abbiamo dato nel vol. I pag. 297 n. 1.



tuiva, come abbiamo veduto, con una certa solennità in presenza dell'avversario e probabilmente anche del magistrato. Invece rispetto al *procurator* si osserva che il mandato non era vincolato ad alcuna forma; poteva anche non esserci (*falsus procurator*); quando pure ci fosse stato il mandato, questo poteva essersi estinto per varie cause ed in specie per revoca del mandante o morte di quest'ultimo.

261. — Questa base di ragionamento e giustificazione deve farci trovare naturale una successiva evoluzione, per la quale via via, quando la rappresentanza del *procurator* con mandato era sicura, si ammise che egli deducesse *rem domini in iudicium* e che fosse dispensato in vari casi dal prestare la *cautio de rato*.

E qui notiamo anzitutto come già Gaio, lo vedremo, dice che il *procurator* munito di mandato « plerumque satisfacere debet », onde una qualche eccezione a tale obbligo doveva esserci già al tempo suo, ancorchè non sappiamo quale. Giureconsulti posteriori affermano essere esonerati dalla *cautio* il *procurator praesentis* (s'intende presente nel luogo del processo), il *procurator apud acta factus* (*constitutus*) munito cioè di procura dichiarata dal *dominus* al magistrato ed inserita nei registri forensi, il *procurator* di cui la costituzione era attestata nel *libellus principis oblatus* (procedimento speciale, *per rescriptum principis*, di cui diremo in altro paragrafo della nostra trattazione); si riconosce che codesti *procuratores* consumavano l'*actio domini*, derogando alla regola del primitivo diritto classico. Al tempo in cui scrivevano gli ultimi

grandi giureconsulti classici l'evoluzione era compiuta, nel senso che tutti i *procuratores* con mandato consumavano l'azione del *dominus*. Non per questo però diminuì molto la necessità di prestare la *cautio de rato*, all'infuori dei casi specifici dianzi indicati. Richiedendosi per la consumazione che il mandato perdurasse fino alla *litis contestatio*, l'agente *procuratorio nomine* fu ancora obbligato a fornire la *cautio*, non solo quando non gli era stato conferito mandato o si dubitava che gli fosse stato conferito, ma anche quando essendo certo il conferimento era dubbio se il mandato perdurasse od almeno era possibile che cessasse senza che l'avversario venisse a saperlo. Le fonti offrono testimonianza di un nuovo caso soltanto di dispensa dalla *cautio*: quello che il *dominus* con una lettera diretta all'altro litigante lo avesse informato della istituzione del *procurator* promettendo di tenere come valido quanto quest'ultimo per lui avesse fatto. È da ritenere che l'accordare la dispensa dalla *cautio* in altri casi fosse rimesso all'arbitrio del pretore.

262. — Dobbiamo ora aggiungere che, a complemento e in concatenazione logica di codesta evoluzione, si ammise, che, *cognita causa* e fatta riserva per il *cognitor in rem suam*, l'*actio iudicati* si desse addirittura al *dominus* e contro di lui; ed altrettanto successivamente si ammise via via in rapporto al *procurator* e ad altri rappresentanti assimilati al medesimo, quando i poteri ne fossero certi. Venne così a modificarsi il primitivo sistema, quale fu da noi dichiarato più addietro (1).

(1) nr. 259, pag. 266.

263. — Altre norme ed altri sviluppi appartengono all'età seguente e ne parleremo esponendo la procedura civile nella medesima.

264. — Gai. 4. 82-87: « Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitório, procuratorio, tutorio, curatorio (1)... (2). — 83. Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur (3). Nam actor ita cognitorem dat ' quod ego a te ' verbi gratia ' fundum peto, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do ' ; adversarius ita ' quia tu a me fundum petis, in eam rem tibi P. Mevium cognitorem do '. Potest ut

(1) Qui finisce l'elenco gaiano. Taluno osserva che mancano i rappresentanti dei municipi e delle *universitates*. Ma, anche senza discutere sul valore di « veluti », che ora è limitativo ed ora non lo è in Gaio (e tale lo considera qui Bethmann-Hollweg *Civilprozess* vol. 2 pag. 417 n. 48) si comprende che Gaio possa averli passati sotto silenzio in un manuale elementare di diritto privato. Così Wirbel *Le cognitor* pag. 5.

(2) La parte omissa contiene il confronto, in senso negativo, col periodo delle *legis actiones*. Completamente il paragrafo è trascritto nel vol. 1 pag. 190.

(3) Nota Scialoja *Esercizio e tutela dei dir.* pag. 200, che la parola *cognitor*, oltre indicare un particolare rappresentante giudiziale, trovata adoperata nel significato di *perito*; così nella Lex municipii Malacitani c. 63-65 si parla di *cognitores* chiamati a far fede del valore dichiarato dei fondi dati in garanzia al municipio dagli appaltatori (cfr. e vedi più ampiamente De Ruggiero *Dizion. epigrafico di antic. rom.* ad v. vol. 2 parte 1<sup>a</sup> pag. 324). *Cognitor*, aggiungiamo, è usato ancora per *giudice* nel diritto avanzato dell'Impero, specie in materia penale, ed ha altri significati ancora vedi Heumann-Seckel *Handlexikon* ad v. pag. 75, Kleinfeller ad v. in *Enciclop. der Altertumswiss.* vol. 4 parte 1<sup>a</sup> col. 224 e Wirbel *Le cognitor* pag. VII n. 1.

actor ita dicat ' quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do ', adversarius ita ' quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do ' (1). Nec interest, praesens an absens cognitior detur (2);

(1) Come spiegare codesta duplicità di formula nella *cognitoris datio*? Per ragguaglio sulla questione vedi Wirbel *Le cognitor* pag. 100 e segg. Alcuni dicono: la prima formula è speciale, si riferisce ad una determinata lite di cui si indica l'oggetto (' fundum peto ') la seconda è generale (' tecum agere volo '), salvo precisare poi l'oggetto. Altri dicono: la prima formula serve per la costituzione del *cognitor* nel momento della *litis contestatio*, ossia per lo svolgimento del processo *in iudicio*, la seconda vale per la costituzione del *cognitor* fin dall'inizio della lite, per tutto il procedimento; oppure, quella precede immediatamente il dibattimento giudiziario, questa è di qualche tempo anteriore, e magari, così distinguendo, si pensa alla stragiudiziale *editio actionis* leneliana di cui nel vol. 1 pagg. 251-2. (In questo senso Wirbel *sopracit.*, cui tende ad aderire il suo recensente Wenger nella *Zschr. der Savigny-Stiftung* vol. 32 a. 1911 pag. 483). Altri, ritenendo pur sempre che si tratti di differenza di tempo nella costituzione del *cognitor*, di fase della controversia, e quindi di conseguente sviluppo, opinano riguardare la prima formula la costituzione di *cognitor* fatta *in iudicio*, ossia dopo la *litis contestatio*. Più semplice e naturale, e perciò più persuasiva a parer mio in confronto delle suddette spiegazioni in generale arbitrarie e forzate, è la spiegazione che vedremo fra breve (pag. 274 n. 4) tenendo conto anche del § 97 di Gaio.

(2) Per le contrarie testimonianze di Isidoro e della *Interpretatio* del Codice Teodosiano, onde solo il *praesens* si sarebbe potuto costituire *cognitor*, vedi Scialoja *Esercizio e difesa dei dir.* pagg. 197-8. Certamente è da preferire l'asserto di Gaio; non escludendo tuttavia — per noti riscontri di maggior formalismo nell'età più antica (particolarmente in questa stessa materia fr. Vatic. 319 qui a pag. 276), anche prescindendo dalle suddette testimonianze, le quali pertanto offrirebbero solo lo spunto dell'idea — che in una

sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris (1). — 84. Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur. Quin etiam sunt qui putant eum quoque procuratorem videri cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum (2); quamquam et ille cui mandatum est, plerumque satisfacere

fase primitiva si sia richiesta la *praesentia* anche del *cognitor* costituendo ed in seguito si sia decampato da tale requisito. — La presenza del *cognitor* è dichiarata anche da Festo ad voc. Ciò che Wirbel (*Le cognitor* pag. 110 n. 2) vorrebbe spiegare con questo, che è da ritenersi il *cognitor* fosse presente *di fatto* il più delle volte; non escludendo d'altronde la possibilità di una cattiva riproduzione del testo da parte di Paolo Diacono. Wirbel stesso poi, pagg. 213-4, quanto alle testimonianze sopracitate di Isidoro e dell'*Interpretatio* del Codice Teodosiano, le accoglie, ravvisando in esse il riferimento ad una degenerazione per così dire dell'istituto del *cognitor*, derivata dalla L. 3 C. Theod. *de cognit. et procur.* 2. 12 dell'anno 382 (= Consult. 3. 13 e Cod. Iust. 2. 12 [13]. 24), la quale prescrive la verifica dei poteri del rappresentante dell'attore *in ipso limine quaestionis*; onde si trovò più semplice andare col *cognitor* davanti al magistrato a operarvi la costituzione del medesimo. — Per l'indicazione di scritti meno recenti in cui si trovano già i suddetti vari apprezzamenti vedi Rosenberg *Stellvertretung im Prozess* Berlin 1908 pag. 308.

