

I V S

V

VITTORIO SCIALOJA

STUDI GIURIDICI

VOLUME I

*I. dha 27/4.*

DIRITTO ROMANO

PRIMA PARTE



*I. 4.664.*



ANONIMA ROMANA EDITORIALE — MCMXXXIII

*7691/1*

## OPERE DI VITTORIO SCIALOJA

edite dell'Anonima Romana Editoriale

- STUDI GIURIDICI. — I: *Diritto romano*, prima parte (1933)  
— II: *Diritto romano*, seconda parte (1933)  
— III: *Diritto privato*, prima parte (1932)  
— IV: *Diritto privato*, seconda parte (*in corso di stampa*)  
— V: *Diritto pubblico* (*id.*)  
— VI-VII: SCRITTI E DISCORSI POLITICI, 2 voll. (*in preparazione*)

DISCORSI ALLA SOCIETÀ DELLE NAZIONI (1932)

TEORIA DELLA PROPRIETÀ NEL DIRITTO ROMANO, 2 voll. (1933)

LA PROCEDURA CIVILE ROMANA (*in preparazione*)

DIRITTO EREDITARIO ROMANO (*in preparazione*)

FEDERICO CARLO DI SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, traduz. dall'originale tedesco di V. Scialoja (8 voll., Unione Tipogr. Editrice, Torino, 1886-1898)

I PROBLEMI DELLO STATO ITALIANO DOPO LA GUERRA (1 vol., N. Zanichelli ed., Bologna, 1918)

NEGOZI GIURIDICI (1 vol., Soc. Editrice del Foro Italiano, Roma, 1933).

I V S

V

VITTORIO SCIALOJA

# STUDI GIURIDICI

VOLUME I

DIRITTO ROMANO

PRIMA PARTE

Inv. čis: 4.

Sign: 2

I. dha 27/1.



I. 4.664.



ANONIMA ROMANA EDITORIALE — MCMXXXIII



I V S

Collezione di scritti giuridici

diretta da

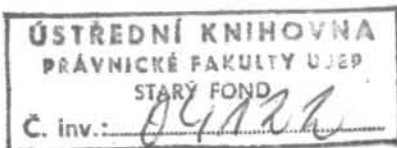
*Pietro de Francisci e Amedeo Giannini*

V

VITTORIO SCIALOJA

STUDI GIURIDICI

Volume I



PUBBLICAZIONE PROMOSSA DAL COMITATO NAZIONALE  
PER LE ONORANZE A VITTORIO SCIALOJA  
CURATA DALL'AUTORE E DALL'AVV. LUIGI TROMPEO

## INDICE DEL PRESENTE VOLUME

	<i>Pag.</i>	
AVVERTENZA . . . . .	»	xi
PREFAZIONE . . . . .	»	xiii
Sopra il <i>precarium</i> nel diritto romano . . . . .	»	1
Sopra alcuni frammenti di dir. rom. recentemente scoperti . . . . .	»	35
Sulla const. 2 Cod. <i>Quae sit longa consuetudo</i> e la sua conciliazione col fr. 32, § 1, Dig. <i>de legibus</i> : Difesa di un'antica opinione . . . . .	»	39
Nota ad un punto controverso della <i>Lex metalli vipascensis</i> . . . . .	»	48
Interpretazione del fr. 1, § 2, Dig. <i>de exceptione rei venditae et traditae</i> . . . . .	»	50
Sunti di scritti giuridici tedeschi:		
I. — Volontà e dichiarazione di volontà, di B. WINDSCHEID . . . . .	»	52
II. — Della natura e della capacità giuridica dei così detti comitati, di R. DI JHERING . . . . .	»	63
III. — Sull'elemento del valore pecuniario e dell'interesse proprio nelle obbligazioni, di R. DI JHERING . . . . .	»	66
IV. — Sulla dottrina dell' <i>animus possidendi</i> , del prof. MANDRY . . . . .	»	75
V. — Sulla facoltà di dare in pegno le <i>servitutes urbanae</i> , del prof. HÖLDER . . . . .	»	76
Appunti sopra alcune questioni della teoria del possesso nel diritto romano . . . . .	»	79
Sulla <i>servitus oneris ferendi</i> . . . . .	»	84
L'acquisto del possesso per mezzo dei terzi secondo il diritto romano e l'attuale, di S. SCHLOSSMANN . . . . .	»	97
Il costituito possessorio, di L. HARBURGER . . . . .	»	104
A proposito del fr. 2 pr. <i>de lege Rhodia</i> . . . . .	»	106
Le azioni popolari romane, di CARLO GIORGIO BRUNS (Traduzione, con prefazione e note) . . . . .	»	108
<i>Cognitur und Procuratur</i> , di F. EISELE . . . . .	»	170

