

14-C-444/2

BULLETTINO DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
APPENDICE AL VOLUME SECONDO

LA
RATIFICA DEGLI ATTI GIURIDICI

NEL
DIRITTO PRIVATO ROMANO

STUDIO

DEL
Dott. CESARE BERTOLINI

PROF. INCARICATO DI STORIA DEL DIR. ROM. NELLA R. UNIVERSITÀ DI PARMA

Inv. čis.: 523
Sign: 408

VOLUME II.

EMINÁRNÍ
Hisl.práv.



KNIHOVNA
oddělení

ROMA
L. PASQUALUCCI, EDITORE
1891

108-50



Koupi od M. Kvaček
Darem od _____
v Prů za Kčs 50.-
Inv čís: 33. 108
Sign: _____

SEZIONE SECONDA

DELLA RATIFICA PER PARTE DI UN TERZO *

§ 18.

Introduzione.

Quando taluno vuol fare un negozio giuridico per sé, senza l'*animus negotia aliena gerendi*, basta generalmente per questo negozio la sua sola volontà. Vi sono però certi casi nei quali è necessario che alla volontà dell' agente venga in aiuto quella di un' altra persona. Noi dobbiamo

* Alla Bibliografia esposta a principio del volume primo devono aggiungersi: Bekker *Pandekten* vol. 2 Weimar 1890 pagg. 219-230 e Cogliolo *Tratato teorico e pratico dell' amministrazione degli affari altrui* Firenze 1890 specie vol. 1 pagg. 435-455 e vol. 2 pagg. 168-184. Come si sa, queste opere furono pubblicate posteriormente al nostro primo volume. Approfittiamo di tale avvertimento per riparare a due dimenticanze, nelle quali siamo incorsi esponendo la Bibliografia speciale. Dovevansi citare anche Labbé *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d' un gérant d' affaires* Paris 1856 e De Crescenzo *La dottrina della conferma e della ratifica degli atti nulli per difetto di forma secondo il Codice civile italiano* Napoli 1885. Queste due monografie si occupano principalmente del diritto civile; contengono però importanti osservazioni anche pel diritto romano.

considerare l'ipotesi che il negozio sia stato compiuto senza il concorso della volontà del terzo e questi dichiarati di approvarlo. Esamineremo anzitutto in quali atti la dichiarazione di approvazione abbia efficacia, e quale; in secondo luogo, determinati gli atti in cui la dichiarazione di approvazione ha efficacia, vedremo che requisiti deve avere affinché valga giuridicamente, quali sieno cioè i requisiti di una valida ratifica per parte di un terzo. Nella prima ricerca, allo scopo di riuscire chiari ed ordinati, distingueremo gli atti richiedenti il consenso di un estraneo per ragioni subbietive, dipendenti dalla persona dell' agente, dagli atti richiedenti un tale consenso per ragioni obbiettive, perchè l' agente dispone di un oggetto patrimoniale altrui.

§ 19.

A. Atti richiedenti il consenso di un terzo per ragioni subbietive.

Tutti sanno come il senatoconsulto Macedoniano avesse proibito di dar denaro a mutuo ad un figlio di famiglia. Vi erano però taluni casi in cui il senatoconsulto non trovava applicazione, e fra essi quello che il mutuo fosse seguito col volere del *paterfamilias*; eccezione pienamente logica e giustificata, purchè si pensi ai motivi del divieto, agli inconvenienti cui voleva por riparo.

L'adesione del padre sottraeva l'obbligazione al senatoconsulto in qualunque modo fosse avvenuta, sia che si fosse trattato di *iussus*, di *mandatum*, di semplice *voluntas*; anche la *scientia patris* era sufficiente.

Ma che si deve dire se il mutuo si fosse contratto senza

il volere del padre e questi lo avesse poscia approvato? Valeva il consenso posteriore come l'adesione precedente? Nel diritto giustiniano certamente sì. Giustiniano nella L. 7 pr. *ad Senatuscons. Maced.* 4. 28 afferma in modo esplicito, che intervenendo la ratifica del padre il contratto si reputa compiuto sin da principio col consenso di questo, e perciò è pienamente valido dal momento in cui fu concluso.

Si filius familias citra patris iussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum habuerit contractum, veterum ambiguitatem decidentes sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandato filius familias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse huiusmodi contractum, cum testimonium paternum respuere satis iniquum est. necesse est enim patris ratihabitionem principali patris mandato vel consensui non esse absimilem, cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitione retrorsus trahitur et confirmat ea ab initio quae subsequuta sunt. et haec quidem de privatis hominibus sancienda sunt. *D. XII k. Aug. Lampadio et Oresta vv. cc. cons.* [a. 530] (1).

(1) Cfr. § 1 della stessa legge: "Sin autem miles filius familias pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato vel consensu vel voluntate vel ratihabitione patris, stare oportet contractum, nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae vel ubi consumptae sunt. in pluribus enim iuris articulis filii familias milites non absimiles videntur hominibus qui sui iuris sunt... ,".

Le espressioni generali in fine del testo saranno da noi esaminate più opportunamente che non qui, nella terza sezione del presente lavoro. Non tardiamo invece a notare che dalle parole stesse della costituzione si vede come vi fosse stata disputa fra giureconsulti circa l'assegnare all'approvazione posteriore del padre il valore che Giustiniano in via assoluta e decisa le attribuisce. L'imperatore dice che pone fine all'*ambiguitas veterum* che *testimonium paternum respuere satis iniquum est*, alludendo così ad una opinione la quale non ammetteva che il padre potesse efficacemente ratificare il contratto del figlio. Nelle fonti, all'infuori della testimonianza espressa di Giustiniano, non ci è dato trovar traccia della controversia. Incontriamo soltanto tre testi, due di Ulpiano ed uno di Paolo, in accordo colla disposizione giustiniana: L. 7 § 15, L. 9 § 3 e L. 16 D. *de Senatuscons. Maced.* 14. 6.

Il primo testo, tolto dal libro 29 del *Comm. ad. ed.* di Ulpiano, afferma che il senatoconsulto non trova applicazione qualora il padre abbia cominciato a pagare ciò che il figlio ha preso a mutuo, presumendosi che col pagamento parziale abbia voluto ratificare.

Hoc amplius cessabit senatusconsultum si pater solvere coepit quod filius familias mutuum sumpserit, quasi ratum habuerit.

La supposizione di Huschke (2), che in fine di questo frammento siano state cancellate dai compilatori delle pa-

(2) *Die Lehre des röm. Rechts vom Darlehn u. den dazu gehörigen Materien* Stuttgart 1882 pag. 160.

role che si riferivano alla questione più remota dell'efficacia della ratifica del padre, è affatto gratuita.

La seconda legge è tratta del pari dal libro 29 del *Comm. ad. ed.* di Ulpiano. Il giureconsulto, dopo aver detto in questa legge come l'*exceptio Senatusconsulti Macedoniani* competa non solamente al figlio ed al padre ma eziandio al fideiussore ed al suo mandante, soggiunge che però non vi è luogo al senatoconsulto se questi ultimi sono per avventura intervenuti coll'animo di donare; e termina dicendo che anche se non sono intervenuti coll'intenzione di esercitare una liberalità non vi è luogo al senatoconsulto quando il padre abbia aderito al loro intervento, ritenendosi in tal caso approvato totalmente il contratto da quest'ultimo.

Non solum filio familias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque et mandatori eius qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt: tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatusconsultum locum non habebit. sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus.

Infine la L. 16, di Paolo lib. 4 *responsorum*, dice, che se un figlio di famiglia essendo assente il padre abbia dichiarato di prendere il denaro a mutuo quasi per mandato di lui e gli abbia poscia scritto che paghi quel denaro nella provincia in cui si trova, il padre, se non approva ciò che ha fatto il figlio, deve manifestare immediatamente la sua contraria volontà.

Si filius familias, absente patre, quasi ex mandato eius pecuniam acceperit, cavisset et ad patrem litteras emisit, ut eam pecuniam in provincia solveret, debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis.

Si capisce chiaramente che se il padre, date le circostanze della legge, non esterna la sua disapprovazione dell'atto del figlio, si ritiene che lo abbia ratificato, ed il senatoconsulto non trova applicazione.

È importante apprezzare bene tutte le circostanze della L. 15. Notava già il Donello (3):

Merito Paulus hoc silentium patris pro ratihabitione habet non propter acceptas et lectas litteras de pecunia filio data, ut Bartolus putavit. Unusquisque enim litteras accipit et legit, ut cognoscat quae in his scripta sunt, non etiam ut quae scripta sunt probet. Sed quod cum in superiore specie solus scire possit pater, an filius sit mentitus de mandatu patris, si rogatus de eo tacet, dolo facit et aperte mendacio filii favet in necem creditoris, qui admonitus adversus filium sibi prospicere potuit. Ut in caeteris rebus nulli dolus suus lucrosus esse potest, sic in hac re nocere debebit patri, non prodesse vel ipsi vel filio. Proinde et quod ambiguum factum videri potest, sic accipiemus ut ipsi noceat.

(3) *Comm. de iure civili* lib. 12 cap. 27 nr. 10 (*Opp. omnia* vol. 3 col. 719).

Con questo il Donello fa giustamente valere l'importanza della frase *quasi ex mandato eius (patris)*. Non si deve dedurre dalla L. 16 che cessi il divieto ogniqualvolta il padre, essendo stato informato dal figlio, non abbia tosto protestato. Eppure le parole del Donello non valsero ad impedire che ciò fosse erroneamente asserito da scrittori a lui posteriori, anche fra i moderni. Così dicasi del Glück (4), del Savigny (5), del Sintenis (6), del Vangerow (7), i quali citano la L. 16 accanto alla L. 12, relativa al caso in cui il padre sa che il figlio sta per contrarre il mutuo e non fa opposizione (8).

Pel matrimonio dei figli di famiglia si richiedeva il consenso del *paterfamilias*.

L. 2 D. *de ritu nupt.* 23. 2.

Paulus *lib. triges. quinto ad edictum.*

Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt, quorumque in potestate sunt.

Il consenso del padre doveva precedere l'unione matrimoniale.

pr. I. *de nuptiis* l. 10.

Iustus nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui

(4) *Erläut. der Pand.* vol. 14 pag. 333.

(5) *System d. heut. röm. Rechts* vol. 3 pag. 251.

(6) *Das prakt. gem. Civilrecht* vol. 2 pag. 253 n.ª 51.

(7) *Lehrbuch d. Pand.* vol. 1 pag. 456.

(8) Agli scrittori testè nominati si aggiungano i seguenti autori di monografie speciali: Besier *Dissert. acad. de ratihabitione* pag. 30, 31, Loebenstern *De Senatusconsulto Macedoniano* Marburgi 1828 pag. 36, Graebe *Die Lehre des Verzichts nach den Quellen bearbeitet* Kassel 1843 pag. 14.

secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, foeminae autem viri potentes, sive patres familias sint, sive filii familias, dum tamen filii familias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum ut iussum parentis praecedere debeat.

Il matrimonio concluso dal figlio di famiglia senza il volere paterno era nullo.

§ 12. I. h. t.

Si adversus ea quae diximus aliqui coierint, nec vir nec uxor nec matrimonium nec dos intelligitur...

L. 18 D. *de ritu nuptiarum* 23. 2.

Iulianus *lib. sexto decimo digestorum*.

Nuptiae inter easdem personas nisi volentibus parentibus renovatae iustae non habentur (9).

L. 11. D. *de statu hominum* 1. 5.

Paul. *lib. octavo dec. responsorum*.

Paulus respondit eum, qui vivente patre et ignorante de coniunctione filiae conceptus est, licet post mortem avi natus sit, iustum filium ei ex quo conceptus est esse non videri.

Ad onta di tali testi, alcuni scrittori sostengono che se il padre non aveva acconsentito al matrimonio, questo tuttavia non era nullo. Essi invocano per tale loro opinione :

(9) Cfr. L. 7 C. *de nuptiis* 5. 4.

Paul. *R. S.* 2. 19. 2.

Eorum qui in potestate patris sunt sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur; sed contracta non solvuntur... (10).

Ma è ben facile mostrare come questo frammento non infirmi punto quanto sopra si disse (11). Basta confrontarlo con un altro passo di Paolo, pure delle *Receptae Sententiae*, 5. 6. 15, dove si legge :

Bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit...

Con questo confronto è chiaro che le parole di Paolo nel primo passo non significano già che sia valido il matrimonio concluso senza il consenso del padre, ma bensì che le *nozze legittimamente contratte* non possono sciogliersi per volere di quest'ultimo. Il giureconsulto si riferisce con ciò alla facoltà che prima di Antonino aveva il *paterfamilias* di sciogliere a suo piacimento il matrimonio della figlia rimasta ad onta delle nozze sotto la sua *potestas*. Intendendo il passo come fanno gli scrittori cui sopra accennammo, esso si trova in contraddizione non solamente coi testi dei giureconsulti contemporanei, ma anche con un altro testo dello stesso Paolo, la L. 11 D. *de statu hominum* 1. 5, dianzi trascritta,

(10) I frammenti della giurisprudenza antegiustiniana sono citati secondo l'ultima edizione di Huschke *Iurispr. anteiust.*

(11) E pertanto non è il caso di pensare ad una corruzione del testo, come fanno alcuni, fra cui Weber *Systemat. Entwickl. d. Lehre v. d. natürl. Verbindlichkeit u. deren gerichtl. Wirkung* 5 ed. Leipzig 1825 pag. 269.

dalla quale risulta che i figli concepiti in nozze concluse senza il consenso paterno, sebbene nati dopo la morte dell'avo, non sono tuttavia legittimi.

Se il padre consentiva all'unione matrimoniale dopo che era seguita, solo da quel momento si avevano valide nozze con tutti i relativi effetti. Ora poichè, sparite le antiche formalità, a dar vita ad un valido matrimonio bastava la convivenza colla *maritalis affectio*, è chiaro che nel consenso posteriore del padre non si può scorgere una vera e propria ratifica di un atto precedente, bensì l'adesione ad un nuovo atto, il quale data appunto dal momento in cui quest'ultima ha luogo.

Quello che abbiamo detto circa la volontà posteriore del padre, è fondato sui testi che ora esponiamo:

L. 68 D. *de iure dotium* 23. 3.

Papinianus *libro decimo quaestionum*.

Dotis promissio non ideo minus valebit, quod ignorante initio patre nuptiae non fuerint, si postea consenserit, cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam condicionem accipiat....

L. 14 [13] § 6 D. *ad leg. Iul de adult.* 48. 5.

Ulpianus *lib. secundo de adulteriis*.

Si quis uxorem suam velit accusare dicatque eam adulterium commisisse antequam sibi nuberet, iure viri accusationem instituere non poterit, quia non, cum ei nupta est, adulterium commisit. quod et in concubina dici potest, quam uxorem quis postea habuit, vel in filia familias, cuius coniunctioni pater postea consentit.

Nel primo testo si legge che la promessa di dote relativa ad una figlia di famiglia la quale abbia preso marito senza il consenso paterno, e perciò senza che sieno sorte valide nozze, ha efficacia se il padre poscia consente perchè, argomenta il giureconsulto, nella promessa di dote è sottintesa la condizione di un futuro matrimonio.

Nella L. 14 § 6 vediamo come il marito non potesse *iure viri* accusare di adulterio la moglie per fatti anteriori al momento in cui il padre di questa aveva consentito all'unione matrimoniale, giacchè in quel tempo, lo dice chiaramente Ulpiano, non era sua moglie.

Nè una testimonianza in senso contrario circa la volontà posteriore del padre si può ritrovare in un passo di Ulpiano, relativo alle nozze contratte entro il tempo del lutto.

L. 13 pr. D. *de his qui not. inf.* 3. 2.

Ulpianus *lib. sexto ad edictum*.

Quid ergo si non ducere sit passus, sed posteaquam duxit ratum habuerit? ut puta initio ignoravit talem esse, postea scit? non notabitur. praetor enim ad initium nuptiarum se rettulit.

Questo brano nell'opera originale di Ulpiano doveva esser preceduto dall'altro che nella compilazione giustiniana forma il § 4 della L. 11 h. t.

Notatur etiam qui eam duxit, sed si sciens: ignorantia enim excusatur non iuris, sed facti. excusatur qui iussu eius, in cuius potestate erat, duxerit. et ipse qui passus est ducere, notatur, utrumque recte: nam et

qui obtemperavit venia dignus est et qui passus est ducere, notari ignominia.

Nella fattispecie della L. 13 pr. il matrimonio è seguito fin da principio col consenso del *paterfamilias*. Il « si non ducere sit passus » va inteso con riguardo alla materia particolare di cui si tratta; non si deve dimenticare cioè che l'oggetto è *mulierem intra tempus luctus*. L'esempio che porta il giureconsulto lo conferma:

ut puta initio ignoravit talem esse (e non *nuptias* o simili), postea scit.

Abbiamo visto come la L. 13 pr. non contraddica punto agli altri testi sull'approvazione posteriore del *paterfamilias*. Non è quindi il caso di ricorrere col Gregory (12) all'*extremum auxilium*:

sed quum tam aperte aliae leges ratihabitionem excludant, haec lex nullo modo nos movere potest ut in contrarias partes pedibus eamus.

Mentre pel diritto antegiustiniano quasi tutti gli scrittori ammettono che l'approvazione posteriore del padre non faceva sorgere un valido matrimonio che dal momento in cui fosse intervenuta, pel diritto giustiniano parecchi autori antichi affermano che all'approvazione posteriore del padre si diede il valore di una vera e propria ratifica, per la quale il matrimonio si reputava *ab initio* validamente

(12) *Op. cit.* pag. 53.

contratto; ed anche fra i moderni tale opinione ha trovato seguaci (13). Essa è basata principalmente sulle espressioni generali di Giustiniano, già altra volta menzionate,

omnis ratihabito retrorsus trahitur et confirmat ea ab initio quae subsecuta sunt
sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet in quibus contracta sunt

delle LL. 7 pr. C. *ad SC. Maced.* 4. 28 e 25 § 2 C. *de donat. inter virum et ux.* 5. 16.

Siccome dovremo interpretare completamente quest'ultimo testo nella terza sezione del nostro lavoro, perchè contempla un caso di ratifica di atti propri, e ad esso si riferisce la L. 7 pr. nelle sue espressioni relative alla forza retroattiva della *ratihabito*, così rimettiamo a quel punto l'esame della dottrina dianzi accennata, limitandoci ora ad affermare che, a parer nostro, anche nel diritto giustiniano il consenso posteriore del *paterfamilias* non rendeva le nozze valide che dal momento in cui interveniva.

(13) Pacius *Comm. ad Instit.* lib. 1 tit. 10 pr., Ianus a Costa *Comm. ad Instit.* eod., Heroldt *Tractatus novus de iure ratihab. seu ratif.* pag. 74, Holler *Disput. inaug. iurid. de ratihabitione* pagg. 20, 21, Heineccius ad Vinnii *Comm. ad Instit.* eod., Leyser *Meditationes ad Pandectas* spec. 291 med. 4, G. L. Boehmerus [resp. Aug Würffel] *Dissert. de necess. parentum consensu in nuptiis liberorum cum legitimorum tum legitimatorum in Electa iuris civilis* Gott. 1747-48 vol. 1 ex. 16, Reitz *Dissert. de ratihabitione* pag. 47 e segg., Besier *Dissert. acad. de ratihabitione* pagg. 32, 33, Thibaut *System des Pandektenrechts* vol. 2 pag. 34, Schweppe *Das röm. Privatrecht in seiner heut. Anwend.* vol. 4 pag. 215, Busse *De ratihabitione* pagg. 52-54, Polignani *La dottrina della ratihabito* pag. 31, Ceneri *Lezioni su temi del ius familiae* Bologna 1881 pagg. 86, 87.

È noto come per diritto romano all'impubere fosse concesso di compiere da sé quegli atti che tendevano a migliorare la sua posizione giuridica, non così quelli che potevano portar nocimento. Per tali negozi era necessario che alla volontà dell'impubere si aggiungesse quella del tutore.

L'intervento del tutore doveva verificarsi *in ipso negotio*; dopo non era più efficace.

§ 2 I. *de auctor. tut.* l. 21.

Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. post tempus vero aut per epistulam interposita auctoritas nihil agit.

Naturalmente il tutore poteva prestare la sua *auctoritas* ad un nuovo negozio di contenuto identico al primo invalido, il quale negozio giungeva a formarsi purché si ripresentassero gli altri elementi necessari; ma in questo nessuno vorrà certo ravvisare una ratifica dell'atto precedente.

Diversamente correva la cosa riguardo al minore pubere. Anch'egli per certi atti aveva bisogno della volontà del curatore, ma questi poteva aderirvi efficacemente anche dopo che erano stati compiuti. L'approvazione posteriore si retrotraeva al momento in cui il minore aveva agito; non si formava un nuovo negozio, ma si riparava alle deficienze del primo. In tal caso abbiamo quindi una vera *ratihabitio*. Questo non è espressamente detto nelle fonti; tuttavia non dubitano di ammetterlo i migliori pandettisti, e con pieno convincimento ci associamo a loro. In-

fatti il carattere dell'intervento del curatore era ben diverso da quello dell'intervento del tutore. Il tutore partecipava integralmente all'atto del pupillo, ne completava la capacità; l'adesione sua era un *actus legitimus* — *interpositio auctoritatis* —, era un elemento essenziale del negozio che si compiva. Il curatore invece non completava la persona dell'agente, dava un semplice *consensus*, che non era parte integrante dell'atto, non richiedeva speciali formalità (14).

§ 20.

B. Atti richiedenti il consenso di un terzo per ragioni obiettive.

Per ragioni obiettive si richiede il consenso di persona diversa dall'agente quando questi compie atti di disposizione relativamente all'altrui patrimonio. Noi supponiamo che tali atti sieno stati compiuti senza il consenso dell'avente diritto e questi poscia li approvi; supponiamo di più, come si disse in generale al principio della presente sezione, che l'agente non abbia avuto l'animo di compiere affari altrui, ma abbia agito per proprio conto, nel proprio interesse; non entriamo cioè nel campo della vera e pro-

(14) Naturalmente poi va distinto il caso che il minore avesse agito colla riserva dell'adesione del curatore. In tal caso vi era un *pactum de contrahendo*: l'atto, conforme all'intenzione delle parti, diventava perfetto soltanto colla prestazione del consenso da parte del curatore. Cfr. Seuffert. *Op. cit.* pag. 102.

pria *negotiorum gestio* di cui ci siamo già occupati nella prima sezione del nostro lavoro (1).

Ha efficacia il consenso posteriore dell' avente diritto? e quale?

Per risponder bene a ciò, bisogna distinguere il rapporto esterno dal rapporto interno.

Quanto al primo, è certo anzitutto che coll' approvazione dell' avente diritto l' atto cessa di essere illegale e produce i suoi effetti normali, come se fosse stato compiuto coll' autorizzazione di quello.

Di più, il negozio si reputa compiuto sin da principio con la detta autorizzazione, vale a dire anche qui la ratifica ha efficacia retroattiva, talchè gli effetti normali si ritengono prodotti *ab initio*. Che il principio della retroattività non debba però condurre alla lesione dei diritti acquistati da altri nel tempo intermedio, lo si capisce da sé. E pertanto se ad esempio A ipoteca la cosa di X successivamente a B ed a C, X in seguito la ipoteca in favore di D e poscia ratifica le due ipoteche costituite da A, i creditori si troveranno in questo ordine: primo D, secondo B ed ultimo C. In forza del principio che rimangono impregiudicati i di-

(1) Non è difficile vedere come sia estraneo alle presenti ricerche il caso della costituzione di una servitù prediale quando vi sieno più proprietari *pro indiviso* del fondo serviente e non acconsentano tutti contemporaneamente. Qui non si può dire che colui il quale aderisce alla costituzione della servitù dopo di un altro comproprietario ne ratifichi l' operato. Egli non concede quello stesso che l' altro ha accordato, ma bensì una cosa nuova, consente per la sua parte intellettuale. E quegli che consente alla costituzione della servitù prima di lui, non ha disposto illegalmente di una cosa altrui, come nei casi che studiamo, bensì ha legittimamente disposto di una cosa propria, della sua porzione intellettuale.

ritti dei terzi sorti *medio tempore*, se nel nostro esempio X non ratifica contemporaneamente le due ipoteche costituite da A, ma prima ratifica quella in favore di C, poscia quella in favore di B, l' ipoteca in vantaggio di C, quantunque costituita dopo l' altra in vantaggio di B, avrà la precedenza.

Come mediante la *ratihabitio* derivino gli effetti normali del negozio, è detto chiaramente nelle fonti per l' acquisto del diritto di proprietà.

L. 38 D. *de donat. inter vir. et ux.* 24. 1.

Alfenus *lib. tert. digest. a Paulo epitomat.*

pr. Servus communis viri et fratris eius puerum donavit uxori fratris: pro qua parte is servus qui donasset viri esset, pro ea parte munus non esse factum mulieris respondit.

§ 1. Idem iuris erit, si ex tribus fratribus unus uxorem haberet et rem communem uxori donasset: nam ex tertia parte mulieris res facta non est, ex duabus autem partibus reliquis, si id scissent fratres aut posteaquam donata esset ratum habuissent, non debere mulierem reddere.

La ragione per la quale la donna non diviene proprietaria esclusiva della cosa sta nel divieto di donare fra coniugi. Ma ciò ora non ci interessa. Quello che ci importa notare si è che in seguito alla ratifica dei fratelli del donante la donna acquista la proprietà delle loro porzioni.

Anche dell' acquisto del diritto di pegno mediante *ratihabitio* del proprietario, troviamo fatta espressa affermazione nelle fonti.

L. 20 pr. D. *de pignerat. act.* 13. 7.

Paulus *lib. viges nono ad ed.*

Aliena res pignori dari voluntate domini potest: sed et si ignorante eo data sit et ratum habuerit, pignus valebit.

Aggiungasi la

L. 7. C. *si aliena res pign. data sit* 8. 15 [16].

Impm. Dioclet. et Maxim. Corneliae.

Si in rem suam accepta pecunia mutua tutor mancipium tuum pignori dedit nec huic post perfectam aetatem consensum accomodasti, pignori res obligari non potuit. S. VI kal. Ian. AA. cons. [a 293].

Non di rado (2) a proposito dell'acquisto del diritto di pegno mediante ratifica del proprietario viene citata anche la

L. 21 pr. D. *de pignor. et hypoth.* 20. 1.

Ulp. *lib. septuages. tert. ad ed.*

Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore vel ratam habente me conventionem vel mandante, quasi inter me et colonum meum convenisse videtur.

Ma questo passo non ha qui a che fare. L'erronea citazione è evidentemente prodotta da una lettura troppo affrettata. La ratifica di cui parla il testo è prestata dal

(2) Così anche nella buona monografia speciale del Mencke *De rebus a non domino obligatis* Berolini 1868 pag. 28 e nella *Dottrina della Ratihabitio* del Polignani pag. 70.

locatore, a vantaggio del quale avviene la costituzione di ipoteca (3).

Tutti sanno come nelle fonti più volte si trovi affermato che ratificando il creditore il pagamento fatto ad altri senza autorizzazione, il debitore rimane liberato.

L. 49 D. *de solut. et liber.* 46. 3.

Marcianus *lib. singul. ad form. hypoth.*

Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. sed et si iussu eius alii solvatur, vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam cui donaturus erat, absolvi debet. ratam quoque solutionem si creditor habuerit, idem erit . . . (4).

La forza retroattiva è chiaramente affermata nella

L. 16 § 1 D. *de pignor. et hypoth.* 20. 1.

Marcianus *lib. singul. ad formul. hypoth.*

Si nesciente domino res eius hypothecae data sit,

(3) Invece è relativa a questo punto da L. 5 § 2 D. *in quib. caus. pign.* 20. 2, che quanto prima esamineremo.

Si assimilava alla ratifica il fatto del proprietario di aver lasciato ipotecare la cosa sua a vantaggio di una persona la quale ignorava che essa non apparteneva al costituente l'ipoteca.

Il Regelsberger (*Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte* Erlangen 1859 pag. 22) dice che la convalescenza della costituzione di ipoteca di cosa altrui, mediante acquisto della proprietà da parte del costituente o dei suoi eredi, si basa sopra una finta ratifica; siccome il rifiuto di ratificare da parte di queste persone sarebbe un'azione dolosa, così il diritto positivo ha fatto derivare senz'altro dall'acquisto della proprietà gli effetti della *ratihabitio*.

(4) Cfr. L. 12 C. *de solut. et liber.* 8. 42 [43].

deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est hoc ipsum (l. ipso) quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit. voluntas autem fere eorum domum servabitur, qui et pignori dare possunt.

Così questa legge, come le altre relative alla costituzione di ipoteca che abbiamo esposte, parlano in termini generali. Nulla si riscontra in esse che ci obblighi ad ammettere l'*animus negotia aliena gerendi* nel disponente; e perciò si possono applicare le decisioni contenute in tali testi anche al nostro caso.

Della riserva dei diritti dei terzi sorti *medio tempore* vogliono in generale gli scrittori trovare un'espressa attestazione nella L. 16 § 1, e precisamente nell'ultima parte

voluntas autem fere eorum demum servabitur qui et pignori dare possunt.

Da queste parole dovrebbe risultare che se il proprietario nell'intervallo ha alienato od ipotecato la stessa cosa già da altri illegalmente ipotecata, non può più validamente ratificare l'ipotecazione fatta se ha alienata la cosa, può invece ancora prestare una valida ratifica se la ha soltanto ipotecata, ma l'ipoteca da lui direttamente costituita avrà la prevalenza.

Ora, se da un lato non dubitiamo punto dell'intangibilità dei diritti dei terzi sorti *medio tempore*, dall'altro non sappiamo vederla espressa nella L. 16 § 1. Quali parole accennano ad alienazione o costituzione di ipoteca da parte del proprietario? Già lo notammo trattando della

ratifica nella *negotiorum gestio*, e giova ripeterlo qui, il frammento di Marciano, a nostro parere, dice soltanto questo:

Se, data una cosa altrui in ipoteca ad insaputa del proprietario, questi poscia ratifica, si deve dire, che per ciò stesso che ratifica, vuole sia retrotratta la sua approvazione al momento in cui avvenne la convenzione relativa all'ipoteca. E tale volontà del proprietario viene rispettata; si rispetta il volere di coloro che essendo proprietari hanno (fra le altre) anche la facoltà di oppignorare le cose loro « qui et pignori dare possunt ».

Alla ridondanza di particelle che si riscontra nella seconda parte del testo « voluntas autem fere eorum demum », non deve essere estranea la mano dei compilatori o quella degli amanuensi (5).

Passiamo ora a dire del rapporto interno fra disponente ed avente diritto.

D'ordinario si legge che quest'ultimo ratificando acquista la facoltà di trattare il disponente come suo *negotiorum gestor*.

Il Seuffert (6) vorrebbe dedurre ciò dalla seconda parte della L. 16 § 1 cit. Il fatto — egli nota — che l'ipotecazione della cosa altrui avvenuta senza l'*animus negotia*

(5) Non riusciamo proprio a comprendere come il Girtanner (*De ratihab. neg. gest.* pag. 44) possa dire « agit hoc fragmentum (L. 16 § 1 cit.) de eo, quomodo res hypothecae obligata postea mutetur vel minor vel maior facta, veluti per alluvionem, qua in re an ratum habeam, an novam hypothecam contraham, sane est distinguendum ».

(6) *Op. cit.* pagg. 115, 116.

aliena gerendi, mediante la ratifica del proprietario acquista efficacia *ab initio*, si può spiegare solo ammettendo che il proprietario può trattare e tratta l'ipotecante come suo gestore; poichè il *dominus* nella *negotiorum gestio* ratificando si appropria la gestione *ab initio*, ecco come il diritto di pegno si finge sorto dal momento della relativa convenzione: questo è il significato della seconda parte del testo (7).

Abbiamo già detto ripetutamente come il frammento a nostro avviso si debba interpretare. Apparisce chiaro pertanto, che se nella sua seconda parte non sappiamo scorgere cenno della riserva dei diritti dei terzi, non possiamo nemmeno riscontrare in essa quanto vi trova il Seuffert riguardo al rapporto interno fra disponente ed avente diritto.

Ad onta di ciò, e quantunque in generale manchino testimonianze espresse delle fonti, non dubitiamo di aderire alla *communis opinio*, in questo che l'avente diritto ratificando può considerare il disponente come suo *negotiorum gestor*. Ma non si deve poi dire, a nostro avviso, che ciò si verifica sempre, inevitabilmente, in seguito alla *ratihabitio* (8). Convien distinguere con quale animo questa fu prestata ed in quali circostanze. Come l'autorizzazione

(7) Esponemmo già questa interpretazione a pagg. 71, 72 del vol. I, per mostrare che il Seuffert, giustamente in ciò, non vede espressa nella seconda parte della L. 16 § 1 cit. la riserva dei diritti dei terzi.

(8) Così Seuffert *Op. cit.* pag. 113 "Ertheit daher der Eigenthümer zu einer Veräußerung seines Rechts seine nachträgliche Einwilligung, so hat das keinen anderen Sinn, als dass er den Veräußerer, obwohl dieser nicht Geschäftsführer sein wollte, doch als solchen behandeln will, und es gelten daher für die Einwilligung in diesem Falle dieselben Grundsätze welche für die Genehmigung der Gestio gelten ..."

precedente ad atti di disposizione circa il proprio patrimonio può avere scopi giuridici diversi, può aver luogo, ad esempio, per rendere possibile a colui al quale viene conferita l'esecuzione di un mandato, o invece può essere prestata con la intenzione di donare, di adempiere una promessa, etc., così dicasi dell'autorizzazione posteriore contenuta nella ratifica. Suppongasi, ad esempio, che Tizio venda senza autorizzazione una cosa di Caio a Sempronio e Caio ratifichi unicamente allo scopo di liberare in tal guisa Tizio dal regresso *ex evictione*. In questo caso il rapporto fra Tizio e Caio non sarà regolato dai principi della *negotiorum gestio*, ma da quelli della donazione. Si immagini invece, che, avendo Tizio venduto arbitrariamente una cosa di Caio, questi comperi un oggetto a Tizio appartenente e si convenga che debba tener luogo di prezzo della vendita la ratifica da parte di Caio della prima alienazione. Qui evidentemente dovranno valere non già le norme della *negotiorum gestio*, bensì quelle della compravendita. Del resto non vi ha dubbio che l'intenzione da parte dell'avente diritto di trattare ratificando il disponente come suo *negotiorum gestor* è la normale, e perciò si deve presumerla quando un'altra non si presenti (9).

§ 21.

Requisiti.

Anche in questa forma la ratifica è un atto unilaterale; non richiede accettazione da parte alcuna.

(9) Su ciò bene Monroy *Die vollmachtstlose Ausübung fremder Vermögensrechte* pagg. 69-71.

Quale atto della volontà deve averne i requisiti.

Non è necessaria una forma speciale. Come gli altri atti della volontà pei quali non è richiesta una forma particolare, la ratifica, anche qui, può seguire, anziché in modo espresso, per via di atti concludenti. Pei negozi richiesti il consenso di un terzo per ragioni subbiettive abbiamo visto esempi di ratifica mediante *acta concludentia* a proposito del mutuo passivo di denaro contratto dal *filiusfamilias*. Per negozi nei quali il consenso di un terzo è richiesto da ragioni obiettive un esempio di ratifica mediante *acta concludentia* abbiamo nella

L. 5 § 2 D. *in quib. caus. pign.* 20. 2.

Marcianus *lib. singul. ad formul. hypothec.*

Si quis fideiubeat, cum res illius a debitore pro quo fideiussit pignori data sit, bellissime intelligitur hoc ipso quod fideiubeat, quodammodo mandare res suas esse obligatas. sane si postea sint eius res hypothecae datae non erunt obligatae.

Che il giureconsulto presupponga nel fideiussore la conoscenza dell'ipotecazione della cosa sua ci sembra non possa punto mettersi in dubbio. Come si può dire che taluno consente tacitamente ad un dato negozio, ne ignora l'esistenza?

Il Dernburg (1), il quale pure così pensa, vorrebbe trovare accennata nel frammento tale conoscenza, e precisa-

(1) *Das Pfandrecht nach den Grunds. d. heut. röm. Rechts* Leipzig 1860-64 vol. 1 pagg. 188, 189.

mente nell'uso del congiuntivo (« data sit »), anziché dell'indicativo. Ciò mostra, per adoperare le sue parole

dass es sich nicht von einem äussern Zusammentreffen, sondern einer innern Gedankenverbindung, nicht von einem *nachdem*, sondern einem *obgleich* handelt.

Ma questo ci sembra assai più sottile che convincente. A parer nostro, all'uso del congiuntivo non va attribuito un valore speciale. Piuttosto si potrebbe porre in rilievo l'espressione *mandare* usata da Marciano, la quale implica la conoscenza.

SEZIONE TERZA

DELLA RATIFICA DI ATTI PROPRI

§ 22.

Introduzione.

Non è il caso di parlare di ratifica quando si ha un atto pienamente valido, giacchè in tal caso è indifferente che l'autore del medesimo dichiari o no di approvarlo; l'atto produce senz'altro i suoi effetti.

Nei negozi validi può aver luogo una dichiarazione dell'autore del negozio di riconoscerlo. Questa dichiarazione può esser fatta coll'animo di assicurare o render più facile la prova — ad esempio, avendo io ceduto a taluno un credito, poscia, per iscritto, o dinanzi a testimoni dichiaro di averlo ceduto —, o può esser fatta, e questo soltanto relativamente a negozi obbligatori, coll'intenzione di dar vita ad un *constitutum*. Ambedue questi atti sono diversi

dalla ratifica. Il primo produce soltanto effetti processuali, mentre la *ratihabitio*, come vedremo fra breve, opera nel campo del diritto materiale. Il *constitutum* poi presuppone un' obbligazione valida, mentre la ratifica si applica a negozi invalidi; di più il *constitutum* è un atto bilaterale, la ratifica, anche in questa forma, un atto unilaterale (1).

Dalla *ratihabitio* va distinta pure la novazione. Questa estingue l' obbligazione esistente e ne sostituisce una nuova, mentre la *ratihabitio* non ha lo scopo di distruggere, bensì di conservare l' atto precedente; per questo la scuola formulò la massima

confirmatio nihil novi dat, sed quod adest tantum corroborat.

Aggiungasi, come dicemmo nel confronto col *constitutum*, che la novazione è un atto bilaterale, la ratifica una dichiarazione di volontà unilaterale.

E nemmeno va confusa colla *ratihabitio* la ripetizione di un dato negozio. Ricordiamo a tale proposito come fra i vari casi nei quali non trovava applicazione il senatoconsulto Velleiano vi fosse quello che la donna dopo due anni avesse ripetuta l' *intercessio*. Si trattava di una se-

(1) Non ha fatto bene pertanto il Bähr *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* 2 ed. Cassel u. Gött. 1867 pag. 189 e segg. a comprendere nel suo lavoro casi di ratifica. Può darsi che *constitutum* e *ratihabitio* si riuniscano in un solo atto, ma per questo non cessano punto di essere due istituti diversi. Cfr. Seuffert *Op. cit.* pag. 118. Vedi anche Bruns *Kleinere Schriften* Weimar 1882 vol. 1 pagg. 233 e 290.

conda formale intercessione e non dell' approvazione della prima, come mostrano le parole della

L. 22 § 1 C. *ad SC. Vell.* 4. 29.

et tam *ex secunda cautione* sese obnoxiam facere, in quantum hoc fecit, quam pignus aut intercessorem utiliter dare (2).

E pertanto questa materia è estranea alle nostre ricerche (3).

Poichè la ratifica, nella forma che ora ci occupa, presuppone un atto invalido, conviene enunciare le varie specie di invalidità.

(2) Cfr. B. 26. 7 c. 86 “ Ἐὰν ἡ ἀντιφωνήσασα γυνὴ μετὰ δύο ἔτη τῆς ἀντιφωνήσεως εἰς δεύτερον ἐπερωτηθῆ... „ (Si mulier quae interecessit post biennium ab intercessione denuo promiserit...) ed. di Heimbach vol. 3 pag. 145. Vedi anche N. 61 c. 1 § 1 “ Ἄλλ' ὥσπερ ἐπὶ τῶν ἰντερκεσσιόνων ἐγράψαμεν τὸ δεῖν διετοῦς ὕστερον χρόνου παρ- ἰόντος αὐθις ἑτέραν δμολογίαν γράψαι... „ (Sed sicuti in intercessionibus scripsimus, biennio post haec praeterlapso aliam rursus scribendam esse confessionem...) ed. di Schöll.