(1) Cfr. con questo § 83 di Gaio i *Fragmenta Augustodunensia* 4. 91-93. In specie ivi troviamo completa la seconda formula della *cognitoris datio*, che Gaio dà sommariamente, dopo aver dato completa la prima. Non credo, in base al contesto, che sia da occogliersi la proposta fatta da Wirbel *Le cognitor* pagg. 100-1 n. 5 di integrare il passo con *cognitorem* anziché con *fundum*.

(2) Per la ricostruzione della suddetta cauzione ed il suo

debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur (1). — 85. Tutores autem et curatores quemadmodum constituentur, primo commentario (2) rettulimus (3). — 86. Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si verbi gratia L. Titius *pro* P. Mevio agat, ita formula concipitur ' si paret N. Negidium P. Mevio sestertium X milia dare oportere, iudex N. Negidium L. Titio sestertium X milia condemna. si non paret, absolve'; in rem quoque si agat, intendit ' P. Mevii rem esse ex iure Quiritium', et condemnationem in suam personam convertit (4). — 87. Ab adversarii

rapporto colla *cautio de amplius non petendo* vedi la mia *Ratifica degli atti giurid.* vol. 2 pag. 144 e segg., Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pagg. 516-7 [*Edit* vol. 2 pag. 287], Debray *La cautio amplius non peti* nella *Nouv. Revue histor. de droit* a. 36 [1912] pag. 5 e segg. Il linguaggio di Gaio mostra come l'ammissione nel processo del *procurator* senza mandato sia avvenuta con difficoltà e gradualmente.

(1) Il « quia saepe etc. » è probabilmente, come fu opinato, un'aggiunta posteriore fatta in base alla L. 3 C. Theod. *de cognit. et procur.* 2. 12 (già invocata in nota nella pagina precedente). Ma non ci sembra che anche la proposizione « quamquam — debet » sia da ritenersi una glossa posteriore, fatta in base alla posteriore distinzione di *procuratores* (*praesentis* ecc.), come si legge in Wirbel *Le cognitor* pagg. 92-93 n. 1; onde per tale proposizione ci riportiamo piuttosto al rilievo già fatto nella parte dogmatica (pag. 268).

(2) 144 e segg.

(3) Come si vede anche Gaio, e al seguito suo altrettanto fa Giustiniano, per questi rappresentanti rinvia (cfr. qui pag. 265).

(4) Cfr. 4. 35 trascritto a pagg. 13-14.

quoque parte si interveniat aliquis cum quo actio constituitur (1), intenditur dominum 'dare oportere', condemnatio autem in eius personam convertitur qui iudicium accipit; sed cum in rem agitur, nihil *in* intentione facit eius persona cum quo agitur, sive suo nomine sive alieno aliquis iudicio interveniat; tantum enim intenditur 'rem actoris esse' » (2).

Id. 4. 90, 97-99 e 101 (3): « Multoque magis debes satisfacere mihi, si alieno nomine iudicium accipias. — 97. Ac nec si per cognitorem quidem agatur, ulla satisfactio vel ab ipso vel a domino desideratur. Cum enim certis et quasi sollemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor (4), merito

(1) Beseler critica il *Vocabul. iurispr. rom.* come già si è visto per altri passi gaiani a pagg. 207 n. 1 e 209 n. 2, mentre « actio constituitur » qui equivale a *lis contestatur*.

(2) Confronta pagg. 22-23 e 31-32 n. 3. Qui pertanto non havvi addirittura base a distinguere se nell'*intentio* figurì il rappresentante o il rappresentato, poichè l'*intentio* nelle azioni *in rem* menziona soltanto la persona dell'attore e non anche quella del convenuto.

(3) Per bene intendere conviene confrontare e collegare con questi paragrafi i §§ 88, 89, 91, 94, 96, 102, riprodotti nel vol. I pagg. 298-9, e vedi nel medesimo pagg. 295-7 per l'esposizione dogmatica; come là (pag. 299 n. 5) furono differiti gli attuali paragrafi relativi alle *cautiones* da prestarsi nel giudizio promosso o sostenuto *alieno nomine*, così qui si rinvia ai suddetti paragrafi, generale introduttivo il primo (§ 88) e relativi gli altri alle *cautiones* da prestarsi nel giudizio promosso o sostenuto *proprio nomine*.

(4) Gaio, che nel § 83 (pag. 270) ha parlato di *certa verba* per la costituzione del *cognitor*, parla qui di *certa et quasi sollemnia verba*. È come se fosse scritto addirittura *sollemnia verba*, nota Eisele *Beiträge zur röm. RG.* pag. 94; giustamente a mio avviso. L'espressione vien temperata da

domini loco habetur. — 98. Procurator vero si agat, satisfacere iubetur ratam rem dominum habiturum; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur (1). Quod periculum *non* intervenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit. — 99. Tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisfacere debere verba edicti faciunt; sed aliquando illis satisfactio remittitur (2). — 101. Ab eius vero parte cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis interveniat, omni modo satisfacere debet, quia nemo alienae rei sine satisfactioe defensor idoneus intellegitur (3). Sed siquidem cum cognitore agatur, dominus satisfacere iubetur; si vero cum procuratore, ipse procurator (4). Idem et de tutore et de curatores iuris est » (5).

Gaio per ciò, che egli nel suddetto § 83 presenta *due* possibili formule di costituzione del *cognitor*; la prima fondamentale, unica in origine, l'altra ammessa successivamente col cedere del più rigoroso formalismo; come vediamo nello stesso Gaio 2. 117, per l'istituzione di erede (« Sollemnis autem institutio haec est Titius heres esto; sed et illa iam comprobata videtur 'Titium heredem esse iubeo... ' ») e analogamente per l'ordinazione di legato in 2. 193. — Diversamente Wirbel *Le cognitor* pag. 31, invocando Vatic. fragm. 18, che più avanti trascriviamo; ma questo frammento corrisponde ad un successivo sviluppo; e la dichiarazione esplicita fatta nel medesimo vale a conferma dell'interpretazione che per la frase e per l'età gaiana abbiamo accolto.

(1-2) Cfr. Instit. 4. 11 pr.

(3) Cfr. Instit. 4. 11 § 1.

(4) Cfr. i passi citati da Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 135 n. 4 [*Edit* vol. I pag. 157 n. 5].

(5) Per quest'ultima proposizione in confronto col § 99

Vatic. fragm. 317-319, 326, 329-333: «(1) *Apud acta facta* procuratori haec *satisdatio* (ratam rem dominum habiturum) remitti solet; nam cum apud acta non nisi a praesente domino constituatur, cognitoris loco intellegendus est. Ad defendendum cognitore constituto dominus, non cognitor actori *satisdare cogendus* est; cum vero procurator defensurus intervenit, non dominus, sed procurator iudicatum solvi *satisdare compellitur*. Quae *satisdatio* adeo necessaria est, ut eam remitti non posse, etiamsi apud acta procurator constituatur, divus Severus constituerit. Cognitore enim interveniente iudicati actio domino vel in dominum datur; non alias enim cognitor experietur vel ei actioni subicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit. Interveniente vero procuratore iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit. — 318 (Ulp. 8 *ad ed.*). Non tamen sic putat (2) certis verbis cognitorem dari debere, ut, si quid fuisset adiectum vel detractum, non valeat datio ut in legis actionibus. — 319 (Paul. 8 *ad ed.*? P. inscr.). Etiam Graecis verbis cognitorem dari posse inter omnes

sopratrascritto e con Dig. 26. 7. 1 § 2 vedi Wenger *Zur Lehre von der actio iudicati* pagg. 194 e segg. e 205 n. 32.