Sui nuovi frammenti di dir. rom. pubblicati da R. Darestè	Pag. 174
Sopra alcuni frammenti del libro IX dei responsi di Papi- niano con note di Ulpiano e Paolo . . . . . »	177
Dello spillatico e <i>Quaestiones vexatae de dotibus</i> , di PIETRO COGLIOLO . . . . . »	178
L' <i>exceptio doli generalis</i> , di FILIPPO MILONE . . . . . »	181
I latini Iuniani, di LUIGI CANTARELLI . . . . . »	182
L' <i>actio ex stipulatu</i> in caso di evizione parziale e la l. 64 D. <i>de evictionibus</i> , 21, 2 . . . . . »	183
L' <i>exceptio rei iudicatae</i> nelle azioni popolari. . . . . »	211
Ancora sul significato di <i>vulgaris exceptio</i> . . . . . »	234
Svolgimento e concetto del possesso giuridico nel diritto ro- mano, di H. DERNBURG . . . . . »	236
Stato e diritto al tempo dei Re di Roma in confronto a di- ritti analoghi, di F. BERNHÖFT . . . . . »	239
Le limitazioni legali della proprietà fondiaria nel diritto ro- mano, di F. FREUND . . . . . »	242
Ancora sui nuovi frammenti di dir. rom. pubbl. dal Darestè	» 243
Il fr. 33, § 1, <i>de serv. praed. rust.</i> , 8, 3 e la regola <i>servitus servitutis esse non potest</i> . . . . . »	248
<i>Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa</i> , di C. FERRINI . . . . . »	259
<i>Das edictum perpetuum</i> , di OTTO LENEL . . . . . »	261
Trattato teorico-pratico della eccezione di cosa giudicata se- condo il diritto romano e il cod. civ. italiano con ac- cenni al diritto intermedio, di PIETRO COGLIOLO . . . . . »	264
<i>Ius graeco-romanum</i> , di C. E. ZACHARIAE . . . . . »	268
Due libri sull'editto perpetuo . . . . . »	269
Responsabilità e volontà nei negozi giuridici . . . . . »	272
Delle alluvioni e dei cambiamenti nel letto dei fiumi se- condo i libri dei <i>Gromatici veteres</i> confrontati col Di- gesto, di BIAGIO BRUGI . . . . . »	283
<i>Osculum interveniens</i> , di GIOVANNI TAMASSIA . . . . . »	286
Di una <i>lex horreorum</i> recentemente scoperta . . . . . »	288
Sulla const. 12 <i>de fideic.</i> , 6, 42, in relazione col fr. 10 <i>ad Sc. Treb.</i> , 36, 1 . . . . . »	292
Della C. 2 <i>Quae sit longa consuetudo</i> 8, 52 (53) . . . . . »	302
Trattato di Pandette, di L. ARNDTS . . . . . »	317
Nuove tavolette cerate pompeiane . . . . . »	319

Di nuovo sulle tavolette cerate pompeiane . . . . . Pag.	326
Il possesso del precarista . . . . . »	341
Libello di Geminio Eutichete . . . . . »	352
La legge 14, § 3, D., <i>de alim. vel cib. leg.</i> , 34, 1 . . . . . »	357
Miscellanea epigrafica . . . . . »	363
Due note critiche alle Pandette, lib. I:	
I. — Fr. 2, § 13, <i>de orig. iur.</i> , 1, 2 . . . . . »	367
II. — Fr. 1 e 20, <i>de off. praesidis</i> , 1, 18 . . . . . »	368
<i>Fragmentum de formula Fabiana</i> . . . . . »	374
Interpolazioni nelle Pandette, di OTTO GRADENWITZ . . . . . »	379
<i>Palingenesia iuris civilis</i> , di O. LENEL . . . . . »	383
Sull'età degli ultimi libri delle <i>Disputationes</i> di C. Trifonino	» 387
Sulla breve raccolta di frammenti giuridici in parte romani in parte barbarici scoperti da Conrat nel Cod. B 32, fol. 158, della Biblioteca Vallicelliana . . . . . »	388
Due interpretazioni in materia di servitù:	
I. — Sulla pretesa servitù di <i>actus sine itinere</i> . . . . . »	389
II. — Sulla estensione della servitù di acquedotto sul- l'alveo asciutto (con una digressione sui frammenti dei libri di Pomponio <i>ad Sabinum</i> ) . . . . . »	391
Le due citazioni delle istituzioni di Paolo trovate dal signor P. Thomas . . . . . »	398
La riproduzione delle Pandette fiorentine . . . . . »	401
L'orazione di Demostene contro Callicle tradotta ed illu- strata in rapporto alla teorica delle servitù prediali in diritto greco . . . . . »	403
Miscellanea epigrafica:	
— Diploma militare . . . . . »	417
— Multe sepolcrali . . . . . »	418
— <i>Jus sepulcri</i> . . . . . »	419
— Cippo terminale del Tevere . . . . . »	420
— Decreto di Gordiano agli abitanti di Scaptoparene . . . . . »	420
— Nuova iscrizione relativa alla <i>lex Hadriana</i> pei co- loni africani . . . . . »	425
— Diploma militare . . . . . »	428
Nota all'articolo del prof. S. Perozzi: <i>Fructus servitutis esse non potest</i> . . . . . »	429
Rudolph von Jhering - Bernhard Windscheid . . . . . »	431
<i>Errata corrigè</i> . . . . . »	441