(3) Così opinano anche Glück *Erläuterung der Pandekten* vol. 15 pag. 16, Agricola *De ratihabitione* pagg. 22 e 39, Girtanner *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht* Jena 1850-51 pagg. 347, 348, Beckhaus *Ueb. die Ratihab. der Rechtsgeschäfte* pagg. 30, 31. Di rinnovazione della *intercessio* parlano pure Hofmann nella *Linde's Zeitschrift* vol. 14 pag. 270, Puchta *Pandekten* 12 ed. pag. 588 e *Institutionen* 9 ed. vol. 2 pag. 377, Vangerow *Lehrb. d. Pand.* vol. 3 pag. 152, Fuhr nell' *Archiv f. die prakt. Rechtsw.* vol. 2 pag. 80 n.° 8, Holzschuher *Theorie u. Casuistik des gem. Civilrechts* vol. 3. pag. 1028, Schupfer *Il diritto delle obbligazioni* pag. 62, Arndts-Serafini *Pandette* vol. 2 pag. 454, Windscheid nell' *Archiv. f. d. civ. Praxis* vol. 32 pag. 319 e *Lehrb. d. Pand.* vol. 2 pag. 886.

Pur apprezzando assai gli ultimi studi sull' argomento (4), noi seguiamo a distinguere: rescindibilità, nullità relativa (rispettiva, indecisa, condizionale), nullità assoluta.

Tale distinzione ci sarà di guida nella seguente trattazione. Vedremo quali effetti produca l' approvazione degli atti rescindibili e relativamente nulli; esamineremo in secondo luogo se si possa parlare di una vera e propria ratifica di atti assolutamente nulli. Determinato così a quali negozi propri la *ratihabitio* possa applicarsi, ne esporremo i requisiti.

§ 23.

A. Atti rescindibili e atti relativamente nulli.

L' atto rescindibile ha efficacia giuridica, produce regolarmente i suoi effetti finché non venga annullato. È chiaro che se la persona alla quale compete il diritto di impugnarlo lo approva, essa rinuncia con ciò ad un tale diritto. L' atto si considera come se mai fosse stato rescindibile; gli effetti già prodotti si conservano ed è lasciato sicuro corso agli effetti futuri. L' approvazione viene per tal guisa retrotratta al momento in cui l' atto fu compiuto.

Le fonti confermano pienamente quanto risulta dalla logica giuridica.

Il maggiore di età che ratifica il negozio concluso quan-

(4) Ricordiamo in particolare il bel lavoro del Gradenwitz *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte* Berlin 1887 e la buona monografia del Mitteis *Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte* nei *Jahrbücher f. d. Dogm. d. heut. röm u. deutsch. Privatrechts* vol. 28.

do era minore, non può più invocare la *restitutio in integrum*.

L. 3 § 1 D. *de minor.* 4. 4.

Ulp. *lib. undec. ad ed.*

... et placuit ut est constitutum, si quis maior factus comprobaverit quod minor gesserat, restitutionem cessare.

Paul. *R. S.* 1. 9. 3.

Si maior effectus res quas minor egit, facto vel silentio comprobavit, adversus hoc quoque in integrum restitui frustra desiderat.

L. 1 C. *si maior factus ratum hab.* 2. 45 [46].

Impp. Dioclet. et Maxim. Eutychiano.

Si inter minores quinque et viginti annis vel scriptura interposita vel sine scriptura facta sine dolo divisio est eamque post legitimam aetatem ratam fecerunt, manere integram debere convenit. *S. VIII k. Mai. AA. cons.* [a. 293].

L. 2 C. h. t.

Idem Soteri.

Qui post vicesimum quintum annum aetatis ea quae in minore aetate gesta sunt rata habuerunt, frustra rescissionem eorum postulant. *D. id. Febr. CC. cons.* [a. 294] (1).

(1) Il Reinhardt (*Ergänzungen zu Glück's ausf. Erläut. der Pand.* vol. 2 pagina 217) senza alcun fondamento immagina che fra giuriconsulti si sia disputato, se il maggiore d'età, ratificando gli atti compiuti quando era minore, perdesse il diritto di invocare la *restitutio in integrum*.

L'atto viziato da violenza diviene valido come se fin da principio fosse stato compiuto spontaneamente, qualora chi patì la violenza lo approvi allo stato libero.

L. 2 C. *de his quae vi metusve causa* 2. 19 [20].

Imp. Alexander Alexandro.

Cum te non solum cavisse verum etiam solvisse pecuniam confitearis, qua ratione ut vim passus restitui quod illatum est postules, perspicere non potest, quando verisimile non sit ad solutionem te properasse omissa querella de chirographo utpote per vim extorto, nisi et in solvendo vim te passum dicis. *PP. VI k. Iul. Alexandro A. II et Marcello cons.* [a. 226] (2).

L. 4. C. h. t.

Imp. Gordianus Primo et Eutyheti.

Si per vim vel metum mortis aut cruciatus corporis venditio vobis extorta est et non postea eam consensu roborastis, iuxta perpetui formam edicti intra annum quidem agentes, quo experiundi potestas est, si res non restituatur, quadrupli referetis condemnationem, scilicet reddito a vobis pretio: post annum vero causa cognita eadem actio in simplum permittitur: quae causae cognitio eo pertinet, ut ita demum decernatur,

(2) Vedi B. 10. 2 c. 25 (ed. di Heimbach vol. 1 pag. 495) "Προσῆλθε τις Βασιλεὺς λέγων, ὅτι ἐπρωτήθη κατὰ βίαν καὶ κατέβαλεν ἤδη τὰ ἐκ τῆς ἐπρωτήσεως, καὶ παρεκάλει ἀναλαβεῖν, ἅπερ κατέβαλεν, πρὸς αὐτὸν οὖν ὁ Βασιλεὺς ἀντιγράφει λέγων οὕτως... (Quidam Principem adiit dicens, se per vim cavisse et iam quod promiserit solvisse, eaque quae solvisset recuperare volebat. Ad eum igitur Princeps in hunc modum rescribit...).

si alia actio non sit. *PP. III non. Aug. Gordiano A. et Aviola cons.* [a. 239] (3).

Come per l'approvazione dell'atto rescindibile si deduce senza sforzo alcuno dal concetto della rescindibilità che mediante quella l'atto si considera pienamente valido *ab initio*; così per l'approvazione dell'atto relativamente nullo si giunge assai facilmente alla stessa conclusione, fondandosi sul concetto della nullità relativa.

Ed anche qui le fonti confermano quanto è intrinsecamente logico e giusto.

L. 1. § 1. C. *de contract. iud.* 1. 53.

Imp. Iustinianus Menae pp.

(Quicumque administrationem in hac florentissima urbe gerunt) donationes omnimodo recusent, scientes non esse validas eas in quibuscumque rebus et quacumque aestimatione, nisi post administrationem depositam vel specialiter in scriptis donator eandem donationem ratam habuerit vel tempus quinquennale praeterierit, in quo nulla querella super isdem donationibus vel ab ipso donatore vel ab successoribus eius facta sit. *D. V. id. Dec. Constantinopoli dn. Iustiniano A. II cons.* [a. 528].

(3) Secondo il Beckhaus (*Ueb. die Ratihab. der Rechtsgeschäfte* pag. 23) la ratifica degli atti rescindibili ha soltanto l'effetto di rendere più difficile l'invocare il mezzo giuridico concesso per la rescissione e più facile invece la controprova. Questo sembra a lui risultare chiaramente dalle LL. 2 e 4 dianzi trascritte. Ma senza dubbio la ratifica di un atto rescindibile, come già dicemmo, fa perdere addirittura il diritto di impugnarlo e non già ne rende solo più difficile l'esercizio; le costituzioni 2 e 4 concorrono anch'esse a dimostrarlo ad evidenza.

Le parole della legge mostrano che non si forma già una nuova donazione, per la quale sarebbe necessaria anche una nuova accettazione, ma si estingue il diritto di far valere la nullità della donazione già fatta, la quale acquistata piena validità *ab initio*.

Dalla L. 3 C. *si maior fact. sine decr.* 5. 74 è facile argomentare che i maggiori d'età approvando le alienazioni dei loro beni avvenute *sine decreto* quando eran minori, le rendono pienamente valide *ab initio*.

§ 24.

B. Atti assolutamente nulli.

L'atto assolutamente nullo esiste solo di fatto, non ha punto esistenza giuridica. Ciò che non esiste non può essere conservato. Non vi può essere quindi una vera e propria *ratihabitio* di un atto assolutamente nullo. L'approvazione di un atto assolutamente nullo può solo dar vita ad un nuovo atto valido, di identico contenuto ed estensione, purché concorrano tutte le condizioni richieste dal diritto; prima non avremo che un semplice tentativo, il quale rimarrà sempre tale.

Queste conseguenze dei due concetti di atto nullo (1) e di *ratihabitio* trovano pieno riscontro nelle fonti, e non solo nella regola

(1) Resta inteso, che a partire da qui quando si dice in questa sezione *atto nullo*, *nullità* senz'altro, si tratta di *atto assolutamente nullo*, di *nullità assoluta*.

quod initio vitiosum est, non potest ex postfacto convallescere

ma anche in decisioni speciali.

I Romani che esercitavano un pubblico ufficio in una provincia non potevano stringer nozze con una donna nativa di quella provincia od ivi domiciliata. L'unione avvenuta contro tale divieto era giuridicamente nulla « *matrimonium non erit* ». Se dopo che il funzionario aveva deposto l'ufficio, cioè dopo che era scomparsa la causa di nullità dell'atto, veniva continuata la vita comune colla *maritalis affectio*, non si aveva già la conferma dell'unione precedente, ma solo allora sorgeva un valido matrimonio; e pertanto i figli nati prima non erano legittimi.

L. 65 § 1 D. *de ritu nuptiarum* 23. 2.

Paulus *lib. sept. respons.*

Respondit mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici: et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse (2).

Analogamente leggiamo pel matrimonio di un senatore con una libertina

L. 27 D. h. t.

Ulp. *lib. tert. ad leg. Iul. et Papiam.*

Si quis in senatorio ordine agens libertinam habuerit uxorem, quamvis interim uxor non sit, attamen

(2) Cfr. L. 6 C. *de nuptiis* 5. 4.

in ea condicione est, ut, si amiserit dignitatem, uxor esse incipiat.

Il proconsole poteva delegare efficacemente la sua giurisdizione solo dopo che era entrato nella provincia, perchè prima la giurisdizione non gli competeva. La delegazione fatta prima era un atto nullo. L'approvazione posteriore rendeva valida la delegazione non dal momento in cui il proconsole l'aveva fatta, ma dall'istante del suo ingresso nella provincia.

L. 4 § 6 D. *de off. proc.* 1. 16.

Ulp. *lib. primo de off. proc.*

(Proconsul) ingressus provinciam mandare iurisdictionem legato suo debet nec hoc ante facere, quam fuerit provinciam ingressus: est enim perquam absurdum antequam ipse iurisdictionem nanciscatur (nec enim prius ei competit, quam in eam provinciam venerit) alii eam mandare quam non habet. sed et si ante fecerit et ingressus provinciam in eadem voluntate fuerit, credendum est videri legatum habere iurisdictionem, non exinde ex quo mandata est, sed ex quo provinciam proconsul ingressus est.

Oltre i testi dianzi esposti veggansi anche L. 10 D. *ad SC. Trebell.* 36. 1, L. 1 §§ 1 e 5 D. *de legat.* 3, L. 25 D. *de testam. milit.* 29. 1, § 4 I. *eod.* 2. 11, L. 3 § 5 D. *de statulib.* 40. 7.

Ad onta di queste chiare testimonianze delle fonti in senso contrario, fu sino agli ultimi tempi opinione domi-

nante che il diritto romano abbia pur ammesso una vera e propria ratifica di atti nulli, ed anche fra gli scrittori più recenti questa opinione ha trovato seguaci (3). Essa si fonda sulle LL. 3 C. *si maior factus sine decr.* 5. 74, 25 C. *de donat. inter. vir. et ux.* 5. 16 e sulle ultime parole della L. 7 pr. *ad SC. Maced.* 4. 28.

Ora quanto alla L. 3, di Giustiniano, essa concerne le alienazioni dei beni dei minori *sine decreto*, cioè atti nel diritto giustiniano non assolutamente nulli, ma relativamente nulli. E basta scorrere la detta legge per convincersene. È chiaro pertanto che dalla medesima nulla si può ricavare a vantaggio della teoria che ammette una vera e propria ratifica di atti assolutamente nulli.

La L. 25 (Imp. Iustinianus Menae pp.) la base principale della dottrina, è così concepita:

pr. Donationes quas parentes in liberos cuiuscumque sexus in potestate constitutos conferunt vel uxor in suum maritum vel maritus in suam uxorem vel alteruter eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, vel ipsae aliae personae in eam cui donare non poterant, ita firmas esse per silentium donatoris vel donatricis sancimus, si usque ad quantitatem legitimam vel eam excedentes actis fuerint intimatae, nam amplioris quantitatis donationem minime intimatam nec per silentium eius qui donavit confirmari concedimus.

(3) Fra i più moderni vedi segnatamente Windscheid *Lehrb. d. Pand.* vol. I pag. 256, 257 e Dernburg *Pand.* vol. I pag. 281 n.ª 4.

§ 1. Sin vero specialiter eas in suprema voluntate donator vel donatrix confirmaverit, sine ulla distinctione ratae habebuntur, ita tamen ut, si quidem ultra lege finitam quantitatem expositae minime actis intimatae fuerint, specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eadem donationes confirmatae sunt.

§ 2. Sin vero vel non amplior sit donatio vel, cum amplior esset, in actis insinuata sit, tunc et silentium donatoris vel donatricis et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit: sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. nec in ceterum subtilem divisionem facti vel iuris introduci posse. *D. III. id. Dec. dn. Iustiniano A. II. cons.* [a. 528].

Non staremo ad esporre le numerose interpretazioni che di tale legge furono date, ma ci limiteremo a manifestare, quanto più semplicemente e chiaramente sarà possibile, il nostro modo di vedere.

Nell' antico diritto la donazione fra coniugi era un atto nullo. Un senatoconsulto del tempo degli imperatori Severo e Caracalla mitigò il rigore di questa norma, con lo stabilire che la donazione fra coniugi divenisse valida se il donante fosse morto in matrimonio senza averla revocata. La costituzione di Giustiniano, di cui stiamo occupandoci, conferma un tale diritto e colma una lacuna relativa all'obbligo dell'*insinuatio* oltre una data somma. È assai probabile che sotto questo rispetto fossero sorti dubbi fra i giureconsulti ed i giudici, e che alcuni di essi, ritenendo

che le donazioni fra coniugi dovessero regolarsi circa la questione della validità esclusivamente sul senatoconsulto il quale non parlava di insinuazione, attribuissero alle medesime efficacia, in seguito alla morte del donatore, anche se eccedevano la somma oltre la quale si richiedeva per le donazioni in generale l'*insinuatio* e non erano state insinuate. Giustiniano, a togliere siffatti dubbi, ordina che anche le donazioni fra coniugi (ed a queste aggiunge le donazioni dei genitori ai figli *in potestate*, di cui il senatoconsulto non aveva parlato) debbano sottostare all'obbligo dell'*insinuatio* oltre una data somma, e quindi col *silentium* del donante sino alla morte si abbia una donazione valida *ab initio* solo quando sia inferiore alla somma legale o, superandola, sia stata insinuata. Giustiniano contempla pure il caso che il donante *in extrema voluntate* espressamente confermi la donazione, e dice che questa conferma, al pari del *silentium* sino alla morte, fa sì che la donazione si convalidi, osservato il requisito dell'*insinuatio* al di là di una certa somma, come si disse.

Con ciò abbiamo esposto il significato della L. 25 dal principio sino alle parole « confirmari concedimus » e da « sin vero vel non amplior » fino a « conscripta sit ». E tratteniamoci un po' a ragionarvi su. Le donazioni fra coniugi nel diritto antico erano indubbiamente nulle; ma si può dire altrettanto pel diritto posteriore al senatoconsulto? Taluni, fra cui il Seuffert, rispondono negativamente; essi sostengono che dopo il senatoconsulto non si può parlare che di rescindibilità o di nullità relativa (4). L'opinione

(4) Seuffert *Op. cit.* pag. 124 e segg. e 144. Analogamente Vangerow *Lehrb. d. Pand.* vol. 1 pag. 120 nota nr. 2, Girtanner *De ratihab.*

dominante invece riguarda quelle donazioni anche dopo il senatoconsulto come atti assolutamente nulli. Ora, se si ammette coi primi la rescindibilità o la nullità relativa, è evidente che il retrotrarsi dell' approvazione *ad initium* è in tutto conforme a quanto dicemmo in generale per la ratifica negli atti rescindibili o relativamente nulli, e la costituzione di cui stiamo occupandoci non ha in ciò nulla a che fare con l' approvazione posteriore degli atti assolutamente nulli. Qualora si ravvisi invece un atto assolutamente nullo nelle donazioni fra coniugi anche dopo il senatoconsulto, bisogna poi riconoscere che ci troviamo in un vero caso d' eccezione, in cui è disconosciuta la massima

quod initio vitiosum est, non potest ex postfacto convallescere ;

la donazione fra coniugi, atto assolutamente nullo, si convalida tuttavia per un avvenimento posteriore, il *silentium* del donante sino alla morte.

Ora, da un caso affatto eccezionale come si possono fare delle deduzioni pei casi normali di assoluta nullità? Questo, che è lecito dire per qualsiasi deduzione in generale, va affermato ancora più energicamente nel caso concreto, per la deduzione che si vorrebbe fare dall' approvazione *in extrema voluntate* di cui parla Giustiniano; mentre era ben naturale che là dove il *silentium* protratto sino alla morte faceva sì che fin da principio si avesse un atto valido, pari effetto dovesse produrre l' approvazione *in extre-*

neg. gest. pag. 42 ed anche Gregory *Op. cit.* pagg. 42, 77 quantunque diversamente a pag. 86.

ma voluntate. Sarebbe completamente fallace prendere a sé tale approvazione, staccarla dalle circostanze speciali del caso ed attribuirle, più o meno largamente, nei casi normali gli effetti che produce in un caso particolare, in cui sono pienamente violati i principi dell' ordinaria assoluta nullità. Ciò trova conferma nella costituzione stessa di Giustiniano, in quanto essa esclude che la donazione fra coniugi difettosa nella forma possa convalidarsi mercè l' approvazione *in extrema voluntate*.

A tal punto dobbiamo spiegare quanto si contiene nel periodo « Sin vero specialiter eas in suprema voluntate — confirmatae sunt ».

Come si sa, era concesso ai coniugi di farsi delle liberalità pel caso di morte — legati, *donationes mortis causa* —. Per queste non vi era il vincolo dell' *insinuatio* oltre una data somma. La dichiarazione *in extrema voluntate* con cui si approvava la donazione eccedente la somma legale e non insinuata veniva ritenuta come una *donatio mortis causa* od un legato, e come tale aveva efficacia dal momento in cui interveniva, essendo essa la vera dichiarazione di volontà costituente l' atto giuridico valido. Questo conferma quanto si disse in generale sull' approvazione posteriore degli atti nulli.

La legge 25 si chiude colle parole

sicut et alias rati habitationes negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. nec in ceterum subtilem divisionem facti vel iuris introduci posse.

La prima di queste proposizioni viene ricordata nella L. 7 pr. C. *ad SC. Maced.* 4. 28 che termina così:

cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitio retrorsus trahitur et confirmat ea ab initio quae subsecuta sunt,

riferendosi senza dubbio alla L. 25.

Ora, riflettendo al carattere speciale delle donazioni fra coniugi nel nuovo diritto, pensando che in questi stessi atti, se difettosi nella forma, Giustiniano esclude una vera giuridica *ratihabitio* ed ammette che l'approvazione possa soltanto dar vita ad un nuovo negozio, conforme a quanto si disse per gli atti nulli in generale, pensando che numerosi testi in questo senso sono conservati nella compilazione giustiniana, ed infine ricordando come molte altre volte espressioni delle fonti analoghe a quelle che esaminiamo vanno intese con restrizioni, noi crediamo, senza tema di essere incolpati di leggerezza o di amore del preconcetto, che non si debbano interpretare le parole di Giustiniano con tanto rigore da ritenere in base ad esse che il diritto romano abbia pur ammesso una vera e propria *ratihabitio* di atti nulli. Alle ragioni addotte si può aggiungere anche questa, che nella L. 7 pr. cit. (nella quale del resto si tratta di un'altra forma di ratifica) si parla del mutuo passivo di denaro contratto dal figlio di famiglia, cioè di un atto non nullo. Nè va trascurato infine un testo delle Pandette relativo alla donazione del padre alla figlia *in potestate*, che decide per l'approvazione posteriore, in armonia al principio generale circa gli atti nulli. Questo passo è un vestigio del diritto antico in cui

la donazione dei genitori ai figli in *potestate* non si convalidava colla morte del donante.

L. 4. D. *pro donato* 41. 6.

Pomponius *lib. trig. sec. ad Sab.*

Si pater filiae donaverit, quae in potestate eius erat, et eam exhaeredaverit: si id heres eius ratum habeat exinde ea usucapiet donationem, qua ex die ratam heres donationem habuerit (5).

Quanto al

nec in ceterum subtilem divisionem facti nel iuris introduci posse

ciò mostra che il concetto della *ratihabitio* era in qualche modo sconosciuto prima di Giustiniano. Spingersi più in là, determinare in qual modo lo si disconoscesse, in quali atti, da parte di chi, crediamo impossibile: troppo vago è l'accento di Giustiniano, ed all'infuori delle sue parole non abbiamo fonte alcuna diretta od indiretta che possa dar luce in argomento. I tentativi infelici già fatti ci pare lo provino abbastanza.

Certo non si può seguire l'esempio della Glossa, che vuol limitare la *subtilis divisio facti vel iuris* alla materia speciale delle donazioni fra coniugi, e precisamente crede ad una distinzione fra l'errore di fatto circa l'am-

(5) Cfr. sul passo di Pomponio anche Jhering nei suoi *Jahrbücher* vol. 1 pag. 297 n.° 28.

montare della donazione e l'errore di diritto circa la liceità della medesima; essendo chiaro che la *subtilis divisio facti vel iuris* si collega all'enunciato che immediatamente precede « sicut et alias ratihabitiones — contracta sunt ». A tale proposito notiamo come non vi sia invece ragione alcuna per prendere in senso generale il *veterum ambiguitatem decedentes* della L. 7 pr. C. ad SC. Maced. 4. 28, identificandolo colla *subtilis divisio facti vel iuris* della L. 25, come dalla maggior parte degli autori vien fatto; tanto più che in quest'ultima legge si parla della conferma di atti propri, mentre nella prima si tratta dell'approvazione di un atto altrui. Noi crediamo che l'*ambiguitas veterum* della L. 7 pr. si riferisca alla materia speciale di quella legge, cioè all'effetto del consenso posteriore del padre al mutuo passivo di denaro contratto dal figlio senza il di lui volere. In appoggio di questo ci sembra si possano invocare anche le parole

cum testimonium paternum respuere satis iniquum est.

Non si può dire fondato nè chiaro quanto sostiene il Cuiacio (6) circa la *subtilis divisio facti vel iuris*, cioè che alcuni giureconsulti distinguessero

inter ea quae sunt iuris et ea quae sunt facti, nam ea quae sunt iuris retro trahebantur, non ea quae sunt facti, ut gestio, possessio, pactio.

(6) *Parat. in Cod. ad lib. 5. tit. 16, Notae in Cod. eod., Ad Afric. tract. tract. 5 ad l. pen. tit. ratam rem hab. (Opp. omnia vol. 8 coll. 947 e 1489 e vol. 4 col. 120).*

Qualche scrittore afferma che la *subtilis divisio facti vel iuris* va riferita ad una disputa fra Sabiniani e Proculiani riguardo alla questione se la *ratihabitione* di una *negotiorum gestio* la converta in rapporto di mandato. Ma, come notava egregiamente il Seuffert (7), è affatto improbabile che Giustiniano dalla donazione fra coniugi passi d'un tratto a simile questione. Aggiungasi che discorrendo della ratifica nella *negotiorum gestio* abbiamo mostrato inverosimile l'ipotesi di una tale disputa fra le due scuole.

Non stiamo ad esporre altri tentativi egualmente infelici già riferiti dal Reitz (8). Ma solo vogliamo ricordare quanto uno scrittore più recente, il Seuffert, dice in proposito. Il senatoconsulto — osserva il Seuffert — non aveva dato una norma pel tempo fra la donazione e la morte del donante. Da ciò dubbi fra i giureconsulti, specie riguardo agli effetti prodotti dalla donazione in questo intervallo; si distingueva

die Zeit vor dem Ableben des Schenkers als die Zeit des faktischen, weil anfechtbaren Bestandes der Schenkung, die Zeit nach dem Ableben als die Zeit des vollgiltigen rechtlichen Bestandes (9).

Ma, se ben intendiamo, affermando il Seuffert che dopo il senatoconsulto le donazioni fra coniugi divennero atti rescindibili, ci sembra che dal suo punto di vista non si possa immaginare l'esistenza di dubbi circa gli effetti delle medesime prima della morte del donante, giacché si sa che l'atto rescindibile

(7) *Op. cit.* pagg. 127, 128.

(8) *Dissert. de ratihab.* pagg. 5-9.

(9) *Op. cit.* pagg. 128, 129.

produce i suoi effetti sin da principio, e si tratta di effetti giuridici, non puramente di fatto; la possibilità che vengano annullati non esclude punto che sieno effetti giuridici. Non si può dire pertanto il periodo in cui è possibile la rescissione « die Zeit des faktischen Bestandes der Schenkung »: lo stesso Seuffert riconosce che l'atto rescindibile « hat rechtlichen Bestand, ist rechtlich vorhanden » (10).

Ed ora dobbiamo riferirci all'opinione accennata e respinta nella seconda sezione del nostro lavoro, che nel diritto giustiniano il consenso posteriore del padre alle nozze del *filiusfamilias* contratte senza il suo volere le rendesse valide *ab initio*.

Come dicemmo allora, l'argomento principale addotto dagli scrittori che propugnano tale opinione sta nelle parole di Giustiniano:

sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet in quibus contracta sunt. cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitio retrorsus trahitur et confirmat ea ab initio quae subsecuta sunt.

Da quanto abbiamo notato dianzi relativamente a queste parole per gli atti nulli in generale, apparisce chiaro come non si possa punto accettare un tale argomento.

Escludendo che Giustiniano sia stato innovatore in detta materia, non vi ha bisogno di immaginare, come fanno i sostenitori della dottrina contraria, che nel pr. I. *de nuptiis* l. 10 dove è richiesto il consenso precedente per la

(10) *Op. cit.* pag. 138.

validità del matrimonio si ricordi un diritto non più in vigore.

In appoggio dell'opinione che sosteniamo si aggiunga anche questo, che i commentatori bizantini seguitano ad affermare che il consenso posteriore dà vita ad un matrimonio valido soltanto dal momento in cui interviene (11).

Prima di chiudere questo paragrafo dobbiamo far cenno di una teoria speciale sulla ratifica degli atti nulli propugnata dal Gregory (12), che così la formula:

« Quod nullum est id ratum haberi non potest »: sic plerique contendunt. Attamen id quod nullum est nonnunquam in eam conditionem pervenire posse, a qua incipere *possit*, ut convalescere *possit* (non dico *convalescat*) quis est qui neget? — Haec erant praemittenda. Iam cetera videnda. Ratihabitionem vidimus fundamentum habere in *voluntate*. Inde sequitur con-

(11) Basil 28. 4 c. 2 sc. di Enantiofane « Εἰ δὲ μετὰ τὸν γάμον ὁ πατὴρ συνζινοῦσαι, ἀπὸ τότε καὶ οὐκ ἄνωθεν ὁ γάμος βεβαιούται... » (Si vero pater post nuptias contractas consenserit, ab eo tempore et non retro nuptiae confirmantur...) (ed. di Heimbach, vol. 3 pag. 166).

Alcuni autori affermano la legittimità dei figli nati prima del consenso paterno invocando la *legitimitas per subsequens matrimonium*. Ma già il Cuiacius (*Comm. in lib. quaest. Papin.* in lib. 10 ad L. 68 D. de iur. dot. *Opp. omnia* vol. 4 col. 952) ha giustamente notato che le costituzioni relative alla *legitimitas per subsequens matrimonium* non menzionano affatto il caso del mancato consenso paterno. Cfr. analogamente Hennig *Ueber die Rechte und Befugnisse der Eltern bei den Verheirathungen ihrer Kinder* Wittenberg 1797 pagg. 57-60 e di recente, con accurato esame delle varie leggi, Scaduto *Il consenso nelle nozze, nella professione e nell'ordinazione secondo il diritto romano, germanico, canonico* Napoli 1885 pagg. 30-33

(12) *Op. cit.* pag. 33-40 e 82-85.

valescentiam per ratihabitionem non posse pertinere ad *omnes* actus nullos, in quibus legitimum impedimentum removeri potest, sed spectare tantum eos, in quibus, legitimo impedimento remoto, utrum revera convalescat actus nec ne, adhuc pendet ex *voluntate*, ex *consensu* eius, cuius interest subsecuto vel non. Itaque quum in priori modo (in casibus ubi revera actus convalescit) tantum postulatur ut legitimum impedimentum sit remotum, hic contra duo postulatur, et legitimum impedimentum remotum et voluntatis enunciatio. Legitimo impedimento remoto actus fit, ut ita dicam, vitae habilis, nondum est actus, sed *feri potest actus, convalescere potest*: actus nullus iam commutatus est in actum *suspensum*: ratihabitione subsecuta demum revera fit actus, *revera convalescit*.

Contro questa dottrina basta osservare non essere punto vero che cessata la causa di nullità dell'atto quest' ultimo

nonnunquam in eam conditionem perveniat a qua incipere possit ut convalescere possit.

L'atto assolutamente nullo rimane sempre tale, senza efficacia giuridica. Lo sparire dal *legitimum impedimentum* non fa che rendere possibile il compimento di un atto valido del medesimo contenuto ed estensione, purchè naturalmente concorrano tutti i requisiti necessari; ma questo, è chiaro, non ha a che fare col carattere del primo atto nullo, il quale resta sempre un semplice tentativo.

In appoggio della sua teorica il Gregory invoca soprattutto la

L. 65 § 1 D. *de ritu nupt.* 23. 2.

Paul *lib. sept. respons.*

Respondit mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici: et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse.

Stando al Gregory, vi ha un intervallo fra la deposizione dell'ufficio e la *perseverantia in eadem voluntate*; anche i figli nati in questo intervallo sono legittimi. Ma chi, leggendo serenamente il passo, non dovrà dire che il giureconsulto non ha punto pensato ad un intervallo, ed in particolare a figli nati durante il medesimo? Paolo immagina che anche al momento in cui viene deposto l'ufficio vi sia la convivenza colla *maritalis affectio*.

Il Gregory chiama a confronto la

L. un. C. *si rector prov.* 5. 2.

Impp. Gratian. Valentin. et Theod. Eutropio pp.

Si quis in potestate publica positus atque honore administrandarum provinciarum, qui parentibus aut tutoribus aut curatoribus aut ipsis quae matrimonium contracturae sunt potes esse terribilis, arras sponsalicias dederit, iubemus, ut deinceps, sive parentes sive eadem mutaverint voluntatem, non modo iuris laqueis liberentur poenaeque statutae expertes sint, sed extrinsecus data pignora lucrativa habeant, si ea non putent esse redenda. . . . Impleri autem id postea matrimonium non vetamus, quod tempore potestatis ob eas

personas, de quibus locuti sumus, arris fuerit obligatum . . . D. XV. kal. Iul. Thessalonicae Gratiano V et Theodosio AA. cons. [a. 380].

Le parole

impleri autem id postea matrimonium non vetamus

mostrano, secondo il Gregory, che non vi ha conclusione di un nuovo atto, ma convalidazione di un atto precedente, giacchè si dice *impleri* e non *contrahi*, giacchè si dice *id matrimonium*, cioè quel tale matrimonio e non un nuovo. Ma è chiaro che l'impressione *impleri* è adoperata unicamente perchè prima si era parlato di conclusione degli sponsali, cioè di un atto preparatorio alle nozze; e per questo pure è detto *id matrimonium*, cioè quel matrimonio riguardo al quale furono contratti gli sponsali. Le parole invocate non escludono pertanto che si tratti di un nuovo atto.

§ 25.

Requisiti.

Dopo aver visto come di una vera e propria ratifica per diritto romano si possa parlare soltanto negli atti rescindibili e relativamente nulli, esaminiamo ora quali requisiti debba avere la dichiarazione di approvazione di questi atti perchè valga giuridicamente, quali sieno cioè i requisiti di una valida ratifica di atti propri.

Anche in questa forma, come nelle altre, la *ratihabitio*

è un atto unilaterale; non fa mestieri di accettazione della parte a profitto della quale essa segue.

I requisiti generali di una giuridica dichiarazione di volontà sono necessari anche per questa ratifica. La dichiarazione deve essere esente da vizii (1), ed in particolare va notato come debba essere scevra dal vizio che ha reso invalido l'atto al quale si riferisce; altrimenti la ratifica sarebbe a sua volta invalida. E quindi il minore non potrà ratificare che quando sia divenuto maggiore; quindi, finchè dura la violenza, non si può parlare di *ratihabitio* dell'atto viziato dalla medesima.

Anche qui non si richiede una forma speciale per la ratifica (2). Come le altre dichiarazioni di volontà per le quali non è necessaria una forma particolare, essa può esser prestata, oltrechè in modo espresso, mediante atti concludenti. E giova osservare pur qua come sia una *quaestio facti* che va risolta a seconda delle circostanze, quella se da un atto si possa o no desumere la ratifica. In generale si può solo dire che d'ordinario nel fare od esigere una prestazione in forza dell'atto invalido è implicita l'intenzione di ratificarlo. Diciamo *d'ordinario*, non già *sempre*. Veggasi infatti ad esempio la

L. 3 § 2 D. *de minor* 4. 4.

Ulp. *lib. undec. ad edictum*.

Scio etiam illud aliquando incidisse minor viginti quinque annis miscuerat se paternae hereditati maiorque

(1) Sull'errore nella prestazione della *ratihabitio* veggansi le osservazioni, in complesso buone, del Griesinger *Op. cit.* pagg. 32-34.

(2) Un'eccezione veggasi nella L. 1 § 1 C. *de contract. iud.* l. 53, che richiede la ratifica per iscritto.

factus exegerat aliquid a debitoribus paternis, mox desiderabat restitui in integrum, quo magis abstineret paterna hereditate: contradicebatur ei, quasi maior factus comprobasset, quod minori sibi placuit: putavimus tamen restituendum in integrum initio inspecto. idem puto, et si alienam adiit hereditatem.

Il giureconsulto considera che il maggiorenne può aver riscosso i crediti ereditari, anziché coll'animo di ratificare l'atto compiuto essendo maggiore, nell'interesse dell'eredità sia per non aspettare che i debitori divenissero insolventi, sia per soddisfare colle somme riscosse i creditori del defunto. Adottando questa interpretazione, Ulpiano ammette che possa esservi luogo ancora alla *restitutio in integrum*.

Pel tempo non abbiamo norme speciali. Certo è che la ratifica prestata quando ancora sussistono le circostanze le quali resero l'atto invalido è essa stessa invalida; come è superflua quella che interviene quando l'atto non può più venire impugnato, se rescindibile, o non se ne può più far valere la nullità, se relativamente nullo.

E qui conviene avvertire che si suole parlare di ratifica anche quando l'atto si convalida pel decorso del tempo entro il quale la legge abbia limitato il diritto di impugnarlo o di farne valere la nullità. Senza dubbio sono nel vero coloro che si oppongono ad un simile linguaggio, rilevando come sia diversa la *ratihabito* dal *lapsus temporis* della prescrizione. La parità degli effetti, dicono essi giustamente, non permette di identificare cose diverse; se noi indaghiamo l'origine della prescrizione, la troviamo ben più nella comune utilità che nella presunta volontà di colui contro il quale essa corre. Non sembra però che i Ro-

mani sieno stati molto esatti su questo punto. Paolo dice apertamente

Si maior effectus res quas minor egit facto *vel silentio comprobavit* (3).

Il Busse (4) afferma invece che il diritto romano separava rigorosamente i due istituti, e, trascurando affatto il passo di Paolo, invoca la

L. 2 C. *si maior factus sine decr.* 5. 74.

Impm. Dioclet. et Maxim. Alexandro.

Si sine decreto praesidis praedia tua a tutore tuo alienata sunt nec speciali confirmatione vel, si bona fide possessor fuisset, statuti temporis excursu id, quod perperam est actum, fuerat stabilitum, praeses provinciae possessionem in ius tuum retrahet. *D. k. Ian. Sirmi AA. cons.* [a. 293].

Ma questa legge nulla prova, giacché in essa non si parla punto di prescrizione. La frase *statuti temporis excursu*, alla quale si riferisce il Busse, concerne evidentemente l'usucapione. Si osservi invece, contro il Busse, che la L. 3 dello stesso titolo, la quale parla esclusivamente di prescrizione, è posta sotto una rubrica in cui si menziona soltanto la ratifica (« Si maior factus sine de-

(3) *R. S.* 1. 9. 3. Cfr. L. 7 § 2 C. *de his qui a non dom. manum.* 7, 10, L. 5 pr. C. *de receptis* 2.55 [56].

(4) *Op. cit.* pag. 17.

creto factam alienationem ratam habuerit »), e di più che in essa si trova scritto

certum tempus *ad talem confirmationem* praefinitum esse censemus.

La *ratihabitio* deve aver luogo *causa cognita*, cioè con conoscenza del vizio che ha reso l'atto invalido, e con intenzione di ripararvi.

Se più vizi invalidano un negozio giuridico e l'atto di ratifica contempla soltanto uno di essi, si conserva il diritto di far valere gli altri (5).

Deve la *ratihabitio* comprendere tutto un atto o può anche limitarsi a parte del medesimo? È chiaro che la domanda può farsi soltanto per gli atti con contenuto divisibile. Noi crediamo, analogamente a quanto si disse per la ratifica nella *negotiorum gestio*, che la ratifica parziale di un atto proprio si debba ritenere ammessa dal diritto romano in quanto non ne rimaneva leso il legittimo interesse dell'altra parte. Tale limite doveva restringerne molto la possibilità. Questo può contribuire a spiegare come non abbiamo testi che ne parlino.

(5) Arg. L. 1 C. *si maior fact. sine decr.* 5. 74, L. 6 pr. C. *arbitr. tut.* 5. 51.

SEZIONE QUARTA

DELLA RATIFICA NEL PROCESSO

§ 26.

Letteratura.

ACCARIAS *Précis de droit romain* (1.^a ed.) vol. 2 pagg. 745 n.^a 2, 747, 748 n.^a 1, 1023, 1293-1295, 1299.

BAEHR nei *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* vol. 1 pagg. 450-457.

BECKHAUS *Ueber die Ratihabition der Rechtsgeschäfte* pagg. 35, 36.

BEKKER *Die processualische Consumption im klassischen römischen Recht* Berlin 1853 pagg. 153-159.

BETHMANN-HOLLWEG *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses* Berlin und Stettin 1827 pagg. 165-239. — *Der römische Civilprozess* vol. 2 pagg. 416-451.

BONJEAN *Traité des actions chez les Romains* (2.^a ed.) Paris 1845 vol. 2 pagg. 477-487.

BRISSONIUS *De formulis et solemnibus populi romani verbis* Halae et Lipsiae 1731 coll. 369, 370.

BRUNS *Quid conferant Fragmenta Vaticana ad melius cognoscendum ius romanum* Tubingae 1838 pagg. 38-44.

BUCHHOLTZ *Iuris civilis antevustiniani Vaticana Fragmenta cum commentario nec non quadruplice appendice* Regimonti Borussorum 1828 pagg. 188-292 e 344-350.

BUONAMICI *La storia della procedura civile romana* vol. 1 Pisa 1886 pagg. 540-546, 552, 553.

COGLIOLO nella *Enciclopedia giuridica italiana* voce *Cosa giudicata* fascicolo 90 pagg. 251-256.

DREWKE *De cognitoribus et procuratoribus in rem alienam constitutis Gaii et Ulpiani temporibus* Halae 1857 pagg. 6-9 e 12-40.

EISELE *Cognitur und Procuratur* pagg. 58-74, 124-248.

GLÜCK *Erläuterung der Pandekten* lib. 3 pagg. 101-103, 107, 111, 113-116, 144-147, 157, 158 (trad. it. con note del FERRINI).

GREGORY *Specimen iuris civilis de ratihabitione* pagg. 180-208 e 256-262.

GUGINO *Trattato storico della procedura civile romana* Palermo 1873 pagg. 223-230.

HEIMBACH IUN. nel *Rechtslexicon* del Weiske vol. 2 pagg. 626, 627, 632-636 e vol. 7 pagg. 58, 59.