(1) Questo fr. 317 è attribuito dubitativamente ad Ulpiano (14 *ad ed.*, *de satisdat.*) da Lenel *Paling* vol. 2 col. 1233 n. 1, e a Paolo (74 *ad ed.*, *de stipulat.*) da Huschke *Iurispr. anteiust.*<sup>5</sup> Per il fatto che il successivo frammento 318 porta il nome di Ulpiano, inclina a questa seconda attribuzione Krüger nella *Collectio librorum iuris anteiust.*

(2) Soggetto di questo «putat» doveva essere un giureconsulto anteriore citato da Ulpiano (Eisele *Beiträge zur röm. RG.* pag. 129).

constat (1). — 326 (Diocl. et Max., a. 294?)... *Dominiae praesentia* (2) si procurator agat vel defendat, *satisdatio* non recte postulatur (3)... — 329 (Papin, 2 *respons.*). Sub *condicione cognitor* non recte datur, non magis quam *mancipatur* aut *acceptum* vel *expensum fertur*; nec ad rem pertinet, an ea *condicio* sit inserta, quae non expressa tacite inesse

(1) Wlassak *Zur Gesch. der negot. gestio* pagg. 51 e 55 e Voigt *Röm. Rechtsgesch.* vol. 1 pag. 295 credono probabile un'origine greca della *cognitura* e di tale origine scorgono un indice in questo frammento. Ciò ricorda dubitativamente da ultimo Mitteis *Röm. Privatrecht* vol. 1 pag. 21 nota e), ed all'affermativa inclina Mayr *Röm. RG.* 2° libro 1<sup>a</sup> metà pag. 107. Vedi in proposito con diverso apprezzamento Eisele *Beiträge* pag. 131 e segg. e Wirbel *Le cognitor* p. 31-32 n. 3. — Per altri atti in cui fu concesso l'uso della lingua greca ed in genere per le attenuazioni dell'antico rigoroso formalismo cfr. e vedi per tutti Cuq *Instit.* vol. 2 pagg. 52-53. Bene osserva poi Wirbel *soprac.* pag. 100 in rapporto a questi fr. Vatic. 318-9: « La jurisprudence a essayé d'assouplir la *cognitoris datio*; et si elle a conservé l'exigence des *certa verba*, c'est moins par égard pour la tradition que pour cette raison que les *certa verba* offrent à l'adversaire des garanties de précision, de certitude et de publicité, lui permettant de considérer le *cognitor loco domini*. Créées par le formalisme, les paroles solennelles ont été conservées à l'époque classique dans un but d'utilité pratique ».

(2) *praesentis* M. e dubitativamente Girard *Textes*<sup>4</sup>.

(3) Il «vel defendat» si riferisce a casi eccezionali di *prestatio della cautio de rato* da parte del *procurator* del convenuto; precisamente, quando il rapporto giuridico era tale da render possibile che il convenuto promovesse egli un secondo giudizio *de eadem re*: azioni *in rem*, *iudicia duplicia*, *status controversia*, causa di *restitutio in integrum* di un minore, *accusatio suspecti tutoris* (L. 40 § 2 D. *de procur.* 3. 3, L. 15 § 1 D. h. t., L. 39 §§ 5-7 D. h. t.).

videatur (1). — 330 (Id. *eod.*). Papinianus respondit, si procurator absentis aliquam actionem absentis nomine inferre velit, cogendum eum adversus omnes absentem defendere. — 331 (Id. *eod.*). Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in

(1) Il requisito, come si vede, è formale (perchè viene esclusa anche la condizione *quae tacite inest*) e non già proveniente, come fu più volte affermato, da necessità di determinatezza. Cfr. la nota L. 77 D. *de R. I.* 50. 17 (Papin. 28 *quaest.*) dove è da ritenere che i compilatori abbiano tolto la *cognitoris datio*, come hanno tolto l'*expensilatio* ed hanno sostituito l'*emancipatio* alla *mancipatio* e la *hereditatis aditio* alla *cretio*. Per l'esclusione del *dies* fu invocato anche, come argomento *a contrario*, Dig. 3. 3. 3. Bruck *Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte* Breslau 1904 pag. 58 osserva che una *datio cognitoris* condizionata sarebbe contraria all'interesse della controparte; e tale non essendo invece il *dies certus a quo*, questo deve ritenersi probabilmente ammesso. Senonchè ciò è in contrasto con quanto abbiamo rilevato a principio della presente nota e colla L. 77 D. *sopracit.* — La limitazione in discorso è uno degli argomenti addotti da Eisele *Beiträge* pag. 90 e segg. (e per questo specialmente pag. 106) a favore della sua dottrina affermando l'origine civile, anzichè pretoria, della *cognitoris datio*. Vedi per ragguaglio in proposito la recensione di Bonfante in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* a. 9 [1896] pagg. 147-8. Codesta dottrina di Eisele, se ha avuto qualche adesione autorevole, più largamente però fu combattuta; da ultimo da Mitteis *Röm. Privatrecht* vol. 1 pagg. 66-67 n. 11, con un nuovo argomento. Eisele a sua volta dedica uno dei suoi recentissimi *Studien zur röm. Rechtsgesch.* cit. a pagina 263 n. 1 ad impugnare siffatto argomento; in modo persuasivo secondo Kübler nella *Deutsche Juristenzeitung* a. 18 [1913] pag. 418 e non efficace invece secondo altri. (Qui possiamo soggiungere che Heyrovsky [cfr. il mio vol. pagg. 55 n. 1 e 104-5 n. 3] nella rivista *Sbornik* etc. vol. 13 a. 1912-13

eum iudicati actio (1). — 332 (Id. *eod.*). Procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat; et ideo nec iudicati actio post condemnatum procuratorem in dominum datur aut procuratori qui vicit denegatur (2). — 333 (... 15 *respons.*) (3). Absentis procuratorem satisfacere debere de rato habendo recte responsum est. Multis enim casibus ignorantibus nobis mandatum solvi potest vel morte vel revocato mandato. Cum autem certum est mandatum perseverare, id est cum praesens est dominus, satisfactionis necessitas cessat » (4).

pag. 205 e segg., ha scritto un'elaborata recensione dell'ultimo studio di Eisele e insieme di Wirbel *Le cognitor*; notando pure che un nuovo lavoro sul processo civile romano del medesimo A. ha vi nel *sucit.* vol. 13 pag. 121 e segg., precisamente circa la questione della *denegatio actionis* nel periodo delle *legis actiones*, dibattuta in particolare fra Wlassak e Lenel da un lato e Girard dall'altro, di cui nel mio vol. 1 pagg. 202-3 n. 2).

(1) Questo fr. 331 è da collegarsi al fr. 317 soprascritto. Recentemente in proposito possono vedersi, anche per altri passi, Mitteis *Röm. Privatrecht* vol. 1 pag. 222 e Duquesne *Translatio iudicii* pag. 145.

(2) Cfr. Dig. 3. 3 *de procurat.* L. 67.

(3) Secondo Lenel *Paling.* vol. 1 col. 943 n. 2 (cui accedono altri autori) è dubbio se questo fr. 333 sia di Papiniano; se sì, non però del libro 15, ma piuttosto del libro 12, *ratam rem haberi*, facilmente potendo essersi confuso il XII in XU; ed inclina poi Lenel ad escludere che appartenga ai responsi di Paolo, per diversità di concezione.

(4) In rapporto a questo frammento, cui si aggiunge il fr. 326 soprascritto, diamo qualche altra notizia sul *procurator praesentis*. — Anzitutto *praesens* significa qui: presente nel luogo del processo in lato senso, vale a dire non

Paul. 1. 3. 1, 3, 5, 7, 8: « Mandari potest procuratio praesenti (et praesenti et absentis Hu.) et

tassativamente ed esclusivamente in tribunale; come risulta dalle LL. 5-7 D. de procur. 3. 3 (Ulp. 7 ad ed., Paul. 6 ad ed., Ulp. 7 ad ed.) « Praesens habetur et qui in hortis est /et qui in foro et qui in urbe et in continentibus aedificiis: / et ideo procurator eius praesentis esse videtur ». (Queste leggi trattavano in origine del *vadimonium*, che doveva essere promesso non dal *procurator praesentis*, bensì dal *dominus*, ed a tal proposito definivano chi dovesse intendersi per *praesens*; cfr. recentemente Longo in *Bull. dell'Ist. di d. r. a.* 19 [1907] pag. 135. La proposta che fa Βάσης *Ad Iustin. Dig. adnot. criticae* Serie II, nella rivista *Ἐπιστημονικὴ Ἐπετηρὶς τοῦ Ἑθνικοῦ Πανεπιστημίου τῆς Ἑλλάδος* a. 1910 pag. 158 di leggere nella L. 7 « procurator eiusmodi praesens esse videtur » si fonda, mi pare, sopra un equivoco). La *praesentia domini* assicura la persistenza del mandato conferito, come si afferma nel fr. Vatic. 333 soprascritto (al qual riguardo può confrontarsi utilmente Costa *Papiniano* vol. 4 pagg. 145-6). Bisognerà, è naturale, accertare *in iure* il conferimento. Ma questo non obbliga poi a presupporre esclusivamente un mandato scritto (come leggiamo in Bethmann-Hollweg *Der röm. Civilpr.* vol. 2 pag. 423) o esclusivamente una presentazione del *procurator* al magistrato fatta dal *dominus* (come affermano Bruns *Quid conferant Fragmenta Vatic. ad melius cognosc. ius rom.* Tubingae 1838 pagg. 41-42, Puchta *Instit.*<sup>9</sup> Leipzig 1881 vol. 1 pag. 455, ed altri); dottrine derivate dall'essersi a torto tirato dentro nella questione il § 3 I. de satisd. 4. 11, trascurando lo svolgimento intermedio. — Come assicurava la *praesentia domini* contro la cessazione del mandato? La risposta è semplice. I motivi di estinzione del mandato ai quali, date le circostanze, si può pensare, sono due: la morte del mandante e la revoca, come mostra anche il frammento in esame (e cfr. qui pag. 268). Ora la morte, data la *praesentia domini*, non poteva restare ignota. Quanto alla revoca, se fosse stata fatta ad insaputa dell'avversario, finché