## AVVERTENZA

*Il Comitato nazionale per le onoranze a VITTORIO SCIALOJA ha ritenuto che il modo più semplice e, insieme, più solenne di onorarlo fosse quello di procurare una raccolta completa e sistematica dei suoi scritti.*

*Essa, oltre a dare una prova assai tangibile dell'operosità dell'insigne Maestro in più di mezzo secolo di attività scientifica e politica, costituisce un dono caro agli studiosi di ogni genere, italiani e stranieri, che da tempo auspicavano questa raccolta, data la difficoltà di procurarsi i suoi scritti, dispersi in numerosissime riviste, atti accademici, atti parlamentari e pubblicazioni di carattere diverso.*

*Parallelamente a questa raccolta alcuni amici e discepoli di VITTORIO SCIALOJA, seguendo l'esempio di Pietro Bonfante (1), attendono a ristampare i principali corsi accademici da lui tenuti nei lunghi anni di insegnamento, alcuni dei quali sono rimasti celebri ed hanno avuto larghe ripercussioni, oltre al campo universitario cui erano destinati, benchè apparsi talora in semplice veste litografica e non sempre accuratamente raccolti, ed hanno segnato una tappa negli studi romanistici.*

*La seconda opera di VITTORIO SCIALOJA apparirà così completa, o quasi, perchè la raccolta comprenderà anche i suoi discorsi parlamentari, come senatore e ministro, mentre quelli pronunziati alla Società delle Nazioni, sono stati testè raccolti e pubblicati per l'iniziativa dell'Istituto italiano di diritto internazionale.*

*Dall'attività di Maestro prendono occasione le onoranze. Anzi da quel momento che, per virtù di legge, segna il termine dell'attività scientifica dei professori universitari: il compimento di settantacinque anni. I quali si sono compiuti nel 1931. Se le onoranze subirono qualche ritardo lo si deve alle difficoltà che si son dovute superare per raccogliere gli Scritti ed allestire la stampa dei primi volumi, stampa che il Maestro ha diretto e curato, coadiuvato dall'avv. Luigi Trompeo, e che il coraggioso editore ha voluto apparissero in veste*

(1) V. VITTORIO SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, lezioni ordinate curate edite da Pietro Bonfante, e V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, terza ristampa con prefazione di Salvatore Riccobono.

assai degna, in questa collana di studi, che ho l'onore di dirigere con l'amico Pietro de Francisci, e che del dono fattole dal Maestro insigne è altamente onorata.

Onoranze nazionali ha voluto il Comitato promotore, e non universitarie. Queste gli furono già rese nel 1905, quando Egli compì venticinque anni di insegnamento, e raccolsero l'omaggio di studiosi di ogni Paese, o in distinti volumi o in quella bella miscellanea di studi, che è diventata introvabile. Oggi l'omaggio non poteva che esser nazionale. Le onoranze vogliono essere l'espressione della riconoscenza degli italiani verso un maestro di vita, a tre generazioni, che al governo, nell'università, nel foro, in Italia, e, per l'Italia, all'estero, dimostrò quotidianamente come « si serve » la Patria, rinnovando ogni giorno la sua passione e se stesso, con una forza di perenne giovinezza spirituale, sempre fresca in questo anelito di continuamente superarsi, di saper comprendere ed esprimere i bisogni della nazione, con una fede, inesauribile come la passione, nel suo immancabile avvenire.