HUSCHKE nelle *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* vol. 14 pagg. 64-71.

JOUSSERANDOT *L'Édit perpétuel* Paris 1883 vol. 2 pagg. 500-504.

KELLER *Ueber Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischen Recht* Zürich 1827 pagg. 304-362. — *Der römische Civilprocess und die Actionen* (6.^a ed.) pagg. 266-268 e 287, 288.

KRÜGER *Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses* Leipzig 1864 pagg. 88-91.

LENEL *Das Edictum Perpetuum* pag. 81, 423.

LIEBE *Die Stipulation und das einfache Versprechen* Braunschweig 1840 pagg. 180-193.

MAYNZ *Cours de droit romain* (4.^a ed.) vol. 2 pagg. 81-83.

MISSOL *De la représentation en justice par cognitor et procurator. Essai sur le développement d'une institution juridique à Rome* Lyon 1887 pagg. 42-61 e 86-132.

MÜHLENBRUCH *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte* (3.^a ed.) Greifswald 1836 pagg. 61-71.

ORTOLAN *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien* (11.^a ed.) vol. 2 pagg. 696-700.

PERNICE *Marcus Antistius Labeo* vol. 1 pagg. 499-501, 515, 516.

PUCHTA *Cursus der Institutionen* (9.^a ed.) vol. 1 pagg. 454, 455.

REIN *Das Privatrecht und der Civilprozess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Iustinianus* pagg. 879-881.

RUDORFF *Römische Rechtsgeschichte* vol. 2 pagg. 236-238, 244-246. — *Edicti perpetui quae reliqua sunt* pagg. 51, 254.

SALPIUS *Novation und Delegation nach römischem Recht* Berlin 1864 pagg. 363, 364, 374-376.

SCHLAYER nella *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess* nuova serie vol. 9 pagg. 42-49 e 281-299.

SCHMID ALB. *Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht dargestellt* Braunschweig 1863-66 p.^o 1 pagg. 407, 408, 433-436 e p.^o 2 pagg. 48-50, 66-79, 262-267, 293, 294.

SCHMID ANDR. *Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses* Kiel 1843-45 vol. 1 pagg. 252-263.

SCHULIN *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* Stuttgart 1889 pagg. 557, 558.

SEUFFERT LOTHAR *Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte* pagg. 84-86.

STÖLZEL *Die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam* Cassel und Göttingen 1865 pagg. 201, 202, 240-256, 304, 305.

UBBELOHDE *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen* Hannover 1862 pagg. 285-294, 307-309.

WALTER *Geschichte des römischen Rechts* (trad. it. del BOLLATI) vol. 2 pagg. 426-430.

WETZELL *System des ordentlichen Civilprocesses* (3.^a ed.) Leipzig 1878 pagg. 68-72, 77, 137, 138.

WLASSAK *Zur Geschichte der negotiorum gestio* pagg. 44-46.

ZIMMERN *Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Iustinian* vol. 3 pagg. 474-478.

§ 27.

Introduzione.

Lo studio della ratifica nel processo riferendosi nella massima parte alla *cautio de rato*, prenderemo quest'ultima per base della nostra trattazione.

Ne esporremo anzitutto le denominazioni, la natura e la formula; vedremo quindi da chi venisse prestata; in un terzo paragrafo diremo in qual parte della lite fosse pre-

stata e quale ne fosse la forma primitiva; ne esamineremo poscia gli effetti.

Avendo presa per base della trattazione della ratifica nel processo la *cautio de rato*, riesce giustificato dedicare, pur in questa sezione, un ultimo paragrafo alla *cautio de rato* in materia non processuale.

§ 28.

Terminologia, natura e formula della cautio de rato.

Ad indicare la cauzione di cui stiamo occupandoci usano le fonti le espressioni *cautio*, *satisdatio*, *stipulatio de rato* (1), *stipulatio de rato habendo* (2), *cautio, satisdatio ratihabitionis* (3), *cautio, stipulatio ratam rem haberi* (4), *cautio, satisdatio, stipulatio, fideiussio ratam rem dominum habiturum* (5); in una legge di Giustiniano, la L. 11 § 1 C. *de pactis conventis tam super dote* 5. 14, è usata addirittura la voce *ratihabitione* per indicare la *cautio de rato*.

Sancimus itaque, si quid tale evenerit, actiones quidem omni modo apud uxorem manere, licentiam autem marito dari easdem actiones movere apud competentes iudices nulla ratihabitione ab eo exigenda.

(1) L. 6 D. *quod cuiusq. univ.* 3. 4, L. 39 § § 1 e 7 e L. 40 § § 1 e 4 D. *de procurat.* 3. 3, L. 7 [8] pr. D. *de negotiis gestis* 3. 5; L. 22 § 3 D. *solutio matrim.* 24. 3; § ult. I. *de divis. stipulat.* 3. 18 [19], L. 22 § 3 cit.

(2) L. 2 D. *ratam rem haberi et de ratihabitione* 46. 8.

(3) L. 1 C. *de procurat.* 2. 12 [13]; L. 40 § 3 D. *de procurat.* 3. 3.

(4) rubr. e passim D. *ratam rem hab.* 46.8.

(5) L. 6 D. h. t.; L. 21 D. h. t.; LL. 12 § ult., 13 pr., 18, 19 D. h. t.; L. 2 § 5 C. *de iureiur. propter calumn. dando* 2. 57 [58].

L'espressione *cautio rati* non è delle fonti del diritto romano, ma della pratica giudiziaria di tempi posteriori, nella qual pratica per amore di rima prese voga anche l'espressione *cautio rati et grati* (6).

Passiamo ora a parlare della natura della *cautio de rato*.

Le Istituzioni la annoverano fra le *stipulationes communes*, cioè fra quelle che d'ordinario venivano interposte per ordine del pretore ed eccezionalmente potevano venir interposte per autorità del giudice.

§ 4 I. *de divis. stipul.* 3. 18 [19].

Communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli; nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest: vel de rato stipulatio.

La Glossa Torinese dice chiaramente che se il pretore trascurava di far prestare la *cautio de rato* nei casi nei quali doveva esser prestata, il giudice poteva ordinarne la prestazione, riparando così alla trascuranza del magistrato.

item a praetore introductum est, ut quicumque extranei negotia gerere voluerit, caveat ratam rem dominum habiturum. quod si hoc ante iudicium fuerit praetermissum, potest in ipso iudicio per officium iudicis talis stipulatio procedere (7).

(6) Lauterbach *Dissert. acad.* Tubingae 1663 vol. 1 pag. 564 (Nicolaus Harres prop. *de cautione rati a coniunctis praestari solita*).

(7) Ed. di Krüger nella *Zeitschrift für Rechtsgesch.* vol. 7 pag. 74 Vedi anche la Parafrasi greca (ed. del Ferrini).

La *stipulationes praetoriae* — ed abbiamo ricordato testè che le *stipulationes communes* erano *praetoriae* per regola e *iudiciales* per eccezione — vengono distinte alla loro volta da Ulpiano nella L. 1 D. *de stipulat. praet.* 46.5, come si sa, in *iudiciales*, *cautionales*, *communes*, a seconda che erano ordinate allo scopo di assicurare l'esito del giudizio od erano imposte onde procurare allo stipulante una nuova azione od infine servivano ad ambedue gli scopi. Tra le seconde, le *cautionales*, si trova annoverata la *stipulatio de rato*.

L. 1 § 2 D. h. t.

Ulpianus *lib. septuagens. ad edictum*.

Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti.

La nostra *cautio*, come già si vede dalla terminologia, era una *satisdatio*, si prestava cioè mediante fideiussori (8).

Riunendo le varie testimonianze, si può dare con sufficiente precisione la formula della *cautio de rato*.

Quod tu L. Titii nomine mecum acturus es (9), eo nomine (10) amplius non petiturum eum cuius de ea re

(8) *Sponsori* nel diritto classico. L. 4, L. 8 pr., L. 22 §§ 3, 4, 10, L. 23 D. *ratam rem hab.* 46. 8.

(9) L. 33 § 3 D. *de procurat.* 3. 3.

(10) L. 31 C. *transact.* 2. 4.

actio petitio persecutio sit (11) ratamque rem habiturum Lucium Titum heredemve eius eumve ad quem ea res pertinebit (12) dolumque malum abesse abfuturumque esse (13), *quod si id factum non erit* (sive ille in integrum restitutus fuerit heresve eius aut is, ad quem ea res qua de agitur pertinebit) (14), quanti ea res erit tantam pecuniam dari spondesne (15) ? spondeo.

§ 29.

Chi prestava la cautio de rato.

Per rispondere alla domanda « chi prestava la *cautio de rato* nel processo romano », dobbiamo parlare della rappresentanza in materia processuale. Avvertiamo però subito che ne parleremo in quanto l'argomento nostro lo richiede, lasciando da parte tutto ciò che per noi non ha importanza.

Nel periodo delle *legis actiones* per regola non si poteva agire in giudizio in nome altrui. *Nemo alieno nomine lege agere potest*. Erarvi pochi casi di eccezione, ancora

(11) L. 14, L. 15, L. 23 D. *ratam rem hab.* 46. 8, L. 2 D. *ut legat.* 36. 3, L. 27 § 14 D. *ad leg. Aquil.* 9. 2, L. 31 C. *de transact.* 2. 4, Cic. *Brutus* c. 5 § 18, *pro Roscio comoedo* c. 12 § 35, *ad famil. lib.* 13 ep. 28* § 2.

(12) L. 8 § 2, L. 12 § § 1-3, L. 4, L. 16 § 1, L. 18, L. 22 § 7. D. *ratam rem hab.* 46. 8 L. 33. § 3 e L. 39 § § 1 e 2 D. *de procurat.* 3. 3, Gai 4 §§ 84 e 98, L. 70 *de V. S.* 50. 16, L. 53 D. *de O. et A.* 44. 7.

(13) L. 22 § 7 D. *ratam rem hab.* 46. 8.

(14) L. 3 pr. D. h. t.

(15) L. 2 § 2 D. *stipulat. praet.* 46. 5, L. 8 § 2 e L. 13 pr. D. *ratam rem hab.* 46. 8.

male conosciuti e perciò disputati. Siccome non vi era luogo in questi casi nè a *cautio de rato*, nè a ratifica, così siamo dispensati dall'entrare in discussioni sui medesimi.

Nel periodo del sistema formulare fu ammessa la rappresentanza. Gaio (1) ci informa come si potesse agire in giudizio per altri *cognitorio*, *procuratorio*, *tutorio*, *curatorio nomine*.

Il *cognitor*, che deduceva sempre *rem domini in iudicium*, non era tenuto in nessun caso a prestare la *cautio de rato*.

Gai 4. 97.

Ac nec si per cognitorem quidem agatur, ulla satisfactio vel ab ipso vel a domino desideratur; cum enim certis et quasi solemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur . . . (2).

Essendo questo punto, dell'esenzione della *cautio de rato*, fortunatamente sicuro, l'unico per noi importante, sarebbe del tutto ingiustificato se ci occupassimo delle numerose e vive discussioni che si agitano su altri punti dell'istituto del *cognitor*. Ce ne asteniamo quindi; e solamente aggiungiamo, perchè vien fatto uso — impropriamente del resto — dell'espressione *ratam habere*, che alla necessità che l'assente costituito *cognitor* assu-

(1) 4. 82.

(2) Vedi anche § 100 e Fr. Vatic. 317.

messe l'ufficio, onde potesse agire *cognitorio nomine* (3), accenna la

L. 2 D. *de procurat.* 3. 3.

Paulus *lib. octavo ad edictum.*

pr. (Dari autem procurator [cognitor] et absens potest dummodo certus sit qui datus intellegatur et is ratum habuerit.

§ 1. Furiosus non est habendus absentis loco, quia in eo animus deest, ut ratum habere non possit (4).

Per altri si poteva agire in giudizio, come dicemmo, anche *procuratorio nomine*. Su questa forma di rappresentanza dobbiamo a lungo intrattenerci. Da principio troviamo nel processo soltanto *procuratores omnium rerum*, ma ben presto riscontriamo anche *procuratores* speciali (5).

Nel primitivo diritto classico il *procurator* — che era indifferentemente un mandatario od un *negotiorum gestor* (6) — non deduceva in nessun caso *rem domini in iudicium*. Per questo quando il *procurator* era attore, l'avversario, nel dubbio di dover sostenere un secondo processo sul me-

(3) Cfr. Gai. 4. 83.

(4) Sull' interpolazione di *procurator* in luogo di *cognitor* nel brano inserito fra parentesi = L. 1 § 3 D h. t. Ulp. *lib. nono ad edictum* cfr. Keller *Litiscontestation u. Urtheil* Zürich 1827 pag. 325 n.^a 3, Eisele *Cognitur u. Procuratur* p. 44 n.^a 29 e Lenel *Paling.* vol. 2. col. 977.

(5) Vedi specialmente Cic. *pro Caec.* c. 20 § 57 e L. 1 pr. e § 1 D. *de procurat.* 3. 3. Cfr. Rudorff *Römische Rechtsgeschichte* vol. 2 pag. 71, Bethmann-Hollweg *Versuche üb. einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses* Berlin u. Stettin 1827 pag. 168 n.^a 53 e *Der röm. Civilprozess* vol. 2 pag. 419, Pernice *M. A. Labeo* vol. 1 pag. 490 e segg., Keller *Der röm. Civilprozess u. die Actionen.* 6. ed. pagg. 274, 275.

(6) Cfr. Eisele *Cognitur u. Procuratur* pag. 58 e segg.

desimo oggetto col *dominus*, aveva il diritto di esigere dal *procurator* la *cautio de rato*, per la quale si assicurava il risarcimento di ogni interesse se il *dominus* non avesse ratificato (7).

Gai. 4. 98.

Procurator vero si agat, satisfacere iubetur ratam rem dominum habiturum: periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur; 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 (8).

Tutti gli scrittori ammettono che da principio — diciamo da principio e non al tempo di Gaio, perchè, come vedremo dopo, al tempo di Gaio già doveva essersi verificata qualche restrizione alla regola che egli espone — qualunque *procurator* fosse tenuto a prestare la *cautio de rato*. Ma non vi ha concordia fra gli scrittori circa il motivo di quest'obbligo. Il Keller (9), il Bethmann-Hollweg (10), lo Zimmern (11), il Mühlenbruch (12), il Bruns (13)

(7) Diremo in seguito dei casi, nei quali eccezionalmente era obbligato a prestare la *cautio de rato* il *procurator* del convenuto.

(8) Vedi anche §§ 99 e 100, L. 33 § 3 e L. 39 § 1 D. *de procurat.* 3. 3, pr. e § 1 I. *de satisdat.* 4. 11.

(9) *Litiscontestation u. Urtheil* pag. 304 e segg.

(10) *Versuche üb. einz. Theile der Theorie d. Civilpr.* pag. 179 e segg. e *Der röm. Civilprozess* vol. 2 pag. 421 e segg.

(11) *Geschichte des röm. Privatrechts* vol. 3 pag. 474.

(12) *Die Lehre v. der Cession der Forderungsrechte* 3 ed. Greifswald 1836 pagg. 61, 62.

(13) *Quid conferant Fragm. Vatic. ad melius cognosc. ius romanum* Tubingae 1838 pag. 39.

il Liebe (14), il Heimbach (15), il Walter (16), il Rein (17), il Gugino (18), il Buonamici (19) da una parte — a citare i principali — affermano che i *procuratores* erano sempre obbligati a prestare la *cautio de rato* perchè in nessun caso consumavano l'azione del *dominus*. Dall'altra parte il Huschke (20), il Rudorff (21), il Bekker (22), il Krüger (23), il Wetzell (24), il Keller stesso in fondo in uno scritto posteriore, ritraendo la prima opinione (25) — a nominare anche qui i più importanti — affermano che bisogna distinguere, quanto alla consumazione, il *procurator* con mandato da quello senza mandato; il primo consumava l'*actio* del *dominus*, non così il secondo; la *cautio de rato* si esigeva ciò nonostante sempre, perchè d'ordinario nei singoli casi non si poteva aver la sicurezza che colui il quale intentava una lite *procuratorio nomine* avesse ricevuto un

(14) *Die Stipulation u. das einfache Versprechen* Braunschweig 1840 pag. 180 e segg.

(15) Nel *Rechtswörterbuch* del Weiske vol. 2 pag. 633 e vol. 7 pagg. 58, 59.

(16) *Geschichte des röm. Rechts.* (trad. it. del Bollati) vol. 2 pag. 429.

(17) *Das Privatrecht u. der Civilpr. der Römer* pag. 881 n.^a 1

(18) *Trattato storico della proced. civ. rom.* Palermo 1873 pag. 229.

(19) *La storia della procedura civile romana* vol. 1 Pisa 1886 pag. 545.

(20) Nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* vol. 14 pag. 64 e segg.

(21) Nelle note a Puchta *Cursus des Instit.* vol. 2 § 156 n.^a v.

(22) *Die process. Consumption im class. röm. Recht* Berlin 1853 pag. 153 e segg.

(23) *Process. Consumption u. Rechtskraft des Erkenntnisses* Leipzig 1864 pag. 89.

(24) *System des ordentl. Civilprozesses* 3 ed. Leipzig 1878 pagg. 70, 71.

(25) *Der röm. Civilpr.* pag. 312.

valido mandato, e, dato che questo fosse stato conferito, che perdurasse.

Noi ci siamo già dichiarati per la prima opinione; e poichè alla dimostrazione fatta dal Bethmann-Hollweg un'altra più ampia e minuta se ne aggiunse in questi ultimi anni per opera dell'Eisele nell'eccellente lavoro *Cognitur und Procuratur* (26), non staremo a ripetere quanto questi scrittori molto bene hanno detto. Solo noteremo che a parer nostro l'Eisele esagera quando parla della distinzione fra mandato e *iussus* e della parificazione della ratifica al *iussus* (27), ed in secondo luogo che il testo di Gaio dianzi trascritto, che ciascun gruppo di scrittori invoca a proprio vantaggio, è senza importanza per la questione.

Quanto al primo punto, l'Eisele, ad esempio, ha torto, a nostro avviso, nel chiamare la L. 60 § 4 D. *mandati* 17. 1 a comprova della sua affermazione che nel diritto classico per parecchio tempo gli atti giuridici del mandatario non ebbero efficacia immediata sul patrimonio del mandante.

Il testo sucitato, di Scevola *lib. prim. respons.*, è così concepito:

Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum administrationem ita: Σεῖο τέκνω χάριεν. ἐγὼ μὲν κατὰ φύσιν εἶναι νομίζω τὸ ὑπὲρ πατρὸς καὶ τῶν τοῦ πατρὸς υἱῶν πραγµατεύεσθαι δίχα τοῦ τινὰ ἐπιτροπικὸν αἰτεῖν. εἰ δὲ δεῖ καὶ τοιούτου τίνος, ἐπιτρέπω σοὶ περὶ πάντων

(26) pag. 124 e segg.

(27) Vedi anche Scialoja nella *Cultura* a. 3 vol. 5. pag. 85.

τῶν ἐμῶν ὡς θέλεις πραγματεύεσθαι, εἴτε πωλεῖν θέλεις εἴτε ὑποτίθεσθαι εἴτε ἀγοράζειν εἴτε ὀτιοῦν πράττειν, ὡς κυρίῳ ὄντι τῶν ἐμῶν. ἐμοῦ πάντα κύρια τὰ ὑπὸ σοῦ γινόμενα ἡγουμένου καὶ μηδὲν ἀντιλέγοντός σοι πρὸς μηδεμίαν πράξιν. (Seio filio salutem. Mihi quidem videtur naturae conveniens, ut patris necessariorumque patris filius curam gerat nec quisquam procuracionem requirat. at si ea quoque quodammodo opus est, rerum mearum omnium procuratorem te facio, ut de iis constituas ut voles, sive vendere voles sive pignori rem obligare sive emere sive aliud quidvis facere, tamquam dominus rerum mearum, cum ego ratum habiturus sim quaecumque gesseris neque in ulla re tibi contra dicturus. *trad. Mommsen*) . . .

Se al tempo di Scevola — nota l' Eisele (28) e lo segue il Missol (29) — gli atti del mandatario avessero influito direttamente sul patrimonio del mandante, la promessa di ratifica fatta da questo a quello non avrebbe avuto scopo. Ecco come l' Eisele scorge nel passo di Scevola un argomento molto importante, in favore del suo asserto.

Ora a me sembra che le parole

ἐμοῦ πάντα κύρια τὰ ὑπὸ σοῦ γινόμενα ἡγουμένου καὶ μηδὲν ἀντιλέγοντός σοι πρὸς μηδεμίαν πράξιν (cum ego

(28) *Op. cit.* pagg. 135, 136.

(29) *De la représentation en justice par cognitor et procurator — Essai sur le développement d' une institution juridique à Rome* Lyon 1887 pag. 101.

ratum habiturus sim quaecumque gesseris neque in ulla re tibi contra dicturus)

sieno pienamente compatibili anche con uno stato di diritto affatto diverso a quello asserito dall' Eisele; sembra a me che queste parole si possano benissimo intendere anche come aggiunte unicamente a caratterizzare meglio la latitudine del mandato conferito. La cura di non lasciar dubbio sull' ampiezza del mandato traspare chiaramente dal tenore di tutta la lettera; e perciò abbiamo trascritta quest' ultima nella sua totalità, mentre l' Eisele ne riproduce solo una parte.

Lucio Tizio, dopo aver concesso al nipote di disporre delle cose sue come vorrà, dice che potrà vendere, obbligare, comperare e fare qualunque altro atto, come se fosse proprietario; infine — e quest' aggiunta si può benissimo intendere fatta per accentuare ancor meglio la larghezza dei poteri conferiti — promette Lucio Tizio che terrà per validi tutti gli atti compiuti dal nipote e non gli muoverà questione per alcuno di essi, cioè che non impugnerà nessuno degli atti del nipote come eccedente i confini del mandato. Le parole

καὶ μηδὲν ἀντιλέγοντός σοι πρὸς μηδεμίαν πράξιν (neque in ulla re tibi contra dicturus)

servono a spiegare le precedenti

ἐμοῦ πάντα κύρια τὰ ὑπὸ σοῦ γινόμενα ἡγουμένου (cum ego ratum habiturus sim quaecumque gesseris).

E prescindendo anche dal tenore della lettera di Lucio

Tizio, non è forse d'uso frequente aggiungere ad un mandato la promessa di non impugnare gli atti del mandatario compresi nei limiti del mandato stesso, anche in oggi che gli atti del mandatario hanno efficacia immediata sul patrimonio del mandante? non è in uso pure oggi di aggiungere una clausola analoga a quella aggiunta da Lucio Tizio, onde rassicurare il mandatario ed i terzi, onde prevenire in quello ed in questi i dubbj e le esitanze?

Passiamo al secondo punto, a spiegare cioè la nostra affermazione che il passo di Gaio 4. 98 poc' anzi trascritto, che ciascun gruppo di scrittori invoca in suo favore, non ha importanza nella questione.

Ecco che cosa dicono riguardo a quel passo Huschke ed i suoi seguaci a vantaggio della loro opinione e contro l'altra la quale esclude in via assoluta e generale che il *procurator* consumasse l'*actio* del *dominus*. Gaio parla di

periculum ne iterum dominus de eadem re experiatur.

Ora questa espressione *periculum* sarebbe ben poco appropriata se il *dominus* avesse avuto sempre il diritto di agire in giudizio pel medesimo oggetto ad onta del processo del *procurator*; in tal caso Gaio avrebbe detto decisamente

is enim, cuius nomine per procuratorem actum est, de eadem re ipse iterum agere potest.

Si comprendono invece le parole di Gaio ammettendo che il *procurator* con mandato deducesse *rem domini in iudicium*, quello senza mandato invece non deducesse *rem*

domini in iudicium, e riferendole all'incertezza dei singoli casi concreti circa il conferimento del mandato non solo, ma anche circa il suo perdurare dato che fosse stato realmente conferito, e quindi all'incertezza se il *dominus* avrebbe potuto a sua volta agire; con ciò l'espressione *periculum* apparisce pienamente giustificata.

Gli altri scrittori vogliono dimostrare come la frase di Gaio sia invece a loro vantaggio e risulti contraria alla prima dottrina. Essi dicono: ad intenderne il retto senso quale guida sarà migliore dello stesso Gaio? Ora, Gaio, nella parte del paragrafo che immediatamente segue la frase in questione, dice che questo pericolo non esiste quando abbia agito un *cognitor*, *perchè in tal caso il dominus non ha più azione non altrimenti che se avesse intentata la lite egli stesso*. Il pericolo che si afferma esistente quando agisca un *procurator* è quello stesso di cui si nega invece l'esistenza quando agisca un *cognitor* (*Periculum enim est.... quod periculum non intervenit....*); dunque quando abbia agito un *procurator*, il *dominus* ha sempre il diritto di intentare azione a sua volta, come sempre è escluso invece da un tale diritto quando abbia agito un *cognitor*. Se Gaio avesse voluto dire quello che pensano Huschke e gli altri, avrebbe addotto a spiegazione del

quod periculum non intervenit

la sicurezza della legittimazione del *cognitor*.

Rileggendo attentamente il passo di Gaio noi troviamo che permette benissimo e l'una e l'altra deduzione, e quindi che in ultima analisi non si può invocarlo per lo



scioglimento del problema. Dall'una parte perchè si dice che l'espressione *periculum* non sarebbe adatta per una norma che sempre avesse concesso al *dominus* di agire in giudizio quando aveva intentata la lite un *procurator*? non vi era tuttavia la possibilità che il *dominus* non facesse uso del suo diritto, non agisse? tanto basta a giustificare pienamente la voce *periculum*. Dall'altra parte, perchè affermare che Gaio, dato fosse vera l'opinione di Huschke e seguaci, avrebbe dovuto necessariamente enunciare quale giustificazione del

quod periculum non intervenit

la sicurezza della legittimazione del *cognitor*? perchè non avrebbe potuto limitarsi a dire che quando ha agito il *cognitor*, il *dominus* non ha più azione?

Ecco come il passo di Gaio non si oppone nè all'una nè all'altra dottrina; e pertanto in conclusione non può invocarsi come argomento nè dagli uni, nè dagli altri. In esso si vede soltanto che il *procurator* è tenuto sempre a prestare la *cautio de rato*, il *cognitor* mai; e ciò perchè quando agisce il primo può darsi che il *dominus* intenti lite a sua volta, mentre quando agisce il secondo tale pericolo non vi è mai. Ma come, perchè quel può darsi? Gaio non lo dice, nè ci dà modo di capirlo.

Abbiamo affermato ed in parte provato che l'Eisele esagera nella discussione fra mandato e *iussus* e nella parificazione della *ratihabitio* al *iussus*; abbiamo mostrato che il passo di Gaio non ha importanza nel problema. Manteniamo tuttavia ferma l'opinione che nel primitivo diritto classico il *procurator* non consumava mai l'*actio* del do-

minus, perchè gli altri argomenti posti innanzi dal Bethmann-Hollweg e dall'Eisele bastano, a nostro avviso, a provarne la verità.

Dicemmo che già al tempo di Gaio la regola che il *procurator* fosse tenuto a prestare la *cautio de rato* non doveva essere senza eccezione. Infatti lo stesso Gaio, mentre nel paragrafo 98 del libro quarto afferma in via assoluta:

Procurator vero si agat, satisdare iubetur ratam rem dominum habiturum

nel paragrafo 84 dello stesso libro così si esprime:

...quamquam et ille cui mandatum est *plerumque* satisdare debet.

Non possiamo dire quali eccezioni vi fossero quando scriveva Gaio, sendochè all'infuori di quel *plerumque* non abbiamo altro accenno, e di epoca posteriore sono i testi che ci presentano date categorie di *procuratores* esenti dalla *cautio*.

Prima di passare ad esporre queste categorie giova avvertire, per l'analogia che correva fra giuramento e contestazione della lite, che nella delazione del giuramento da parte del *procurator* risultava vano in generale lo spendente della *cautio de rato*. Infatti il convenuto che si fosse fatto prestare tale cauzione ed avesse quindi giurato, quando avrebbe avuto principalmente interesse ad agire *ex stipulatu* contro il *procurator*? quando avesse perduto il processo intentatogli dal *dominus*. Ora l'aver perduta la lite mostrava che le prove addotte dal *dominus* erano state

convincenti; quindi che nel primo processo col *procurator* era stato giurato il falso, e si sa che *nemo de improbitate sua consequitur actionem*. Per questo motivo affermava Giuliano che il convenuto cui fosse stato deferito il giuramento da un *procurator* dell'attore poteva senz'altro rifiutarsi di giurare.

L. 18 D. *de iureiurando* 12. 2.

Ulp. *lib. vicens. sexto ad edictum*.

[*Alias autem interp.*] procuratorem deferentem ius-iurandum non esse audiendum Julianus libro decimo digestorum scribit, ne postea reus, qui semel iuravit, a domino conveniatur: nec multum ei proficere, si fuerit ei de rato cautum. [sive enim dominus petat, cogetur docere reus liquido se iurasse posita scilicet exceptione, sive *interp.*] *si enim* ex stipulatione de rato agat, necesse habebit ipse de periurio suo docere.

« *Alias autem* » fu interpolato dai compilatori per mettere il testo in armonia col diritto posteriore quale risulta dalla

L. 17 § 3 D. h. t.

Paulus *lib. octavo decimo ad edictum*.

Procurator quoque quod detulit ratum habendum est, scilicet si aut universorum bonorum administrationem sustinet aut si id ipsum nominatim mandatum sit aut si in rem suam procurator sit

e collegare in due passi. Il brano « *sive — sive* » è ritenuto

parimenti interpolato dal Lenel (30) il quale pensa, e noi ci uniamo a lui, come si vede, che nel testo originale fosse scritto

si enim ex stipulatione de rato agat etc.

Diciamo ora quali *procuratores* furono in progresso di tempo esonerati dalla *cautio*.

Ne fu dispensato il *procurator praesentis*, come mostra chiaramente il frammento Vaticano 333, tratto dal libro 15 dei responsi di Papiniano.

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.

A tale testo aggiungasi

Fr. Vat. 326. 3

In dominae praesentia si procurator agat vel defendat, satisfactio non recte postulatur (31).

Praesens significa qui: presente nel luogo del processo in lato senso.

(30) *Paling*, vol. 1 col 342 e vol. 2 col. 568.

(31) Il « *vel defendat* » si riferisce ai casi eccezionali di prestazione della *cautio de rato* da parte del *procurator* del convenuto. Di questi casi, come già abbiamo avvertito nella nota 7, parleremo più avanti.

L. 5 D. *de procurat.* 3. 3.

Ulpianus *lib. septimo ad edictum.*

Praesens habetur et qui in hortis est.

L. 6 D. h. t.

Paulus *lib. sexto ad edictum.*

et qui in foro et qui in urbe et in continentibus aedificiis:

L. 7 D. h. t.

Ulpianus *lib. septimo ad edictum.*

et ideo procurator eius praesentis esse videtur.

La *praesentia domini* assicura il perdurare del mandato; lo afferma esplicitamente Papiniano nel frammento dianzi trascritto. Il perdurare del mandato presuppone necessariamente che il mandato sia stato conferito. Ora risultando dal passo di Papiniano che la *praesentia domini* assicura soltanto la *perseverantia* di un mandato conferito e non dà anche garanzia del conferimento, è chiaro che la *praesentia domini* va completata con un accertamento *in iure* che fu conferito il mandato. Ma questo non obbliga poi a presupporre esclusivamente un mandato scritto, come opina senza fondamento il Bethmann-Hollweg (32), od esclusivamente una presentazione del *procurator* al magistrato fatta dal *dominus*, come ritengono, del pari senza

Assolutamente a torto cita il Buchholtz (*fragm. Vatic. cum comment. et append.* Regimonti Borassorum 1828 pag. 288) la L. 2 C. *de consort. eiusdem litis* 3. 40 a proposito dell' esenzione del *procurator praesentis* dalla *cautio de rato*. In questa legge il *praesentes* si riferisce a coloro che fungono da *procuratores* dei *consortes absentes*; di più si dice esplicitamente che devono prestare la *cautio*.

(32) *Der röm. Civilpr.* vol. 2 pag. 423.

motivo alcuno, il Bruns (33), il Puchta (34), il Bayer (35), lo Schlayer (36), il Gregory (37); a questa affermazione si giunse perchè a torto si tirò dentro nella questione il § 3 I. *satisfactionibus* 4.11, trascurando lo svolgimento intermedio, come meglio vedremo in seguito.

Ora si domanda: come assicurava la *praesentia domini* contro la cessazione del mandato? La risposta è facile e 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 fr. Vatic. 333. La morte, data la *praesentia domini*, non poteva restare ignota. Quanto alla revoca, se fosse stata fatta ad insaputa dell'avversario, finchè durava la presenza risultava inefficace; l'avversario vedeva da una parte il *procurator* che seguiva ad operare come mandatario, dall'altra vedeva il *dominus* presente che non impediva al *procurator* di più oltre agire per lui; era quindi in diritto di ritenere che il mandato perdurasse (38).

Questo ci conduce agevolmente alla dimanda: fino a quando doveva durare la *praesentia*? Ed anche qui si ri-

(33) *Quid confer. fragm. Vatic.* pagg. 41, 42.

(34) *Cursus der Institutionen* 9 ed. vol. 1 pag. 455.

(35) *Vorträge über den deutschen gem. ordentl. Civilprocess* 10 ed. München 1869 pag. 324.

(36) Nella *Linde's Zeitschrift* nuova serie vol. 9 pag. 293.

(37) *Specimen iuris civ. de ratihab.* pag. 189. Lo Zimmern (*Gesch. des röm. Privatrechts* vol. 3 pagg. 476, 477) ed il Mühlenbruch (*Die Lehre v. d. Cession der Forderungsrechte* pag. 67) ritengono che in un primo stadio si richiedesse una simile presentazione; più tardi si sarebbe abbandonato il detto requisito. Anche a questa distinzione manca qualsiasi fondamento.

(38) Cfr. per analogia L. 12 D. *ad SC. Macedon.* 14. 6 e L. 1 § 2 D. *quod iussu* 15. 4.

sponde 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.

Dalla *cautio de rato* si dispensò anche il *procurator* quando fosse stato *apud acta constitutus (factus)*; quando cioè il *dominus* si fosse presentato al magistrato ed avesse fatto prender nota nei registri forensi di aver costituito Caio suo *procurator* nel processo contro Tizio. Di tale esenzione fanno fede

Fr. Vatic. 317

..... *apud acta constituto* procuratori haec *satisfatio* (*ratam rem haberi*) remitti solet. nam cum *apud acta* nonnisi a *praesente domino* constituatur, *cognitoris loco intellegendus est*...

L. un. pr. e § 1 C. *de satisfando* 2. 56 [57].

Imp. Dioclet. et Maxim.

pr. Non est iuris incerti eum qui *apud acta factus est agentis procurator* non compelli *ratam rem dominum habiturum* *satisfare*: hoc enim casu veluti *praesentis procuratorem* intervenire intellegendum est.

§ 1. Itaque etsi postea mutata voluntate *procuratorem* esse noluerit, tamen *iudicium*, quo quasi *procurator expertus est*, *iudex ratum habere* debet (39).

(39) Anche in Paul R. S. l. 3. l. 3. l si parla della costituzione di un *procurator apud acta praesidis et magistratus*. "Mandari potest *procuratio (et) praesenti (et) absentis* et nudis verbis et per litteras et per nuntium et *apud acta praesidis et magistratus* .."

Questa legge del Codice, oltre che provare come il *procurator apud acta constitutus* fu dispensato dalla *cautio de rato*, conferma l'esenzione del *procurator praesentis* dallo detta *cautio*. È da ritenere che nel testo originario in luogo di « quasi procurator » fosse scritto *quasi cognititor* o, più probabilmente, *quasi praesentis procurator*. Invece non vi ha motivo alcuno di ammettere col Bethmann-Hollweg (40) che « praesentis procuratorem » sia interpolato in cambio di *cognitorem*; mentre per l'esenzione dalla *cautio de rato* si poteva richiamarsi così all'uno come all'altro.

Quanto al frammento Vaticano cit., il Keller (41) integra, anzichè con *apud acta constituto (facto)*, con *praesentis* (42). Una simile integrazione non può assolutamente accettarsi, perchè contraria alla parte conservata. L'argomentazione

nam cum *apud acta nonnisi a praesente domino* constituatur etc.

dovrebbe allora esser concepita inversamente; dovrebbe cioè esser scritto

nam cum nonnisi *apud acta a praesente domino* constituatur etc.

(40) *Versuche üb. einz. Theile der Theorie des Civilpr.* pagg. 202, 203 e *Der röm. Civilprozess* vol. 2 pag. 423 n.º 77.

(41) *Litiscontest. u. Urtheil* pag. 307.

(42) Il Boujean (*Traité des actions chez les Romains* 2 ed. Paris 1845 vol. 2 pag. 481) si mostra incerto se si debba integrare con *praesentis* o con *apud acta constituto*.

perchè in tal caso dovrebbe giustificarsi « a praesente domino » con « apud acta » e non viceversa.

Accertata l'integrazione *apud acta constituto* o *facto* apparisce chiaro che la *praesentia* della frase « a praesente domino » non va intesa nello stesso senso della *praesentia* del *procurator praesentis*; altrimenti non si saprebbe capire il motivo della *constitutio apud acta*, bastando una simile *praesentia* ad esonerare dall'obbligo di prestare la *cautio*. Qui non trattasi della *praesentia* durante tutto il processo *in iure* onde assicurare la *perseverantia mandati*, ma della *praesentia* necessaria per lo scopo ed al momento della registrazione; e si tratta di *praesentia* in tribunale, davanti al magistrato, non di quella *praesentia* più lata, nel luogo del processo, della quale ci fanno testimonianza pel *procurator praesentis* le LL. 5, 6, 7 D. *de procurat.* 3. 3, più addietro trascritte. Insistiamo su questo, perchè varî scrittori a torto identificano *procurator praesentis* e *procurator apud acta factus*, o almeno non li distinguono abbastanza chiaramente; così dicasi dello Zimmern (43), del Mühlenbruch (44), dell'Ortolan (45), del Drewke (46), del Keller (47) del Maynz (48).

(43) *Gesch. des röm. Privatrechts* vol. 3 pagg. 476, 477.

(44) *Die Lehre v. d. Cess. der Forderungsrechte* pag. 67.

(45) *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien* 11 ed. vol 2 pag. 698.

(46) *De cognitoribus et procurat. in rem alienam constit. Gaii et Ulp. temp.* Halae 1857 pagg. 8, 34.

(47) *Der röm. Civilpr.* pag. 268.

(48) *Cours de droit romain* 4 ed. vol. 2 pag. 82. Lo Schlayer nella *Linde's Zeitschrift* nuova serie vol. 9 pag. 47 n.° 173 distingue *procurator praesentis* e *procurator apud acta factus*; tende invece a confonderli nella pag. 293.

Le parole del framm. Vatic.

nam cum apud acta non nisi a praesente domino constituatur, cognitoris loco intellegendus est

mostrano che *praesentia* e registrazione della procura si debbono intendere relativamente al magistrato della causa e non si tratta già di registrazione presso un'altra autorità avente il *ius conficiendorum actorum*, fatta poi valere là dove si dibatteva la lite, come intesero malamente alcuni scrittori, fra i quali ricordiamo il Bayer (49). Infatti, se si trattasse di presenza dinanzi ad un'autorità estranea, come osserva a ragione l'Eisele (50), non sarebbe giustificato il ravvicinamento al *cognitor* che riscontriamo nelle righe del frammento Vaticano testè trascritte; mentre pienamente lo si capisce, intendendo che si tratti di presenza dinanzi al magistrato della lite.

L'Eisele fa anche un'altra osservazione giustissima, che riproduciamo, modificandone un po' la forma, perchè non ci sembra altrettanto felice quanto il pensiero. Sarebbe puerile porre in rilievo che il *dominus* deve esser necessariamente presente là dove fa registrare la procura, ammesso che si trattasse di un magistrato diverso da quello della causa; mentre si capisce che trattandosi del magistrato della lite la circostanza, pur sempre evidente, della

(49) *Vorträge üb. den deutschen gem. ordentl. Civilpr.* pagg. 324, 325 " er (der dominus) liess seinem gewählten Stellvertreter vor einer anderen Behörde eine schriftliche Vollmacht ausfertigen, welche sodann der letztere bei dem verhandelnden Gerichte producirte — *procurator apud acta factus* „.