nudis verbis et per litteras et per nuntium et apud acta praesidis et magistratus. — 3. Voluntarius

durava la presenza risultava inefficace; l'avversario vedeva da una parte il *procurator* che seguiva ad operare come mandatario, dall'altra il *dominus* presente che non impediva al *procurator* di più oltre agire per lui; era quindi in diritto di ritenere che il mandato perdurasse (cfr. per analogia L. 12 D. de senat. cons. Macedon. 14. 6 e L. 1 § 2 D. quod iussu 15. 4). — Questo guida agevolmente alla domanda: fino a quando doveva durare la *praesentia*? Ed anche qui si risponde senza difficoltà: fino a quando era importante assicurare la sussistenza del mandato, cioè durante tutto il procedimento *in iure*. Una volta contestata la lite, una volta costituito il *iudicium*, la *praesentia* diventava superflua, perchè a partir d'allora la morte o la revoca non valeva a modificare lo stato delle cose.

Diventa opportuno richiamare ora il fragm. Vatic. 317 prima trascritto, relativo al *procurator apud acta factus* (*constitutus*), per confronto e per illustrazione. — Anzitutto qui, cioè nel fr. 317, non trattasi di *praesentia* durante tutto il processo *in iure* per assicurare la *perseverantia mandati*, bensì soltanto della *praesentia* necessaria per lo scopo ed al momento della registrazione. D'altra parte questa è una *praesentia* più specifica o rigorosa, in tribunale, davanti il magistrato; non quella *praesentia* più lata, nel luogo del processo, della quale ci fanno testimonianza pel *procurator praesentis* le LL. 5-7 D. de procuratoribus 3. 3, trascritte a principio di questa nota. Sono da rilevarsi cotali differenze, perchè certi autori (fra i quali anche Keller *Der römische Civilprocess* pag. 268, trad. italiana pag. 187) a torto identificano *procurator praesentis* e *procurator apud acta factus* o almeno non li distinguono abbastanza chiaramente. — Le parole del fr. Vatic. 317 « nam cum apud acta non nisi a praesente domino constituatur, cognitoris loco intellegendus est » mostrano che *praesentia* e registrazione della procura si riferiscono al magistrato della causa e che non si tratta già di registrazione presso un'altra autorità avente il *ius conficiendorum actorum*, fatta poi valere là dove svolgevasi la

procurator, qui se negotiis alienis offert, rem ratam dominum habiturum cavere debet (Id., Consult. 3. 6). — 5. Actoris procurator non solum absentem defendere, sed et rem ratam dominum habiturum satisfacere cogitur (Id. Consult. 3. 7 e Fragm. Vatic. 336). — 7. Petitoris procurator rem ratam dominum habiturum desiderante adversario satisfacere cogendus est, quia nemo in re aliena idoneus est sine satisfactione (Id., Consult. 3. 8). — 8. Si satis non det procurator absentis, actio ei absentis nomine non datur (Id., Consult. 3. 9)».

pr. e § 1 I. *de his per quos agere possumus* 4. 10: «... (1) et quia hoc non minimam incommoditatem

lite, come malamente intesero alcuni autori e ripete anche qualcuno dei più recenti. Infatti colla dottrina nostra possiamo comprendere e apprezzare il rilievo della *praesentia*, stante il ravvicinamento in base ad essa del *procurator al cognitor*; mentre coll'interpretazione avversaria appare puerile rilevare che il *dominus* è di necessità presente là dove fa registrare la procura. Anche qui (cfr. più sopra, pag. 280) l'errore è derivato da confronto fatto col § 3 I. *de satisd.* 4. 11, trascurando le fonti intermedie. — Perché il *procurator apud acta factus* era dispensato dalla *cautio ratam rem dominum habiturum*? come era assicurato in tal caso l'avversario? Qui anzitutto il conferimento del mandato era pienamente sicuro. Quanto alla *perseverantia mandati* è da ritenere che, data la forma solenne di costituzione, si fosse escluso che il mandato potesse cessare *ignorante adversario*; che si fosse riconosciuta cioè efficacia estintiva alla morte del mandante ed alla revoca solo quando l'avversario ne avesse avuto conoscenza. Nè a codesta tesi manca l'appoggio delle fonti; vedi L. 65 D. *de procur.* 3. 3 e L. un. pr. e § 1 C. *de satisd.* 2. 56 [57], che più avanti trascriviamo.

(1) Il brano fin qui omissso è trascritto a pag. 190 del volume 1°.

habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores litigare: nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio itemque aliae multae causae saepe impedimento sunt, quo minus rem suam ipsi exsequi possint (1). — Procurator neque certis verbis neque praesente adversario, immo plerumque ignorante eo constituitur (2): cuicumque enim permisit rem tuam agere aut defendere is procurator intellegitur (3).

L. 1 § 3 D. *de procuratoribus et defensoribus* 3. 3 (Ulp. 9 *ad ed.*): « Dari autem procurator (4) et absens potest ».

L. 2 D. h. t. (Paul. 8 *ad ed.*): « dummodo certus sit qui datus intellegetur et is ratum habuerit (5). —

(1) Per l'origine di questo pr. vedi Zocco-Rosa *Iustiniani Instit. Paling.* vol. 2 pagg. 345-6.

(2) Confronta con Gai. 4. 84 trascritto a pagg. 272-3. Giustiniano che nel menzionare i vari rappresentanti colla guida di Gaio ha tolto il *cognitor* (vol. 1 loc. cit.), ne serba tuttavia il ricordo tacito, accentuando qui, nel § 1, che per la costituzione del *procurator* non occorrono nè *certa verba* nè la presenza dell'avversario.

(3) È ignota la paternità di questo secondo periodo; cfr. e vedi Zocco-Rosa loc. cit. — Il seguente § 2, con cui si chiude il titolo, rinvia al 1° libro pei tutori e curatori, come fa Gaio 4. 85 (da noi trascritto a pag. 273), di cui il detto § 2 è una copia con lievi modificazioni formali. Pr. e § 1 I. *de satisfactionibus* 4. 11 sono da confrontarsi coi paragrafi di Gaio trascritti a pagg. 274-5.

(4) « cognitor » Ulp.

(5) Questo *ratum habere* equivale al *cognoscere et suscipere officium cognitoris* che abbiamo visto in Gai. 4. 83 (pag. 272). Cfr. pure L. 8 § 1 D. h. t. di Ulpiano sosti-



§ 1. Furiosus non est habendus absentis loco, quia in eo animus deest, ut ratum habere non possit ».

L. 27 pr. D. h. t. (Ulp. 9 ad ed.): « .. si mandato domini procurator egit, ceterum si mandatum non est, cum neque in iudicium quicquam deduxerit, nec tu ea comprobasti, quae invito te acta sunt tibi non praeiudicant (1)... ».

L. 33 §§ 2-4 D. h. t. (Id. eod.): « Publice utile est absentes a quibuscumque defendi... — § 3. Ait praetor: *Cuius nomine quis* (2) *actionem dari sibi postulabit, is eum boni viri arbitratu defendat: et ei quo nomine aget* (3), *id ratum habere eum ad*

tuendo *cognitor* a « procurator » (Lenel *Palingenesia* vol. 2 col. 448 n. 3).

(1) Eisele *Cognitur und Procuratur* pag. 175 ed altri ritengono in base alla forma del discorso (in stile diretto, in seconda persona, mentre prima nel passo si usa lo stile indiretto, in terza persona), che il brano da « ceterum » in avanti sia tolto da un rescritto imperiale; vedi anche Wirbel *Le cognitor* pagg. 143-4 n. 2 cogli autori citati e da ultimo l'ed. di Krueger. Trattasi però probabilmente di un rescritto riferito dallo stesso Ulpiano. — βάζης (cit. a pag. 280 Series I a. 1908 pag. 2 estr.) propone di leggere « si mandatum non est *antequam* in iudicium etc. »; « quo facto (così continua l'A.) haec elucet sententia: si neque *ante* rem in iudicio deductam mandatum est, neque *post* rem in iudicio deductam comprobata sunt procuratoris acta, eis, quae in iudicio acta sunt, dominus non tenetur ».