A VITTORIO SCIALOJA, pieno della visione augusta di Roma e dei destini dell'Italia, che alla grandezza della mente e del cuore unisce la semplicità dei grandi ed un senso di umanità dolce ed indulgente, pur attraverso le scintille scoppiettanti di un umorismo scettico ma sereno, va l'espressione riconoscente di quanti italiani, da lontano e da vicino, lo hanno avuto, lo hanno, o lo sentono, maestro di italianità.

Roma, aprile 1933.

AMEDEO GIANNINI  
Segretario generale  
del Comitato nazionale per le onoranze  
a Vittorio Scialoja.

## PREFAZIONE

Quando, per ragioni d'età, io ho dovuto lasciare la cattedra universitaria, parecchi dei miei cari e valorosi discepoli vollero raccogliere in alcuni volumi i miei vari scritti di diritto romano e in genere di diritto privato e pubblico, lasciando da parte la traduzione del *Sistema* del Savigny e il volume su *I problemi dello Stato italiano dopo la guerra*.

Di non pochi di questi lavori, avrei dovuto rifare il testo, poichè alcune diecine d'anni sono passate dal giorno della prima redazione; ma ho preferito lasciare intatta la prima scrittura, anche perchè essendo stata la mia vita scientifica testimone di notevoli modificazioni negli studi giuridici — e questo in qualche parte forse anche per opera mia — non è senza interesse il confronto tra i primi scritti, che ci riportano al tempo lontano degli insegnamenti del Serafini, del De Crescenzo e del Pacifici-Mazzoni, e quelli posteriori, nei quali i metodi di ricerca furono notevolmente trasformati.

Sarei ben lieto, se questi scritti avessero conservato qualche utilità pratica, oltre alla ricerca meramente teorica, perchè ho sempre pensato e tenuto presente che lo studio del diritto non deve limitarsi ad un solo degli aspetti della questione. In ogni modo desidererei che il lettore potesse riconoscere che non è mai mancato nello scrittore l'amore della verità; e, nel momento in cui mi sento vicini, con tanta bontà, tanti amici, mi è gradito riaffermare che l'affetto pei miei discepoli si è sempre nel profondo del cuore ricongiunto a quello verso i miei maestri.

VITTORIO SCIALOJA.

DIRITTO ROMANO



## SOPRA IL *PRECARIUM* NEL DIRITTO ROMANO (\*)

Le questioni possessorie nel diritto romano sono sempre vive. Io non intendo qui discutere i principii; ma solo trattare un punto speciale, secondo i testi, per vedere quale ne sia la miglior risoluzione, indipendentemente da ogni idea preconcepita.

Ulpiano nel fr. 1 princ. *de prec.*, 43, 26 ci dà la definizione del *precarium*: *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur, tamdiu quamdiu is qui concessit patitur* (1). Questo sarà dunque l'oggetto del mio studio.

### I.

#### Origine e progresso del *precarium* nel periodo romano.

Le origini del *precarium* sono ancora oscure, perchè non se ne incontra menzione, se non quando già era giunto ad un certo grado di svolgimento. Il Niebuhr (2) ed il Savigny (3) collegando l'idea del *precarium* con quella del possesso, come di questo avevano posto il principio nelle terre dell'*ager publicus* ritenute dai privati, vollero trovare i primi casi di *precarium* nella divisione che i patrizi facevano di quei fondi tra' loro clienti, secondo ciò che riferisce Festo alla voce *Patres*: « *Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes tenuioribus tribuebant perinde ac liberis propriis* ». Il *precarium* sarebbe stato da principio un rapporto quasi feudale, pel quale non fu ammessa una propria *obligatio*, nè un vero *contratto*, a cagione di quel vincolo quasi familiare che legava patroni e clienti. Quest'ipotesi, perchè semplice, connessa con quella del possesso, appoggiata sul passo di Festo, fu seguita dal maggior numero degli scrittori. Ma in generale contro di essa si possono addurre tutti gli argomenti che valgono a combattere l'origine data dal Niebuhr al possesso; in particolare poi vi si possono fare le seguenti obiezioni:

(\*) Tesi presentata per la laurea in giurisprudenza nella R. Università di Roma e dichiarata meritevole della stampa. (Forzani, Roma 1878). [Qui si riproduce per dare un'idea del modo come in quel tempo era trattato un tema ed erano interpretati i testi. — V. a pagina 79 *Appunti sopra alcune questioni della teoria del possesso nel dir. rom.*, e a pag. 341 *Il possesso del precarista*, e cfr. anche *Della revocabilità del precario specialmente in materia di acque*, a pag. 318 del III volume).