(50) *Cognitur u. Procuratur* pagg. 164, 165.

presenza sia posta in rilievo, stante il ravvicinamento per essa del *procurator* al *cognitor*. Ecco come si esprime l' Eisele :

Wenn in fr. Vatic. 317 gesagt wird « nam—est » so kann das *a presente* doch wohl nur in Beziehung auf den zu führenden Process aufgefasst werden, muss also Präsenz am Processort und Bestellung des Procurators ad acta des Processgerichts gemeint sein: denn dass der dominus da gegenwärtig sein muss, wo er überhaupt etwas zu Protokoll erklärt, ist doch zu selbstverständlich

Dato il modo di esprimersi dell' Eisele, parrebbe logica l' obbiezione: e non è del pari *zu selbstverständlich* che il *dominus* deve esser presente là dove fa registrare qualche sua dichiarazione, anche quando si tratti del magistrato della causa? non regge l' argomentazione anche in questo caso? Ecco perchè nell' esprimere il pensiero dell' Eisele abbiamo usata una forma migliore.

Anche l' affermazione che testè abbiamo combattuta, come un' altra a proposito del *procurator praesentis* parimenti erronea, ebbe origine dall' aver a torto tirato dentro nell' argomento il § 3 I. *de satisdat.* 4. 11, trascurando le fonti intermedie.

Determinato così con cura chi fosse il *procurator apud acta constitutus*, ci domandiamo ora: perchè questo *procurator* era dispensato dalla *cautio*? come era assicurato in tal caso l' avversario? Gli è certo intanto che il conferimento del mandato era qui pienamente

sicuro. Quanto alla *perseverantia mandati* è da ritenere che, data la forma solenne di costituzione, si sia escluso che il mandato potesse cessare *ignorante adversario*; si sia riconosciuta cioè efficacia estintiva alla morte del mandante ed alla revoca solo quando fossero venute a conoscenza dell' avversario. Nè a questo manca l' appoggio delle fonti; chè nella L. un. C. cit. sta scritto

Itaque etsi postea mutata voluntate procuratorem esse noluerit, tamen iudicium, quo quasi procurator expertus est, iudex ratum habere debet

riprodotto, come segue, nei

B. 7. 14 c. 17.

'Αλλ' εἰ καὶ μεταμεληθεὶς ὁ δεδωκὼς αὐτὸν ἐντολὴν ἀνακαλέσεται τὴν πρὸς αὐτὸν ἐντολήν, ὅμως ἐρρῶσθαι τὴν παρ' αὐτοῦ γενομένην ἐνχωρήν. (Sed et si quis procuratorem eum constituit, postea poenitentia ductus mandatum ei datum revocaverit, tamen ratum esse id, quod ab eo actum sit) (51).

Di un altro caso di dispensa dalla *cautio de rato* ci fa testimonianza la

L. 21 D. *ratam rem haberi* 46. 8.

Ulpianus *libro primo opinionum*.

Ne satisdatio ratam rem dominum habiturum exigitur in his quae nomine eius ageret, qui eum se fe-

(51) Ed. di Heimbach vol. 1 pag. 304.

cisse procuratorem libello principi dato professus est, prodest

che così è riprodotta nei Basilici

B. 9. 11 c. 21.

Ἐάν διὰ δεήσεως ἐπιδοθείσης παρ' ἐμοῦ βασιλεῖ σημανῶ, τόνδε δεδωκέναι ἐντολέα, κινῶν οὐκ ἀπαιτεῖται τὴν ἰκανοδοσίαν (Si precibus principi a me oblati significavero, me hunc dedisse procuratorem, ab eo, si agit, cautio non exigitur). . . . (52).

Il senso è chiaro. Nella lite agitata presso l'imperatore fu dispensato dalla *cautio* il *procurator*, quando il *libellus principi oblatus* conteneva 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 actus factus*. Vale pertanto, quanto alla morte del mandante ed alla revoca del mandato, la norma espressa per quest'ultimo.

Se il senso della L. 21, tanto più quando la si confronti coi Basilici, riesce chiaro, la forma invece lascia a desiderare, come notarono già P. Pithoeus (53) fra i vecchi autori, Keller (54) fra i moderni. La sostituzione di *praetori* a « principi », proposta dal Noodt (55) per rife-

(52) Ed. cit. vol. I pagg. 488.

(53) *Adversaria ad ius. romanum* in Meermann *Thesaurus iuris civilis et canonici* vol. I pag. 352.

(54) *Litiscont. u. Urtheil* pag. 318 n.º 4. Vedi anche Schulting *Notae ad Digesta seu Pandectas* ed. Smalldenburg ad h. l.

(55) *Comm. ad tit. Dig. de pro curat.*

rire il passo al *procurator praesentis*, va assolutamente respinta. Le sono contrari tutti i manoscritti e, come vedemmo, anche i Basilici.

I suddetti *procuratores*, esonerati dalla *cautio de rato*, consumavano l'*actio* del *dominus*, derogando alla regola del primitivo diritto classico.

Proseguendo, le fonti ci mostrano come al tempo di Ulpiano e di Paolo non più solamente i detti *procuratores* ma in generale tutti i *procuratores* con mandato deducessero l'*actio domini in iudicium*.

L' Eisele (56) sostiene un'opinione diversa; egli afferma che al tempo di Ulpiano e di Paolo la facoltà consuntiva non si era ancora estesa a tutti i mandatarî, ma soltanto il *procurator* con mandato speciale ed il *procurator omnium rerum* consumavano colla loro *litis contestatio* l'azione del *dominus*. Ciò risulta chiaramente — dice l' Eisele — dalla

L. 12 D. *de pactis* 2. 14.

Ulpianus *libro quarto dec. ad edictum*.

Nam et nocere constat, sive ei (procuratori) mandavi ut pacisceretur, sive omnium rerum mearum procurator fuit cum placuit eum etiam rem in iudicium deducere.

Si accorda con questo la

L. 1 C. *quibus res iudicata non nocet* 7. 56.

Imp. Alexander Masculino.

(56) *Op. cit* pag. 171 e segg.

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. *PP. non. Mai. Alexandro A. cons.* [a. 222] (57).

trattandosi di un *procurator* con mandato speciale.

E se le LL. 11 § 7 D. *de exceptione rei iudicatae* 44. 2. 56 D. *de iudiciis* 5. 1, 27 pr. D. *de procurator.* 3. 3 tutte d' Ulpiano (leggi senza dubbio modificate dai compilatori, ma, verosimilmente, non nella parte che ci interessa) affermano rispettivamente la consumazione per opera del *procurator cui mandatum est*, del *verus procurator*, del *procurator qui mandato domini egit*, questo non ci obbliga punto a seguire l'opinione dominante — nota sempre l'Eisele — sendochè Ulpiano stesso così si esprime nella

L. 12 pr. D. *de solut. et liberat.* 46. 3.

Ulp. *lib. trigens. ad Sabinum.*

... verum autem (procuratorem) accipere debemus eum, cui mandatum 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*; e sempre Ulpiano, in un passo importante appunto per la consumazione processuale, dice

(57) La ripetizione inutile « et ideo etc. » va ritenuta opera dei compilatori.

L. 3 § 2 D. *iudicat. solvi* 46. 7.

Ulp. *lib. septuagens. septimo ad edictum.*

Procuratorem eum accipere debemus, cui mandatum est, sive huius rei tantum mandatum susceperit, sive etiam universorum bonorum.

Il « sive—sive », secondo l'Eisele, sta a determinar meglio il « cui mandatum est » e non costituisce già una ripartizione, che non sarebbe esauriente.

Ed una riprova che al tempo di Ulpiano e di Paolo non ogni *procurator* con mandato, ma solo il *procurator* con mandato speciale ed il *procurator omnium bonorum* deducevano l'*actio domini in iudicium* trova l'Eisele in questo, che Paolo, dopo aver detto nella L. 17 § 2 D. *de iureiurando* 12. 2 (Paul. *lib. octavo dec. 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 paragrafo successivo:

Procurator quoque quod detulit ratum habendum est, scilicet si aut universorum bonorum administrationem sustinet aut si id ipsum nominatim mandatum sit...

Nè — seguita sempre l'Eisele — si può ritenere la limitazione al *procurator* con mandato speciale ed al *procurator omnium bonorum* 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 dell'acuto e geniale giureconsulto tedesco, non possiamo però seguirlo. Anzitutto pel linguaggio chiaro ed esplicito delle LL. 11 § 7, 56, 27 pr. sopra citate, che qui trascriviamo.

L. 11 § 7 D. *de except. rei iudic.* 44. 2.

Ulp. *lib. septuagens. quinto 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, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum

L. 56 D. *de iudiciis* 5. 1.

Ulp. *lib. tricens. ad Sabinum.*

Licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est (58)

L. 27 pr. D. *de procurat.* 3. 3.

Ulp. *lib. nono ad edictum.*

. . . . si mandato domini procurator egit. ceterum si mandatum non est, cum neque in iudicium quidquam deduxerit, nec tu ea comprobasti, quae invito te acta sunt tibi non praeiudicant

Il richiamo alle LL. 12 pr. D. *de solut. et lib.* 46. 3 e 3 § 2 D. *iudic. solvi* 46. 7 non può, a parer nostro, servire a restringere il significato dei passi trascritti, come vor-

(58) Dell'interpolazione di questa legge parleremo in seguito. Ora non ci importa rilevarla, perchè non si estende alle parole « verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est » le sole che al presente ci interessano.

rebbe l'Eisele; sendochè ci sembra che, ben riflettendo, si trovino compresi nelle dette due leggi tutti i casi di *procurator* con mandato. Ulpiano indica — con *vel vel* la prima volta, con *sive, sive* la seconda — i due casi estremi, quelli cioè di mandato speciale e di mandato *omnium rerum*; con ciò intende di comprendere implicitamente i casi intermedi. Certo non si negherà che questa sia l'interpretazione più naturale, specie pensando alle parole *tantum, etiam* della L. 3 § 2 (59).

L'affermazione di Paolo nella L. 17 § 3 circa la delazione del giuramento a primo aspetto sembra un saldo argomento a favore dell'Eisele (60). Ma io trovo che cessa di parer tale, una volta che si ricordi l'elemento particolare, caratteristico della delazione del giuramento, il rimettersi cioè del deferente alla coscienza dell'avversario, che vien fatto testimone e giudice in causa propria: questo elemento speciale spiega una norma più ristretta, una maggior cautela, giustifica l'esclusione di certi *procuratores*, che pur *agendo rem in iudicium deducebant*, dal diritto di deferire il giuramento. Ed a conferma di questo si noti, 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* del *procurator* lo stesso Eisele l'afferma decisamente estesa a tutti i *procuratores* con mandato, a partire dalla L. 10 C. *de*

(59) Vedi anche Hölder nella *Krit. V.J.Schr.* vol. 24 pagg. 25, 26.

(60) E mostra di ritenerla un valido argomento anche Hölder *loc. cit.*

procurat. 2. 12 [13], emanata da Alessandro Severo nell'anno 227.

Ma se al tempo di Ulpiano e di Paolo il mandato acquistò in via assoluta efficacia consuntiva, non per questo diminuì notevolmente l'obbligo di prestazione della *cautio de rato*. E ciò pel seguente motivo: che affinché il mandato riuscisse a consumare l'azione, bisognava perdurasse fino alla *litis contestatio*. Ora poteva darsi che il mandato del *procurator* cessasse prima di questa, senza che l'altra parte ne avesse conoscenza. Seguendo la *litis contestatio* quando più non sussisteva il mandato, l'azione del principale non restava consumata ed il convenuto si trovava esposto ad un secondo giudizio. Per questo alla *cautio de rato* il *procurator* fu ancora tenuto non solo quando il mandato non gli era stato conferito o si dubitava se gli fosse stato conferito, come affermano alcuni scrittori, ma anche quando era certo il conferimento ed era dubbia la *perseverantia* od almeno era possibile che il mandato si estinguesse senza che l'avversario venisse a saperlo.

Ricordiamo la massima enunciata già da Papiniano nell'affermare esente dalla *cautio de rato* il *procurator praesentis*

... cum autem certum est mandatum perseverare ...
satisfactionis necessitas cessat.

E per l'analogia che correva fra *procuratores* e *tutores* circa la rappresentanza giudiziale riesce opportuno citar qui la

L. 23 D. *de admin. tut.* 26. 7.

Ulp. *libro nono ad edictum.*

Vulgo observatur, ne tutor caveat 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 (61).

Si spiega pertanto come Paolo nelle *Receptae Sententiae*, dopo aver detto obbligato a prestare la *cautio* il *voluntarius procurator*, possa andar più in là ed enunciare come regola l'obbligo dell'*absentis procurator* ed in generale del *procurator* di prestare quella cauzione.

Paul R. S. 1. 3. §§ 3-6.

- § 3. Voluntarius procurator, qui se negotiis alienis offert, rem ratam dominum habiturum cavere debet.
- § 4. Actoris procurator non solum absentem defendere, sed et rem ratam dominum habiturum satisfacere cogitur.
- § 5. Petitoris procurator rem ratam dominum habiturum, desiderante adversario, satisfacere cogendus est...
- § 6. Si satis non det procurator absentis, actio ei absentis nomine non datur (62).

Quali furono i nuovi casi di esenzione del *procurator* dalla *cautio*?

(61) A me non par dubbio che quel *duret* ha valore di futuro, come meglio spiegherò più avanti, parlando dei tutori e curatori.

(62) In *Consult. vet. iurisc.* 3. 6-9 e *Frag. Vatic.* 336. 2.

Le fonti ce ne presentano un solo

L. 65 D. *De procurat.* 3. 3.

Modestinus *lib. singul. de heurematicis.*

Si procuratorem absens (Fl. absentem) dominus satisfactione relevare velit, litteras suas ad adversarium dirigere 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 intelligendus est. itaque etsi postea mutata voluntate procuratorem esse noluerit, tamen iudicium, quo quasi procurator expertus est, ratum esse debet.

In questa legge vediamo dispensato dalla *cautio* il *procurator* quando il *dominus* avesse scritto una lettera all'avversario informandolo della costituzione del *procurator* e promettendogli di ratificarne l'operato: la lettera, oltre l'indicazione del nome del *procurator*, doveva contenere l'indicazione della causa nella quale era autorizzato ad agire.

Il brano

Hoc enim casu — ratum esse debet

fu aggiunto dai compilatori, prendendolo quasi testualmente dalla L. un. pr. e § 1 C. *de satisdat.* 2. 56 [57] che abbiamo esposta parlando del *procurator apud acta constitutus*.

Siccome di altri casi di esenzione dalla *cautio* non fanno testimonianza le fonti, è da ritenersi che il dispensare dalla

cautio in casi diversi da quelli del *procurator praesentis*, del *procurator apud acta factus*, del *procurator* della L. 65 cit., fosse rimesso all'arbitrio del pretore.

È quasi superfluo avvertire che qualora il mandato fosse durato sino alla *litiscontestatio*, il *procurator* era senz'altro prosciolto da ogni obbligo *ex cautione rati-habitionis*.

Prima di passar ad esporre il diritto posteriore dobbiamo dire qualche cosa in particolare a proposito del *procurator* senza mandato.

Il *negotiorum gestor* nel primitivo processo formulare aveva diritto di intentare una lite pel principale. In seguito sorse l'*exceptio procuratoria*, che, troviamo pienamente svolta in Giuliano (63), per la quale il convenuto poteva esimersi dal sostenere una lite con chi non provava di avere il mandato. A primo aspetto questo può parer strano in un tempo in cui anche i *procuratores* con mandato non consumavano l'*actio* del *dominus*. Ma, riflettendo se ne comprende assai facilmente la giustificazione. Gli è certo che il convenuto, anche quando il mandato non aveva efficacia consuntiva, si trovava a miglior partito avendo litigato con un mandatario che non avendo litigato con un *negotiorum gestor*. E ciò anzitutto per le maggiori probabilità di ratifica nel primo caso. Infatti, se aveva agito un semplice gestore, il *dominus* poteva non ratificare, senza incorrere in responsabilità verso il *negotiorum gestor* salvo il caso che questi potesse provare l'*utiliter gestum*; invece quando aveva agito un mandatario, pur che avesse eseguito

(63) L. 23 D. *ratam rem hab.* 46. 8.

fedelmente il mandato, il *dominus* non ratificando era tenuto senz'altro a rimborsarlo di quanto avesse dovuto prestare in forza della *cautio de rato*. E [se maggiori erano le probabilità che il *dominus* non promovesse un secondo processo allorquando la lite era stata intentata da un mandatario, erano in tal caso maggiori anche le probabilità che non si presentasse un altro *procurator* mandatario ad agire in giudizio *de eadem re*; giacchè, se in diritto era possibile che il *dominus* dopo aver conferito ad uno il mandato lo conferisse per la stessa cosa ad un'altro, in fatto ciò doveva verificarsi abbastanza raramente. Si vede pertanto come in generale il convenuto avesse assai meno a temere di essere chiamato un'altra volta in giudizio quando aveva litigato con un mandatario, che non quando aveva sostenuta la lite con un semplice gestore. Eccepita *in iure*, la mancanza di mandato impediva il processo, *in iudicio*, impediva la condanna. È senza dubbio in riguardo alla *exceptio procuratoria* ed alla sua efficacia che in qualche testo si trova addirittura affermato che il semplice gestore non può intentar lite (64).

La legittimazione mediante mandato non poteva esser richiesta da alcune persone in stretto rapporto personale col *dominus*, alle quali pertanto non era lecito opporre l'*exceptio procuratoria*. Tali persone erano: i genitori, i figli, i fratelli, il marito, gli affini, i liberti. Da questi non si poteva richiedere il mandato, perchè, stante il vincolo che li univa al *dominus*, era da presumere che

(61) L. 5 § 14 [6 § 12] D. *de negot. gest.* 3. 5, L. 23 cit. Vedi Eisele *Op. cit.* p. 186 e segg.

quest'ultimo avrebbe ratificato anche a suo danno, prevalendo l'affetto sull'interesse patrimoniale. Siccome però obbligo di ratifica da parte del *dominus* non vi era, così anche i suddetti erano tenuti a prestare la *cautio de rato*. Che se risultava una *voluntas contraria* del principale, se il principale cioè aveva fatto comprendere in qualche modo di non volere che agisse per lui una delle dette persone, questa non veniva ammessa. Gli scrittori nei casi testè menzionati sogliono parlare, impropriamente del resto, di *mandatum praesumptum*.

L. 7 [8] pr. D. *de negot. gest.* 3. 5.

Ulp. *libro decimo ad edictum*.

Si autem is fuit qui negotia administravit a quo mandatum non exigebatur, posse ei imputari, cur oblata de rato cautione eum non convenit: si modo facile ei fuerit satisfacere...

L. 40 § 4 D. *de procurat.* 3. 3.

Ulp. *lib. nono ad edictum*.

In his autem personis, in quibus mandatum non exigimus dicendum est, si forte evidens sit contra voluntatem eos experiri eorum, pro quibus interveniunt debere eos repelli. ergo non exigimus ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur: quamvis de rato offerant cautionem (65).

A completare quanto abbiamo osservato circa il *negotiorum gestor* soggiungiamo che l'efficacia consuntiva della

(65) Aggiungi L. 35 pr. D. *de procurat.* 3. 3, L. 3 § 3 D. *iudicatum solvi* 46. 7, L. 12 e L. 21 C. *de procurat.* 2. 12 [13].

ratifica, oltrechè dalle L. 27 D. *de procurat.* 3. 3, dianzi trascritta, è attestata da

L. 25 § 2 D. *de except. rei iudic.* 44. 2.

Iulianus *libro quinquag. primo digest.*

Si te negotiis meis optuleris et fundum nomine meo petieris, deinde ego hanc petitionem tuam ratam non habuero, sed mandavero tibi, ut ex integro eundem fundum peteres, exceptio rei iudicatae non obstabit: alia enim res facta est, interveniente mandato. idem est, si non in rem, sed in personam actum fuerit.

L. 66 D. *de procurat.* 3. 3.

Papinianus *libro nono quaest.*

Si is qui Stichum vel Damam, utrum eorum ipse vellet, stipulatus est et ratum habeat, quod alterum procuratorio nomine Titius petit: facit, ut res in iudicium deducta videatur et stipulationem consumit.

Proseguendo nello svolgimento storico, notiamo che una costituzione importantissima degli imperatori Graziano, Valentiniano secondo e Teodosio primo dell'anno 382, avrebbe dovuto restringere assai l'applicazione della *cautio de rato*. Ecco la detta costituzione come ci è conservata nel Codice Teodosiano:

L. 3 C. Theod. *de cognit et proc.* 2. 12.

In principio quaestionis persona debet inquiri et utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto. quibus rite et solenniter constitutis potest esse sen-

tentia; praeteris autem his nec dici controversiae solent nec potest esse iudicium (66)

dove troviamo la seguente interpretazione:

Cum primum ad iudicem causa fuerit intromissa, personarum firmitas requiratur, ut is qui causam alterius prosequitur, mandatum eius, cuius causam agendam susceperat, proferre procuret.

Nella *Consultatio veteris iurisconsulti* la costituzione si trova tal quale (67).

Il senso è chiaro. In principio della causa bisogna assicurarsi che chi intenta lite per altri *procuratorio nomine* agisca *ex mandato*; se senza osservare tale prescrizione si dà corso al giudizio, la sentenza e tutto il procedimento sono nulli.

Mentre le parole

utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto

farebbero credere sufficiente per la validità del processo la prova data in qualunque modo del mandato, già nella stessa costituzione le parole

quibus rite et solenniter constitutis

accennano a qualche cosa di più. E qui ci danno luce la

(66) Edizione di Haenel. L'*et* manca in quattro manoscritti.

(67) Manca l'*et*.

Consultatio la quale nel medesimo capo ai paragrafi 1 e 4 ci parla di

mandatum gestis legaliter allegatum

e di

epistola mandati gestis allegata

ed una relazione di un processo contenuto nelle epistole di Simmaco dove si legge

....negavit stare personam, cuius procurationem superioris gesta iudicii non tenerent...

....procuratio legebatur praetoris allegata iudicio (68).

Si vede chiaramente come il mandato dovesse essere inserito fra gli atti del processo. Non ci è dato poi accertare se fosse sufficiente un documento privato, oppure si richiedesse una copia autenticata tratta dagli atti di un' autorità avente il *ius conficiendorum actorum*. Ad un semplice documento privato inclina a far credere la *Consultatio* ed anche Simmaco nelle prime parole che abbiamo trascritte, mentre le seconde parole del brano di Simmaco fanno pensare ad una copia autenticata. L'inserzione del mandato fra gli atti del processo doveva assicurare non solo il conferimento del mandato ma anche la *perseverantia*

(68) Symmach. *Epist.* 10. 39. È riprodotta in Bethmann-Hollweg *Der röm. Civilprozess* vol. 3 pag. 353 e segg. Nella *Lex Romana Burgundionum* (ed. del Bluhme) tit. 11. 2 si legge « ..mandatum gestis allegatum... legitimum... ».

del medesimo; è da ritenere si sia applicato lo stesso principio che abbiamo visto pel *procurator apud acta factus*, si sia escluso cioè che il mandato potesse cessare *ignorante adversario* (69).

Avendo prescritto la L. 3 C. Theod. che il *procurator* dell'attore dovesse inserire il mandato fra gli atti del processo ed avendo dichiarato addirittura nulla la lite dibattutasi col *procurator* il quale non avesse ottemperato ad un simile precetto, non dovremmo trovar più nei giudizi dopo la detta legge che il *procurator* mandatario il quale ha unito il mandato agli atti del processo e le persone col cosiddetto *mandatum praesumptum*.

Se non che altre fonti ci presentano testimonianze discordanti dai risultati cui avrebbe dovuto condurre la L. 3 C. Theod. La *cautio de rato* la quale avrebbe dovuto limitarsi ai casi del *mandatum praesumptum* — e non totalmente sparire, secondo afferma l'Eisele (70), mentre la legge 3 cit. non ci obbliga punto a ritenere escluse le persone con *mandatum praesumptum* — la riscontriamo ancora in vigore all'infuori dei detti casi nella

Consultatio vet. iurisc. 3 §§ 1, 5, 10, 11.

§ 1. Tertio loco vel capite interrogandum me specialius censuisti, utrum contra iudicium iri possit, quod adversus maritum in causa mulieris prius datum est, eo quod mandato usus fuerit uxoris suae, et in causa ipsa victus abscesserit, et contra eum iudicium prolatum

(69) Vedi Eisele *Op. cit.* pagg. 218-220.

(70) *Op. cit.* pag. 224.

fuerit. Addidisti etiam, quod mandatum neque gestis legaliter fuerit allegatum, nec satisdatorem dedisset ille ipse procurator ab uxore factus, et sic causam dixisset, quam agebat.

- § 2. Quod si verum est, illud iudicium dici non potest. Sed nec iudices sine verecundia et turpitudine erunt, qui personam in ipso litis initio non inquisierunt, sicut est legum, nec fecerunt, ut satisdatorem daret procurator, quod et consuetudinis est et re vera legaliter observatur. ac praeterea si hoc factum non est, nullam personam habuit litigandi. sed nec illi potuerunt in causa proferre iudicium, ubi fuit procuratoris ludificatoria, inanis et nulla persona.
- § 3. Quid potest esse miserius? quid abiectus? quid legibus sic contrarium, ut ingrediatur audientiam, sedentibus iudicibus, ille, qui nullam in se habuit firmitatem, et citra legum solemnia vanas actiones intendat?
- § 4. Respice leges subter adiectas: tunc intelliges, quod, qui mandato utitur, satisdatorem dare debet. Sed in illo mandato hoc futurum est, ubi aut verbo mandatur, aut gestis epistola mandati non legitur allegata.
- § 5. Ergo testimonium legum, sicut iam dictum est, sequentium diligenter attendite. Sic agnoscetis, iudicium stare non posse, ubi ad agendum sollemnis persona, id est solemniter ordinata, ingressa non fuerit.
- § 10. Quid apertius, quam leges supra scriptae declarant quod nulla actio per procuratorem sine satisfactione intendi potest aut proponi?
- § 11. Ergo si actio non datur illi procuratori, qui satis

non dederit, quomodo poterit dici aut nominari iudicium, ubi *satisfactionis* vestigium nullatenus invenitur? Quid testificantur principes per constitutiones innumeras, nisi nulla esse debere iudicia, ubi procurator satisfactionem non dederit, *haud* rem ratam dominum habiturum evidentissima sponsione firmarit? Attentus audi, quod loquitur lex subter adiecta: tunc intelliges, cadere iudicia, quae sine procuratoris satisfactione fuerint omnino prolata.

Si vede qui chiaramente come il processo promosso da un mandatario il quale non abbia ottemperato alla prescrizione della L. 3, processo che in base alla detta legge dovrebbe esser nullo, sia invece valido se il mandatario ha prestata la *cautio de rato*. Ecco presentarsi la *cautio de rato* con una nuova funzione, come mezzo cioè di sfuggire alla nullità comminata dalla L. 3. Il tenore del paragrafo secondo mostra che la *cautio de rato* colla nuova funzione era stata introdotta dalla pratica. Nei § § 6-9 l'autore della *Consultatio* cita dei passi della *Receptae Sententiae* di Paolo, fraintendendoli affatto perchè li interpreta conforme alla L. 3 (71); e sempre male a proposito invoca nel § 12 la L. 2 C. Theod. h. t. = L. 2 C. I. *de consort. eiusd. lit.* 3. 40, anteriore alla L. 3 C. Theod. h. t. Oltre la sopradetta funzione conviene ammettere nella *cautio de rato* di cui ci parla la *Consultatio* anche l'ufficio di tutelare l'interesse

(71) E di più nel § 8 fa un'aggiunta errata a Paolo, colle parole *quia nemo in re aliena idoneus est sine satisfactione* mentre questa *regula veterum* concerneva i rappresentanti del convenuto e non quelli dell'attore. Cfr. Gai. 4. 101 e § 5 I. *de satisdat.* 4. 11.

del convenuto in vista della possibile cessazione del mandato, sendochè all'infuori del caso di *mandatum actis allegatum* non era assicurata la *perseverantia mandati* (72).

Fonti posteriori importanti sono le seguenti:

Thalel. sch. ad B. 8. 2 c. 98.

Ἐρώτησις· μᾶλλον ἢ ratam rem habiturum ἰκανοδοσία μετὰ ταύτην τὴν διάταξιν (L. 24 C. de proc. 2. 12 [13]) περιττῶς παρασώζεται; ἢ γὰρ ἔχει μανδάτον ὁ προκουράτωρ καὶ κατάγει τὴν δίκην, καὶ δαπανᾷ αὐτήν, καὶ οὐκ ἔτι τὸν δεσπότην εὐλαβούμεθα ἅπαξ τῆς δίκης ἀναλωθείσης (Quaestio: ane cautio de rato post hanc constitutionem superflua est? Vel enim procurator mandatum habet et rem in iudicium deducit, eamque consumit, nec amplius reveremur dominum, lite, semel consumpta)... (73).

§ 3 I. de satisdat. 4. 11.

Sin autem per procuratorem lis vel infertur vel suscipitur, in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est vel praesens dominus litis in iudicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisfactionem procurator dare compellitur. . . .

Dall'insieme di queste testimonianze si desume l'esistenza di uno stato di diritto che si allontana dalle pre-

(72) Vedi Eisele *op. cit.* pagg. 224-226.

(73) Vol. 1 pag. 415.

scrizioni della L. 3 C. Theod. ancora più di quello che risulta dalla *Consultatio*. Ci apparisce cioè sempre valido il processo cui ha preso parte come attore il *procurator* munito di mandato. L'inserzione del mandato fra gli atti del processo serve unicamente ad esonerare dalla *cautio de rato*. All'inserzione del mandato fra gli atti processuali è parificata la presentazione del *procurator* fatta *in iudicio* personalmente dal *dominus*; ed è da ritenersi garantita da questa, come dall'*insinualio actis*, non solo la costituzione del *procurator*, ma anche la *perseverantia mandati*. Quindi: o il mandatario ha unito agli atti della lite il mandato oppure fu presentato *in iudicio* dal *dominus* in persona, ed in tali casi non è tenuto a prestare la *cautio de rato*: o non si è verificata alcuna di queste cose ed allora il mandatario può esser costretto a prestare la *cautio* — ma se questa non viene prestata, il processo è pur sempre valido. Ecco limitarsi pertanto l'ufficio della *cautio de rato* alla tutela dell'interesse del convenuto pel caso di estinzione del mandato.

Ai passi testè esposti si può aggiungere anche la

L. 2 § 5 C. de iureiur. propter cal. dando 2.58 [59].

Impp. Iustinianus Iuliano pp.

Hoc etiam huic legi addendum esse sancimus, ut, si quis pro alio litem movere voluerit nullo mandato prolato, sed per fideiussionem ratam rem dominum habiturum suam personam firmaverit, ne vel ex hac machinatione lex circumscribi videatur, sancimus si quid tale in posterum emerit, sive pro una persona quis litem movere voluerit, sive pro aliquo corpore vel

vico vel alia universitate, fideiussionem quidem solitam praestare, litem autem ulterius minime procedere nisi intra a iudice statuendum tempus faciat personas principales sacramentum subire.... *PP. X. Kal. Mart. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.* [a. 531].

A tal punto riesce chiaro come, trascurando la L. 3 C. Theod. e le altre fonti che abbiamo considerate, si sia potuto scorgere nel

si non *mandatum actis insinuatum est vel praesens dominus litis in iudicio procuratoris sui personam confirmaverit*

delle Istituzioni il *procurator praesentis* ed il *procurator apud acta factus* dei frammenti Vaticani e della L. un. C. *de satisd.* 2. 56 [57] (74), e riesce del pari chiaro come sia errata una tale identificazione.

Pel *procurator praesentis* bastava la *praesentia* nel

(74) Così in Schulting *Iurispr. vetus anteinst.* Lugduni Batav. 1717 p. 224 n.^a 5*, Schrader nel suo commento delle Istituzioni al § cit., Mühlenbruch *Die Lehre v. d. Cession der Forderungsrechte* pagg. 67, 68, Bruns *Quid conferunt fragm. Vati. ad mel. cogn. ius rom.* pagg. 41, 42, Heimbach nel *Rechtlexicon* del Weiske vol. 2 pagg. 633, 636 e vol. 7 pag. 59, Rein *Das Privatrecht u. der Civilpr. der Römer* p. 880 n.^a 2, Rudorff *Röm. Rechtsgesch.* vol. 2 pag. 237 n.^a 19, Puchta *Cursus der Instit.* vol. 1 pag. 455 n.^a 2*, Gregory *Specim. iuris civ. de ratihab.* pag. 189 e segg., Schmid Alb. *Die Grundlehren der Cession nach röm. Recht durgesteht* vol. 2 pag. 63 n.^a 20 e 21, Wetzell *System des ordentl. Civilpr.* pagg. 70 n.^a 8 e 76 n.^a 32, Keller *Der röm. Civilpr.* pag. 268, Maynz *Cours de droit romain* vol. 2 pag. 82, Schulin *Lehrbuch der Gesch. des röm. Rechts* Stuttgart 1889 pag. 558.

luogo del processo in lato senso, come mostrano le LL. 5, 6, 7 D. *de procurat.* 3. 3 (75); invece pel *procurator* presentato dal *dominus*, di cui parlano le Istituzioni, occorre la presenza in tribunale, siccome mostra la frase « in iudicio » e nella parafrasi greca anche l'aggiunta

εἰπών· ὅτι τοῦτον ἐγὼ προσβλόμεν (dicens: hunc ego constitui).

Pel *procurator praesentis* si richiedeva la presenza durante tutto il procedimento *in iure*; pel *procurator* delle Istituzioni invece bastava la presenza all'inizio del processo. Quanto poi al « *mandatum actis insinuatum* » delle Istituzioni si trattava, come vedemmo, o di un documento privato o di una copia autentica tratta dagli atti di una autorità diversa da quella cui veniva sottoposta la lite; invece pel *procurator apud acta factus* trattavasi di registrazione presso quest'ultima autorità. Quali erronee asserzioni circa il *procurator praesentis* ed il *procurator apud acta factus* sieno derivate dall'aver ritenuto, trascurando la L. 3 C. Theod. e gli altri testi, che il paragrafo delle Istituzioni si riferisca a quei due *procuratores*, abbiamo detto più addietro (76), nè staremo a ripeterlo.

Ora ci domandiamo: ammise la pratica anche pel *negotium gestor* la prestazione della *cautio de rato* con efficacia di render valido il giudizio promosso da quello, come fece pel mandatario che non avesse inserito il mandato fra gli atti del processo?

(75) Riprodotta a pag. 78.

(76) Vedi pagg. 79, 84.

E qui cominciamo a dire che ad una risposta affermativa fanno già pensare le modificazioni subite dalla L. 3 C. Theod. nel Codice Giustiniano (L. 24 C. I. *de procurat.* 2.12 [13]), dove è concepita come segue

Licet in principio quaestionis persona debet inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat, tamen si falsus procurator inveniatur, nec dici controversiae solent, nec potest esse iudicium.

In questa legge è affermata esplicitamente in via assoluta la nullità della lite promossa da un *negotiorum gestor*. Questa esplicita generale dichiarazione induce già a ritenere che la pratica avesse pur riconosciuto valido in un qualche caso il processo promosso da un semplice *gestore*.

Lo scolio di Taleleo ad B. 8. 2 c. 98 (del quale abbiamo riprodotto poco prima una breve parte) conferma tale idea, e guida a scoprire in qual caso la pratica avesse ritenuto valido il detto processo.

..... εἰ δὲ τις μὴδ' ὄλως ἔχων μανδάτον, ἀλλὰ πλαστός ὢν προκουράτωρ ἐνήγαγεν, οὗτος κατὰ τὴν παρούσαν διάταξιν, εἰ καὶ ἐν ἀρχῇ τῆς δίκης μὴ ἀπαιτηθῆ συστήσασαι τὸ μανδάτον, ὅμως μετὰ ταῦτα καλῶς ἀπαιτεῖται τὸ ἐπιδειξάσθαι μανδάτον, εἰ καὶ ἐν ὄλῳ τῷ ἀγῶνι τῆς δίκης, μηδενὸς αὐτῷ τοιοῦτου ἀντιπεσόντος ἠνέχθη, καὶ μέχρι ἀποφάσεως ὁ δικάζων τῷ πλαστῷ τούτῳ τούτῳ προκουράτωρι, οὐδὲ ἀποφάσις ἔρρωται, ἐπειδὴ οὐδὲ δικαστήριον

ἦν τὸ παρ' αὐτοῦ συγκροτηθέν. — Θυμαστόν ἐστι τὸ νόμιμον τῆς διατάξεως ἐπὶ δὲ πλαστοῦ προκουράτωρος ἀνυπόστατον εἶναι βούλεται τὴν δίκην. — Ἐρώτησις· μᾶλλον ἢ ratam rem habiturum ἱκανοδῶσιν μετὰ ταύτην τὴν διάταξιν περιττῶς παρασώζεται; ἢ γὰρ ἔχει μανδάτον ὁ προκουράτωρ καὶ κατάγει τὴν δίκην, καὶ δαπανᾷ αὐτήν, καὶ οὐκ ἔτι τὸν δεσπότην εὐλαβούμεθα ἄπαξ τῆς δίκης ἀναλωθείσης, ἢ μὴ ἔχων μανδάτον πλαστός ἐστι προκουράτωρ, καὶ οὐδὲ τὸ δικαστήριον ἔρρωται, οὐδὲ ἡ ἀπόφασις, καὶ οὐδὲν με καταβλάπτει, τῆς ἐκφερομένης κατ' ἐμοῦ ἀποφάσεως μὴ ἔρρωμένης· ἀλλὰ μάθε, ὅτι ὀφείλεις εἰδέναι, ὅτι αὕτη ἡ ἱκανοδοσία, ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον διὰ τὰ γινόμενα περὶ τὴν δίκην ἀναλώματα καὶ ἐπερωτᾶται καὶ κομμιτεύεται· καὶ τὰ μάλιστα οὖν ἢ ὑπὲρ τοῦ πλαστοῦ ἐκφερομένη ψῆφος οὐκ ἔρρωται, ὅμως προφικνῶς ἀδικεῖ πλαστός ὢν ὁ προκουράτωρ, καὶ ἐνάγων με τοῖς τῆς δίκης ἀναλώμασιν, εἰ καὶ μὴ ἔρρωται ὑπὲρ αὐτοῦ ἀπόφασις. διὰ οὖν αὐτὰ τὰ δαπανώμενα περὶ τὴν δίκην, χρειώδης ἐστὶ καὶ σήμερον ἢ μνημονευθεῖσα ἱκανοδοσία ἀλλὰ καὶ καθ' ἕτερον λόγον χρειώδης ἐστὶν ἡ ἱκανοδοσία. πολλάκις γὰρ συμβαίνει περὶ τὸν ἐναγόμενον παρὰ τοῦ πλαστοῦ προκουράτωρος νικῆσαι τὴν δίκην, καὶ νικήσαντί μοι διέφερε τὸ μηκέτι παρ' αὐτῆς ἐναχθῆναι· νῦν δὲ ἐνάγομαι καὶ ἀπαιτῶ τὸ διαφέρον· ἦτοι μοι διέφερον ἀληθοῦς ὄντος τοῦ προκουράτωρος, τὸ ἔρρωμένην εἶναι τὴν ὑπὲρ ἐμοῦ ἐξενεχθεῖσαν δίκην. (.....Sin autem quis nullo mandato instructus, sed ut falsus procurator egerit, is secundum hanc

constitutionem, licet initio litis de mandato exhibendo non compellatus sit, postea tamen recte cogitur mandatum exhibere; imo si, per totum litis decursum nulla hoc nomine exceptione contra ipsum allegata, usque ad sententiam falso isti procuratori ius dici toleratum fuerit, ne valebit quidem sententia, quod nec iudicium erat id, quod per eum fuerat adornatum. — Admiratione dignum est ius quod hac constitutione sancitur... falso autem procuratore, iudicium nullum esse vult. — Quaestio: ane cautio post hanc constitutionem superflua est? Vel enim procurator mandatum habet et rem in iudicium deducit, eamque consumit, nec amplius reveremur dominum, lite semel consumpta; vel non habens mandatum falsus est procurator, neque tunc valet iudicium et sententia, neque quicquam mihi nocet quia irrita est sententia adversus me lata. Sed scire te oportet, hanc satisfactionem plerumque propter impensas in litem faciundas in stipulationem deduci et committi. Licet enim sententia pro falso procuratore lata prorsus non valeat, tamen falsus procurator me manifeste laedit, obnoxium me reddens solvendis litis sumptibus, quamvis irrita sit sententia pro eo data (77). Itaque propter

(77) Heimbach in luogo di *pro eo* traduce *adversus eum* e poco prima *adversus falsum procuratorem* in luogo di *pro falso procuratore*. Vi ha errore in Heimbach perchè il greco suona ὑπὲρ τοῦ πλαστοῦ (προκουράτωρος) — ὑπὲρ αὐτοῦ, perchè si giunge ad un disaccordo colle parole precedenti τῆς ἐκφραζομένης κατ' ἐμοῦ ἀποφάσεως μὴ ἐρρωμένης (quia irrita est sententia adversus me lata), perchè infine non si ottiene un significato soddisfacente. Vedi anche Eisele *Op. cit.* pag. 227 n.º 154.

impensas in litem factas et hodie necessaria est dicta satisfactio.... sed etiam aliam ob rationem necessaria est satisfactio. Saepe enim accidit, ut qui a falso procuratore conventus est, in lite superior fiat, et mea, postquam victor evasi, intersit, ne porro eadem lite vexer. Nunc autem convenior petoque id quod interest. Utique enim mea interesset, verum fuisse procuratorem, et sic valere sententiam pro me latam).... (78).