(2) Giustamente, per ragione di forma e per ragione storica, Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 97 n. 3 [*Édit* vol. 1 pag. 114 n. 1] respinge il *praeter cognitorem* che Bethmann-Hollweg e Rudorff vorrebbero aggiungere.

(3) « et ei *quocum alterius* nomine aget » M. ed altri; « et ei *quocum aget* quo nomine aget » Reinold, e così Lenel loc. cit. testo e le raccolte di fonti che essenzialmente lo seguono (Girard *Textes*<sup>4</sup> pag. 143 « et *is* » per svista); « et

*quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet.* —

§ 4. Aequum praetori visum est eum, qui alicuius nomine procurator experitur, eundem (1) etiam defensionem suscipere » (2).

L. 65 D. h. t. (Modestin. *singul. de heurematicis*): « Si procuratorem absentem (3) dominus satisfactione relevare velit, litteras suas ad adversarium derigere debet, quibus significet, quem adversus eum procuratorem et in qua causa fecerit, ratumque se habiturum quod cum eo actum sit: hoc enim casu litteris eius adprobatis velut praesentis procuratorem intervenire intellegendum est. itaque etsi postea mutata voluntate procuratorem esse noluerit, tamen iudicium, quo quasi procurator expertus est, ratum esse debet » (4).

L. 56 D. *de iudiciis* 5. 1 (Ulp. 30 ad Sab.): « ... verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est... et si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta ».

L. 11 § 7 D. *de except. rei iudic.* 44. 2 (Ulp. 75 ad ed.): « Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt: inter hos erunt [cognitor, *ins.*], procurator cui mandatum est,

ei *quocum alieno* nomine » βάζης (loc. cit. pagg. 2-3) confrontando con Dig. 3 (e non 2) 3. 39 § 1.

(1) « eiusdem » scr. M.

(2) Cfr. L. 35 § 3 eod.

(3) « absens » D'Arnaud.

(4) Confronta Cod. 2. 56 [57] un. pr. e § 1, che poscia trascriviamo.

tutor, curator furiosi vel pupilli (1), actor municipum (2)... ».

(1) « prodigi » scr.

(2) **1** In base a questa legge, unitamente a L. 27 pr. D. de procurat. 3. 3 e L. 56 D. de iudiciis 5. 1 prima trascritte, abbiamo dichiarato nell'esposizione dogmatica (pagg. 268-9) che al tempo in cui scrivevano gli ultimi grandi giuriconsulti classici tutti i procuratores con mandato deducevano in iudicium l'actio domini.

Eisele *Cognitur u. Procur.* pag. 171 e segg. sostiene una opinione diversa; affermando egli che nell'epoca anzidetta la *deductio rei in iudicium* non si era estesa ancora a tutti i mandatari, ma soltanto il procurator con mandato speciale ed il procurator omnium rerum consumavano l'actio del dominus. Ciò risulta chiaramente, dice Eisele, dalla L. 12 D. de pactis 2. 14 (Ulp. 14 ad ed.) « Nam et nocere constat, sive ei (procuratori) mandavi ut pacisceretur, sive omnium rerum mearum procurator fuit... cum placuit eum etiam rem in iudicium deducere », colla quale si accorda la L. 1 C. quib. res iudic. non nocet 7. 56 (Alex.) « Si neque mandasti fratri tuo defensionem rei tuae neque quod gestum est ratum habuisti, praescriptio rei iudicatae tibi non oberit. et ideo non prohiberis causam tuam agere sine praeiudicio rerum iudicatarum » [a. 222] (dove la ripetizione inutile « et ideo etc. » va ritenuta opera dei compilatori) trattandosi di un procurator con mandato speciale. E se le LL. 27 pr. D. de procurator 3. 3, 56 D. de iudiciis 5. 1, 11 § 7 D. de except. rei iudic. 44. 2, tutte di Ulpiano, affermano rispettivamente la consumazione da parte del procurator qui mandato domini egit, del verus procurator, del procurator cui mandatatum est, questo non ci obbliga punto - nota sempre Eisele - ad accogliere l'opinione dominante (da noi invece seguita), poichè Ulpiano stesso dice nella L. 12 pr. D. de solution. 46. 3 (30 ad Sab.) « ... verum autem (procuratorem) accipere debemus eum cui mandatatum est, vel specialiter vel cui omnium negotiorum administratio mandata est », mostrando con ciò di intendere per verus procurator il procurator speciale e quello omnium bonorum;

L. 21 D. ratam rem haberi 46. 8 (Ulp. 1 opin.):  
« Ne satisdatio ratam rem dominum habiturum exigatur in his quae nomine eius ageret, qui eum se

e sempre Ulpiano, in un passo importante appunto per la consumazione processuale, la L. 3 § 2 D. iudic. solvi 46. 7 (77 ad ed.), dice « Procuratorem eum accipere debemus, cui mandatatum est, sive huius rei tantum mandatatum susceperit, sive etiam universorum bonorum », dove il « sive—sive » secondo Eisele sta a determinar meglio il « cui mandatatum est » e non costituisce già una repartizione, che non sarebbe esauriente. Ed una riprova che al tempo di Ulpiano e di Paolo non già ogni procurator con mandato, bensì solo il procurator con mandato speciale ed il procurator omnium bonorum deducevano in iudicium l'actio domini trova Eisele in questo, che Paolo, dopo aver detto nella L. 17 § 2 D. de iureiurando 12. 2 (18 ad ed.) che il tutor gerens ed il curator furiosi vel prodigi possono validamente deferire il giuramento perchè « agendo rem in iudicium deducunt » soggiunge nel § 3 « Procurator quoque quod detulit ratum habendum est, scilicet si aut universorum bonorum administrationem sustinet aut si id ipsum nominatim mandatatum sit... »; nè si può ritenere - seguita sempre Eisele - che la limitazione al procurator con mandato speciale ed al procurator omnium bonorum sia opera dei compilatori; infatti, poichè al tempo della compilazione ogni procurator con mandato deduceva rem domini in iudicium, i compilatori dovevano essere stimolati quando mai ad allargare, non già a restringere.

Pur ammirando anche questa volta l'ingegno acuto e geniale di Eisele, abbiamo creduto tuttavia di non poterlo seguire. — Sono chiare ed esplicite le LL. 27 pr., 56, 11 § 7 D. ripetutamente citate. Nè il significato loro si restringe col richiamo, fatto da Eisele, alle LL. 12 pr. D. de solut. 46. 3 e 3 § 2 D. iudic. solvi 46. 7, perchè ci sembra, riflettendo, che si trovino compresi nelle dette due leggi tutti i casi di intervento di procurator con mandato. Ulpiano indica, con vel vel la prima volta e con sive sive la

fecisse procuratorem libello principi dato professus est, prodest... ».

L. 22 § 8 D. h. t. (Iulian. 56 *digest.*): « Si procurator iudicium de hereditate ediderit, deinde do-

seconda, i due casi estremi, quelli cioè di mandato speciale e di mandato *omnium rerum*, intendendo con ciò di comprendere implicitamente i casi intermedi. Certo non si può negare che questa sia l'interpretazione più naturale, specie pensando alle parole *tantum* e *etiam* della L. 3 § 2. (Vedi anche Hölder nella *Krit. VJSchrift für Gesetzgebung u. RW.* vol. 24, N. S. 5, a. 1882 pagg. 25-26). — L'affermazione di Paolo nella L. 17 § 3 D. *de iureiur.* 12. 2 circa la delazione del giuramento sembra un saldo argomento a favore di Eisele (e mostra di ritenerlo tale anche Hölder ora citato). Ma io osservo che l'efficacia sua scompare quando si ricordi l'elemento speciale della *iurisiurandi delatio*, il rimettersi cioè del deferente alla coscienza dell'avversario, che vien fatto, come dicono le fonti, testimonio e giudice in causa propria; questo elemento speciale fa trovare logica una norma più ristretta ed una maggior cautela, giustifica l'esclusione dal diritto di deferire il giuramento per certi *procuratores* che pur *agendo rem in iudicium deducunt*. Ed a conferma di questo notiamo che quanto al diritto di deferire il giuramento da parte del *procurator*, nessun passo ci attesta che in epoca posteriore si sia usciti dai limiti della L. 17 § 3; mentre per la consumazione mediante la *litis contestatio* avvenuta in confronto del *procurator*, Eisele stesso l'afferma decisamente estesa a tutti i *procuratores* con mandato a partire dalla L. 10 C. *de procurator.* 2. 12 [13] emanata da Alessandro Severo nell'anno 227. (Che se si ammette poi l'interpolazione dichiarata da Lenel *Paling.* vol. 1 col. 995 n. 3, la quale non veggio però confermata da Krueger nè da Mitteis *Röm. Privatrecht* vol. 1 pag. 236 n. 108 e 112, allora cade addirittura la base dell'argomento, e addirittura non è più il caso di difesa).

2) Nella parte dogmatica (pag. 269), dopo aver affermato che al tempo in cui scrivevano gli ultimi grandi giureconsulti

minus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio ratam rem haberi committetur, quia, si verus procurator fuisset, exceptio rei iudicatae dominum summovertet, plerumque autem stipulatio ratam rem

classici fu riconosciuta in via assoluta al mandato efficacia processuale consuntiva, abbiamo detto, continuando, che tuttavia non diminuì notevolmente l'obbligo della prestazione della *cautio de rato* (infatti costituzioni di Diocleziano dell'anno 294 - *Fragm. Vatic.* 326 e *Cod.* 2. 56 [57] L. un. qui trascritti - menzionano ancora il *procurator praesentis* e il *procurator apud acta factus* come dispensati dalla *cautio de rato*); e abbiamo soggiunto anche perchè. In rapporto alla spiegazione addotta, ora si richiama l'attenzione sul *Fragm. Vatic.* 333, trascritto a pag. 279, dove il giureconsulto dice che « cum autem certum est mandatum perseverare... satisfactionis necessitas cessat ». E per l'analogia che correva fra *procuratores* da un lato e *tutores* e *curatores* dall'altro riesce opportuno citare la L. 23 D. *de administr. tut.* 26. 7 (Ulp. 9 *ad ed.*) « Vulgo observatur, ne tutor caveat ratam rem pupillum habiturum, quia rem in iudicium deducit, quid tamen si dubitetur, an tutor sit, vel an duret tutor, vel an gestus illi commissus sit? aequum est adversarium non decipi. idem et in curatore est, ut Iulianus scripsit »; dove a me non par dubbio che il *duret* ha valore di futuro e non di presente (come di solito vien ritenuto) e si riferisce al corso del dibattito giudiziale; altrimenti la frase « vel an duret tutor » non sarebbe in fondo che un'inutile ripetizione della precedente « an tutor sit »; ripetizione che non può assolutamente venir ammessa, mentre il *an vel an* presuppone di necessità due cose diverse. Confronta infine il tenore della L. un. *Cod.* 2. 56 [57] che poscia nel testo trascriviamo. — Si spiega pertanto come Paolo nelle *Sententiae* riprodotte a pagg. 280-2, dopo aver detto essere obbligato a prestare la *cautio de rato* il *voluntarius procurator*, possa andare più in là ed enunciare come regola l'obbligo dell'*absentis procurator* ed in generale del *procurator* di prestare la suddetta cauzione.

haberi his casibus committetur, quibus, si verus procurator egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset » (1).

L. un. pr. e § 1 C. *de satisdando* 2. 56 [57] (Diocl. et Maxim.): « Non est iuris incerti eum qui apud acta factus est agentis procurator non compelli ratam rem dominum habiturum satisfacere: hoc enim casu veluti praesentis procuratorem intervenire intellegendum est. — § 1. Itaque etsi postea mutata voluntate procuratorem esse noluerit, tamen iudi-

(1) Per ragione tipografica riuniamo qui le note ai due testi da ultimo trascritti.

Circa il primo di essi cfr. Basil. 9. 11. c. 21 (trad. lat.): « Si precibus principi a me oblatis significavero, me hunc dedisse procuratorem, ab eo, si agit, cautio non exigitur... » (ed. di Heimbach vol. 1 pag. 488). — Il senso è chiaro. Nella lite agitata presso l'imperatore era dispensato dalla *cautio ratam rem dominum habiturum* il *procurator* quando il *libellus principi oblatus* contenesse la *professio* del *dominus* di aver costituito un dato individuo suo *procurator* per quel tale processo. Si tratta di un caso analogo a quello del *procurator apud acta factus*. Vale dunque quanto alla morte del mandante e alla revoca del mandato ciò che abbiamo asserito circa quest'ultimo *procurator* (cfr. pag. 282 in nota).

Circa il secondo testo, vediamo in esso che per la *commissio* della *stipulatio ratam rem haberi* occorre che il nuovo giudizio promosso dal *dominus* fosse tale che questi sarebbe stato respinto *ipso iure* o *per exceptionem rei iudicatae*, qualora la prima volta avesse agito egli stesso od un rappresentante capace di consumare l'*actio*: un *cognitor* (restituito il testo originario là dove parla ripetutamente di « verus procurator ») secondo Giuliano autore del frammento. Onde il passo è per noi importante anche in ciò, che ne appare come il *cognitor* deducesse in *iudicium* il diritto dell'attore. Cfr. L. 40 § 2 D. *de procurat.* 3. 3, dove si cita lo stesso Giuliano.

cium, quo quasi procurator expertus est, iudex ratum habere debet » (1).

265. — Non in ogni causa poteva aver luogo la *datio cognitoris* o *procuratoris*. E così pure - anziché nel riguardo reale, nel riguardo personale invece - non tutti potevano costituire un *cognitor* o *procurator* od essere costituiti tali. Vi erano qui, in un senso e nell'altro come pure in entrambi i sensi, esclusioni totali o parziali di vario genere. La trasgressione dei relativi divieti fondava l'*exceptio cognitoria* o *procuratoria* che Gaio annovera fra le eccezioni dilatorie.

Gai. 4. 124: « Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona dilatoriae exceptiones intelleguntur, quales sunt cognitoriae: veluti si is, qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat, vel dandi quidem cognitoris ius habeat, sed eum det cui non licet cognituram suscipere (2). Nam si obiciatur exceptio cognitoria, si ipse talis erit, ut ei non liceat cognitorem dare, ipse agere potest; si vero cognitori non licet cognituram suscipere, per alium cognitorem aut per semet ipsum liberam habet agendi potestatem, et tam hoc quam illo modo evitare potest exceptionem; quodsi dissimulaverit eam et per cognitorem egerit, rem perdit » (3).

(1) Cfr. L. 65 *de procurator.* 3. 3 soprascritta e vedi pag. 282 nota.

(2) Segnaliamo il sostantivo *cognitura*, che si ha anche in Fr. Vatic. 324 (« cognituram suscipere », come in Gaio), onde giustamente lo adoperano gli autori.

(3) Cfr. Paul. 1. 2. 1-3, L. 2 § 4 D. *de except.* 44. 1 (dove

Id. 4.182 i. f. — È trascritto a pag. 211 (1).

Vatic. Fragm. 322 e 323: « Verba autem edicti haec sunt: 'alieno', inquit, 'nomine, item per alios agendi potestatem non faciam in his causis, in quibus ne dent cognitorem neve dentur, edictum comprehendit'. — Quod ait 'alieno nomine, item per alios', breviter repetit duo edicta cognitoria, unum, quod pertinet ad eos qui dantur *cognitores*, *alterum ad eos qui dant*; ut qui prohibentur vel dare vel dari cognitores, idem et procuratores dare darive arceantur » (2).

§ 11 I. *de except.* 4. 13: « Praeterea etiam ex persona dilatoriae sunt exceptiones; quales sunt procuratoriae veluti si per militem aut mulierem agere quis velit (3) ... eas vero exceptiones, quae

i compilatori hanno soppresso l'*exceptio cognitoria* che Ulpiano indicava in luogo o accanto dell'*exceptio procuratoria*, L. 3 i. f. eod. (dove Gaio doveva dire « *cognitoriae et procuratoriae etc.* ») e altri testi ancora (ugualmente modificati dai compilatori giustiniani) in Wirbel *Le cognitor* pag. 68 n. 2; il quale, a pag. 92 n. 1, dal fatto che Gaio (al contrario) non menziona le *exceptiones procuratoriae* arguisce che la procuratura non fosse molto in uso al tempo di Gaio, almeno da parte dell'attore. — Cfr. poi vol. 1 pag. 343 n. 1 pel concetto della eccezione dilatoria: *qui exceptio dilatoria ex persona*.

(1) Cfr. § 2 I. *de poena temere litig.* 4. 16.

(2) A chi appartengono questi due frammenti 322 e 323? È incerto e discusso. A Ulpiano 77 *ad ed.* secondo Mommsen, a Paolo 7 *ad ed.* secondo Huschke; assegnazioni che Lenel *Palingenesia* vol. 2 col. 451 n. 3 respinge per ragione di estraneità di materia, ritenendo che siano di Ulpiano o Paolo 9 *ad edictum*.

(3) Cfr. L. 7 C. *de procurator.* 2. 12 [13].

olim procuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius procuratoris opponebantur (1)...» (2).

266. — Notiamo infine rapidamente (3) che le funzioni di *cognitor* e di *procurator* diventarono ben presto una professione, che richiedeva coltura e abilità giuridica e che veniva compensata con denaro; l'amore di questo facilmente crebbe e tramodò, onde la professione suddetta, dapprima nobile ed onorifica, degenerò e cadde in discredito (4).