Mentre la L. 3 C. Theod. prescriveva che *ex officio* si dovesse fare *in initio litis* l'inchiesta sulla legittimazione di chi voleva agire *procuratorio nomine*, e lo conferma la *Consultatio* (79), lo scolio di Taleleo mostra che nella pratica era invalsa la consuetudine di aspettare che il convenuto domandasse l'inchiesta e, se questi non la domandava subito, di proseguire il processo, facendo prestare all'attore la *cautio de rato*; così si ammetteva ad intentare una lite anche il *negotiorum gestor*. Il convenuto poteva domandare l'inchiesta durante tutto il procedimento. Ora se egli non avesse mai opposta la mancanza di legittimazione nell'attore, era ritenuto valido dalla pratica il processo pur trattandosi di un semplice gestore? era ritenuta anche in tal caso efficace la sentenza?

L'Eisele (80) non arriva ad ammetterlo, ma si limita a dire

Wo nun diese Praxis (di aspettare che il convenuto domandasse l'inchiesta sulla legittimazione) bestand,

(78) Vol. 1 pag. 415.

(79) loc. cit. § 2.

(80) *Op. cit.* pag. 230.

konnte sich leicht die Ansicht bilden, dass, wenn der Beklagte gegen die Legitimation des Procurators keine Einwendung erhebe, das Verfahren und Urtheil auch dann giltig sei, wenn der Vertreter kein Mandat habe.

Io credo invece che la pratica avesse veramente introdotta una norma in questo senso, sia per l'analogia con quanto aveva ammesso pel mandatario non legittimato conforme alla L. 3 C. Theod., sia, ancor più, perchè nello scolio di Taleleo la regola che sia nullo il procedimento col *negotiorum gestor* anche quando il convenuto non abbia opposta la mancanza di legittimazione è considerata come una regola nuova introdotta dalla L. 24 C. I. in contrasto colla pratica esistente.

Dopo ciò ci si presenta naturale l'ipotesi escogitata dall'Eisele onde spiegare la mancanza di nesso logico che si riscontra nella L. 24 C. I. cit.

Dalla regola, che *in initio litis* si deve far l'inchiesta sulla legittimazione di colui il quale vuole intentare una lite *procuratorio nomine*, chi si sarebbe sognato di dedurre la conseguenza, essere valido il giudizio promosso da un *falsus procurator*? Eppure la detta legge presuppone una simile deduzione logica e normale; perchè fa uso di *licet*, *tamen*.

Licet in principio quaestionis persona debet inquiri procuratoris an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat, *tamen* si falsus procurator inveniatur, nec dici controversiae solent, nec potest esse iudicium.

Il traduttore greco avvertì la mancanza di nesso logico e cercò di ripararvi.

B. 8. 2 c. 98.

Κάν πρό τῆς προκατάρξεως τὰ κατὰ τὸν ἐντολέα μὴ ἐζητήθη, πλαστός δὲ ὅμως μετὰ ταῦτα δειχθῆ, ἀχρεῖον ἀποτελείτω τὸ δικαστήριον (Licet ante litem contestatam de procuratoris persona inquisitum non sit, si tamen falsus procurator inveniatur, irritum et nullum sit iudicium) (81).

L' Eisele (82), con molta acutezza ed a parer nostro con altrettanta probabilità di vero, ritiene che la L. 24 C. I. derivi dalla fusione della L. 3 C. Theod. con un'altra legge posteriore, la quale avrebbe stabilito che ad onta (*licet*) di tale e tale circostanza, ad esempio ad onta della prestazione della *cautio de rato*, quando aveva intentata la lite un *falsus procurator* fossero nulli tuttavia (*tamen*) giudizio e sentenza. Di questa seconda legge sarebbero le parole « *licet* » e « *si tamen falsus procurator inveniatur* » mentre il resto della L. 24 C. I. sarebbe tolto dalla L. 3 C. Theod. (83).

Facciamo nostra l'ipotesi dell'Eisele, con questa differenza che mentre l'Eisele non determina a quali circostanze si riferisse la legge supposta e solo in via d'esempio accenna alla prestazione della *cautio de rato*, noi credia-

(81) Vol. 1 pag. 415.

(82) *Op. cit.* pag. 230 e segg.

(83) Come i compilatori abbiano parecchie volte fuso in una due o più leggi, è noto. Cfr. per tutti Krüger *Geschichte der Quellen u. Literatur des röm. Rechts* pag. 344 n.º 10.

mo che le circostanze a cui si riferiva il *licet* fossero quelle date le quali (come testè abbiamo affermato, spingendoci più in là dell'Eisele) la pratica considerava valido il processo promosso dal *negotiorum gestor*. La legge supposta avrebbe detto cioè: che quantunque fosse stata prestata la *cautio de rato* ed il convenuto non avesse domandato durante tutta la lite promossa dal *negotiorum gestor* l'inchiesta sulla legittimazione, il processo dovesse ritenersi pur sempre nullo.

Anche dopo la disposizione della L. 24 C. I. troviamo tuttavia giudizi promossi da un *negotiorum gestor*. E se la *cautio de rato* non vale più in nessun caso ad evitare la nullità di simili giudizi, essa non rimane però senza scopo; ma serve al convenuto per ottenere il rimborso delle spese sostenute per la lite, ed in caso di sentenza a lui favorevole serve a fargli conseguire anche il risarcimento per aver litigato in un giudizio nullo, per non potere trar profitto da una sentenza favorevole ed essere esposto a dover litigare una seconda volta. Ciò si desume chiaramente dalla *quaestio* contenuta nello scolio di Taleleo. L'esistenza poi dei detti giudizi si spiega per mezzo della consuetudine introdottasi di aspettare che il convenuto domandasse l'inchiesta sulla legittimazione.

Il giudizio promosso da un semplice gestore si convalidava colla ratifica del *dominus*, trattandosi di un caso di nullità relativa o sanabile.

L. 56 D. *de iudic.* 5. 1.

Ulpianus *lib. tricens. ad Sabinum*.

Licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est, tamen et si quis, cum procurator non

esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta.

Non sembri strana l'invocazione di un passo d' Ulpiano, perchè, lo diciamo subito, il passo è interpolato dai compilatori, come dimostrò egregiamente l'Eisele (84), al quale si unì il Lenel (85). Rileviamo subito in questa legge — nota l'Eisele, di cui riproduciamo la dimostrazione — la mancanza di nesso logico. Come nella L. 24 C. I., ci troviamo di fronte a due proposizioni precedute rispettivamente da *licet* e *tamen*, mentre secondo il diritto vigente al tempo di Ulpiano esse non presentano alcun punto di contrasto. Questo conduce tosto ad ammettere che il frammento sia stato interpolato. E l'interpretazione apparisce tanto più probabile, dopo che il recente confronto della L. 24 C. I. colla L. 3 C. Theod. ha mostrato senza dubbio interpolato il *licet* egualmente strano che si riscontra nella prima di queste due leggi. È per mezzo della L. 24 C. I. — nota sempre l'Eisele — che diviene comprensibile la L. 56 D. Infatti per la L. 24 C. I. è nullo il giudizio promosso da un *falsus procurator*. Data questa norma, si capisce il dubbio circa l'efficacia della *ratihabitio* del *dominus*. Deve dipendere dall'arbitrio di quest'ultimo che il giudizio sia nullo o valido? In Ulpiano non è ammissibile un tal dubbio; al tempo di Ulpiano la lite intentata da un *negotiorum gestor* era sempre valida e la questione era solo questa, se operasse retroattivamente sull'*actio* del

(84) *Op. cit.* pagg. 173, 174.

(85) *Palingen.* vol. 2 col. 1128 n.º 1.

dominus. Dal punto di vista dei compilatori il passo sarebbe da parafrasarsi all'incirca così: la L. 24 C. I. dice decisamente e chiaramente che quando un *falsus procurator* ha contestata la lite, il giudizio è nullo; questa nullità può però venir sanata mediante la *ratihabitio* del *dominus* (86).

Dobbiamo far ora un avvertimento circa le persone col cosiddetto *mandatum praesumptum*. Dicemmo più addietro che non vi ha alcun motivo di ritenere comprese anche le dette persone nella prescrizione della L. 3 C. Theod. Aggiungiamo adesso che nemmeno la pratica e la legislazione posteriore introdussero qui delle innovazioni. Le persone col cosiddetto *mandatum praesumptum* furono sempre ammesse ad intentar lite pel *dominus*, coll'obbligo di prestare la *cautio de rato*. Questo si vede chiaramente anche in un brano della *quaestio* contenuta nello scolio di Taleleo

... διὰ οὖν αὐτὰ τὰ δαπανώμενα περὶ τὴν δίκην, χρειώδης ἐστὶ καὶ σήμερον ἢ μνημονευθεῖσα ἰκανοδοσία, μὴ ὅτι, ὡς εἶπεν ἐν τῷ de procuratoribus τῶν πρώτων, ταῦτα ἑαυτῷ τὴν ἀντίθεσιν ἐν τῷ de procuratoribus ἀντιτεθεικώς, καὶ εἰς τὰ ἄλλα πρόσωπα τὰ τῶν συγγενῶν, καὶ ἀγχιστῶν τῶν ὁμολογημένων, καὶ δίχα μανδάτου κινεῖν τὰς ἀλλοτρίας ἀγωγὰς καὶ κατὰ νόμον κινούντων χρειώδης ἐστὶν αὕτη ἢ ἰκανοδοσία (Itaque propter

(86) Il Mommsen propone che si inserisca *tantummodo fra verum e procuratorem*, ma con questo non cessa il passo di essere incomprendibile, considerato come una sentenza di Ulpiano.

impensas in litem factas et hodie necessaria est dicta satisfactio, non quod, ut in titulo de procuratoribus dixit, hanc ipsam sibi contrarietatem in titulo de procuratoribus opponens, etiam quoad reliquas personas cognatorum et affinium, qui, ut manifestum est, et sine mandato alienas actiones secundum legem instituunt, necessaria haec satisfactio sit)

Queste righe sono molto corrotte, sì che non si riesce a capirne il significato complessivo; si vedono però in esse mantenute le norme del diritto classico circa le persone col cosiddetto *mandatum praesumptum*.

Per riuscir completi nello svolgimento descritto, aggiungiamo che le disposizioni della L. 3 C. Theod. non comprendevano il *procurator in rem suam*, perchè a questo erano omai concesse le azioni utili, sicchè era tenuto a provare l'esistenza del proprio diritto e non già la sua legittimazione come rappresentante in giudizio.

Eccoci giunti così alla fine dello svolgimento storico relativo al *procurator*.

Tenendo presenti le regole che abbiamo visto in vigore nel diritto giustiniano circa la prestazione della *cautio de rato* da parte di chi agiva *procuratorio nomine*, riteniamo che i compilatori si riferissero a tutti i casi nei quali l'agente *procuratorio nomine* non si fosse legittimato conforme al § 3 I. *de satisfact.* 4. Il quando scrivevano:

Cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore quoties incertum est an ei negotium mandatum est.

Queste parole figurano nel Codice come una costituzione di Antonino Pio (L. 1 C. *de procurat.* 2. 12 [13] Divus Pius Severo *PP. IV. id. Oct. Gallicano et Vetere cons.* [a. 150]); ma non vi ha dubbio sull' interpolazione. Appare così dalla forma, come dal contenuto. Quanto alla forma, la mano dei compilatori si rivela nelle parole

incertum est an ei negotium mandatum est

essendo nota la predilezione dei compilatori per simili indicativi (87). Quanto al contenuto, l' interpolazione deve ammettersi, perchè il testo, preso come originale di Antonino, sarebbe in opposizione col diritto di quel tempo, quale risulta da altre fonti (88).

Stante la lunghezza dello svolgimento storico relativo all' agente *procuratorio nomine*, stimiamo opportuno riassumerlo brevemente.

Nel primitivo periodo classico chi intentava lite *procuratorio nomine* non consumava mai l' *actio* del *dominus* ed era pertanto tenuto in ogni caso a prestare la *cautio de rato*. Al tempo di Gaio doveva esser sorta qualche eccezione alla regola che chi intentava lite *procuratorio nomine* fosse obbligato a prestare la detta *cautio*; ma non possiamo dir quale. Giureconsulti posteriori affermano esonerati dalla cauzione il *procurator praesentis*, il *procurator apud acta factus*, il *procurator* la cui costituzione era attestata nel *libellus principii oblatus*, ai quali fu riconosciuto il potere

(87) Copiosi esempi adduce l' Eisele *op. cit.* pag. 150 n.ª 102 ai quali facilmente altri se ne potrebbero aggiungere.

(88) Vedi pag. 67 n.ª 8.

di consumare l' *actio domini*. Al tempo di Ulpiano e di Paolo tale potere fu esteso a tutti i *procuratores* con mandato. Ma non per questo scemò molto la prestazione della *cautio de rato*. Richiedendosi per la consumazione che il mandato perdurasse fino alla *litis contestatio*, l' agente *procuratorio nomine* fu ancora obbligato a prestare la *cautio* non solo quando non gli era stato conferito il mandato o si dubitava che gli fosse stato conferito, ma anche quando era certo il conferimento ed era dubbio invece se sarebbe perdurato od almeno era possibile cessasse senza che l' avversario venisse a saperlo. Le fonti ci fanno testimonianza soltanto di un nuovo caso di dispensa dalla *cautio*, quello che il *dominus* con una lettera diretta all' altro litigante lo avesse informato della costituzione del *procurator* ed avesse promesso di tener per valido quanto per lui avesse fatto. È da ritenere che l' accordare la dispensa dalla *cautio* in altri casi fosse rimesso all' arbitrio del pretore. La L. 3 C. *Theod. de cognitoribus et procuratoribus* 2. 12 avrebbe dovuto quasi totalmente rimuovere la *cautio de rato*. Infatti questa legge prescrisse che chi voleva intentare una lite *procuratorio nomine* dovesse inserire il mandato fra gli atti del processo; non ottemperandosi a questa norma, il giudizio era nullo; era nullo pertanto il giudizio promosso da chi pur aveva il mandato ma non lo aveva unito agli atti del processo, ed era nullo il giudizio promosso dal *negotiorum gestor*. In seguito a ciò non avrebbero dovuto esser più ammessi ad intentare una lite *procuratorio nomine* che il mandatario il quale avesse inserito il mandato fra gli atti del processo e le persone col cosiddetto *mandatum praesumptum*; il pri-

mo esente dalla *cautio de rato* — essendo da ritenersi che l' *insinuatio actis* assicurasse anche il perdurare del mandato —, le seconde tenute a prestarla. Si vede pertanto come si sarebbe dovuto restringere il campo di applicazione della *cautio*. Ma la pratica non fu ossequente ai precetti della legge e se ne allontanò assai. Essa cominciò col riconoscere valido il processo promosso da un mandatario il quale non aveva unito il mandato agli atti, purché avesse prestata la *cautio de rato*; e più tardi, alla inchiesta *ex officio* sulla legittimazione avendo sostituito il sistema di aspettare che l'inchiesta venisse domandata dal convenuto, ritenne valido anche il giudizio promosso da un semplice gestore, quando avesse prestata la *cautio de rato* e, durante tutto il procedimento non fosse stata domandata dal convenuto l'inchiesta sulla legittimazione dell'avversario. La legislazione posteriore, quanto al mandatario non legittimato conforme alla L. 3 C. Theod., non sconfessò l'opera della pratica, ma anzi, sulla via tracciata da questa, si spinse più oltre. Il processo promosso da un mandatario fu proclamato dalla legge sempre valido; l' *insinuatio actis* — alla quale si parificò la presentazione *in iudicio* del *procurator* da parte del *dominus* — divenne semplicemente un mezzo di far esonerare il mandatario dalla prestazione della *cautio de rato*, la quale, cessando di essere coefficiente di validità del processo, non ebbe più che l'ufficio di tutelare l'interesse del convenuto pel caso di estinzione del mandato. La legislazione respinse invece l'altra innovazione della pratica, quella cioè relativa al *negotiorum gestor*, proclamando nullo il giudizio promosso da quest'ultimo pure in quel caso in cui la pratica lo

aveva riconosciuto valido. Ma anche dopo una simile disposizione legislativa troviamo processi promossi da un semplice gestore; e ciò si spiega coll'uso invalso di non fare *ex officio* l'inchiesta sulla legittimazione di chi agiva *procuratorio nomine*, bensì dietro domanda del convenuto. Se la *cautio de rato* prestata dal *negotiorum gestor*, dopo la nuova disposizione legislativa non rendeva più valido in nessun caso il giudizio da quello promosso, non risultava però priva di scopo; chè il convenuto in base ad essa poteva conseguire il rimborso delle spese, ed in caso di sentenza favorevole poteva ottenere il risarcimento per aver sostenuta una lite nulla, per non poter trarre vantaggio dalla sentenza ed essere esposto a dover litigare una seconda volta. Il giudizio promosso da un semplice gestore si convalidava poi colla *ratihabitio* del *dominus*, nel qual caso naturalmente il convenuto non poteva più agire in forza della *cautio* prestata dal gestore. Quanto alle persone col cosiddetto *mandatum praesumptum*, non introdussero novità nè la pratica, nè la legislazione; queste persone furono sempre ammesse ad intentar lite pel *dominus*, coll'obbligo della *cautio de rato*. A chiusa di questo riassunto si noti che le disposizioni della L. 3. C. Theod. non comprendevano il *procurator in rem suam*, perchè a questo erano già accordate le azioni utili; sicchè era tenuto a provare l'esistenza del suo diritto e non già la sua legittimazione come rappresentante nel giudizio.

In tutto questo svolgimento storico abbiamo sempre parlato di *procurator* dell'attore. E ciò perchè normalmente non vi era luogo a prestazione della *cautio ratam rem haberi* da parte del *procurator* del convenuto; non

essendovi d' ordinario a temere che il convenuto intentasse lite de *eadem re*.

Procurator vero *si agat* satisfacere iubetur ratam rem dominum habiturum

dice Gaio (89); e nella L. 45 § 2 D. *de procurat.* 3. 3 (Paulus libro nono ad edictum) si afferma che il *procurator*, il quale in seguito alla *nuntiatio novi operis* intenta l' interdetto *ne vis fiat aedificanti* non deve prestare la *cautio de rato*, perchè nel procedimento, considerato nel suo complesso, rappresenta il convenuto.

Si procuratori opus novum nuntiatum sit isque interdicto utatur ne ei vis fiat aedificanti defensoris eum partes sustinere nec compelli cavere ratam rem dominum habiturum Iulianus ait (90).

Nè diversamente correva la cosa se il *procurator* dell' edificante domandava la *remissio*; egli era dispensato dalla *cautio ratam rem haberi*, perchè *procurator* del convenuto; doveva invece prestare la *cautio ex operis novi nuntiatione* la quale, come si sa, era un' anticipata *cautio iudicatum solvi*.

(89) In questo paragrafo si parla solo di *actio in rem*; ma il § 100 dice che vale la stessa norma per l' *actio in personam*. Cfr. pr. e § 11. *de satisdat.* 4. 11.

(90) Più estesamente Schmidt *Das Interdiktenverfahren der Römer in gesch. Entwicklung* Leipzig 1853 pagg. 214, 215.

L. 5 § 19 D. *de operis novi nunt.* 39. 1.

Ulpianus libro quinquages. sec. ad edictum.

Qui remissionem absentis nomine desiderat, sive ad privatum sive ad publicum ius ea remissio pertinet, satisfacere cogitur: sustinet enim partes defensoris. sed haec satisfactio non pertinet ad ratihibitionem, sed ad operis novi nuntiationem.

Che se il rapporto giuridico era tale da render possibile che il convenuto promovesse un secondo giudizio *de eadem re*, allora anche il *procurator* del convenuto poteva esser costretto a prestare la *cautio*. Così dicasi per le azioni *in rem*; affinché l'attore riacquistando il possesso fosse garantito contro la rivendicazione del *dominus*.

L. 40 § 2 D. *de procurat.* 3. 3.

Ulpianus lib. nono ad edictum.

Sed et is, qui quasi defensor in rem actione convenitur, praeter solitam satisfactionem iudicatum solvi, etiam de rato debet cavere. quid enim si in hoc iudicio rem meam esse pronuntietur, reversus ille, cuius defensor extiterat, velit fundum vindicare; nonne ratum non videbitur habere quod iudicatum est? denique si verus procurator (cognitor *Ulp.*) extitisset vel ipse praesens causam suam egisset et victus esset: si a me vindicaret, exceptione rei iudicatae summoveretur, et ita Iulianus libro quinquagesimo digestorum scribit: nam cum iudicatur rem meam esse, simul iudicatur illius non esse.

E così nei *iudicia duplicia* alla *cautio de rato* era tenuto

così il *procurator* dell'uno come quello dell'altro litigante, perchè ciascun dei due sosteneva ad un tempo la parte di attore e quella di convenuto.

L. 15 § 1 D. h. t.

Ulp. *lib. octavo ad ed.*

Qui ad communi dividundo iudicium datus est, ad agendum item et ad defendendum videbitur datus duplici cautela interponenda.

La frase finale « duplici cautela interponenda » è interpolata come già mostrò il Cuiacio (91). L'obbligo della *cautio de rato* per ambedue i *procuratores* risulta tuttavia dalla loro duplice qualità.

Alla *cautio de rato* era tenuto il *defensor* nei processi sullo *status*.

L. 39 § 5 D. h. t.

Ulp. *lib. nono ad ed.*

Si status controversiam cui faciat procurator, sive ex servitute in libertatem adversus eum quis litiget sive ipse ex libertate in servitutum petat, debet cavere ratam rem dominum habiturum. et ita edicto scriptum est, ut ex utroque latere quasi actor habeatur (92)

(91) *Notae in Dig.* in tit. de procurat. in h. l. (*Opp. omnia* vol. 3 col. 363). Vedi ora anche Lenel *Paling.* vol. 2 col. 449 n.º 5.

(92) Vedi anche B. 9. 11 c. 8 (vol. 1 pag. 487).

come pure, in date circostanze, nella causa di *restitutio in integrum* di un minore

L. 39 § 6 D. h. t.

Ulp. *lib. nono ad ed.*

Est et casus, quo quis eiusdem actionis nomine et de rato caveat et iudicatum solvi. ut puta postulata est cognitio de in integrum restitutione, cum minor circumscriptus in venditione diceretur: alterius procurator existit: debet cavere hic procurator et ratam rem dominum habiturum, ne forte dominus reversus velit quid petere, item iudicatum solvi, ut si quid forte propter hanc restitutionem in integrum praestari adulescenti debeat, hoc praestetur. et haec ita Pomponius libro vicensimo quinto ad edictum scribit.

e nell' *accusatio suspecti tutoris*

L. 39 § 7 D. h. t.

Ulp. *lib. nono ad ed.*

Item ait, si suspectus tutor postuletur, defensorem eius oportere etiam de rato cavere, ne reversus ille velit retractare quod actum est . . . (93).

Cautio de rato doveva prestare il *procurator* del convenuto se voleva compensare fino a quando fu stabilito che la compensazione si verificasse *ipso iure*; una volta posto questo principio, la *cautio* diventò inutile.

(93) Cfr. *Fragm. Vatic.* 340. Vedi anche L. 6 D. *ratam rem haberi* 46. 8.

L. 21 D. *de compensat.* 16. 2.

Paulus *libro primo quaest.*

Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debet de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur (94).

Nel fr. Vatic. 326. 3

(In) dominae praesentia si procurator agat vel defendat satisfactio non recte postulatur

il « vel defendat » va riferito a quei casi nei quali anche il *procurator* del convenuto doveva dare la *cautio*.

A proposito della *cautio de rato* da prestarsi dal *procurator* del convenuto nelle azioni reali, conviene far menzione della

L. 75 D. *de procurat.* 3. 3.

Iulianus *lib. tert. digest.*

Qui absentem emptorem eundemque possessorem fundi defendebat et iudicium nomine eius accipiebat, postulabat a venditore fundi, ut ab eo defenderetur;

(94) Una discussione sul significato della frase *ipso iure compensari*, oggetto di tante dispute, sarebbe da parte nostra ingiustificata. Ci limitiamo a rimandare alla spiegazione che ne dà il Windscheid (*Lehrb. der Pand.* vol. 2 pag. 343), che ci par la migliore. Lo dicemmo altra volta, e lo ripetiamo ora, in molti scritti sulla *rati-habitio* si estendono le ricerche e le osservazioni a materie estranee; questo ha contribuito notevolmente a far apparire l'argomento ancora più intricato che non sia. Noi ci siamo sempre sforzati di non incorrere in simile difetto.

venditor desiderabat caveri sibi ratam rem emptorem habiturum: puto eum venditori de rato satisfacere debere, quia si fundum agenti restituerit, nihil prohibet dominum rem petere et cogi venditorem rursus defendere.

Mentre il compratore di un fondo e possessore del medesimo è assente, si agisce in rivendicazione contro di lui. Taluno si assume la difesa del compratore ed in di lui nome si presenta in giudizio, richiedendo però l'intervento del venditore. Questi, per intervenire, domanda a sua volta che il *defensor* gli presti cauzione che il compratore ratificherà. Il giureconsulto stima che tale richiesta del venditore debba venire soddisfatta, e ciò pel seguente motivo: che qualora il *defensor* soccombba nella lite e quindi restituisca il fondo, il compratore potrà agire in rivendicazione ed il venditore sarà costretto così ad intervenire una seconda volta.

Le ultime parole di questo passo hanno sollevato discussione già fra gli scrittori greci. Come va inteso il « cogi venditorem rursus defendere »? Teofilo ritenne trattarsi di un secondo intervento a vantaggio del compratore. Stefano invece reputò che il venditore nella fattispecie sarebbe costretto ad intervenire a favore dell'avversario del compratore che si suppone vincitore del primo processo; e ciò in forza della *cautio de rato* che, trattandosi di azione reale, dovrebbe prestare intervenendo la prima volta (95). Le due diverse opinioni vennero ripetute dagli scrittori

(95) Ad B. 8. 2 c. 71 (Vol. 1 pagg. 398, 399).

posteriori. A me sembra preferibile l'interpretazione di Teofilo, cui, fra gli altri, aderisce il Cuiacio

re actori restituta fieri potest ut reversus emptor eandem rem vindicet a victore, et rursus appellet venditorem, ut liti subsistat remque defendat (96).

Esposti i casi di eccezionale prestazione della *cautio de rato* da parte del *procurator* del convenuto, ricordiamo ora che talvolta, anche qui per eccezione, era tenuto a prestare la detta *cautio* il *procurator* agente *suo nomine*, mentre per regola solo il *procurator* agente *alieno nomine* vi era obbligato.

L. 39 § 1 D. *de procurat.* 3. 3.

Ulp. *lib. nono ad edictum.*

Qui alieno nomine agit quamcumque actionem, id raturum habiturum eum ad quem ea res pertinebit cavere debet. sed interdum licet suo nomine procurator experiatur, tamen de rato debet cavere, ut Pomponius libro vicensimo quarto digestorum scribit.

(96) *Recit. solemn. ad lib. Digest. Salvii Iul.* ad lib. 3 in h. l. (Vol. 3 col. 715).

È quasi superfluo avvertire — prima di lasciar l'argomento della *cautio de rato* prestata dal *procurator* del convenuto — che non è il caso di pensare ad una *cautio* fatta prestare dalla pratica a quello, come coefficiente di validità del giudizio, analogamente a quanto abbiamo visto pel *procurator* dell'attore dopo la L. 3 C. *Theod. de cognit. et proc.* 2. 12, sendochè esclusivamente al *procurator* dell'attore si riferiva questa legge ed in generale non fu mai necessaria nel processo romano per la validità del giudizio l'autorizzazione del *dominus* quando il *procurator* si presentava come convenuto.

ut puta iusiurandum procuratori rettulit (adversarius et is) iuravit absentem dari oportere: agit hoc iudicio suo nomine propter suum iusiurandum; neque enim haec actio domino competere potuit; sed debet de rato cavere. sed et si procuratori constitutum est et ex ea causa agit: dubitandum non est quin locus sit de rato cautioni idque Pomponius scribit.

In questo frammento sono enunciati due casi nei quali il *procurator* agente *suo nomine* è tenuto a prestare la *cautio ratam rem haberi*. Sul primo dobbiamo un pò intrattenerci.

Avendo un *procurator* deferito il giuramento all'avversario, questi glielo riferisce ed il *procurator* giura. Agendo il *procurator* in forza del giuramento, agisce *suo nomine*; nell'*actio in factum ex iureiurando* l'*intentio*, od a meglio dire il *factum* che tien luogo dell'*intentio*, non fa parola del *dominus*. Tuttavia il *procurator* deve prestare la *cautio de rato*, deve garantire che il *dominus* non chiederà più quello che il convenuto darà per causa dell'*actio ex iureiurando*.

Al testo di Ulpiano contraddice apertamente, quanto all'acquisto dell'*actio ex iureiurando* da parte del *dominus*, un altro testo dello stesso Ulpiano

L. 9 § 6 D. *de iureiurando* 12. 2.

Ulpianus *lib. vicens. sec. ad edictum.*

Iusiurandum defensoris vel procuratoris ei ab adversario delatum prodesse exceptionemque domino parere Iulianus scribit. idem ergo dicendum erit et si datus ad petendum procurator reo deferente iuraverit dari

mihī oportere: nam actionem mihī parit: quae sententia habet rationem.

Gli interpreti fin dai primi tempi si affaticarono per metter d' accordo i due passi. Negli scolii dei Basilici (97) si afferma che il primo passo concerne il giuramento in giudizio, il secondo il giuramento stragiudiziale, ed in prova di ciò si fa notare il *referre* da una parte ed il *deferre* dall' altra; ma il tenore del secondo testo esclude questa conciliazione, perchè mostra trattarsi anche qui di giuramento giudiziale. Altre conciliazioni si trovano nella Glossa e negli scrittori posteriori; sono del pari inaccettabili. La contraddizione è dovuta ai compilatori, i quali nella L. 9 § 6 sostituirono la voce *procurator* all' espressione genuina *cognitor*. Mentre al *dominus* non competeva l' *actio ex iureiurando* quando aveva giurato un *procurator*, gli competeva invece quando aveva giurato un *cognitor*; è la stessa differenza che si riscontra per l' analoga *actio iudicati* (98).

(97) 8. 2 c. 39 e 22. 5 c. 9 (vol. 1 pag. 375 e vol. 2 pagg. 535, 536).

(98) Vedi Mühlenbruch *Die Lehre v. der Cess. der Forderungsrechte* pag. 60 e segg., e meglio Eisele *Op. cit.* pag. 87 n.^a 54 e pag. 89 e segg. Cfr. anche Lenel *Paling.* vol. 1 col. 337 e vol. 2 col. 546. L'Eisele osserva giustamente come non regga la spiegazione che Ulpiano nella L. 39 § 1 desume dal fatto che fu il *procurator* e non il *dominus* a giurare

agit hoc iudicio suo nomine *propter suum iusiurandum*; neque enim haec actio domino competere potuit.

L' *agit propter suum iusiurandum*, come ognuno vede, si può dire anche pel *cognitor*; e pertanto se questo fosse il motivo pel quale il *dominus* non ha l' *actio ex iureiurando* quando ha giurato il *procurator*, non dovrebbe averla nemmeno quando il giuramento fu prestato dal *cognitor*.

Il secondo caso della L. 39 § 1 è chiaro. Il *procurator* agendo in base al *constitutum* agiva *suo nomine*; era tenuto tuttavia a prestare la *cautio de rato* perchè il *dominus* avrebbe potuto domandare al convenuto la stessa prestazione in base alla prima obbligazione.

Esaurito l'argomento degli agenti *procuratorio nomine*, passiamo adesso a coloro che agivano *tutorio* o *curatorio nomine*.

Anche questi nel primitivo diritto classico non consumavano mai l'azione del loro rappresentato, e pertanto erano tenuti a prestar sempre la *cautio de rato*.

L. 33 § 3 D. *de procurat* 3. 3.

Ulpianus *lib. nono ad edictum*.

Ait praetor: Cuius nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum boni viri arbitrato defendat: et ei quo nomine aget id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitrato satisdet (99).

Questo editto si riferiva non solamente ai *procuratores*, ma a tutti coloro che agivano *alieno nomine*, escluso il *cognitor*. Il Bethmann-Hollweg (100) ed il Rudorff (101) inclinano a credere che il *cognitor* fosse espressamente eccettuato e vorrebbero inserire dopo *quis*: *praeter cognitorem*. Ma dal punto di vista formale riesce difficile ammettere quest'aggiunta; e dal punto di vista materiale si

(99) Vedi anche L. 39 § 1 D. h. t.

(100) *Der röm. Civilprozess* vol. 2 pag. 421 nota 69.

(101) *Ed. perp.* pag. 51.

noti che non era necessario escludere esplicitamente il *cognitor*, mentre ad esso si riferiva un particolare editto (102).

Gaio, enunciata la prescrizione dell'Editto che obbligava tutori e curatori a prestare la *cautio de rato* come i procuratori, soggiunge che al suo tempo erasi introdotta qualche eccezione.

Gai. 4. 99.

Tutores et curatores eo modo, quo et procuratores, satisfacere debere, verba edicti faciunt; sed aliquando illis satisfactio remittitur (103).

E qui osserviamo come Huschke (104) non sia esatto quando dice

Wenn Gaius sagt, den Tutoren und Curatoren werde, obgleich sie nach den Worten des Edicts eigentlich eben so, wie die Procuratoren ratam rem caviren müssten, diese caution oft erlassen...

mentre Gaio così si esprime: « *aliquando remittitur* ».

Quantunque manchino dirette testimonianze delle fonti, è probabile che pei tutori e curatori si sieno accordate esenzioni dalla *cautio* ancora prima che pei procuratori. Il fatto che nell'antico processo il tutore in certi casi poteva intentar lite pel pupillo e consumava l'azione senza

(102) Vedi anche Eisele *Op. cit.* pag. 95 nota 63 e Lenel *Ed. perp.* pag. 81 nota 5.

(103) Vedi anche § 100. Cfr. pr. e § 1 I *de satisfact.* 4.11.

(104) Nella *Zeitschrift für gesch. Rechtswiss.* vol. 14 pag. 68.

bisogno di ratifica (*agere pro tutela*) rende probabile che anche nel processo formulare non si sia tardato ad ammettere che tutori e curatori deducessero senz'altro *in iudicium* l'*actio* del loro rappresentato nei casi nei quali l'antico processo ammetteva un *agere pro tutela*. Oltre il motivo storico milita a favore di quest'idea la considerazione che l'antico *agere pro tutela*, secondo la dottrina che crediamo la vera, comprendeva quei casi nei quali era impossibile la comparsa personale del pupillo *tutore auctore* e si rendeva pertanto necessario pel tutore rappresentare il suo protetto. Né manca infine l'appoggio delle fonti, perchè in un frammento di Giuliano vediamo il *curator* di un *furiosus* che consuma l'azione.

L. 7 § 2 D. *de curatoribus fur.* 27. 10

Julianus *libro vices. primo digest.*

Cum dementis curatorem, quia satis non dederat et res male administraret, proconsul removerit a bonis aliumque loco eius substituerit curatorem, et hic posterior, cum nec ipse satisfecisset, egerit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque heredes dementis cum eodem negotiorum gestorum agant et is exceptione rei iudicatae inter se et curatorem utatur: heredibus replicatio danda erit: « aut si is qui egit satisfeciderat ». sed an replicatio curatori (105) profutura esset, iudex aestimabit: nam si curator sequens pecuniam, quam ex condemnatione consecutus fuerat, in rem furiosi vertisset, doli triplicatio obstabit.

(105) "curatori" gloss. Cfr. Lenel *Paling.* vol. 1 col. 375.

Ammessa nei casi che sopra dicemmo l'efficacia consuntiva, non vi ha difficoltà a ritenere che nei detti casi siano stati esonerati dalla *cautio ratam rem haberi* tutori e curatori quando non solo era accertata la loro qualità ma di più era impossibile cessassero dall'ufficio per una circostanza che potesse rimanere ignota al tribunale. E pertanto non crediamo si siano dispensati dal prestare la *cautio i tutores testamento dati* i quali potevano abdicare, nè i *tutores* e *curatores legitimi* i quali scadevano dall'ufficio se incorrevano nella *capitis deminutio* anche minima, ma soltanto il tutore o curatore nominato o confermato dall'autorità. Questa secondo requisito non riuscirà affatto strano a chi ricordi quanto abbiamo detto pei *procuratores* circa la *cautio de rato* che assicurava l'avversario contro l'estinzione del mandato; nè staremo ora a ripeterlo (106).

Al tempo di Ulpiano e di Paolo in tutti i casi, e non più soltanto in quelli dell'antico *agere pro tutela*, tutori e curatori consumavano l'azione, come provano chiaramente i seguenti testi

L. 23 D. *de admin. et peric. tut.* 26. 7.

Ulpianus *lib. nono ad ed.*

....tutor....rem in iudicium deducit....

L. 11 § 7 D. *de except. rei iudic.* 44. 2.

Ulpianus *lib. septuag. quinto ad edictum.*

Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem

(106) Vedi Eisele *Op. cit.* pag. 153 e segg., col quale però, come si vede, non in tutto consentiamo.

in iudicium deducunt: inter hos erunt [cognitor *ins.*] procurator cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum...

L. 17 § 2 D. *de iureiurando* 12. 2.

Paulus *lib. octavo dec. ad edictum.*

Si tutor qui tutelam gerit aut curator furiosi prodigive iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet: nam et alienares res et solvi eis potest et agendo rem in iudicium deducunt.

L. 22 D. *de administr. et peric. tut.* 26. 7.

Paulus *libro tertio ad edictum.*

Tutor ad utilitatem pupilli et novare et rem in iudicium deducere potest: donationes autem ab eo factae pupillo non nocent.

Si restrinse in seguito a ciò l'obbligo della prestazione della *cautio de rato*, dalla quale vi fu dispensa non più nei soli casi corrispondenti a quelli dell'antico *agere pro tutela*, ma in ogni caso, purchè fosse accertata la qualità di *tutor* o *curator* in chi intentava l'azione *tutorio* o *curatorio nomine* e non vi fosse pericolo che cessasse dall'ufficio od almeno che da questo cessasse senza che il tribunale venisse a saperlo. Ulpiano nella L. 23 D. *de admin. tut.* 26. 7 dopo aver detto

Vulgo observatur, ne tutor caveat ratam rem pupillum habiturum, quia rem in iudicium deducit

soggiunge

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 scribit.

A me non par dubbio che il *duret* ha valore di futuro e non di presente, (come di solito si ritiene), e si riferisce al corso del dibattito giudiziale. Altrimenti la frase « vel an duret tutor » non sarebbe in fondo che un'inutile ripetizione dell'altra « an tutor sit »; ripetizione che non può assolutamente ammettersi, mentre il *an vel an* presuppone di necessità due cose diverse.

La citazione di Giuliano in fine del passo ha destato meraviglia nel Bethmann-Hollweg (107), il quale, riproducendola, ha aggiunto un punto interrogativo. Io non la trovo affatto strana, e pertanto non ne metto in dubbio la legittimità. Infatti, poichè già al tempo di Giuliano in alcuni casi tutore e curatore consumavano l'*actio* del proprio protetto, non si trova difficoltà alcuna ad ammettere che in quel campo più ristretto Giuliano abbia potuto fare per la *cautio de rato* la stessa osservazione che Ulpiano fa in un campo più vasto e che questi abbia potuto ricordarlo.

Così l'affermazione fatta poco prima che quando si ammise la consumazione dell'*actio* da parte di tutti i tutori e curatori nei casi corrispondenti a quelli dell'antico *agere pro tutela* non vi fu dispensa dalla *cautio de rato* nei detti casi che quando era certa la qualità di tutore o curatore in chi agiva e di più non vi era da temere che tale qualità sparisse senza che il tribunale venisse a co-

(107) *Der röm. Civilprozess* vol. 2 pag. 437 nota 128 i. f.

noscerlo, è suffragata, oltrechè dall'analogia con quanto abbiamo visto per l'agente *procuratorio nomine*, dal passo di Ulpiano per la citazione di Giuliano.