267. — ORATORES, ADVOCATI. Poche cose, specialmente colla guida di De Ruggiero (5) e di Scialoja (6) diremo su questo argomento complementare, il quale interessa più il diritto pubblico, la scienza dell'antichità, la storia generale e sociale, che non la vera trattazione giuridica del processo civile; ed anche il carattere del nostro *Corso* ci consiglia ad esser brevi (7).

(1) Sull'origine di questo paragrafo vedi Zocco-Rosa *Iustin. Instit. Paling.* vol. 2 pagg. 363-4.

(2) Cfr. e vedi poi pel concetto dell'eccezione dilatoria Scialoja *Esercizio e tutela dei dir.* pagg. 205-6 e più ampiamente Lenel *E. P.* pag. 85 e segg. [*Edit* vol. 1 pag. 97 e seguenti].

(3) Come fa Scialoja loc. cit.

(4) Prima di abbandonare l'attuale materia (nr. 258 e segg.) rinviando per maggiori notizie e più ampio svolgimento, sia dogmatico che esegetico, alla bibliografia richiamata e indicata a pag. 263 n. 1; rilevando, per causa di coordinazione e di sviluppo, la nostra *Ratifica* ivi cit.

(5) Citato a pag. 294.

(6) *Op. cit.* pagg. 207-8.

(7) Un'esposizione sommaria abbiamo fatto pure per l'*Ordinamento giudiziario*, cui questa stessa materia si collega, nel vol. 1 pag. 44 e segg.; e per uguali ragioni. Maggiori notizie e corredo di fonti (limitandoci noi a riprodurre più

Oltre al *cognitor* e al *procurator*, che rappresentavano la parte in giudizio, vi erano altre persone che senza rappresentarla come i suddetti (almeno fino a tempi avanzati) intervenivano *in iure* o *in iudicio* per aiutarla e cooperare alla vittoria sua (1). Si sono paragonate tali persone - e in senso generale il paragone sta - agli *adsores* del magistrato giudicante e del *iudex*, che abbiamo veduto nel-

---

avanti alcuni paragrafi del Digesto) in scritti speciali, per la maggior parte francesi: Grellet-Dumazeau *Le barreau romain*<sup>2</sup> Paris 1858; Verdalle *Le barreau dans l'antiq. rom.* Bordeaux 1873; de Fouchier *Règles sur la profession d'avocat à Rome etc.* Paris 1895; Pierantoni *Gli avvocati di Roma ant.* Bologna 1900; Antoine *Les avocats à Rome sous l'Empire* in *Mémoires de l'Acad. des Sciences inscriptions et belles lettres de Toulouse* 10<sup>e</sup> Série vol. 2 [1902] pag. 217 e segg. Veggansi inoltre le voci: *advocatus* nel *Dizionario epigraf. di antich. rom.* di De Ruggiero vol. 1 pag. 116 e segg. (trattazione diffusa e accurata, forse ciò che ha vi di meglio sull'argomento); *advocatio, honorarius-honorarium, patronus* nel *Dictionn. des antiq. rom.* vol. 1 parte 1<sup>a</sup> pagg. 89-90 (Humbert), vol. 3 parte 1<sup>a</sup> pagg. 240-1 (Cuq), vol. 4 parte 1<sup>a</sup> pag. 355 e segg. (Lécrivain); *advocatus e causidicus* nell'*Enciclop. der Altertumswiss.* vol. 1 parte 1<sup>a</sup> col. 436 e segg. e vol. 3 parte 2<sup>a</sup> col. 1812-13 (Kubitschek). Una monografia sull'avvocatura romana, condotta in base ai recenti indirizzi di studio, storici filologici e giuridici, è vivamente desiderata. Molto materiale nei classici; come in parte può vedersi nel noto libro di Henriot *Moeurs jurid. et judic. de l'anc. Rome* tomo 3 pag. 77 e segg. Il *postulare pro aliis* è contemplato dall'editto in un titolo diverso da quello dei *cognitores* e *procuratores*; vedi, come sempre, Lenel *E. P.*<sup>2</sup> pag. 75 e segg. [*Édit* vol. 1 pag. 85 e segg.]; Dig. e Cod. de *postulando* 3. 1 e 2. 6.

(1) E perciò ben si distinguono *rappresentanza in giudizio* e *assistenza in giudizio*.

*l'Ordinamento giudiziario* (1). Dapprima — a prescindere dall'origine in cui non eravi distinzione (2) — esse si dividevano in due categorie rispondenti a due forme diverse di assistenza giudiziaria, come si scorge principalmente in Cicerone; e rispettivamente dicevansi *oratores* o *patroni (causarum)* od anche più tardi *causidici* (3), e *advocati*. Era l'*orator* o *patronus* colui che perorava la causa dinanzi al *iudex* (4), sostenendo con discorso animato efficace e brillante (*eloquentia*) le ragioni della parte cui veniva in aiuto; e di tali perorazioni ci porgono splendido esempio le *orationes* ciceroniane (5). Era l'*advocatus* persona che prestava ausilio di speciali cognizioni giuridiche od anche altrimenti tecniche quando fossero occorse, nonchè in generale l'appoggio dell'autorità e considerazione sociale sua, davanti al *iudex* ugualmente ma ancora più dinanzi al *magistratus*. Ma col tempo le suddette due forme di assistenza giudiziaria vennero a confondersi e le varie espressioni diventarono equivalenti. Della

---

(1) Vol. 1 pag. 74 e segg.

(2) L'origine si fa risalire d'ordinario alla istituzione del *patronatus* e relativa *clientela*.

(3) Non di rado quest'ultima espressione ha un significato peggiorativo.

(4) Vedi già nel vol. 1 pag. 143.

(5) Cicerone non interviene come rappresentante di Quinzio, Cecina, Roscio ecc., i quali compaiono personalmente ed avrebbero potuto anche costituirsi un rappresentante, senza che per ciò fosse escluso l'*orator*; questi interviene, lo ripetiamo, soltanto per dimostrare le ragioni del litigante, per persuadere il giudice colla propria eloquenza. E del pari non è un rappresentante l'*advocatus*, di cui passiamo a dire.

quale identificazione parecchie sono le cause, ma in particolare queste, per noi anche più interessanti: il grande sviluppo della giurisprudenza, nel più largo senso della parola, onde non era più possibile che la eloquenza giudiziaria non fosse suffragata da un'ampia e intensa coltura giuridica; l'assurgere dell'*advocatio* a professione più o meno riconosciuta e garantita dallo Stato, onde i privati poco sentivano il bisogno di ricorrere oltrechè agli *advocati* anche ad altri protettori e ausili con veste di patroni (1).

Brevemente della retribuzione, dell'*onorario*. — L'assistenza giudiziaria di cui stiamo parlando veniva da principio prestata gratuitamente; il che si spiega in specie riflettendo all'origine sua (2), al grande concetto in cui era tenuta ed ai vantaggi notevoli di considerazione e posizione politica che sovente faceva conseguire. La famosa *lex Cincia de donis et muneribus* dell'anno 550 di Roma sancì tale costume della prestazione gratuita, per reagire contro trasgressioni, anche gravi, avvenute: « ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat ». Più tardi Augusto, non essendo cessati nè cessando abusi e trasgressioni, confermava la suddetta legge, colla sanzione, che probabilmente questa non ebbe, di una multa *in quadruplum*. Ma in-

(1) D'altra parte si separa e individualizza la classe degli *iusconsulti*, che raramente intervengono in giudizio a sostenere ragioni di propri clienti; bensì la parte rimette sovente all'avvocato una memoria redatta da un giureconsulto.

(2) Cfr. pag. 295 n. 3.

tanto — sparito del tutto l'antico patronato, riunitosi sempre più nella stessa persona l'ufficio del *patronus* e dell'*advocatus*, mutate le condizioni politiche, onde all'assistenza giudiziaria eran venuti mancando gli sperati e spesso ottenuti vantaggi pubblici di un tempo — si affermava il concetto e carattere della professione di avvocato, produttiva di lecito guadagno, specie nella classe media; onde la proibizione di un compenso non era più giustificata. Ed ecco che lo Stato tale compenso riconosce ed ammette, solo ponendovi un limite, come vediamo fatto da Claudio e confermato sotto imperatori successivi; ma si va anche più oltre, facendo addirittura obbligo alle parti di pagare l'avvocato, al quale si concede a tal fine una *extraordinaria cognitio*. D'altro lato vengono proibiti e dichiarati senza valore certi patti conclusi col cliente, dichiarandoli turpi; come il *pactum de quota litis*, per cui il cliente promette un pagamento proporzionale al valore della cosa litigiosa; il cosiddetto *palmarium*, onde il cliente si impegna a pagare l'avvocato - in generale molto caro, si capisce - solo nel caso di vittoria; la *redemptio*, onde l'avvocato si sostituisce addirittura al cliente, correndo egli il rischio della lite.