Dalle parole

an gestus illi commissus sit

si deduce, che, pur essendo accertata la qualità di tutore o curatore e di più non essendo possibile che tale qualità sparisse per una circostanza che potesse rimanere ignota al tribunale, la *cautio de rato* poteva tuttavia ancora esigersi quando vi era dubbio se l'agente avesse la facoltà di amministrare le cose di coloro pei quali intentava azione o se la sua cerchia d'amministrazione comprendesse anche il diritto di agire in giudizio per quel dato affare di cui si trattava. Quest'altre limitazioni, che non abbiamo esposte subito per motivi di chiarezza e di semplicità, vanno sottintese anche per la primitiva esenzione della *cautio*, nei casi corrispondenti a quelli dell'antico *agere pro tutela*, tanto più essendo citato Giuliano nel passo di Ulpiano (108).

Invano cerchiamo nelle fonti altre testimonianze che ci permettano di dire se e quali modificazioni si verificavano col progredir dei tempi.

Non è improbabile che per gli agenti *tutorio vel procuratorio nomine* sia stata emanata una disposizione analoga a quella della L. 3. C. Theod. per gli agenti *procuratorio nomine*; che la pratica anche qui si sia scostata dalla

(108) Colle riserve che fa Ulpiano nella L. 23 va intesa l'affermazione contenuta nella L. 13 C. *de admin. tut.* 5. 37. Vedi in appoggio anche sch. 2 ad B. 38. 9 c. 27 (vol. 3 pag. 758).

legge e questa abbia finito per riconoscer valido in ogni caso il processo promosso da un *verus tutor* o *verus curator*, confermando invece la nullità della lite intentata da un *falsus tutor* o *falsus curator*. Che se non si vuole ammettere in tutto uno svolgimento analogo a quello attestato dalle fonti per l'agente *procuratorio nomine*, non si stenterà ad ammettere almeno questo, che una volta proclamato nullo il processo promosso da un *falsus procurator*, si sia dichiarata parimenti nulla la lite intentata da un *falsus tutor* o *falsus curator*; come, accordato questo, non si esiterà a riconoscere anche qui l'efficacia sanatoria della ratifica.

Alle categorie di rappresentanti processuali enumerate da Gaio dobbiamo aggiungere quella degli *actores municipum, universitatis, magistri universitatis*.

Anche questi, stante le parole dell'Editto riferentisi a tutti coloro i quali intentavano lite *alieno nomine* all'infuori dei *cognitores*, erano tenuti da principio a prestare in ogni caso la *cautio ratam rem haberi*.

Al tempo di Ulpiano e di Paolo anche i suddetti rappresentanti consumavano l'*actio*. La L. 11 § 7 D. *de except. rei iudic.* 44. 2 di Ulpiano, altrove trascritta, nomina fra le persone che *rem in iudicium deducunt* l'*actor municipum*. In seguito a ciò si restrinse l'obbligo di prestazione della *cautio ratam rem haberi*.

L. 6 § 3 D. *quod cuiusc. univ. nom.* 3. 4.

Paulus libro nono ad edictum.

Actor universitatis si agat, compellitur etiam defendere, non autem compellitur cavere de rato. sed in-

terdum si de decreto dubitetur, puto interponendam et de rato cautionem. . . . (109).

Che pur qui si sia verificato uno svolgimento analogo a quello degli agenti *procuratorio nomine* è probabile. La L. 2 § 5 C. *de iureiur. propter cal. dando* 2. 58 [59], che abbiamo citata per questi ultimi accanto al § 3 I. *de satisfdat.* 4. 11 (110), comprende nelle sue disposizioni anche l'*actor universitatis* (111).

Alla stregua dei *procuratores* furono trattati gli *actores* interposti dai tutori o curatori o da altri amministratori delle cose altrui, anche nell'ultima parte dello svolgimento. Il § 3 I. cit. dopo aver affermato l'obbligo della *cautio ratam rem haberi* pei *procuratores* quando il mandato non fosse stato inserito fra gli atti del processo od il *dominus* non avesse personalmente presentato il procuratore *in iudicio*, soggiunge

eodem observando et si tutor vel curator vel aliae

(109) Vedi anche L. 9 D. *ratam rem hab.* 46.8, che col Rümelin (*Zur Gesch. der Stellvertr. im röm. Civilpr.* Freiburg. i. B. 1886 pag. 120 n.º 2) riteniamo assai probabilmente corrotta, e *fragm. Vatic.* 335 nella restituzione del Lenel *Paling.* vol. 2 col. 1234.

(110) Vedi pagg. 104-106.

(111) Lo Schulin (*Lehrb. der Gesch. des röm. Rechts* pag. 558) parlando dei rappresentanti nel processo formulare e dell'obbligo di prestare la *cautio de rato* dice « Tutoren, Kuratoren und Vertreter juristischer Personen werden den *procuratores apud acta facti* gleichgestellt ». Dopo quanto abbiamo detto in argomento risulta chiaro come sia inesatta tale affermazione; ed infatti lo Schulin non può citare alcun testo in suo favore.

tales personae, quae alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.

A completare questo paragrafo, dobbiamo indicare qualche altro caso di prestazione della *cautio de rato*, di cui ci parlano le fonti.

Leggiamo nella Pandette come il *paterfamilias* il quale agiva in giudizio per la restituzione della dote senza avere già il consenso della figlia fosse tenuto a garantire che questa avrebbe ratificato.

L. 39 § 3 D. *de procurat.* 3. 3.

Ulpianus *lib. nono ad edictum.*

Si de dote [rei uxoriae Ulp.] agat pater, cavere debet ratam rem filiam habituram: sed et defendere eam debet, ut et Marcellus scribit (112).

Eccezionalmente era esonerato il padre dal prestare la *cautio*, se la figlia era *furiosa*.

L. 2 § 2 D. *soluta matrim.* 24. 3.

Ulpianus *libro triges. quinto ad Sab.*

Voluntatem autem filiae, cum pater agit de dote [rei uxoriae Ulp.], utrum sic accipimus, ut consentiat an vero ne contradicat filia? et est ab imperatore Antonino rescriptum filiam, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri. et Iulianus libro quadragesimo octavo digestorum scripsit quasi ex voluntate filiae vide-

(112) Vedi anche L. 2 § 2, L. 22 § 3 D. *sol. matrim.* 24. 3, L. 25 pr. D. *ratam rem hab.* 46. 8.

ri experiri patrem, si furiosam filiam habeat: nam ubi non potest per dementiae contradicere, consentire quis eam merito credet. sed si absens filia sit, dicendum erit non ex voluntate eius id factum cavendumque ratam rem filiam habituram a patre: ubi enim sapit, scire eam exigimus, ut videatur non contradicere.

Nel detto caso che la figlia fosse *furiosa*, si fingeva che il padre esercitasse l'azione col consenso di quella. Che se il giureconsulto crede di poter giustificare il

quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem si furiosam filiam habeat

ed a lui si uniscono Doroteo e Cirillo, l'Anonimo d'altra parte afferma giustamente trattarsi di un'eccezione alla regola, che il *furiosus* nel campo giuridico, tolti i lucidi intervalli, non ha volontà (113). Un altro caso in cui viene finto il consenso del *furiosus* abbiamo notato parlando della ratifica nella *negotiorum gestio*: se dopo che il gestore ha chiesta la *bonorum possessio* il *dominus* è divenuto *furiosus*, si finge abbia ratificato (114).

Reciprocamente anche la figlia la quale esige la restituzione della dote, doveva dar cauzione che il *paterfamilias* avrebbe ratificato.

L. 22 § 4 D. h. t.

Ulpianus *lib. trig. tert. ad ed.*

(113) sch. ad B. 28. 8 c. 2 (vol. 3 pagg. 239, 240).

(114) L. 16 D. *de bon. poss.* 37. 1. Cfr. vol. 1 pagg. 115, 116.

Si patri propter condemnationem Romae, ubi dos petatur, esse non liceat, filiae satis dotis fieri oportet, ita tamen, ut caveat ratam rem patrem habiturum (115).

Il *paterfamilias* che agiva in giudizio per un credito formante parte del peculio castrense del figlio era tenuto a prestare la cautio *ratam rem haberi*; così mostra la

L. 18 § 5 D. *de cast. pec.* 49. 17.

Maecianus *libro primo fideic.*

Sed nec cogendus est pater (propter) aes alienum, quod filius peculii nomine, quod in castris adquisiit, fecisse dicitur, de peculio actionem pati... sed et eius filii nomine non aliter movere actiones potest, quam si satis dederit eum ratam rem habiturum.

Invece il *paterfamilias* che agiva a titolo di ingiuria fatta al figlio non era tenuto a dar cauzione *de rato*. E ciò perchè agiva *suo nomine*, con una propria azione.

L. 39 § 4 D. *de procurat.* 3. 3.

Ulp. *lib. nono ad edictum.*

Si pater filii nomine iniuriarum agat, cum duae sint actiones una patris altera filii, cessat de rato cautio.

Nè a sua volta il figlio di famiglia che agiva per una ingiuria a sè arrecata doveva dar cauzione che il padre avrebbe ratificato; e ciò sia che agisse coll'*actio iniura-*

(115) Vedi anche § 10 e § 11.

rum praetoria, della quale parla il testo precedente, sia che esperisse l'*actio iniuriarum ex lege Cornelia*.

L. 5 § 7 D. *de iniuriis* 47. 10.

Ulp. *lib. quinquages. sexto ad ed.*

In lege Cornelia filius familias agere potest ex omni causa nec cavere debet ratam rem patrem habiturum: nam nec alias agentem filium iniuriarum ad cautionem de rato compellendum Iulianus scribit.

All'*actio praetoria* si riferiscono le parole « nam nec alias etc. ».

Il figlio di famiglia il quale, convenuto in giudizio, opponeva in compensazione un credito del padre doveva dar cauzione che questi avrebbe ratificato.

L. 9 § 1 D. *de compensat.* 16. 2.

Paulus *libro triges. sec. ad edictum.*

Sed si cum filio familias agatur, an quae patri debeantur filius compensare possit, quaeritur: et magis est admittendum, quia unus contractus est, sed cum condicione, ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est non exacturum quod is compensaverit (116).

(116) Il Lenel (*Paling.* vol. I col. 1033) vede con ragione nell'inutile " id est non exacturum quod is compensaverit " un glossema ad una interpolazione.

§ 30.

In qual parte della lite era prestata la cautio de rato.
Sua forma primitiva.

Nel processo formulare la *cautio de rato* doveva prestarsi prima della *litis contestatio*; dopo non poteva più essere richiesta.

L. 40 § 3 D. *de procurat.* 3. 3.

Ulp. *libro nono ad edictum.*

Ratihabitionis autem satisdatio ante litis contestationem a procuratore exigitur: ceterum semel lite contestata non compelletur ad cautionem.

Questa regola non doveva essere però senza eccezioni, sendochè le Istituzioni, come altrove abbiamo notato, annoverano la *stipulatio de rato* fra le *stipulationes communes*, fra quelle cioè che normalmente venivano interposte per ordine del magistrato, in via d'eccezione per ordine del giudice (1).

Quanto al periodo dei *iudicia extraordinaria* la prestazione della *cautio de rato* aveva luogo *in principio litis* (2).

Originariamente in luogo della *cautio ratam rem haberi* veniva prestata la *cautio amplius non peti, amplius eo*

(1) § 4 I. *de divis. stipulat.* 3. 18 [19]. Cfr. Paraphr. gr. Instit. e Gloss. Taurin. Instit.

(2) Consultatio 3 §§ 1-5, 10, 11, § 3 I. *de satisdat.* 4. 11.

nomine neminem petiturum, detta dagli scrittori anche *cautio de amplius non petendo*.

Cic. *Brut.* c. 4 § 17 e 5 § 18.

.... etsi fortasse ego a te huius voluntarius procurator petam, quod ipse, cui debes, sine incommodo se tuo exacturum negat. At vero, inquam, tibi ego, Brute, non solvam, nisi prius a te cavero, amplius eo nomine neminem, cuius petitio sit, petiturum (3).

L. 15 D. *ratam rem haberi* 46. 8.

Paulus *libro quarto dec. ad Plantium.*

Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat, si iudicio petitum esset...

La sostituzione della *cautio de rato* alla *cautio amplius non peti* deve essere avvenuta per opera della giurisprudenza del secondo secolo; infatti da una parte Cicerone e Labeone ci parlano di *cautio amplius non peti*, dall'altra Gaio (4) ci nomina invece la *cautio de rato*. Questa dava una più ampia garanzia allo stipulante, perchè poteva pretendere il risarcimento per qualunque *factum contrarium*.

(3) Noi riteniamo col Pernice (*M. A. Labeo* vol. 1 pag. 500) che il "petam" si riferisca ad un *iudicio petere*. Che si tratti invece di un *petere* stragiudizialmente credono Rodorff (*Römische Rechtsgesch.* vol. 2 pag. 245 n.º 6) e Bethmann-Hollweg (*Der röm. Civilprozess* vol. 2 pag. 421 n.º 68) senza che adducano però alcun argomento in appoggio della loro opinione. -- Veggansi anche Cic. *pro Roscio com. c.* 12 §§ 35-37, *ad famil.* lib. 13 ep. 28ª § 2 (in Keller *Der röm. Civilpr.* pag. 288 n.º 673, per errore di stampa o per svista dell'autore, 3 ep. 28).

(4) 4. 84 e 98.

L. 12 § 3 D. *ratam rem haberi* 46. 8.

Ulp. *libro octanges ad edictum*.

... qualiterqualiter qui eundem actum retractet, qui a procuratore actus est, committi stipulationem oportet.

mentre la *cautio amplius non peti* gli conferiva il diritto di chiedere il risarcimento solo in caso di un secondo giudizio come mostra la L. 15 dianzi citata.

Nella formula della *cautio de rato* troviamo espressa anche la clausola *de amplius non petendo*; e, benchè di diverso parere si mostri il Rudorff (5), non si può dubitare che una simile inserzione fosse normale di fronte alle parole della L. 23 D. h. t.

..... in stipulatione cavetur non petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio sit, et ratum habituros omnes, ad quos ea re pertinebit... (6).

È vero che il *ratam rem haberi* comprende già l'*amplius non peti*, ma d'altra parte l'affermazione testè trascritta, nella sua semplicità, rivela un fatto costante. Aggiungasi che, pur prescindendo da questo, non sarebbe giusto dedurre senz'altro da ciò che il *ratam rem haberi* include l'*amplius non peti*, che quest'ultima clausola non vi fosse nella *cautio de rato*, tanto più soccorrendoci anche lo svolgimento storico. Nè va dimenticato che il *factum contrarium* più frequente doveva essere l'intentare

(5) *Ed perp.* pag. 254.

(6) Così anche Lenel *E. P.* pag. 423.

un secondo giudizio *de eadem re* (7). Ed io trovo infine importante anche il fatto che Paolo usa l'espressione *stipulatio amplius non peti* per indicare la *stipulatio de rato* (8).

§ 31.

Effetti della cautio de rato.

Nell' esporre gli effetti della *cautio de rato* prenderemo per base il caso in cui la detta *cautio* fosse stata prestata da chi agiva *procuratorio nomine*; affermando sin d'ora che i medesimi effetti si verificavano quando essa era stata prestata da altri.

Che cosa prometteva il *procurator*? Prometteva anzitutto che il *dominus* avrebbe ratificato il suo operato; secondariamente, che se questo non fosse avvenuto, avrebbe risarcito lo stipulante dello svantaggio sofferto (1).

Due possibilità si presentano; o il *dominus* ratificava o non ratificava.

Se il *dominus* ratificava, il promittente ed i suoi fideiussori (2) — come altrove dicemmo, trattavasi di una *satisfactio* — non erano tenuti a nulla.

La *ratihabilio* anche qui non era vincolata ad una forma particolare; il *dominus* poteva validamente enun-

(7) Vedi pag. 150.

(8) L. 15 D. *ratam rem haberi* 46. 8. Vedi anche L. 14 D. h. t.

(1) Vedi pagg. 63, 64, e i testi ivi citati.

(2) *Sponsori* nel diritto classico.

ciare la sua volontà in qualunque modo, non solo *verbis*, ma anche *actu*. Lo dice in modo esplicito la L. 5 D. *ratam rem haberi* 46. 8 (Scaevola *libro quinto responsorum*), dove anche si vede come ad esempio nel fatto che il *dominus* proseguiva la lite iniziata dal *procurator* si ravvisasse una ratifica degli atti compiuti da quest'ultimo.

Respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu: denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem.

E nella L. 3 § 1 D. h. t. (Papinianus *libro duodecimo responsorum*) vediamo come il *dominus* interponendo appello contro la sentenza di condanna del *procurator* ne ratificasse l'operato.

Falsus procurator de rato habendo cavit atque ita dominus a sententia iudicis procuratore victo provocavit: stipulationis defecisse condicionem apparuit, cum ad auxilium commune superatus confugisset....

Prima di passare all'altra ipotesi, che il *dominus* non ratificasse, conviene ricordare come a partire dal tempo di Ulpiano e di Paolo il *procurator* che aveva prestata la *cautio* fosse prosciolto senz'altro da ogni obbligo, quando risultava che il mandato gli era stato conferito ed inoltre che era perdurato, non essendovi più bisogno in tal caso di ratifica.

Se il *dominus* non ratificava — ed anche qui si deve

tener presente quello che or ora abbiamo ricordato — si verificava la condizione della *stipulatio*.

ex quo autem dominus ratum non habuerit, committitur stipulatio (3).

Ma quando si poteva dire che il *dominus* non ratificava? Quando agiva in opposizione con ciò che aveva fatto il *procurator*, quando *retractabat id quod a procuratore actum fuerat*; come pure quando lasciava scorrere, senza ratificare, il tempo durante il quale era valida la *ratihabitio*. Valeva infatti anche qui la norma generale che la facoltà di ratificare non si protraeva indefinitamente, ma era concesso al *dominus* uno spazio di tempo conveniente, relativo alle circostanze, per risolversi a ratificare o no

quoddam spatium temporis nec minimum nec maximum et quod magis intellectu percipi quam elocutione exprimi potest;

e valeva anche qui la massima speciale

ratihabitio eo tempore fieri debet, quo fieri posset id ipsum quod ratum habetur.

Cominciamo dalla *retractatio*. In qualunque modo essa avvenisse, si verificava la condizione della *stipulatio* « *stipulatio committebatur* ». Lo dice esplicitamente Ulpiano (*lib. octanges. ad edictum*) nella

(3) L. 8 § 2 D. *ratam rem haberi* 46. 8.

L. 12 § 3 D. *ratam rem haberi* 46. 8.
 ... nam qualiterqualiter quis eundem actum retractet,
 qui a procuratore actus est, committi stipulationem
 oportet.

E questa stessa legge ci indica due atti che costituivano una *retractatio*; l'agire in giudizio *de eadem re*, l'opporre in compensazione il medesimo credito, mentre le parole ora trascritte sono precedute da queste:

Sive quis petat sive compensatione utatur, committitur
 statim ratam rem dominum habiturum stipulatio.

Il primo di questi due *facta contraria* era senza dubbio il più frequente. Lo si vede anche da questo che originariamente si prestava la *cautio de amplius non petendo* e la clausola *amplius non peti* si trova particolarmente espressa nella formula della *cautio de rato*; aggiungasi che Gaio (4), a giustificare le prestazioni delle *cautio de rato* da parte del *procurator*, adduce la possibilità che il *dominus* intenti lite *de eadem re*

periculum enim est ne iterum dominus de eadem re
 experiatur;

e si noti ancor questo che la maggior parte dei testi concernono appunto il caso di un secondo giudizio.

Valga tutto questo a prevenire il rimprovero di inesattezza che qualcuno per avventura volesse muoverci per

(4) 4. 98.

ciò che nel paragrafo 29, allo scopo di riuscir più brevi e più chiari, ci siamo sempre riferiti a quel *factum contrarium*; e valga a prevenire il detto rimprovero anche l'esempio dei più valenti scrittori.

Perchè la lite intentata dal *dominus* facesse verificare la condizione della *stipulatio* era necessario che arrivasse allo stadio del *iudicium*; si verificava però ugualmente se il convenuto pagava prima della *litis contestatio*.

L. 15 D. *ratam rem haberi* 46. 8.

Paulus libro quarto decimo ad *Plautium*.

Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat, si iudicio petitum esset. si autem in ius eum vocaverit et satis iudicio sistendi causa [vadimonium Paul.], acceperit, iudicium tamen coeptum non fuerit, ego puto non committi stipulationem amplius non peti: hic enim non petit, sed petere vult. si vero soluta esset pecunia, licet sine iudicio, committitur stipulatio...

Si richiedeva ancora che le circostanze fossero tali che il *dominus* nel secondo giudizio sarebbe stato respinto *ipso iure* o per *exceptionem rei iudicatae* se la prima volta avesse agito egli stesso od un rappresentante capace di consumare l'*actio*; un *cognitor* per Giuliano autore del frammento che contiene la detta norma.

L. 22 § 8 D. *ratam rem hab.* 46, 8.

Iulianus lib. *quing. sexto digest.*

Si procurator iudicium de hereditate ediderit, deinde dominus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio

ratam rem haberi committetur, quia, si verus procurator [cognitor *Iulian.*] fuisset, exceptio rei iudicatae dominum summovertet. plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus, si verus procurator [cognitor *Iulian.*] egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset (5).

Applicazione del principio esposto in questo passo troviamo in

L. 1. D. h. t.

Papinianus *lib. vicens. oct. quaest.*

Cum quis de rato stipularetur: quamvis non idem, sed alius a domino conveniretur, qui conveniri non posset, si ratum habuisset, committi stipulationem placuit, veluti si cum fideiussor aut alter ex reis promittendi, qui socius est, convenitur.

L. 14 D. h. t.

Paulus *libro tertio ad Plautium.*

Si quis uni ex reis promiserit rem ratam dominum habiturum aut amplius eam non peti, dicendum est stipulationem committi, si ab eo petatur, qui eiusdem obligationis socius est.

e nella stessa L. 22 § 8 l'enunciazione del principio è preceduta dall'esposizione di un caso nel quale si trova applicato.

Che se le circostanze tali non erano quali sopra di-

(5) Vedi anche L. 40 § 2 D. *de procurat.* 3. 3.

cemmo, *non committebatur stipulatio*; come chiaramente si vede per un caso particolare nella

L. 8 pr. D. h. t.

Venuleius *lib. quinto dec. stipul.*

Procurator ad exhibendum egit et adversarius absolutus est, quia non possidebat: at cum possessionem eiusdem rei nactus esset, egit cum eo dominus ad exhibendum. Sabinus ait fideiussores [sponsos *Venul.*] non teneri, quoniam haec alia res sit: nam et si dominus egisset, mox, absoluto adversario quia non consideret, ex integro ageret, non obstaturam rei iudicatae exceptionem (6).

Stipulatio committebatur anche quando il *dominus* ratificava bensì, ma poscia veniva restituito *in integrum*, purchè nella formula fosse stata aggiunta una clausola che obbligava il *procurator* al risarcimento del danno risentito dallo stipulante per un tale fatto. Citiamo la L. 3 pr. D. h. t. (Papinianus *libro duodec. respons.*) quantunque si riferisca alla *cautio de rato* in materia non processuale (e per questo ne daremo l'interpretazione nel paragrafo successivo), sembrandoci sicuro che altrettanto dovesse valere per la *cautio* nel processo.

Il *procurator* doveva garantire la ratifica non solo della persona per la quale agiva, ma anche di tutte le persone alle quali *ea res pertinebat*. E pertanto si verificava la condizione della *stipulatio* anche quando il *factum*

(6) Cfr. L. 18 D. *de except. rei iudic.* 44. 2.

contrarium proveniva da una di queste persone. Giuliano (*lib. quinto ex Minicio*) dice esplicitamente nella L. 23 D. h. t.

.... in stipulatione cavetur non petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio sit, et ratum habituros omnes, ad quos ea res pertinebit... (7).

Si riteneva quindi verificata la condizione della *stipulatio* se non ratificava l'erede; anzi la ratifica di questo era specialmente menzionata nella formula, come mostra la

L. 22 § 7 D. h. t.

Iulianus *lib. quinquag. sexto digest.*

Si in stipulatione ratam rem haberi hactenus comprehensum fuerit « Lucium Titium ratum habiturum »; cum id aperte ageretur, ut heredis ceterorumque personae, ad quos ea res pertineret, ommitterentur, difficile est existimari doli clausulam committi. sane cum per imprudentiam hae personae omittantur, actio ex doli clausula competit (8).

In questa legge si vede pure che quando fossero stati ommessi nella formula l'erede ed in generale coloro ai quali *ea res pertinebat* e l'ommissione fosse derivata da semplice negligenza, competeva pur sempre l'*actio ex stipulatu* pel *factum contrarium* di una di queste persone, in base alla *clausula doli*, comune a tutte le *stipulationes praetoriae*. Che se l'ommissione era derivata da deliberato

(7) Cfr. L. 39 § 2 D. *de procurat.* 3. 3.

(8) Vedi anche L. 18 D. *ratam rem hab.* 46. 8.

proposito, non ancora era escluso in via assoluta che vi potesse esser luogo ad azione, mentre il giureconsulto si limita a dire

difficile est existimari doli clausulam committi.

Il Mommsen opina che nel testo della L. 22 § 7 dopo « omittantur » sia da inserirsi *si eorum quis agat* od una frase equivalente.

Quest'aggiunta sarebbe suffragata da

B. 9. 11 c. 22.

Ἐὰν ἐν τῇ ἱκανοδοσίᾳ μνήμη καὶ κληρονόμων καὶ διὰ δόχων μὴ γένηται, εἰ μὲν ἐκ προνοίας, οὐ βεβαιῶται τὸ τοῦ δόλου κεφάλαιον κινούντων αὐτῶν. εἰ δὲ κατὰ ἄγνοιαν παρελείφθησαν, βεβαιῶται (Si in cautione et heredum et successorum mentio facta non sit, siquidem consulto, agentibus eis, doli clausula non committitur: si vero per imprudentiam omissi sint, committitur (9).

Parmi però che il concetto contenuto nella frase che il Mommsen vorrebbe aggiunta, si possa comodamente sottintendere.

Contemplando la *stipulatio* tutti gli interessati, si capisce come si ritenesse verificata la condizione se intentava lite il compratore del fondo pel quale aveva agito il *procurator*.

(9) Vol. 1 pag. 489.

L. 16 § 1 D. h. l.

Pomponius *lib. tert. ex Plautio*.

Si procurator fundum petisset et cavisset, uti adsolet, ratam rem dominum habiturum, deinde dominus postea eundem fundum vendidisset eumque emptor peteret, stipulationem ratam rem haberi committi Iulianus scribit.

E si comprende come Giuliano sentenziasse il contrario pel caso che avesse agito un *falsus procurator*.

L. 23 D. h. t.

Iulianus *libro quinto ex Minicio*.

Procurator cum peteret pecuniam, satisdedit amplius non peti: post iudicium acceptum extitit, qui et ipse procuratorio nomine eandem pecuniam peteret: quaesitum est, cum is, qui postea peteret, procurator non esset et propter hoc exceptionibus procuratoriis excludi posset, num fideiussores [sponsores *Iul.*] prioris procuratoris tenerentur. Iulianus respondit: verius est non obligari fideiussores [sponsores *Iul.*]: nam in stipulatione cavetur non petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio sit, et ratum habituros omnes, ad quos ea res pertinebit: hic autem qui procurator non est, nec actionem nec petitionem habere intelligendus est.

Nell'espressione « ad quem ea res pertinet » non si reputavano compresi gli altri creditori; pertanto non *committebatur stipulatio* pel *factum contrarium* di uno di questi.

L. 39 § 2 D. *de procurat.* 3. 3.

Ulp. *libr. nono ad ed.*

Quaeritur apud Iulianum: utrum dominum solum ratam rem habere debet satisfacere an etiam ceteros creditores? et ait dumtaxat de domino cavendum nec illis verbis « ad quem ea res pertinet » creditores contineri: nam nec ipsi domino haec incumberebat cautio.

Il *procurator* il quale agiva *patris nomine* per un'ingiuria arrecata al figlio doveva garantire anche la ratifica di quest'ultimo, perchè, morendo il padre senza sapere della lite promossa dal *procurator*, l'azione ritornava al figlio. Analogamente, se il processo fosse stato intrapreso a nome dell'avo per un'ingiuria arrecata al nipote, dovevasi comprendere nella formula non solo l'avo, ma di più il figlio suo ed il nipote. E pertanto *committebatur stipulatio* nel primo caso anche quando morto il padre avesse agito il figlio, e nel secondo anche quando morto l'avo avesse agito il figlio suo, o morto pure questo, avesse agito il nipote.

L. 22 §§ 9 e 10 D. *ratam rem haberi* 46. 8.

Iulianus *lib. quinquag. sexto digest.*

§ 9. Qui patris nomine iniuriarum agit ob eam rem, quod filius eius verberatus pulsatusve sit, in stipulatione cogendus est filii quoque personam comprehendere, praesertim cum fieri possit, ut pater ante decedat, quam sciret procuratorem suum egisse. et ita iniuriarum actio redeat ad filium.

§ 10. Sed et si nepoti iniuria facta fuerit et procurator avi propter hanc causam iniuriarum agat, non solum

fili, sed etiam nepotis persona comprehendenda erit in stipulatione: quid enim prohibet et patrem et filium antequam scirent procuratorem egisse, decedere? quo casu iniquum est fideiussores [sponsores *Iul.*] non teneri nepote iniuriarum agente.

Anche la clausola prestata in vista della possibile *restitutio in integrum* comprendeva in generale « is ad quem ea res pertinet » con speciale menzione dell'erede, come testimonia la L. 3 pr. cit.

. . . . si ille in integrum restitutus fuerit heresve eius aut is, ad quem ea res, qua de agitur, pertinebit, quanti ea res erit tantam pecuniam dari

talchè *committebatur stipulatio* anche se veniva restituito uno degli interessati.

Abbiamo visto come si verificasse la condizione della *stipulatio*, oltre che per un fatto positivo del *dominus* in contrasto coll'operato del *procurator*, anche pel decorso del tempo entro il quale il *dominus* aveva la facoltà di ratificare. Dobbiamo tener distinte queste due cause diverse del verificarsi della condizione inclusa nella *stipulatio*, nel rispondere alla domanda: quando si poteva agire *ex stipulatu*?

Nel primo caso, trattandosi cioè di un fatto positivo, d'ordinario si poteva agir subito. Diciamo d'*ordinario*, perchè un'eccezione si trova affermata per la questione di stato nella L. 8 § 2 D. h. t. (Venuleius *libro quinto decimo stipulationum*)

ex quo autem dominus ratum non habuerit, committi videtur stipulatio. sed non ante ex ea agi poterit, quam de libertate iudicatum fuerit, quia si servus sit iudicatus, inutilis fit stipulatio, cum et, si qua sit actio, eam domino adquisisse intellegitur.

Rientrando nella regola, convien notare come lo stipulante potesse agire non appena si verificava un primo danno *ex retractatione domini*, salvo agire ancora, e non fosse già obbligato a differire l'esercizio dell'azione fino al momento in cui tutto il danno fosse avvenuto. Nella L. 18 D. h. t. (Pomponius *lib. vicens. sexto ad Sabinum*) è detto che

saepius ex ea stipulatione agi potest, prout intersit agentis, quod litigat, quod consumit, quod advocat, quod damnatus solvit

Quando la condizione della *stipulatio* si verificava pel decorso del tempo oltre il quale cessava la facoltà di ratificare, lo stipulante non poteva agire senz'altro, ma solo se e quando il *dominus* avesse compiuto un atto positivo in opposizione coll'operato del *procurator*. Questo si deduce chiaramente dalla L. 12 § 2 D. h. t. (Ulp. [ref. *Iul.*] *lib. octanges. ad edictum*), dove si parla di un caso di decorso del tempo utile per la ratifica; nè certo fa ostacolo alla deduzione il trattarsi di pagamento stragiudiziale

. . . . quid ergo, si, quod primo ratum non habuit, postea habebit ratum? nihilo magis proficere ad impediendam actionem suam et ob id, quod primo non

habuit ratum, actionem salvam habere ait. *id quoque si, quod procuratori fuerat solutum, exegerit, agi perinde ex ea stipulatione poterit, ac si ratum habere se postea non dixisset...*

Che se però si trattava di un caso in cui trovava applicazione la regola

ratihabitio eo tempore fieri debet, quo fieri posset id ipsum quod ratum habetur,

allora lo stipulante poteva agire non appena *committebatur stipulatio*, non appena cioè scorso il tempo durante il quale era possibile una valida *ratihabitio*, perchè oltre questo tempo il *dominus* non aveva più diritti contro lo stipulante. Per questo si può citare la L. 25 § 1 D. h. t. (Africanus *libro sexto quaestionum*) quantunque riferentesi ad un caso di riscossione stragiudiziale,

Procurator cum ab eo aes alienum exegerat, qui tempore liberaretur, ratam rem dominum habiturum cavet: deinde post tempus liberato iam debitore dominus ratam rem habet. posse debitorem agere cum procuratore existimavit, cum iam debito liberatus sit... (10).

(10) Ricordiamo subito che Celso, a differenza di Africano, riconosceva valida in questo caso anche la ratifica *post tempus* (L. 71 § 1 D *de solut. et liberat.* 46. 3); sicchè per Celso nella fattispecie del passo di Africano non si verificava la condizione della *stipulatio*.

Sull'antinomia tanto discussa sono ora da vedersi anche Bekker *Pandekten* vol. 2 pagg. 226, 227 e *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* a. 2 pag. 313 e segg. La nuova conciliazione ingegnosa del

Ora dobbiamo dire *in quid committebatur stipulatio*, cioè che cosa poteva pretendere lo stipulante.

La L. 18 D. h. t., già citata, espone il principio che *stipulatio ratam rem haberi*

in id committitur, quod stipulatoris intersit

Bekker, come quelle di altri autori, ha il difetto di invocare circostanze per le quali non si trova fondamento nei testi. Le congetture espone nel *Bullettino cit.* dal Gradenwitz e dallo Heck, che toglierebbero l'antinomia, non sono anche queste, a parer nostro, altrettanto soddisfacenti quanto ingegnose. Noi manteniamo fermo ciò che abbiamo detto nel vol. 1 pag. 72 e segg., seguitando a credere ad una disparità di opinione fra i due giureconsulti. Essi giungono ad opposte conclusioni perchè fanno base delle loro rispettive decisioni circostanze diverse. Africano considera che *la ratifica* avviene decorso il tempo entro il quale il debitore era obbligato, e conseguentemente afferma la detta ratifica senza valore

posse debitorem agere cum procuratore existimavit, cum iam debito liberatus sit.

Celso invece considera che il *pagamento* avvenne quando il debitore era ancora obbligato e conseguentemente decide per la validità della ratifica

quia fideiussor, cum adhuc ex causa fideiussionis teneretur, solvit, nec repetere potest etc.

Affermato questo, soggiungiamo che, pur rendendo omaggio anche questa volta all'acutezza dimostrata dal Gradenwitz, troviamo migliore la ricostruzione della L. 25 § 1 proposta dallo Heck, non foss'altro perchè più semplice. Secondo Heck, è da supporre che originariamente in luogo di « ab eo qui tempore liberaretur » fosse scritto « a sponsore » ed in luogo di « debitorem » si leggesse « sponsorem ». Africano avrebbe parlato di una ratifica seguita quando il debitore era già liberato in causa di un altro fatto (pagamento, compensazione, remissione del debito). Perchè non ammette Heck che sia interpolato anche « post tempus »? Una volta che non si deve più intendere *post tempus intra quod debitor obligatus erat*, la frase « post tempus » diventa una pura e semplice ripetizione del « deinde ».

ed altrettanto afferma la

L. 19 D. h. t.

Paulus *lib. tertio dec. ad Sabinum*.

In stipulatione, qua procurator cavet ratam rem dominum habiturum, id continetur, quod intersit stipulatoris. idemque iuris est in clausulis omnibus de dolo malo.

La L. 8 § 2 D. h. t. ci informa che trattandosi di *controversia status*, in armonia col detto principio, vi era obbligo di prestare

quanti interfuerit eius de statu suo rursus non periclitari et propter impendia, quae in litem fecerit.

E pertanto fra le *stipulationes* che *incertam continent quantitatem* troviamo annoverata la nostra *stipulatio* nella

L. 2 § 2 D. *de stipulat. praet.* 46. 5.

Paulus *lib. septuag. tertio ad ed.*

Incertain quantitatem continet stipulatio rem ratam dominum habiturum

Al *quanti interest* corrispondeva, come si vede, il *quanti ea res est, erit*, della formula in questa, come pure d'ordinario nelle altre *stipulationes praetoriae* (11).

(11) Cfr. Keller *Der röm. Civilprozess* pag. 387 n.° 891.

Il *quanti interest* è spiegato nella

L. 13 pr. D. *ratam rem haberi* 46. 8.

Paulus *lib. septuag. sexto ad ed.*

Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui.

Ed una ulteriore determinazione, circa il *lucrum*, contiene la

L. 2 D. h. t.

Papinianus *lib. undec. respons.*

In stipulatione de rato habendo non est cogitandum rei promittendi vel stipulandi compendium, sed quid interfuerit eius qui stipulatus est ratum haberi quod gestum est.

È escluso cioè il *lucrum extra rem* (12).

Un' applicazione del principio

stipulatio ratam rem haberi in id committitur, quod intersit stipulatoris

si ha nella

L. 4 D. h. t.

Scaevola *lib. tertio dec. quaest.*

(12) Cuiac. *Comm. in lib. respons. Papin.* in lib. 11 ad h. 1. (*Opp. omnia* vol. 4 col. 2576 e segg.).

Procurator quinquaginta petit: si dominus centum petat, tenebuntur fideiussores [sponsores *Scaev.*], qui de ratihabitione caverunt, in quinquaginta et quanti interfuit differri quinquaginta actionem.

Un *procurator* ha agito in giudizio pel pagamento di cinquanta contro chi era debitore di cento. Scevola afferma che se il *dominus* a sua volta agisce per l'intero credito, il debitore potrà pretendere il risarcimento non solo pei cinquanta pagati al *procurator*, ma inoltre per lo svantaggio che risente in questo che non può più pretendere il differimento dell'azione pei cinquanta non pagati la prima volta. Senza dubbio Scevola qui si riferisce all'*exceptio litis dividuae*, che avrebbe potuto far valere il debitore contro il *dominus* se questi avesse ratificato il pagamento dei cinquanta al *procurator* ed avesse chiesto di conseguenza il pagamento dei soli rimanenti cinquanta.

Tale interpretazione del passo di Scevola fu data la prima volta, per quanto io so, dallo Ziebarth nel volume 12.^o dei *Jahrbücher* del Jhering (13), e la ritroviamo ora nella *Palingenesia* del Lenel (14). Gli autori precedenti lo Ziebarth ripetono l'una o l'altra delle due interpretazioni contenute nella Glossa e proposte rispettivamente da Ugolino e da Azone. Ugolino presupponeva che debitore e procuratore avessero pattuito che i cinquanta non richiesti non sarebbero stati domandati che dopo un anno dal pagamento dei primi cinquanta: la *cautio de rato* avrebbe assicurato non solo la ratifica del pagamento parziale, ma

(13) Pagg. 401, 402.

(14) Vol. 2 col. 280 n.° 9.

anche la dilazione per la parte non pagata; da questo la duplice responsabilità dei garanti qualora il *dominus* avesse richiesto, prima che fosse scorso un anno, tutti i cento. Azone invece riferiva anche il « quanti interfuit differri quinquaginta actionem » ai cinquanta pagati al *procurator*, e lo spiegava con questo, che il debitore, se non avesse agito il *procurator*, avrebbe pagato quei cinquanta più tardi, cioè quando li richiede il *dominus* insieme ai cinquanta non pagati.

Ora, se pel frammento di Scevola considerato come testo di diritto giustiniano convien ricorrere all'una od all'altra di queste due interpretazioni — e più opportunamente alla seconda, sendochè il patto di dilazione non è in modo alcuno accennato —, è da ritenere d'altra parte che Scevola abbia veramente pensato all'*exceptio litis dividuae* e magari ne abbia fatta in qualche modo espressa indicazione, che sarebbe stata tolta dai compilatori.

Il principio *stipulatio committitur in id quod intersit stipulatoris* si trova applicato in un altro testo, dove si vede, che se il *dominus* perdeva la lite, lo stipulante avea diritto a farsi risarcire soltanto le spese pel processo.

L. 22 § 5 D. h. t.

Marcellus *not. ad Iul. digest.*

Si dominus ratam rem non habuerit, sed lite mota rem amiserit, nihil prater impendia in stipulationem ratam rem deducitur.

Il diritto dello stipulante si limitava del pari alle sole spese pel processo nel caso in cui il *dominus* avesse pur vinta la lite, ma *iniuria iudicis*.

L. 22 § 4 D. h. t.

Iulianus lib. quinquag. sexto dig.

Cum autem procurator recte petit, dominus perperam, non debet procurator praestare, ne iniuria iudicis dominus aliquid consequatur: nunquam enim propter iniuriam iudicis fideiussores [sponsores *Iulian.*] obligantur. verius tamen est hoc casu fideiussores [sponsores *Iulian.*] non nisi in impensas litis teneri.

Da questo frammento, che ha affaticato parecchio gli interpreti, si deduce con facilità e sicurezza quel tanto che abbiamo enunciato, mentre riesce difficile dare una completa interpretazione. Ora, poichè solo quel tanto che abbiamo dedotto è per noi importante, possiamo, senza tema di censura, prescindere da ricerche che ci allontanerebbero dal vero campo dei nostri studi.

Il principio *stipulatio committitur in id quod intersit stipulatoris* si trova applicato in un'altra legge, la L. 3 § 1 D. h. t. (*Papin. lib. duodec. respons.*) nella quale è scritto che se il *procurator* ha perduta la lite intentata contro un debitore del *dominus* e questi agendo a sua volta ha invece vinto, lo stipulante può esigere dal *procurator* la somma riscossa dal *dominus*.

.... quod si dominus, qui ratum non habuit, pecuniam exegerit, stipulatio de rato committetur in eam pecuniam, quam dominus accepit, quamvis nihil procurator acceperit.

Se il *dominus* veniva ammesso a prestare il giuramento estimatorio, perchè lo stipulante convenuto si rifiutava di

restituire od esibire la cosa in questione, i garanti non erano tenuti oltre il valore effettivo della cosa stessa, non estendendosi la loro responsabilità a ciò che il *procurator* dovesse prestare per propria pena.

L. 73 D. *de fideiuss. et mandat.* 46. 1.

Paulus lib. septuagens. sexto ad edictum.

Cum procurator in rem agebat, cautionem dederat ratam rem dominum habiturum: postea victo eo dominus reversus iterum de eadem re agitabat, et cum reus haberet possessionem, et noluit eam restituere et ideo magno condemnatus est. in amplius fideiussores [sponsores *Paul.*] non tenentur: hoc enim non debet imputari fideiussoribus [sponsoribus *Paul.*], quod ille propter suam poenam praestitit.

Altrettanto valeva naturalmente se il *dominus* prestava il *iusiurandum in litem*, perchè il convenuto si era posto dolosamente nella condizione di non poter restituire od esibire (15).

Che se *nihil interest stipulatoris* allora non committitur *stipulatio*. Questo va a completare quello che sopra dicemmo, che *stipulatio committitur* quando il *dominus* non ratifichi. Tale principio è espresso chiaramente dalle fonti ed è giusto, perchè d'ordinario il fatto che il *dominus* non ratifica riesce di svantaggio allo stipulante, e per

(15) Come il giuramento in lite riguardo al convenuto valesse come una pena del dolo o della contumacia vedi anche in L. 8 D. *de in litem iurando* 12. 3 e L. 60 § 1 D. *ad leg. Falcid.* 35. 2.

questo si presta la *cautio*; eccezionali sono i casi che un simile fatto non arrechi danno allo stipulante. Uno di tali casi¹ troviamo nella

L. 25 pr. D. *ratam rem haberi* 46. 8.

Africanus *libro sexto quaestionum*.

Pater dotem a se datam absente filia petit et ratam rem habituram eam cavit: ea prius quam ratum haberet, mortua est. negavit committi stipulationem, quia et si verum sit ratum eam non habuisse, nihil tamen mariti intersit dotem restitui, cum patri etiam mortua filia salva esse dos debeat.

A questo passo aggiungansi le parole della

L. 22 § 2 D. h. t.

Iulianus *lib. quinquag. sexto dig.*

.... sive ratum dominus habuisset, sive non habuisset, fideiussores [sponsores *Iulian.*] non teneri... qua nihil stipulatoris interest ratum haberi... (16).

In caso di ratifica parziale, *stipulatio pro parte committebatur*, e naturalmente per la parte non ratificata, come mostra la

L. 18 D. h. t.

Pomponius *lib. vicens. sexto ad Sab.*

Si procurator ratam rem dominum heredemve eius habiturum cavit et unus ex heredibus domini ratum

(16) Arg. anche L. 22 § 6 D. h. t.

habeat, alter non habeat, sine dubio committetur stipulatio pro ea parte, pro qua ratum non habebitur, quia in id committitur, quod stipulatoris intersit. nam et si ipse dominus pro parte ratum habuerit, pro parte non habuerit, non ultra quam in partem committetur stipulatio, quia in id committitur, quod intersit agentis....

Aggiungasi

B. 9. 11 c. 17.

Ἐὰν μέρος τοῦ πραγθέντος ἀποδέξῃται ὁ δεσπότης, ἐπὶ τῷ λοιπῷ βεβαιοῦται ἡ ἐπερώτησις, καὶ οὐκ εἰς τὸ πᾶν (Si dominus partem rei gestae ratam habuerit, in reliquo stipulatio committitur, non in toto)... (17).

Non contraddicono le parole finali della famosa L. 4 § 1 *de V. O.* 45. 1 (Paul. *libro duod. ad Sabinum*)

quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest,

le quali come altrove abbiamo dimostrato (18)— nè staremo a ripeterlo — significano che, ratificando il *dominus* in parte, la stipulazione *in totum committebatur*: non contraddicono le dette parole a quanto sopra si disse, per questo che nella L. 4 § 1 non si tratta della *stipulatio ratam rem haberi* normale dell'*id quod interest*, ma di una *stipulatio poena*

(17) Vol. 1 pag. 488.

(18) Vol. 1 pagg. 98, 99.

certae pecuniae promissa, come mostra chiaramente il contesto del frammento. Il Seuffert (19) e lo Steinlechner (20) sono in errore quando asseriscono che la differente conseguenza della ratifica parziale circa la *cautio de rato* che si riscontra nelle leggi 18 e 4 § 1 dipende da ciò, che nella L. 18 si tratta di *stipulatio* del *procurator*, nella L. 4 § 1 invece, di *stipulatio* del *dominus* stesso. La diversa qualità della persona del promittente non ha qui a che fare; il motivo della diversa decisione sta in ciò, lo ripetiamo, che nell' un caso si tratta di *stipulatio* dell'*id quod interest*, nell'altro di *stipulatio poena certae pecuniae promissa*; se nella L. 4 § 1 il *dominus* avesse promesso l'*id quod interest* ratificando in parte non sarebbe stato tenuto che per l'interesse dello stipulante alla ratifica del resto, e se viceversa nella L. 18 il *procurator* avesse promesso *poenam certae pecuniae* avrebbe dovuto soddisfare tutta la *poena* pur avendo il *dominus* in parte ratificato.

E qui giova avvertire che fra gli scrittori i quali a torto affermano che nell'ultimo periodo del diritto classico non poteva esservi luogo a prestazione della *cautio de rato* quando era certo il conferimento del mandato, qualcuno non dissimula la propria meraviglia nel veder assegnata da Paolo pratica efficacia ad una *cautio ratam rem haberi* prestata dallo stesso *dominus*, perchè implica appunto il conferimento del mandato. Per noi, che abbiamo visto come la certezza del conferimento non bastasse ad eso-

(19) *Die Lehre von Ratihab. der Rechtsgeschäfte* pag. 86 i. f.

(20) Nella *Zeitschrift* del Grünhut vol. 4 pag. 360.

nerare dalla prestazione della *cautio* non presenta difficoltà, nè suscita meraviglia il trovare in un passo di Paolo una *cautio de rato* prestata dal *dominus* avente pratica efficacia.

Che fosse da fissarsi in precedenza una certa somma pel caso non seguisse la ratifica, riteneva Labeone per la lite circa lo *status*; e ciò perchè poteva estendersi *ad infinitum* la valutazione della libertà.

L. 8 § 2 D. h. t.

Venuleius lib. quinto dec. stipul.

Si quis a procuratore status controversiam patiat, satis accipere debet (eius adsertor) a procuratore, ne impune saepius pro suo statu conveniretur et, si dominus venientesque ab eo personae ratum non habuerunt, quod procurator eum in servitutem petierit vel adversus procuratorem ex servitute in libertatem petitus fuerit, quanti ea res est, ei praestetur, scilicet cum de libertate eius constiterit, id est quanti interfuerit eius de statu suo rursus non periclitari et propter impendia, quae in litem fecerit. sed Labeo certam summam comprehendendam existimabat, quia aestimatio libertatis ad infinitum extenderetur... (21).

(21) Com erri lo Zimmern (*Gesch. d. röm. Privatrechts* vol. 3 pag. 183 n.° 8) nel dedurre da questa legge, più le LL. 71 e 137 § 7 D. de V. O. 45. 1, che al tempo di Labeone non si concedesse azione per una *stipulatio incerta*, vedi in Liebe *Die Stipulation u. das einfache Versprechen* pag. 47, 48.

§ 32.

Della cautio de rato in materia non processuale.

La *cautio de rato* in materia non processuale si incontra in parecchi testi delle Pandette come stipulazione convenzionale.

L. 10 D. *ratam rem hab.* 46. 8.

Ulpianus *lib. octanges. ad edictum.*

Interdum ex conventionem stipulatio ratam rem interponi solet, ut puta si quid procurator aut vendat aut locet aut si ei solvatur

L. 11 D. h. t.

Hermogenianus *lib. sexto iuris epitom.*

vel paciscitur vel quodlibet aliud nomine absentis gerit:

L. 12 pr. D. h. t.

Ulp. *lib. octanges. ad edictum.*

quo enim tutiore loco sit qui contrahit de rato solet stipulari (1).

(1) Vedi anche L. 15 D. *ad SC. Vell.* 16. 1, L. 22 pr. § 1 e L. 25 § 1 D. *ratam rem hab.* 46.8.

Alle testimonianze delle fonti giuridiche aggiungasi quella di Cicerone nella orazione *pro Roscio comoedo*. Cicerone afferma che Roscio transigendo con Flavio non ha agito anche per conto del socio Fannio, ma unicamente per sè, per la sua parte. Fonda tale affermazione su tre fatti, fra i quali questo, che Flavio non si è fatto prestare la *cautio amplius neminem petiturum*. Se la transazione, argomenta l'oratore, si fosse riferita anche alla parte di Fannio, Flavio si sarebbe certamente assicurato colla detta *cautio*.

Cic. *pro Roscio com.* c. 12 §§ 35-37.

Societatis, non sua lites redemit (Roscius), cum fundum a Flavio accepit (ait Fannius). Quid ita satis non dedit amplius a se neminem petiturum? Qui de sua parte decidit reliquis integram relinquit actionem, qui pro sociis transigit, satis dat neminem eorum postea petiturum. Quid ita Flavio sibi cavere non venit in mentem?... Cur igitur decidit et non restipulatur neminem amplius petiturum?... Est hoc primum et ex condicione iuris et ex consuetudine cautionis firmissimum et gravissimum argumentum....

Nelle *stipulationes cautionales praetoriae* riscontriamo la *cautio de rato* come *stipulatio necessaria*.

L. 20 D. h. t.

Ulp. *lib. primo disput.*

Non solum in actionibus, quas procurator intendit, verum in stipulationibus quoque, quas procurator interponi desiderat, si vicem repraesentant actionum,

cavere eum de rato oportet. quare si duplae stipulationem procurator interponat, de rato cavere debet. sed et si damni infecti stipulatio a procuratore interponatur, de rato debet procurator cavere.

L. 40 § 1 D. *de procurat.* 3. 3.

Ulp. *lib. nono ad edictum.*

Si stipuletur procurator damni infecti vel legatorum, debeat de rato cavere.

L. 39 § 3 *de damno infecto* 39. 2.

Pomponius *lib. vicens primo ad Sab.*

Alieno nomine stipulari ita licet, ut quod damnum domino datum sit, comprehendatur: cavere autem debeat is qui stipulabitur dominum ratam rem habiturum exceptioque procuratoria stipulationi inserenda erit, sicut in stipulatione legatorum: quod si ei non cavebitur, mittendus est in possessionem procurator omnimodo, ut ei exceptio procuratoria non noceat (2).

Nella *operis novi nuntiatio*, se il denunciante *procuratorio nomine* si rifiutava di prestare la *cautio de rato*, aveva luogo senz'altro la *remissio*. Questo è detto chiaramente nella

L. 5 § 18 D. *de op. novi nunt.* 39. 1.

Ulp. *libro quinquag. sec. ad edictum.*

Qui procuratorio nomine nuntiaverit, si non satisfabit eam rem dominum ratam habiturum, nuntiatio omnimodo remittitur, etiamsi verus sit procurator (3).

(2) Vedi anche L. 3 § 2 D. *ut in poss. leg.* 36. 4.

(3) Vedi anche L. 13 pr. D. h. t.

Se era stata prestata la *cautio* e, come per lo più accadeva, era stato fissato un certo tempo nella *stipulatio ex operis novi nuntiatione*, la condizione della *stipulatio ratam rem haberi* si verificava qualora il *dominus* avesse denunciato a sua volta entro quel dato tempo.

L. 13 § 1 D. h. t.

Iulianus *lib. quadr. prim. digest.*

Si dominus opus novum nuntiaverit intra diem, quae stipulatione ex operis novi nuntiatione interposita comprehensa esset, committitur (*ratam rem haberi*), stipulatio: si praeterita ea die dominus nuntiaret, non committitur....

A proposito dell'*operis novi nuntiatio* conviene ricordare quanto altrove abbiamo notato (4), che il *procurator* il quale, avendo prestata la *satisfatio ex operis novi nuntiatione*, intentava l'interdetto *ne vis fiat aedificanti*, non era tenuto a prestare la *cautio de rato*; e ciò perchè nel procedimento complessivo sosteneva la parte del convenuto.

L. 45 § 2 D. *de procurat.* 3. 3.

Paulus *lib. nono ad edictum.*

Si procuratori opus novum nuntiatum sit isque interdicto utatur ne ei vis fiat aedificanti, defensoris partes eum sustinere nec compelli cavere ratam rem dominum habiturum Iulianus ait....

Analogamente correvan le cose quanto alla *cautio de*

(4) Vedi pag. 122.

rato se il *procurator* dell'edificante chiedeva la *remissio*; considerato come *defensor*, egli era tenuto a prestare la *cautio ex operis novi nuntiatione*, che corrispondeva alla *cautio iudicatum solvi*, e non la *cautio de rato*.

L. 5 § 19 D. *de op. novi nunt.* 39. 1.

Ulp. *lib. quinquag. sec. ad edictum.*

Qui remissionem absentis nomine desiderat, sive ad privatum sive ad publicum ius ea remissio pertinet, satisfare cogitur; sustinet enim partes defensoris (5). sed haec satisfatio non pertinet ad ratihabitionem, sed ad operis novi nuntiationem.

Dal procedimento per la *remissio* era assolutamente escluso il *falsus procurator* del denunziante, siccome mostra la

L. 13 § 2 D. h. t.

Iulianus *lib. quadr. prim. dig.*

Si in remissione a parte eius, qui opus novum nuntiaverat, procurator interveniat, id agere praetorem oportet, ne falsus procurator absentis noceat, cum sit indignum quolibet interveniente beneficium praetoris amitti

dove l'espressione " beneficium praetorium " si riferisce evidentemente al *beneficium remissionis* e non al *beneficium nuntiationis*, come ritenne a torto l'Accursio. A

(5) Duaren. *Praelect. in tit. de op. novi nunt.* cap. 4 « *defensoris*, nam etsi adeat praetorem et petat, tamen hoc petit quasi se defendens adversus nuntiationem ».

questo brano faceva seguito l'altro col quale i compilatori malamente completarono la L. 5 § 20 D. h. t.

L. 6 D. h. t.

Iul. *lib. quadr. prim. dig.*

et ideo neque exceptiones procuratoriae opponi ei debent nec satisfare cogendus est ratam rem dominum habiturum (6).

Di *cautio de rato necessaria* ci parlano anche

L. 35 § 3 e L. 36 D. *de procurat.* 3. 3.

Ulp. *libro nono ad ed.* — Paul. *lib. oct. ad. ed.*

Defendere autem est id facere quod dominus in litem faceret, et cavere idonee: nec debet durior condicio procuratoris fieri quam est domini, praeterquam in satisfando. praeter satisfationem pro-

(6) Cfr. Bülow *Die Lehre von den Processeinreden u. d. Processoratus*. Giessen 1868 pag. 32 n.ª 5 ed ora anche Lenel *Paling.* vol. I coll. 427, 428.

Nella L. 7 pr. D. h. t. (Ulp. *lib. quinquag. sec. ad ed.*) la parola *satisfationem* si riferisce alla *satisfatio iudicatum solvi* di cui fa menzione la L. 5 § 20 D. h. t. (Ulp. *lib. quinquag. sec. ad ed.*). Lo Stölzel (*Die Lehre von der operis novi nuntiatione und dem interdictum quod vi aut clam* Cassel u. Göttingen 1865 pag. 201, 202, 252) erra nel ritenere che si tratti di *satisfatio de rato*. — La frase « *summovendus erit ab executione operis novi* » sta per « *summovendus erit ab executione operis novi nuntiationis* »; altrimenti non vi sarebbe senso, dato che si tratta di *procurator* del denunziante. Così si completò giustamente la frase « *denegata executione operis novi* » della L. 19 fin dall'Accursio; e l'espressione completa si trova nelle LL. 5 pr. D. h. t. e 7 § 14 D. *de pactis* 2. 14.

...pupillo non esse operis novi nuntiationis executionem dandam..
...si paciscar, ne operis novi nuntiationem exsequar...

curator ita defendere videtur, si iudicium accipiat. unde quaesitum est apud Iulianum, an compellatur, an vero sufficiat ob rem non defensam stipulationem committi. et Iulianus scribit libro tertio digestorum compellendum accipere iudicium nisi et agendum causa cognita recusaverit vel ex iusta causa remotus fuerit. defendere videtur procurator et si in possessionem venire patiat, cum quis damni infecti satis vel legatorum desideret, vel in operis novi nuntiatione. sed et si servum ex causa noxali patiat duci, defendere videtur: ita tamen, ut in his omnibus ratam rem dominum habiturum caveat.

I testi sono chiari, come chiaro è il motivo per cui vien prestata la *cautio*. Non occorrono pertanto spiegazioni. Convieni solo avvertire che in quel "operis novi nuntiatione" si tratta della *nuntiatio operis novi damni depellendi causa*, della *nuntiatio* cioè che mirava alla prestazione di una *cautio damni infecti* (7).

Un'altro caso di *cautio de rato* necessaria ci presenta la

L. 43 § 3 D. h. t.

Paulus *lib. nono ad ed.*

Is, qui curatorem alicui praesenti petat, non aliter audietur nisi adulto consentiente: quod si absenti, ratam rem eum habiturum necesse habet *satisdare*.

(7) In Stölzel *Op. cit.* pag. 253 e segg. trovi esposte e criticate le interpretazioni dei Basilici, della Glossa e del Cuiacio

Il Rudorff (8) afferma che obbligo di prestazione della *cautio de rato* vi era anche nel caso della *bonorum possessio per alium agnita*. Ma la L. 24 D. *ratam rem hab.* 46. 8 (Africanus *lib. quinto quaest.*), che il Rudorff cita, non parla punto di *cautio de rato* e semplicemente constatata l'efficacia della *ratihabitio* prestata *intra centesimum diem*; nè fanno menzione di *cautio de rato*, ma soltanto di *ratihabitio*, le LL. 3 § 7 e 16 D. *de bonor. poss.* 37. I (Ulp. *lib. trig. nono ad ed.* — Paul. *lib. tert. sent.*)

Dopo aver mostrato, colla scorta delle fonti, in quali casi fuori del vero campo processuale trovasse applicazione la *cautio de rato*, non ci estenderemo a parlare della liberazione del promittente, del verificarsi della condizione, del momento nel quale lo stipulante poteva agire etc. valendo per tali questioni norme analoghe a quelle esposte per la *cautio* nel processo. Noteremo solo che l'*actio ex stipulatu* subentrava a quelle azioni che lo stipulante avrebbe potuto intentare ove la *cautio* non fosse stata prestata.

L. 22 pr. e § 1 D. *ratam rem hab.* 46. 8.

Iulianus *lib. quinquag. sexto digest.*

pr. Si sine iudice non debitam pecuniam exegerit procurator et dominus ratam solutionem non habuerit, sed eandem pecuniam petere instituerit: fideiussores [sponsors *Iulian.*] tenentur et condictio, qua procurator teneretur, si stipulatio interposita non fuisset, perimitur. quoties enim procuratori pecunia solvitur et dominus eam solutione ratam non habet, existimo id

(8) *Röm. Rechtsgesch.* vol. 2 pag. 245 n.° 6.

agi, ut *condictio perematur et sola actio ei qui indebitum solvit, adversus procuratorem ex stipulatu competat. hoc amplius praestant fideiussores [sponsores Iul.] impensas quae in iudicium factae fuissent. quod si dominus ratum habuisset, fideiussores [sponsores Iul.] quidem liberantur, sed ab ipso domino eadem pecunia per conditionem peti potest.*

§ 1. Quod si procurator debitam domino pecuniam sine iudice exegisset, idem iuris est, hoc secus, quod, si dominus ratam rem habuisset, nulla eius pecuniae repetitio futura est (9).

La L. 16 pr. D. h. t. (Pomponius *lib. tert. ex Plautio*) ci mostra che nel caso di pagamento dell'indebito lo stipulante poteva agire subito *ex stipulatu* contro il *procurator*, allo scopo di provocare una dichiarazione di ratifica o non ratifica da parte del *dominus* e sapere così se da quest'ultimo o dal *procurator* potesse esigere la restituzione di quanto aveva pagato.

Si indebitum procuratori solutum sit, agi statim ex hac stipulatione adversus procuratorem potest, ut ratum habeat dominus, ut possit dinosci, utrumne domino condici debeat id quod indebitum solutum sit, si is ratum habeat, an vero procuratori condicendum sit, si dominus ratum non habeat.

Nella frase "procuratori condicendum sit" il *condicere* va interpretato nel senso generale di *repetere*, giacchè essendo stata prestata la *cautio ratam rem dominum habiturum*,

(9) Vedi anche L. 25 § 1 D. h. t. Cfr. vol. 1 pag. 63 e segg.

di fronte al *procurator* alla *condictio indebiti* si sostituisce l'*actio ex stipulatu*, come mostra la L. 22 pr. dianzi trascritta (10).

Prima di chiudere questo paragrafo dobbiamo esporre e tentar di interpretare, come più addietro abbiamo promesso, la

L. 3 pr. D. h. t.

Papinianus *tib. duodec. respons.*

Cum minor viginti quinque annis creditor pecuniam recipere vellet, interpositus procurator debitori de rato habendo cavit: restitutione in integrum data neque indebiti conditionem (competere) neque stipulationem committi constabat. idemque eveniret, si falsi procuratoris actum minor annis ratum habuerit et ideo ita cavendum erit praecedente mandato: « si ille in integrum restitutus fuerit heresve eius aut is, ad quem ea res qua de agitur, pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari ». mandato vero non interveniente vulgaribus verbis de rato habendo haec quoque prudentius inter consentientes adstruentur: alioquin si non conveniat nec creditor minus consentiat, actionem dari oportebit.

Papiniano contempla due casi, il primo dei quali è questo. Un minore dà mandato ad uno di esigere stragiudizialmente un suo credito. Il *procurator* domanda il denaro,

(10) Cfr. Erxleben *Die conditiones sine causa* p. 2 pag. 196 n.° 14 e il vol. 1 di questo lavoro pag. 68. Per la L. 8 § 1 D. h. t. vedi l'interpretazione data nel vol. 1 pagg. 110, 111.

presta la *cautio de rato* richiesta dal debitore, e riceve il pagamento. Il minore viene poscia restituito *in integrum*. Afferma il giureconsulto che il debitore nella fattispecie non può intentare la *condictio indebiti*, nè agire *ex stipulatu*. Il secondo caso è in tutto identico al primo, salvo in questo, che il pagamento è fatto non ad un mandatario, ma ad un semplice gestore; a sostituire però la mancanza di mandato, interviene la ratifica. Le conseguenze sono le medesime che nel primo caso. Da tutto questo si scorge chiaramente che la normale *cautio de rato* non assicurava contro la *restitutio in integrum*. Gli è perciò che Papiniano consiglia al debitore di richiedere, così in un caso come nell'altro, l'inserzione nella *stipulatio* di una clausola idonea a garantire il suo interesse di fronte a quell'avvenimento. Fino a tal punto, cioè fino alla voce « adstruentur » il frammento non presenta difficoltà. Queste sorgono per l'ultima proposizione, relativa al caso del *falsus procurator*

alioquin si non conveniat, nec creditor minus consentiat, actionem dari oportebit.

La Glossa riferisce la frase « actionem dari oportebit » al minore e ritiene che nelle parole « alioquin si non conveniat » si tratti di una pena convenzionale.

Si vero mandatum procurator non habeat, tunc etiam debet poena stipulationi de rato inseri. Nam si talis poena non sit adiecta, vel non consentiret minor, daretur iterum actio minori.

Ma di una pena convenzionale non parla affatto il nostro passo e dal suo complesso risulta che le parole finali risguardano un'azione del debitore e non già del minore.

Il Cuiacio (11) intende così l'ultimo periodo:

Ceterum, si non conveniat, inquit (sc. Papinianus), id est si omissa fuerit vulgaris cautio de rato habendo, et creditor minor viginti quinque annis non consentiat, id est ratum non habeat, quod procurator exegit, actionem debitori dari oportebit adversus procuratorem, id est conductionem indebiti, quae interposita illa cautione utique cessaret (12).

Come si vede, il Cuiacio ritiene che il « si non conveniat » non si riferisca alla clausola speciale da inserirsi in vista della *restitutio*, ma addirittura a tutta la *cautio*; non venendo prestata la *cautio de rato* il debitore, in caso che il *dominus* non ratifichi, potrà agire contro il *procurator* colla *condictio indebiti*, mentre non avrebbe più la *condictio indebiti*, bensì l'*actio ex stipulatu*, se la detta *cautio* fosse stata prestata (13). Ma il complesso del testo obbliga a riferire il « si non conveniat » alla clausola speciale, non potendosi ammettere che Papiniano d'un tratto abbandoni la questione e passi ad un nuovo argomento. E, pre-

(11) *Observ. iur. civ.* lib. 24 cap. 28 e *Comment. in lib. respons. Papin.* in lib. 12 ad h. l. (*Opp. omnia* vol. 1 col. 1102 e vol. 4 coll. 2612, 2613).

(12) All'interpretazione del Cuiacio aderisce lo Schulting *Notae ad Digesta seu Pandectas* ed. Smalldenburg ad h. l.

(13) Cfr. L. 22 pr. e L. 25 § 1 D. h. t. h.

scindendo anche da questo, è da ritenere che se Papiniano nell'ultimo periodo avesse voluto parlare della *condictio indebiti* avrebbe detto *condictio* o *condictio indebiti* e non semplicemente *actio*; l'uso di questa espressione mostra che si tratta di *actio ex stipulatu*, tanto più che la *stipulatio ratam rem haberi* forma l'oggetto del titolo nel quale il passo di Papiniano è contenuto.

Lo Schlayer (14), per riuscire ad interpretare in qualche modo l'ultimo periodo del passo papiniano, finisce col dare ai periodi precedenti un significato che non si può ammettere in modo alcuno. Dopo aver affermato, come noi pure abbiamo fatto, che quando abbia agito un mandatario del minore e questi poscia sia stato restituito *in integrum*, il debitore non potrà esperire né la *condictio indebiti* né l'*actio ex stipulatu*, a meno che non sia stata aggiunta una clausola relativa alla *restitutio in integrum*, prosegue così coll'interpretazione:

Anders, wenn der Procurator keinen Auftrag nachweisen kann. Hier genügt schon die gewöhnliche Formel der cautio de rato, um ihn selbst im Fall einer Restitution haften zu lassen. Freilich, setzt Papinian hinzu, wird der Cavent, wenn der Cautionar einwilligt sich hiebei oft besonders vorsehen, d. h. er wird für diesen Fall seine Haftbarkeit ausschliessen. Erfolgt aber keine solche Uebereinkunft, und hat der Minderjährige nicht seiner Zeit das Verfahren des Quasiprocurotor gebilligt (was ihn ja nich hin-

(14) Nella *Zeitschrift* di Linde nuova serie vol. 9 pag. 286.

dert, später Restitution zu verlangen), so kann der Schuldner allerdings aus dem Versprechen klagen.

Ora, per limitarci ad un solo appunto, decisivo, noi domandiamo francamente: come si fa a dire, pretendendo di interpretare il passo papiniano, che nel caso in cui abbia agito un *falsus procurator* le cose corrono *diversamente*, che cioè in questo caso basta la formula abituale a rendere responsabile il *procurator* per la *restitutio*, una volta che Papiniano così si esprime

idemque eveniret (cioè: restitutie in integrum data neque indebiti conditionem competeret neque stipulationem committeretur) si falsi procuratoris actum minor annis ratum habuerit.

Evidentemente lo Schlayer fa dire a Papiniano proprio il contrario di quanto questi in modo chiarissimo dice.

Già nel combattere la Glossa ed il Cuiacio abbiamo espressa l'opinione nostra che l'*actio* di cui parla l'ultimo periodo della L. 3 pr. sia un'azione del debitore, e precisamente l'*actio ex stipulatu*; non esitiamo a credere che il lettore si unirà in questo a noi. Dato ciò, affermiamo apertamente che, a nostro giudizio, qualora si ritengano genuine tutte le parole di quell'ultimo periodo, non è possibile interpretarlo in modo soddisfacente. Si vede che di questo si è persuaso anche il Mommsen, perchè ritiene che in luogo di *dari* si debba leggere *denegari*. Sostituendo *denegari*, il periodo si può interpretare così, in armonia con quanto precede:

Altrimenti — dice Papiniano seguitando a trattare del secondo caso, di quello cioè in cui abbia agito un *falsus procurator* — se non si pattuì il diritto al risarcimento per la *restitutio in integrum* ed il *dominus* non disapprovi il pagamento fatto, deve esser negata al debitore l'*actio ex stipulatu*

e più liberamente:

non contemplato nella *stipulatio* il caso che il *dominus* ratifichi sì ma poscia ottenga la *restitutio*, l'*actio ex stipulatu* si concede soltanto se il creditore « minus consentiat », cioè non ratifichi l'operato del *procurator*, e non già anche nel caso che ratifichi e poi consegua la *restitutio*.

Il « minus » sta per *minime*, come in altri testi (15). Essendo, a parer nostro, impossibile ricavare dal testo quale lo possediamo un'interpretazione ragionevole, accettiamo la sostituzione proposta dal Mommsen e l'interpretazione che ne deriva, senza nasconderci però un'obiezione, cioè che il concetto che si ottiene col *denegari* avrebbe potuto essere espresso in forma assai più semplice e più chiara. E perciò conserviamo ancora dei dubbi.

Saremmo molto lieti se qualcuno leggendo queste pagine si sentisse spronato alla ricerca e riuscisse a presentare un'interpretazione migliore; e con ciò intendiamo un'interpretazione non ingegnosa soltanto, ma soddisfacente.

(15) Vedi Dirksen *Manuale lat. font. iur. civ. Rom.* ad v.

È curioso che il Pothier (*Les Pand. de Just.* trad. it. 46. 8. 32 n.º 4) ed il Gregory (*Specim. iur. civ. ratihab.* pag. 259) pretendono arrivare alla stessa conclusione, conservando il « dari ». L'impossibilità è evidente.

APPENDICE

A rendere completo il nostro studio sulla *ratihabio* nei limiti che ci siamo imposti, dobbiamo menzionare qui alcuni casi di ratifica, che, avendo voluto esser proprio esatti, non abbiamo potuto comprendere nella trattazione fatta.

Il *paterfamilias* ed il *dominus* erano rispettivamente tenuti coll'*actio quod iussu* pei contratti conclusi *ex iussu* dal figlio o dallo schiavo e coll'*actio de in rem verso* pei medesimi negozi quando fossero loro riusciti vantaggiosi. Se il figlio o lo schiavo aveva agito senza *iussus* ed il *paterfamilias* o *dominus* poscia ratificava, il terzo contraente poteva intentare, a sua scelta, l'*actio quod iussu* o l'*actio de in rem verso*.

Questo sembra a noi che si debba dedurre dal confronto delle due leggi I § 6 D. *quod iussu* 15. 4 e 5 § 2 D. *de in rem verso* 15. 3, delle quali la prima accorda in seguito alla ratifica l'*actio quod iussu*, l'altra l'*actio de in rem verso*.

L. 1 § 6 D. *quod iussu* 15. 4.

Ulp. *lib. vicens. nono ad. ed.*

Si ratum habuerit quis quod servus gesserit vel filius, quod iussu actio in eos (l. eum) datur.

L. 5 § 2 D. *de in rem verso* 15. 3.

Ulp. *lib. vicens. nono ad. ed.*

Quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi; sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit: si vero nihil eorum est, de peculio erit actio.

Gli scrittori in generale si preoccupano del fatto che la L. 1 § 6 concede un'azione, la L. 5 § 2 ne accorda un'altra. L'essere ambedue le leggi tratte dal commentario *ad edictum* di Ulpiano, ed in particolare dal libro 29, esclude, dicono essi giustamente, che vi sia una vera contraddizione o che si possa pensare ad una spiegazione storica.

I vecchi autori cercarono di conciliare le due leggi con questo, che nella L. 5 § 2 si tratti di un *negotium dominicum* e perciò sia accordata l'*actio de in rem verso*, e la L. 1 § 6 si riferisca invece a negozi *de re peculiari* e perciò sia concessa l'*actio quod iussu* (1). Respingiamo questa conciliazione, perchè non accettiamo il suo presupposto, che soltanto in questi ultimi negozi vi fosse luogo all'*actio quod iussu* (2).

(1) Vedi già la Glossa ad L. 5 § 2 v. *actio erit*.

(2) Vedi contro tale restrizione Thibaut nell'*Archiv. f. d. civ. Pra-*

Non ci persuade la proposta di Antonio Fabro (3) di sostituire nella L. 1 § 6 *non a in eos (eum)*.

Nè migliore troviamo certamente quella del Pothier (4) il quale vorrebbe addirittura sovvertire la L. 5 § 2, sendochè, a suo parere, dopo *ratum habuerit* si dovrebbe sottintendere:

dabitur pariter actio quod iussu

e poscia, non sappiamo proprio come, il testo dovrebbe corrispondere a quanto segue:

che se nè comandò, nè ratificò, allora se anche altrimenti la cosa comperata era utile al padrone, etc.

La maggior parte degli scrittori moderni in sostanza pensa così:

Bisogna distinguere il negozio vantaggioso pel *dominus* o *paterfamilias* da quello che non è tale. Nel primo caso, intervenendo la ratifica, il terzo contraente può intentare a sua scelta l'*actio de in rem verso* sorta *ex ipso gestu* o l'*actio quod iussu* derivante dalla *ratihabitio*. Quando il negozio non torna profittevole al *dominus* o *paterfa-*

wis vol. 12 pag. 174 e segg., Schmid *ivi* vol. 29 pagg. 143 e segg., Du Roy *ivi* vol. 40 pag. 56 e segg., Chambon *Beiträge zum Obligationenrecht* Jena 1851 vol. 1 pagina 224 e segg., Mandry *Das gemeine Familiengüterrecht* Tübingen 1871-76 vol. 2 pagg. 552-554, Drechsler *Die actio quod iussu* Würzburg 1877 pag. 68, Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* vol. 2 pag. 862.

(3) *Ration. in Pand.* ad L. 5 § 2 e ad L. 1 § 6 *citt.*

(4) *Les Pandectes de Justinien* trad. it. lib. 15 tit. 1 l. 1 (*)

miliis, la ratifica fa sorgere del pari l' *actio quod iussu*, senza che vi sia poi luogo all' *actio de in rem verso*. Nella L. 5 § 2 si tratta di un negozio vantaggioso ratificato; per ciò che Ulpiano menziona in essa soltanto l' *actio de in rem verso*, non si deve ritenere che voglia escludere l' *actio quod iussu*, giacchè nella detta legge egli mira a trattare soltanto della prima. Di riscontro va notato come Ulpiano nella L. 1 § 6 parli unicamente di *actio quod iussu* perchè si occupa di proposito di tale azione: ma dal suo silenzio in tale punto sull' *actio de in rem verso* non si deve argomentare che voglia escluderla in caso di ratifica quando *ex ipso gestu* è sorta; tanto più non essendo improbabile che nella detta legge egli abbia pensato esclusivamente al caso che il negozio non fosse vantaggioso pel ratificante (5).

Ora, francamente, questa conciliazione ci sembra contraria in modo assoluto alla L. 5 § 2.

Qui è detto:

.... sin vero (servus) non ex voluntate (domini emit) si quidem dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit....

che tradotto suona così:

quando lo schiavo non ha agito col consenso del padrone, vi sarà luogo all' *actio de in rem verso* se

(5) Vedi specialmente Chambon *Beitr. z. Obligationenrecht* vol. 1 pagg. 250, 251 Gregory *Op. cit.* pagg. 250-252.

quest' ultimo ratifica o se altrimenti la cosa comperata è a lui necessaria od utile.

Vediamo in ciò chiaramente distinte ratifica e *versio in rem*. Come si fa a confonderle insieme e dire cogli scrittori che combattiamo, che si tratta di un negozio utile o necessario ratificato? Aggiungasi, che, stando a quella opinione, Ulpiano nel § 2 non avrebbe fatto altro che ripetere quanto già nota nel § 1 riferendo Pomponio, cioè che quando vi ha *versio in rem domini vel patris*, intervenga o no la ratifica, il terzo contraente ha diritto di agire coll' *actio de in rem verso*.

Idem (Pomponius) ait sive ratum habeat servi contractum dominus sive non, de in rem verso esse actionem.

A parer nostro, poichè non vi sono restrizioni nei testi, sempre si potrà in seguito alla *ratihabitio* agire, anzichè coll' *actio quod iussu*, coll' *actio de in rem verso*, cioè anche quando *ex ipso gestu* non sorge quest' ultima azione. Si vede così che la ratifica supplisce non solo il *iussus*, ma anche la *in rem versio*. Quest' ultimo fatto non apparirà punto strano a chi ricordi come anche nel rapporto della *negotiorum gestio* la ratifica tenga luogo dell' *utilitas negotii*.

et quemadmodum quod utiliter gestum est necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est (6).

(6) L. 8 [9] D. *de negot. gest.* 3. 5.

Tale analogia offre un ottimo appoggio alla nostra soluzione (7).

Il *filiusfamilias* ed il *servus* non potevano adire l' eredità loro deferita se non *iussu patris dominive*. In tal caso non vi era luogo ad una valida ratifica, ad un' efficace approvazione posteriore. Se non vi era stato *iussus*, l' atto non aveva valore.

Questo si deduce chiaramente dalla

L. 67 [65] pr. D. *ad SC. Trebell.* 36. 1.

Maecianus *lib. quinto fideicomm.*

Servo invito domino vel ignorante non recte restituetur hereditas. sed si postea ratum habuerit, confirmabitur restitutio, verum ipsi domino adquirentur actiones. nec quia hereditatis acquisitionis similis est haec restitutio, iussum praecedere oportet, sed, ut dictum est, etiam *ratihabitio* subsequi poterit, esempio bonorum possessionis...

e dalla

L. 6 pr. e § 1 D. *de acquir. hered.* 29. 2.

Ulpianus *lib. sexto ad Sabinum.*

pr. Qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum in cuius est potestate, ne aeri alieno pater obligaretur.

(7) Perché abbiamo trattato nella seconda sezione della ratifica paterna del mutuo passivo di denaro contratto dal figlio di famiglia contro il divieto del senatoconsulto Macedoniano, è evidente.

§ 1. Sed in bonorum possessione placuit ratam haberi eam, quam citra voluntatem adgnovit is qui potestati subiectus est (8).

Questi due passi, mentre mostrano impossibile la ratifica nell' *aditio hereditatis*, provano invece il contrario quanto all' *agnitio* della *bonorum possessio*, nella quale il pretore abbandonava la rigidità del *ius civile* (9).

Per esser valida, la *ratihabitio* doveva aver luogo entro i cento giorni.