Della sorte ulteriore dell'avvocatura ed in particolare dell'ordinamento collegiale che essa assunse nei secoli posteriori dell'Impero diremo nel volume seguente, trattando degli *iudicia extraordinaria*.

268. — L. 38 § 1 D. *locati cond.* 19. 2 (Paul. *singul. regul.*): « Advocati quoque, si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria redere non debent ».

L. I §§ 10-13 D. *de variis et extraord. cognitio-  
nibus* 50. 13 (Ulp. 8 *de omnibus tribunalibus*) (1):  
« In honorariis advocatorum ita versari iudex de-  
bet, ut pro modo litis proque advocati facundia et  
fori consuetudine et iudicii, in quo erat acturus,  
aestimationem adhibeat, dummodo licitum honora-  
rium quantitas non egrediatur: ita enim rescripto  
imperatoris nostri et patris eius continetur. verba  
rescripti ita se habent: *Si Iulius Maternus, quem  
patronum causae tua esse voluisti, fidem susceptam  
exhibere paratus est, eam dumtaxat pecuniam, quae  
modum legitimum egressa est, repetere debes.* —  
§ 11. Advocos accipere debemus omnes omnino,  
qui causis agendis quoquo studio operantur: non  
tamen qui pro tractatu, non adfuturi causis, acci-  
pere quid solent, advocatorum numero erunt. —  
§ 12. Si cui cautum est honorarium vel si quis de lite  
pactus est, videamus, an petere possit. et quidem  
de pactis ita est rescriptum ab imperatore nostro et  
divo patre eius: *Litis causa malo more pecuniam  
tibi promissam ipse quoque profiteris. sed hoc ita  
est, si suspensa lite societatem futuri emolumenti  
cautio pollicetur. si vero post causam actam cautum  
est honoraria summa, peti poterit usque ad proba-  
bilem quantitatem, etsi nomine palmarii cautum  
sit: sic tamen, ut computetur id quod datum est  
cum eo quod debetur neutrumque compositum li-  
citam quantitatem excedat: licita autem quantitas  
intellegitur pro singulis causis usque ad centum*

---

(1) Per codesto titolo dell'opera di Ulpiano confronta  
pag. 164 n. 4.

aureos (1). — § 13. Divus Severus ab heredibus ad-  
vocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia  
per ipsum non steterat, quo minus causam ageret ».

---

(1) Consueta interpolazione (diecimila sesterzi). — Plinio  
il Giovane nelle sue *Epist.* 5. 9 [21]. 4 ci informa di un  
senatoconsulto per cui « omnes qui quid negotii haberent,  
iurare, prius quam agerent iuebantur nihil se ob advoca-  
tionem cuiquam dedisse, promisisse, cavisse. His enim  
verbis ac mille praeterea et venire advocaciones et emi veta-  
bantur. Peractis tamen negotiis permittebatur pecuniam  
dumtaxat decem milium dare ». E Quintiliano *Instit. orat.*  
12. 7. 11 così si esprime: « Paciscendi quidem ille piraticus  
mos et ponentium periculis pretia abominanda negotiatio  
etiam mediocriter improbis oberit, cum praesertim bonos  
homines bonasque causas tuenti non sit metuendus ingra-  
tus; quodsi futurus, malo tamen ille peccet ».



ERRATA-CORRIGE

pag.	6 note lin.	2	<i>Pand.</i> 8	<i>Pand.</i> 8 pagg. 237-8
»	15 note	7	condurrebbe	condurrebbero
»	19 testo	3	proprie	propria
»	37 testo	13	L. <i>id</i>	L. 1 § <i>id</i>
»	56 note	11	§§ 8-9	§ 9
»	75 testo	16	et causa	et ex causa
»	83 note	7	[a. 1912]	[a. 1912] pagg. 41-42
»	117 testo	14	reale	reale, appena qualcheuno ci impedisce di esercitare il nostro diritto; trattandosi di azione personale,
»	138 testo	18	contrario; siamo	contrario; ma siamo
»	184 note	22	oppugnato	oppugnata
»	187 note	6	tempo era	tempo la formula <i>in factum</i> era
»	241 testo	ult.	videtur	videbatur
»	252 note	11	eseguisce	eseguisse

*Aggiunte all'Errata-Corrige del Vol. I*

pag. 21	testo lin. 22	il debitore,	il debitore molesti, lui o i famigliari del medesimo, e quindi, morto il debitore,
»	25 note » 7	funzione	sanzione
»	94 note » 1	n. 3	n. 1
»	131 note » 7	difficoltà	difficoltà nell'applica- zione agli immo- bili
»	133 testo » 7-8	<i>iudicis arbitrive postu- lationem</i>	<i>condictionem</i>
»	142 note » 9	4 parte 2	4 parte 1
»	231 testo » 4	<i>fraudationibus</i>	<i>fraudationis</i>
»	251 testo » 12	<i>iusiurandum in iure,</i> delle	<i>iusiurandum in iure,</i> della <i>confessio in</i> <i>iure</i> , delle
»	329 note » 1	dà	ha
»	333 testo » 19	<i>temporiae</i>	<i>temporariae</i>
»	344 testo » 17	vocatur (1)	vocatur.
»	344 testo » 20	(2)	(1)
»	344 note » 8	(2) Per	Per
»	345 testo » 19	opponi cuiusque	opponi actioni cuius- sque

INDICE

§ 22. Varie specie e distinzioni di formule e azioni . . . . . Pag. 1

Generalità — Formulae s. actiones iuris civilis, formulae s. actiones iuris honorarii; actiones directae, actiones utiles, actiones ficticiae; formulae s. actiones in ius, formulae s. actiones in factum (pag. 4) — Formulae s. actiones in personam, formulae s. actiones in rem; formulae s. actiones praeiudiciales; actiones in rem scriptae; actiones mixtae (pag. 22) — Formulae s. actiones certae, formulae s. actiones incertae (pag. 38) — Actiones bonae fidei, actiones stricti iuris (pag. 39) — Actiones in bonum et aequum conceptae (pag. 53) — Actiones arbitrariae (pag. 57) — Conditiones (pag. 72) — Actiones simplices, actiones duplices (pag. 78) — Actiones privatae, actiones populares (pag. 83) — Actiones rei persecutoriae, actiones poenales, actiones mixtae (pag. 97) — Actiones vindictam spirantes (pag. 107) — Actiones perpetuae, actiones temporales (pag. 112) — Sguardo complessivo finale (pag. 122).

SEZIONE SECONDA

**Procedimento in iudicio**

§ 23. Iudicia legitima e iudicia imperio continentia . . . . . » 124

Nozione — Importanza della distinzione (pag. 125).

- § 24. Corso del procedimento . . . . . Pag. 130  
 In generale — In particolare della prova (pagina 133) — Sentenza. Arbitratus e interlocutorie (pag. 139).
- § 25. La sentenza . . . . . » 152  
 Norme varie — Effetti (pag. 165).
- § 26. Soggezione del iudex ai termini della formula . . . . . » 174  
 Principio generale — Imperfezioni della formula (pag. 175) — Plus petitio (pag. 177) — Fatti posteriori alla litis contestatio (pag. 188) — Eccezioni deminutorie (pag. 191).
- § 27. Sorveglianza e poteri del magistrato in rapporto al iudicium . . . . . » 192  
 In generale — Translatio iudicii (pag. 193).
- § 28. Mezzi per diminuire i processi . . . . . » 201  
 In generale — Singoli mezzi (pag. 203).

## SEZIONE TERZA

**Esecuzione e rimedi  
 contro le sentenze**

- § 29. Esecuzione . . . . . » 215  
 Quadro generale — La venditio bonorum in particolare (pag. 218).
- § 30. Rimedi contro le sentenze . . . . . » 233  
 Enunciazione — Infinitio iudicati e revocatio in duplum — Intercessio (pag. 235) — Restitutio in integrum (pag. 236) — Appellatio (ivi).

## SEZIONE QUARTA

**Capacità a stare in giudizio**

- § 31. Le parti contendenti . . . . . Pag. 248  
 Terminologia -- Idoneità processuale (pag. 249).
- § 32. Rappresentanza . . . . . » 261  
 In generale — Cognitor e procurator (pag. 263) -- Oratores, advocati (pag. 293).
- Errata-Corrige* . . . . . » 301  
*Aggiunte all'Errata-Corrige del vol. I* . . . . . » 302

SEMINÁRNÍ  
Hl. práv.



KNIHOVNA  
oddělení

REV15

ÚK PrF MU



3129S04647