L. 5 pr. D. *quis ordo in posses. servetur* 38. 15.

Marcellus *lib. nono digestorum.*

Cum filio familias bonorum possessio delata est, dies, quibus certiorare patrem non potest, ut vel iubeat adgnosci bonorum possessionem vel ratam habeat agnitionem bonorum possessionis non cedunt. fingamus statim primo die, quo fuerit delata, adgnovisse eum bonorum possessionem, certiorare patrem, ut comprobet, non posse, non cedent dies centum: incipient autem cedere cum certior fieri potuit. praeteritis autem centum diebus frustra ratum habebit (10).

Da questa legge si vede pure come il termine corresse dal giorno in cui il figlio di famiglia non solo sapeva che

(8) Cfr. L. 25 § 4 D. h. t., L. 10 § 1 D. *de acquir. rer. dom.* 41. 1, Gai 2. 87.

(9) Vedi anche L. 5 § 1 D. *quis ordo in possess. serv.* 38. 15.

(10) Ha subito questo passo un' interpolazione? Parlava esso in ragione della *cretio*? Vedi Gradenwitz nel *Bullettino dell' Istituto di diritto romano* a. 2 pagg. 11, 12.

gli era stata deferita la *bonorum possessio*, ma anche poteva informarne il padre.

Come è noto, nel diritto ultimo il *filiusfamilias* acquistava l'eredità anche *invito patre*, avendo Giustiniano statuito che se il padre consentiva acquistasse l'usufrutto, altrimenti il figlio facesse l'acquisto *pleno iure*. La l. C. *qui admitti ad bon. poss.* 6. 9, di Severo ed Antonino, fu interpolata dai compilatori per adattarla al nuovo diritto. Eccone il testo quale lo troviamo nel Codice Giustiniano:

Bonorum possessio filio familias delata cum ignorante quoque patre possit peti, *emolumentum et patri adlatura*, si ratam petitionem pater habuerit, amittitur transacto tempore.

Originariamente in luogo delle parole in carattere corsivo doveva leggersi *ut in pendentibus sit dum* od una frase analoga (11).

Per la restituzione dell'eredità *ex senatusconsulto Trebelliano* ad un *servus* o *filiusfamilias* occorreva il consenso del *dominus* o *paterfamilias*. Questi poteva consentire efficacemente anche dopo il compimento dell'atto, poteva cioè efficacemente ratificare. Lo provano la L. 67 [65] pr. D. *ad SC. Trebell.* 36. 1 dianzi trascritta e la

(11) Cfr. L. 3 § 7 D. *de bonor. possess.* 37. 1; vedi l'edizione del Mommsen. — E quasi superfluo ricordare che già nel diritto antigiustiniano l'*hereditas castrensis* si acquistava senza il consenso del *paterfamilias* L. 5 D. *de castr. pec.* 49. 17.

L. 31 [30] § 2 D. h. t.

Marcianus *lib. octavo instit.*

Si filio familias vel servo restitatur ignorante patre familias vel domino et postea pater vel dominus ratum habuerit transeunt ex Trebelliano senatus consulto actiones.

INDICE ALFABETICO DELLA MATERIA

Le indicazioni sono fatte per volume, pagina, nota.

Il — separa le indicazioni dei due volumi.

- Accusatio suspecti tutoris 2. 125.
Acta concludentia 1. 90-92. — 2. 26; 27; 53; 54.
Actio de in rem verso 1. 124; 125. — 2. 187-192.
Actio de peculio 1. 124; 125.
Actio ex iureiurando 2. 129; 130.
Actio iniuriarum 2. 142; 143.
Actio iudicati 1. 103. — 2. 130.
Actio quod iussu 2. 187-192.
Actores municipum 2. 138; 139.
Actores universitatis 2. 138; 139.
Adrogatio 1. 114.
Adulterio 2. 13.
Agere pro tutela 2. 132; 133.
Alienazione 2. 22; 23; 36; 39.
Appello 2. 148.
Atti assolutamente nulli 2. 36-52.
Atti invalidi 2. 31; 32.
Atti nulli 2. 35-52.
Atti relativamente nulli 2. 35; 36; 41; 42; 53-56; 114-116.
Atti rescindibili 2. 32-35; 41; 42; 47; 48; 53-56.
Auctoritas tutoris 2. 16; 17.
Azioni reali 2. 123; 126; 127.
Azioni utili 1. 61; 62.

Bonorum possessio 1. 59; 73; 114-116; 118; 119. — 2. 141; 179; 192-194.

Capitis deminutio 2. 134.
Cautio amplius eo nomine neminem petiturum *vedi* Cautio amplius non peti.
Cautio amplius non peti 2. 144-147; 150.
Cautio damni infecti 2. 174; 178.
Cautio de amplius non petendo *vedi* Cautio amplius non peti.
Cautio de rato
Terminologia 2. 61; 62 = Natura 2. 62; 63 = Formula 2. 63; 64

- = Chi la prestava nel processo 2. 64-143 = In qual parte della lite era prestata 2. 144 = Sua forma primitiva 2. 144-147 = Effetti 2. 147-171 = In materia non processuale 2. 172-186.
- Cautio de rato prestata nel processo dai procuratori 2. 66-131; 147-171 = dai tutori e curatori 2. 131-138 = dagli actores municipum, universitatis, magistri universitatis 2. 138; 139 = dagli actores interposti dai tutori, curatori, o da altri amministratori delle cose altrui 2. 139; 140 = dal paterfamilias 2. 140-142 = dal filius-familias 2. 141-143 = nelle stipulationes cautionales praetoriae 2. 173; 174 = nella nuntiatio novi operis 2. 122; 123; 174-178. Vedi ancora 1. 63; 67; 68; 98; 99; 105-111.
- Cautio indicatum solvi 2. 122; 176; 177. 6.
- Cautio ratam rem dominum habiturum *vedi* Cautio de rato.
- Cautio ratam rem haberi *vedi* Cautio de rato.
- Cautio rati *vedi* Cautio de rato.
- Cautio ratihabitionis *vedi* Cautio de rato.
- Clausula doli 2. 154; 155.
- Cognitor 2. 65; 66; 72-75; 130-132; 151.
- Compensazione 2. 125; 126; 143; 150.
- Compravendita 2. 25; 126-128.
- Conditiones 1. 60; 61; 64-68; 73-83; 103; 106, — 2. 180; 181.
- Conferma 1. 11 - *vedi nella voce* Ratifica: Ratifica di atti propri.
- Coniugi 2. 39-48.
- Constitutum 2. 29; 30; 131.
- Consumazione processuale 2. 65-75; 87-98; 115; 118; 119; 131-138.
- Contratti 2. 187-192.
- Curatori 1. 39. — 2. 16; 17; 89; 131-140.
- Diritti reali 1. 62; 63.
- Donazioni 2. 19; 25; 32; 35; 39-48.
- Dote 2. 13; 140-142.
- Eredi 1. 98; 99; 113; 114; 120; 121 — 2. 154; 155.
- Eredità 2. 54; 192-195.
- Errore 2. 53. 1.
- Exceptio doli 1. 103; 105-111.
- Exceptio litis dividuae 2. 163-165.
- Exceptio procuratoria 2. 95-97.
- Exceptio rei iudicatae 2. 151; 152.
- Fedecomesso 1. 59.
- Fideiussione 1. 41; 42; 51-57; 74-83 — 2. 7; 26; 27; 63; 147.

- Filiusfamilias 1. 10; 72; 124; 125 — 2. 4-15; 26; 41; 44; 45; 48; 49; 140-143; 187-195.
- Frutti 1. 88.
- Furiosus 1. 39; 115; 116 — 2. 89; 133; 140; 141.
- Giuramento 1. 39 — 2. 75-77; 89; 91; 92; 129; 130; 166; 167.
- Id quod interest 2. 161; 162.
- Impuberi 2. 16; 17.
- Ingiuria 2. 142; 143; 157; 158.
- Institor 1. 60.
- Intercessio 2. 30; 31.
- Interdicta retinendae possessionis 1. 87; 88.
- Interdictum ne vis fiat aedificantis 2. 122; 175.
- Interdictum recuperandae possessionis 1. 87; 88.
- Ipoteca 1. 69-72 — 2. 18-24; 26; 27.
- Irritus 1. 7. 6.
- Iudicia duplicia 2. 123; 124.
- Iusiurandum in litem 2. 166; 167.
- Iussus 2. 4; 69; 74; 187; 191; 192.
- Legati 2. 43.
- Legis actiones 2. 64; 65.
- Legitimatio per subsequens matrimonium 2. 49. 11.
- Libertina 2. 37; 38.
- Litis contestatio 1. 101 — 2. 75; 80; 95; 144; 151.
- Locazione 2. 20; 21.
- Lutto 2. 13; 14.
- Magistri universitatis 2. 138; 139.
- Mandato 1. 35; 39-57 — 2. 4; 7; 25; 47; 66-75; 77-121; 148; 170; 171; 181; 182.
- Mandatum praesumptum (Persone con) 2. 96; 97; 101; 116; 117; 119-121.
- Matrimonio 2. 9-15: 36; 38; 48; 49; 51; 52.
- Minori 2. 16; 17; 32; 33; 36; 53; 54; 125; 181-186.
- Mutuo 1. 10 — 2. 4-9; 26; 46.
- Negotiorum gestio *vedi nella voce* Ratifica: Ratifica nella negotiorum gestio: di più 2. 47; 56; 66-134; 138; 141.
- Novazione 1. 101-103 — 2. 30.
- Operis novi nuntiatio 2. 122; 123; 174-178.

- Pactum de contraendo 2. 17. 14.
 Pagamento 1. 59. 4; 64-68; 72-83; 105-111; 120-123 — 2. 6; 21; 151; 159; 160; 164; 165; 179-186.
 Paterfamilias 1. 10; 124; 125 — 2. 140-143; 187-195.
 Peculio castrense 2. 142.
 Pegno 2. 18-24; 26; 27.
 Pena convenzionale 1. 98; 99 — 2. 169; 170; 182; 183.
 Possesso 1. 58; 83-88.
 Prescrizione 2. 54-56.
 Proconsole 2. 38.
 Procurator 1. 23-125 — 2. 66-134; 138; 139; 147-186.
 Procurator apud acta constitutus 2. 80-85; 101; 106; 107; 118; 119; 139. 111.
 Procurator per libellum principis oblatum constitutus 2. 85-87.
 Procurator per litteras constitutus 2. 94.
 Procurator praesentis 2. 77-82; 106; 107; 118; 119.
 Prodigio 1. 39 — 2. 89.
 Proprietà 1. 58; 59; 62; 88 — 2. 19.
 Rappresentanza in materia non processuale 1. 57-61.
 Rappresentanza processuale 2. 64-143; 147-171.
 Ratate 1. 7. 3
 Ratiabizione *vedi* Ratifica.

Ratifica

- A. Parte generale* = Terminologia 1. 6-9. = Varie specie di ratifica 1. 10-12 = Letteratura sulla ratifica in materia non processuale 1. 13-22 — 2. 3*.
B. Parte speciale — **I. Della ratifica nella negotiorum gestio** = Effetti della ratifica nel rapporto fra gestore e dominus. 1. Diritti del dominus contro il gestore 1. 24-34 = 2. Diritti del gestore contro il dominus 1. 35-39 = Se la ratifica converta la negotiorum gestio in mandato 1. 39-57; 87. 37 = Effetti della ratifica nel rapporto del dominus coi terzi 1. 57-63 = Effetti della ratifica nel rapporto del gestore coi terzi. Responsabilità del gestore per la mancanza della ratifica 1. 63-68 = Forza retroattiva della ratifica 1. 68-88 = Unilateralità della ratifica 1. 89 = Come atto della volontà deve averne i requisiti 1. 90-92 = Se sia valida una ratifica parziale 1. 92-103 = Tempo della ratifica 1. 104-119 = Ratifica del dominus subbiettivo 1. 120-125. — **II. Della ratifica per parte di un terzo** = Negli atti richiedenti il consenso di un terzo per ragioni subbiettive 2. 4-17 = Negli atti richiedenti il consenso di un terzo per ragioni obbiettive 2. 17-25 = Requisiti

2. 25-27. — **III. Della ratifica di atti propri** = Negli atti rescindibili e negli atti relativamente nulli 2. 32-36 = Negli atti assolutamente nulli 2. 36-52 = Requisiti 2. 52-56 — **IV. Della ratifica nel processo** = Letteratura 2. 57-60 = Terminologia della cautio de rato 2. 61; 62 = Sua natura 2. 62; 63 = Sua formula 2. 63; 64 = Chi prestava nel processo la cautio de rato 2. 64-143 = In qual parte della lite era prestata 2. 144 = Sua forma primitiva 2. 144-147 = Effetti 2. 147-171 = Della cautio de rato in materia non processuale 2. 172-186. — **V. Appendice.** = Ratifica del dominus o paterfamilias dei contratti conclusi dallo schiavo o dal filiusfamilias 2. 187-192 = Ratifica dell'agnitio bonorum possessionis dello schiavo o del filiusfamilias 2. 192-194 = Ratifica della restituzione dell'eredità allo schiavo od al filiusfamilias 2. 194; 195.
 Ratifica di fatti 1. 5; 85 = Ratifica di atti illeciti 1. 5; 46; 47 = Ratifica dell'acquisto del possesso da parte del negotiorum gestor 1. 83-86 = Il paterfamilias ratifica il mutuo passivo di denaro contratto dal filiusfamilias contro il senatoconsulto Macedoniano 2. 4-9; 46 = Il curatore ratifica gli atti compiuti dal minore 2. 16; 17 = L'avente diritto ratifica atti di disposizione circa il suo patrimonio 2. 17-25 = Il maggiorenne ratifica gli atti compiuti nell'età minore 2. 32; 33; 53; 54. = Ratifica dell'atto viziato da violenza 2. 34; 35; 53 = Ratifica delle donazioni fatte ai magistrati imperiali 2. 35; 36 = Ratifica dell'alienazione dei beni dei minori avvenute sine decreto 2. 36 = Ratifica delle donazioni fra coniugi 2. 39-48.
 Ratihabitio *vedi* Ratifica.
 Ratihabitio eadem solemnitates requirit quas actus principalis 1. 91.
 Ratihabitio eo tempore fieri debet quo fieri posset id ipsum quod ratum habetur 1. 72 — 2. 149; 160.
 Ratihabitio mandato comparatur 1. 48; 49; 57; 61; 62. 6.
 Ratihabitio retrorsus trahitur et confirmat ea ab initio quae subsequuta sunt. 1. 69. 2 — 2. 43; 44.
 Ratum esse 1. 8.
 Ratum esto 1. 9. 12.
 Ratum facere 1. 6. 3.
 Ratum habere 1. 6; 8; 9; 11. 2; 12. 3.
 Ratum haberi 1. 8; 39.
 Ratum manere 1. 8.
 Ratum permanere 1. 8.
 Ratus 1. 7; 8.
 Remissione del debito 1. 72.
 Restitutio in integrum 2. 32; 33; 36; 54; 125; 153; 154; 158; 181-186.

Satisfatio 2. 63.
 Satisfatio de rato *vedi* Cautio de rato.
 Schiavo 1. 72; 124; 125 — 2. 187-195.
 Senatoconsulto Macedoniano 1. 10 — 2. 4-9; 46.
 Senatoconsulto Trebelliano 1. 59 — 2. 193-195.
 Senatoconsulto Velleiano 2. 30; 31.
 Servitù 2. 18. 1.
 Sponsali 2. 51; 52.
 Sponsori 2. 63. 8; 147. 2.
 Status 2. 124.
 Stipulatio de rato *vedi* Cautio de rato.
 Stipulatio iter fieri 1. 98; 99.
 Stipulationes communes 2. 62; 63.
 Stipulationes praetoriae 2. 63; 154; 162; 173; 174.
 Tesoro 1. 88.
 Transazione 2. 173.
 Tutori 1. 39; 91. 3 — 2. 16; 17; 89; 92; 93; 125; 131-140.
 Usucapione 2. 55.
 Utile gestum 1. 36 — 2. 95.
 Violenza 2. 34; 35; 53.

INDICE DELLE FONTI

Le indicazioni sono fatte per volume, pagina, nota
Il — separa le indicazioni dei due volumi.

I. Fonti antegiustinianee

Cicero		Fest. fragm. e Cod. Farn.	
ad famil.		17. 13. 12	1. 7
13. 28 ^a . 2	2. 64. 11;	Gaii institutiones	
	145. 3	2. 87	2. 193. 8
Brutus		4. 82	2. 65. 1
4. 17	2. 145	4. 83	2. 66. 3
5. 18	2. 64. 11; 145	4. 84	2. 64. 12; 75;
			145. 4
pro Caecina		4. 97	2. 65
20. 57	2. 66. 5	4. 98	2. 64. 12; 66; 67;
pro Roscio com.			72-74; 122. 89;
12. 35-37	2. 64. 11;		145. 4; 150. 4
	145. 3; 173	4. 99	2. 67. 8; 132
Consultatio vet. Icti		4. 100	2. 65. 2; 67. 8;
3. 1	2. 100-104;		122. 89; 132. 103
	144. 2	4. 101	2. 103. 71
3. 2	2. 101-104; 111;	Les Rom. Burgundionum	
	144. 2	11. 2	2. 100. 68
3. 3	2. 101-104;	Pauli sententiae	
	144. 2	1. 3. 1	2. 80. 39.
3. 4	2. 101-104;	1. 3. 3-6	2. 93
	144. 2	1. 9. 3	2. 33; 55. 3
3. 5	2. 101-104;	2. 19. 2	2. 11; 12
	144. 2	5. 2. 2	1. 58; 84
3. 6	2. 93. 62; 103	5. 6. 15	2. 11; 12
3. 7	2. 93. 62; 103	Symmachus	
3. 8	2. 93. 62; 103	Epist. 10. 39	2. 100. 68
3. 9	2. 93. 62; 103	Theodosianus codex	
3. 10	2. 101-104;	2. 12. 3	2. 98-101;
	144. 2		112; 113; 115;
3. 11	2. 101-104;		119-121; 128. 96
	144. 2	Vaticana fragmenta	
3. 12	2. 103	317	2. 65. 2; 80-85
3. 13	2. 99	326. 3	2. 77-80
		333	2. 77-80; 92

335	2. 139. 109
336. 2	2. 93. 62; 126
340	2. 125. 93

II. Fonti giustiniane

Institutiones

1. 10 de nuptiis	
pr.	2. 9; 10; 48; 49
§ 12	2. 10
1. 21 de auctor. tut.	
§ 2	2. 16; 17
2. 1 de rer. divis.	
§ 9	1. 5. 1
2. 7 de donat.	
§ 3	1. 8. 9
2. 11 de milit. testam.	
§ 4	2. 38
3. 18 [19] de divis. stipul.	
§ 4	2. 61. 1; 62; 144. 1
3. 27 de obl. quasi ex contr.	
§ 1	1. 37. 7
4. 11 de satisd.	
pr. e § 1	2. 67. 8; 122. 89; 132. 103
§ 3	2. 79; 84; 104-107; 117; 139; 144. 2
§ 5	2. 103. 71

Digesta

1. 5 de statu hom.	
11	2. 10-12
1. 8 de divis. rer.	
6 § 4	1. 5. 1
1. 16 de off. procons.	
4 § 6	1. 7. 5 — 2. 38
2. 14 de pactis	
7 § 14	2. 177. 6
12	2. 87
28 § 2	1. 8. 9
1. 15 de transact.	
8 § 25	1. 8. 9

3. 2 de his qui not. inf.	
11 § 4	2. 13; 14
13 pr.	1. 6. 3 — 2. 13; 14
3. 3 de procurat.	
1 pr e § 1	2. 66. 5
1 § 3	2. 66. 4
2 pr. e § 1	2. 65; 66
5	2. 78; 82
6	2. 78; 82
7	2. 78; 82
15 § 1	2. 123; 124
27 pr.	2. 88-90; 98
33 § 3	2. 63. 9; 64. 12; 67. 8; 131
35 pr.	2. 97. 65
35 § 3	2. 177; 178
36	2. 177; 178
39 § 1	2. 61. 1; 64. 12; 67. 8; 128-131
39 § 2	2. 64. 12; 154. 7; 157
39 § 3	2. 140
39 § 4	2. 142; 143
39 § 5	2. 124
39 § 6	2. 125
39 § 7	2. 61. 1; 125
40 § 1	2. 61. 1; 174
40 § 2	2. 123; 152. 5
40 § 3	2. 61. 3; 144
40 § 4	2. 61. 1; 97
43 § 3	2. 178
45 § 2	2. 122; 175
65	2. 94
66	2. 98
75	2. 126-128
3. 4 quod cuiusc. univ. nom.	
6 § 3	2. 61. 1; 138; 139
3. 5 de negot. gest.	
5 § 8 [6 § 6]	1. 12. 3; 40. 1; 124; 125

5 § 11 [6 § 9]	1. 12. 3; 25. 1; 40. 1; 48; 49; 67. 13; 123; 124	10. 2 famil. exercisc.	
5 § 12 [6 § 10]	1. 48; 49; 120-124	44 § 6	1. 94. 2
5 § 13 [6 § 11]	ivi	11. 1 de interrog.	
5 § 14 [6 § 12]	2. 96. 64	14 § 1	1. 8. 9
7 [8] pr.	1. 25. 1 — 2. 61. 1; 97	11. 7 de relig.	
8 [9]	1. 6. 2; 25. 1; 26-34; 35; 41; 45; 46; 50; 51; 125. 6 — 2. 191. 6	14 § 16	1. 6. 3
10 [11]	1. 92	12. 2 de iureiurando	
23 [24]	1. 12. 3; 58; 59; 113; 116; 117	9 § 6	2. 129; 130
3. 6 de calumn.		17 § 2	1. 39 — 2. 89; 135
2	1. 5. 1	17 § 3	2. 76; 89-92
7 pr.	ivi	18	2. 75-77
4. 2. quod met. causa		30 § 4	1. 8. 9
1	1. 9. 10	12. 3 de in litem iurando	
9 § 3	ivi	8	2. 167. 15
21 § 1	ivi	12. 4 de condict. causa data	
4. 4. de minor.		14	1. 25. 1; 64. 3; 66 67. 13;
3 § 1	1. 6. 2 — 2. 33	12. 6 de condict. indeb.	
3 § 2	1. 6. 2 — 2. 53; 54	6 pr. §§ 1 e 2	1. 65; 66
4. 8 de receptis		32. § 1	1. 76. 17
3 pr.	1. 9. 10	38	1. 76. 17
18	1. 8. 9	44	1. 77
5. 1 de iudiciis		47	1. 60; 61. 4; 76. 17
39 pr.	1. 8. 9	59	1. 76. 17
56	2. 88-90; 114-116	13. 1 de condict. furt.	
5. 2 de inoff. testam.		18	1. 60; 61. 4
8 § 10	1. 34. 15	13. 6. commodati	
5. 3 de hered. pet		17 pr.	1. 8. 9
13 § 12	1. 85. 33	13. 7 de pigner. act.	
9. 2 ad leg. Aquil.		20 pr.	1. 63 — 2. 19; 20
27 § 14	2. 64. 11	14. 3 de instit. act.	
		7 pr.	1. 60
		14. 6 de SC. Maced.	
		7 § 15	2. 6; 7
		9 § 3	2. 7
		12	1. 44. 6
			— 2. 9; 79. 38
		16	2. 7-9

15. 3 de in rem verso	38 pr. e § 1	2. 19
5 § 1	64	1. 8. 9
5 § 2	65	1. 8. 9
15. 4 quo l iussu	24. 2 de divort.	
1 § 2	3	1. 8. 9
1 § 6	9	1. 8. 9
16. 1 ad SC. Vell.	24. 3 soluto matrim.	
15	2 § 2	1. 116. 12 — 2. 140; 141
		2. 172. 1
16. 2 de compensat.	22 § 3	2. 61. 1; 140. 112
9 § 1		
21	22 § 4	2. 141; 142
16. 3 depositi	26. 7 de admin. tut.	
1 § 6	12 § 1	1. 8. 9
1 §§ 13 e 30	22	2. 135
17. 1 mandati	23	2. 93; 135-137
8 pr.	26. 8 de auctor. tut.	
20 § 1	4	1. 9. 10
50 pr.	27. 6 quod falso tut. auct.	
60 § 1	1 § 5	1. 91. 3
60 § 4	27. 10 de curat. fur.	
	7 § 2	2. 133
17. 2 pro socio	28. 1 qui testam. fac.	
58 § 2	6 § 1	1. 8. 9
20. 1 de pignor. et hypoth.	28. 2 de lib. et post.	
16 § 1	29 § 15	1. 8. 9
	28. 6 de vulg. subst	
	16 § 1	1. 8. 9
24 pr.	29. 1 de testam. milit.	
20. 2 in quib. caus. pign.	16	1. 8. 9
5 § 2	24	1. 8. 9
	25	2. 38
21. 2 de evict.	29. 2 de adquir. hered.	
66 § 3	6 pr. e § 1	2. 192; 193
23. 2 de ritu nupt.		
2	25 § 4	2. 193. 8
18	48	1. 115; 116
27	86 pr.	1. 6. 3
65 § 1	3 (32) de legat. et fideic.	
	1 §§ 1 e 5	2. 38
	41 § 8	1. 8. 9
23. 3 de iure dotium		
68		
24. 1 de don. inter vir et ux.		

33. 4 de dote praeleg.	40. 7 de statulib.	
7 § 2	3 § 5	2. 38
35. 2 ad leg. Falcid.	41. 1 de adq. rer. dom.	
60 § 1	10 § 1	2. 193. 8
36. 1 ad SC. Trebell.	41. 2 de adq. posses.	
10	42 § 1	1. 58; 84
	41 3 de usurp. et usuc.	
	44 § 1	1. 11. 2
31 [30] § 2	41. 6 pro donato	
	4	2. 44; 45
38 [37] pr.	42. 1 de re iudic.	
42 [41]	64	1. 26. 2
67 [65] pr	42. 7 de curat. bon. dand.	
	2 § 1	1. 8. 9
68 [66] § 1	43. 8 ne quid in loco publ.	
36. 3 ut legat.	2 § 43	1. 5. 1
2	43. 16 de vi et de vi arm.	
37. 1 de bonor. posses.	1 § 14	1. 5. 1; 7. 4; 35. 2; 47
3 § 7		
	3 §§ 10 e 11	1. 35. 2
	43. 24 quod vi aut clam	
16	13 § 6	1. 5. 1
	44. 2 de except. rei iud.	
	11 § 7	2. 88-90; 134; 138
38. 1 de oper. libert.	18	2. 153. 6
13 § 5	25 § 2	2. 98
38. 15 quis ordo in poss. serv.	44. 7 de O. et A.	
5 pr.	53	2. 64. 12
	45. 1 de verb. obl.	
	4 § 1	1. 34. 15; 94-99 — 2. 169-171
5 § 1	71	2. 171. 21
2. 193. 9	137 § 7	2. 171. 21
39. 1 de oper. novi nunt.	46. 1 de fideiuss. et mand.	
1 § 10	66	1. 91. 2
5 pr.	73	2. 166; 167
5 § 18	46. 3 de solut. et liber.	
5 § 19	12 pr.	1. 59. 4 — 2. 88-91
	12 § 4	1. 35. 2; 59. 4; 67. 12
2. 122; 123; 176		
5 § 20		
6		
7 pr.		
13 pr.		
13 § 1		
13 § 2		
19		
39. 2 de damno infecto		
39 § 3		

13	1. 6. 3; 65. 4; 104; 105	9	2. 139. 109
14 pr.	1. 6. 3	10	2. 172
34 § 6	1. 6. 3	11	2. 172
49	2. 21	12 pr.	2. 172
58 pr.	1. 59. 4; 64. 2 e 3; 67. 12; 86; 87; 117	12 § 1	2. 172
58 § 1	1. 114	12 § 2	1. 6. 2; 9. 11; 26. 2 — 2. 64. 12
58 § 2	1. 59. 4; 68. 1	12 § 3	2. 61. 5; 64. 12; 146; 150
62	1. 24; 109; 110	13 pr.	2. 61. 5; 64. 15; 163
71 § 1	1. 6. 3; 74-83 — 2. 160. 10	14	2. 64. 11, 12; 147. 8; 152
71 § 2	1. 6. 3; 68. 1; 72	15	2. 64. 11; 145; 146; 147. 8; 151
71 § 3	1. 68. 1; 110; 111	16 pr.	1. 67. 13; 68. 14 — 2. 180; 181
96	1. 6. 3	16 § 1	2. 64. 12; 156
104	1. 8. 9	17	1. 6. 2; 93-103
46. 5 de stipulat. praet.		18	1. 93-103 — 2. 61. 5; 64. 12; 154. 8; 159; 161; 168-170
1 § 2	2. 63	19	2. 61. 5; 162
2 § 2	2. 64. 15; 162	20	2. 173; 174
46. 7 iudic. solvi		21	2. 61. 5; 85-87
3 § 2	1. 35 2 — 2. 88-91	22 pr.	1. 67. 11, 12, 13; 68. 14 — 2. 172. 1; 179-181; 183. 13
3 § 3	2. 97. 65	22 § 1	1. 59. 4; 67 — 2. 172. 1; 179-181
46. 8 ratam rem hab.		22 § 2	2. 168
1	2. 152	22 § 3	2. 63. 8
2	2. 61. 2; 163	22 § 4	2. 63. 8; 165; 166
3 pr.	2. 64. 14; 153; 158; 181-186	22 § 5	2. 165
3 § 1	2. 148; 166	22 § 6	1. 113 — 2. 168. 16; 172. 1
4	2. 63. 8; 163-165;		
5	1. 6. 2; 91 — 2. 148		
6	2. 61. 5; 125. 93		
7	1. 73. 8; 114		
8 pr.	2. 63. 8; 153		
8 § 1	1. 110; 111 — 2. 181. 10		
8 § 2	2. 64. 12, 15; 149. 3; 158; 159; 162; 171		

22 § 7	2. 64. 12, 13; 154; 155	48	1. 8. 9
22 § 8	2. 151; 152	60	1. 42-57
22 § 9	2. 157	131	1. 85. 33
22 § 10	2. 63. 8; 157; 158	152 § 2	1. 5. 1; 35. 2
23	2. 63. 8; 64. 11; 95. 63; 96. 64; 146; 154; 156	157 § 1	1. 85. 33
24 pr.	1. 73; 91. 3 — 2. 179	165	1. 8. 9
24 § 1	1. 112; 113; 118; 119 — 2. 179	170	1. 8. 9
25 pr.	2. 140. 112; 167; 168	188	1. 8. 9
25 § 1	1. 64. 3; 67. 11; 73-83 — 2. 160; 161. 10; 172. 1; 180. 9; 183. 13		
47. 2 de furtis			
81 [80] § 5	1. 25. 1; 40; 59. 4; 67. 12 e 13		
81 [80] § 7	1. 60; 61		
47. 10 de iniuriis			
5 § 7	2. 142; 143		
48. 5 ad leg. Iul. de adult.			
14 [13] § 6	2. 12; 13		
49. 1 de appellat. et relat.			
24	1. 26. 2		
49. 5 de appellat. recip.			
1	1. 35. 2		
49. 17 de castr. pec.			
5	2. 194. 11		
13 § 5	2. 142		
50. 16 de verb. signif.			
70	2. 64. 12		
50. 17 de reg. iuris			
3	1. 116. 12		

Codex

1. 53 de contract. iud.			
un. § 1	1. 6. 1 — 2. 35; 53. 2		
un. § 2	1. 6. 1		
2. 4 de transact.			
11	1. 8. 9		
31	2. 63. 10, 64. 11		
2. 12 [13] de procurat.			
1	2. 61. 3; 117; 118		
10	2. 91; 92		
12	2. 97. 65		
21	2. 97. 65		
24	2. 108; 112-116		
2. 18 [19] de negot. gest.			
9	1. 24; 25; 40		
19	1. 6. 3; 25; 40; 63. 8		
2. 19 [20] de his quae vi met. causa			
2	1. 47 — 2. 34; 35		
4	1. 47 — 2. 34; 35		
2. 45 [46] si maior. fact. rat. hab.			
1	2. 33		
2	2. 33		
2. 55 [56] de receptis			
5 pr.	2. 55. 3		
2. 56 [57] de satisd.			
un. pr. e § 1	2. 80-85; 94; 106; 107		

2. 58 [59] de iureiur. propt. cal. 2 § 5	2. 61.5; 105; 106; 139	5. 16 de don. int. vir. et ux. 25	1. 6. 2; 12. 3; 69 — 2; 15; 39-48
3. 32 de rei vindic. 3	1. 6. 1; 25; 40; 62; 63	5. 17 de repudiis 5 pr.	1. 8. 9
3. 36 famil. ercisc. 10	1. 6. 3; 25; 40. 1	5. 37 de admin. tut 13	2. 137. 108
3. 40 de consort. eiusd. lit. 2	2. 78. 31; 103	5. 51 arbitr. tutel. 6 pr.	2. 56. 5
4. 5 de condict. indeb. 6	1. 61. 4	5. 74 si maior fact. sine decr.	
8	1. 66	1	1. 6. 1 — 2. 56. 5
9 § 1	1. 62; 91. 2	2	2. 55; 56
4. 21 de fide instrum. 10	1. 8. 9	3	2. 36; 39
4. 26 quod cum eo qui in al. pot. 7 § 3 [1]	1. 35. 1; 62	6. 9 qui admitt. ad bon. poss. 1	2. 194
4. 28 ad SC. Maced. 7 pr.	1. 12. 3; 69. 2 — 2. 5; 6; 15	7. 10 de his. qui a non dom. 7 § 2	2. 55. 3
7 § 1	1. 12. 3 — 2. 5. 1	7. 26 de usucap. pro empt. 4	1. 11. 2
4. 29 ad SC. Vell. 22 § 1	2. 30; 31	7. 56 quib. res iudic. non noc. 1	2. 87; 88
4. 32 de usuris 4	1. 8. 9	8. 15 [16] si al. res pign. 7	1. 6. 1 — 2. 20
4. 44 de rescind. vend. 7	1. 8. 9	8. 37 [38] de contr. stipul. 3 § 1	1. 6. 3; 25. 1; 40. 1
4. 46 si propter publ. pens. 2 § 1	1. 8. 9	8. 38 [39] de inutil. stipul. 2	1. 8. 9
4. 51 de reb. al. non al. 4	1. 6. 3	8. 42 [43] de solut. et liber. 12	1. 59. 4; 67. 12 — 2. 21. 4
5. 2 si rector. prov. un. pr. e § 2	2. 51; 52	Novellae 62, 1. 1	2. 31. 2
5. 4 de nuptiis 6	2. 37. 2	III Fonti postgiustinianee Basilica	
7	2. 10. 9	2. 3. 60	1. 52
5. 14 de pact. conv. tam sup. dote 11 § 1	2. 61		

7. 14. 17	2. 85	Schol. ad 14. 1. 60	
8. 2. 98	2. 113		1. 56. 45
9. 11. 8	2. 114. 92	» » 17. 1. 9	
9. 11. 17	2. 169		1. 38
9. 11. 21	2. 86; 87	» » 22. 5. 9	
9. 11. 22	1. 66; 67 — 2. 155	» » 28. 4. 2	2. 130. 97
10. 2. 25	2. 34. 2		2. 49. 11
14. 1. 50	1. 42	» » 28. 8. 2	
17. 1. 9	1. 38		1. 116. 12; 141. 113
24. 1. 25	1. 67	» » 38. 9. 27	
26. 7. 86	2. 31. 2		2. 137. 108
Schol. ad 8. 2. 39		Paraphr. gr. Instit. ad 3. 18. 4	
» » 8. 2. 71	2. 130. 97	ad 4. 11. 3	2. 144. 1 2. 107
» » 8. 2. 98	2. 127. 95		
	2. 104; 105; 108-112; 116; 117		

PROSPETTO DEL LAVORO

VOL. I.

PARTE GENERALE

§ 1. Oggetto e limiti del lavoro	<i>pag.</i>	5
§ 2. Terminologia	»	6
§ 3. Varie specie di ratifica. Divisioni principali del lavoro	»	10
§ 4. Letteratura della ratifica in materia non processuale	»	13

PARTE SPECIALE

SEZIONE PRIMA

DELLA RATIFICA NELLA NEGOTIORUM GESTIO

§ 5. Effetti della ratifica	<i>pag.</i>	23
§ 6. A. Effetti della ratifica nel rapporto fra gestore e dominus		
I. Diritti del dominus contro il gestore	»	24
§ 7. II. Diritti del gestore contro il dominus	»	35
§ 8. III. Se la ratifica converta la negotiorum gestio in mandato	»	39
§ 9. B. Effetti della ratifica nel rapporto del dominus coi terzi	»	57
§ 10. C. Effetti della ratifica nel rapporto del gestore coi terzi. Responsabilità del gestore per la mancanza della ratifica	»	63
§ 11. D. Forza retroattiva della ratifica	»	68

§ 12. Requisiti di una valida ratifica	<i>pag.</i>	89
§ 13. A. Unilateralità della ratifica	»	<i>ivi</i>
§ 14. B. Come atto della volontà la ratifica deve averne i requisiti.	»	90
§ 15. C. Se sia valida una ratifica parziale	»	91
§ 16. D. Tempo della ratifica	»	104
§ 17. E. Ratifica del dominus subbiettivo	»	120

VOL. II.

SEZIONE SECONDA

DELLA RATIFICA PER PARTE DI UN TERZO

§ 18. Introduzione	<i>pag.</i>	3
§ 19. A. Atti richiedenti il consenso di un terzo per ra- gioni subbiettive	»	4
§ 20. B. Atti richiedenti il consenso di un terzo per ra- gioni obbiettive.	»	17
§ 21. Requisiti	»	25

SEZIONE TERZA

DELLA RATIFICA DI ATTI PROPRI

§ 22. Introduzione	<i>pag.</i>	29
§ 23. A. Atti rescindibili e relativamente nulli	»	32
§ 24. B. Atti assolutamente nulli	»	36
§ 25. Requisiti	»	52

SEZIONE QUARTA

DELLA RATIFICA NEL PROCESSO

§ 26. Letteratura.	<i>pag.</i>	57
§ 27. Introduzione	»	60
§ 28. Terminologia, natura e formula della cautio de rato	»	61
§ 29. Chi prestava la cautio de rato	»	64

§ 30. In qual parte della lite era prestata la cautio de rato. Sua forma primitiva	<i>pag.</i>	144
§ 31. Effetti della cautio de rato	»	147
§ 32. Della cautio de rato in materia non processuale	»	172
APPENDICE	<i>pag.</i>	187

Indice alfabetico della materia	»	197
Indice delle fonti	»	203

ERRATA CORRIGE

Vol. 1 pag. 13	testo	lin. 2	LUKCIUS	LUKCIUS
» » 33	note	» 8	retifica	ratifica
» » 34	»	» 14	<i>untheib. Schuldverhät-</i>	<i>untheilb. Obligationen</i>
		15	<i>nissen</i>	
» » 60	»	» 9	L. 47 pr. D. <i>de cond.</i>	L. 47 D. <i>de cond. in-</i>
			<i>indebiti</i> 12. 6	<i>debiti</i> 12. 6
» » 68	testo	» 15	viene espressamente	è compreso nell'affermazione della
		16	affermato nella	
» » 73	»	» 11	Africanus <i>lib. quinto</i>	Africanus <i>lib. sexto</i>
			<i>quaest.</i>	<i>quaest.</i>
» » 74	»	» 10	L. 71 § 2 D. <i>de solut.</i>	L. 71 § 1 D <i>de solut.</i>
» » 80	»	» 9	46 8 mit der	46. 8, die mit der
» » 83	»	» 8	nulla provano	non possono invocarsi per rispondere al quesito
» » 91	»	» 12	<i>ratihabitio</i> nelle medesime forme	<i>ratihabitio</i> avvenga nelle medesime forme
» » 91	»	» 11	<i>amplius non agit</i>	<i>amplius non agi</i>
» » 99	»	» 3	<i>iter non fieri</i>	<i>iter fieri</i>
» » 105	»	» 24	contro il debitore e	contro il debitore. Se
		25	ottenendo egli per tale via il pagamento del debito già soddisfatto al <i>procurator</i> , ne deriva	fa uso del suo diritto, ne deriva
» » 123	note	» 6	<i>Recht</i>	<i>Rechts</i>
Vol. 2 pag. 8	testo	lin. 11	L. 15	L. 16
» » 54	»	» 9	maggiore	minore
» » 58	»	» 6	pagg. 188-292	284- 292
» » 61	note	» 1	L. 6 D. <i>quod cuiusq. univ.</i>	L. 6 § 3 D. <i>quod cuiusc. univ.</i>
» » 61	»	» 9	2. 57 [58]	2. 58 [59]
» » 64	»	» 5	4	14
» » 94	»	» 10	intelligendus	intelligendum
» » 143	»	» 2	un glossema ad	un glossema od
» » 145	»	» 3	Rodorff	Rudorff



REV15

ÚK PrF MU



3129S04677