(1) Cfr. fr. 2, § 3, *de prec.*, 43, 26, dove la definizione è più diffusa.

(2) *Römische Geschichte*, parte 2<sup>a</sup>.

(3) *Recht des Besitzes*, § 12 a § 42.

1° Non bisogna far troppo a fidanza colle parole di Festo, che mirano solo a dare una ragione — oggi ritenuta erronea — del nome di *Patres*, col quale si designavano i senatori. A ciò tendono le parole *perinde ac liberis*, alle quali mal si darebbe troppa importanza; e l'espressione *tenuioribus* è così indeterminata, che se il Niebuhr ed il Savigny vi hanno ravvisato i clienti, altri invece, come E. Poggi (1), hanno creduto vi fossero indicati i plebei.

2° Per accettare l'ipotesi niebuhriana si dovrebbe esser certi che i soli immobili fossero dapprima oggetto di *precarium*: ora, sebbene ciò non sia improbabile, pure non basta, per affermarlo con sicurezza, un'illazione fondata sulle espressioni di Ulpiano nel fr. 4 princ. *de prec.*, 43, 26: « *In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit* » (2). Ed il passo d'Isidoro (3) citato, ma non interamente, dal Savigny, è una semplice esemplificazione usata dal vescovo di Siviglia a significare la natura della relazione, con la giunta di una ridicola etimologia; onde ivi la parola *fundi* non è di alcun peso nella questione proposta.

3° L'interdetto *De precario*, come ci è dato da Ulpiano nel fr. 2 princ. *de prec.*, 43, 26, dice: « *Quod precario ab illo habes* » e non « *Quem fundum* » ovvero « *Quas aedes* » senza che si possa affermare che il testo ne sia stato mutato in tempi più recenti.

4° Finalmente è notevole che l'espressione *precarium* non si ritrova mai negli scrittori che trattarono delle assegnazioni dell'*ager publicus* (4).

Se questi argomenti non dimostrano l'impossibilità dell'ipotesi del Niebuhr, provano certo ch'essa non si fonda sopra ragioni positive. Nè maggior valore hanno altre supposizioni, come quella che rilega il principio del *precarium* al bisogno di mitigare la crudeltà della fiducia; quella che in esso vede la primitiva forma di contratto di prestito, al quale fu aggiunto da Pacuvio l'*utendum-datum* di che si parla nel fr. 1, § 1, *Commod.* 13, 6.

Nulla dunque potendo affermare di preciso, ci conviene attenerci a quel pochissimo che ci dà il fr. 1, § 1, *de prec.*, 43, 26: « *Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit* », che ci mostra essersi introdotto il *precarium* per quei bisogni, i quali si fanno sentire in una società, che si viene ordinando giuridicamente in mezzo a mille vicende diverse.

Oltre i veri motivi di liberalità e di buoni uffici, altre circostanze dovevano favorire l'estensione del *precarium*; come ad esempio il bisogno sociale di beneficiare e ad un tempo tener soggette alcune classi di persone, la necessità di evitare danni politici, la convenienza di temperare equamente rapporti giuridici troppo rigorosi. A queste ragioni si debbono riferire alcune appli-

(1) *Cenni storici delle leggi sull'agricoltura*, Firenze, 1845, vol. I, Illustr. III, p. 205.

(2) Altri legge « *consistit* ».

(3) *Originum sive Etymologiarum libri viginti*, lib. V, 25: « *Precarium est dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari, et ex eo fructus capere. Et dictum precarium quia prece aditur: quasi precadium, r pro d littera commutata* ».

(4) Ho iralasciato un'obbiezione addotta da C. BULLING (*Das precarium*, Leipzig, 1846, § 1) cioè che l'ammettere nel patrono la facoltà di chiamare in giudizio un cliente, come farebbe con l'interdetto *de precario*, sarebbe in opposizione con quelle che Dionisio d'Alifarnasso dice della relazione tra patrono e cliente (Ρωμαϊκῆς ἀρχαιολογίας lib. II, § 10): Κοινῇ δὲ ἀμφοτέρους οὐθ' ὅσιον οὔτε θέμις ἦν κατηγορεῖν ἀλλήλων ἐπὶ δίκαις, ἢ καταμαρτυρεῖν κ. τ. λ. Il Bulling tenta dimostrare che le parole κατηγορεῖν ἐπὶ δίκαις si riferiscono ai giudizi civili; ma a questa opinione io non saprei accedere. Δίκη significa bensì di preferenza lite privata, ma qui ha senso di giudizio e l'intera frase vale accusare in giudizio.

cazioni del *precarium*, che credo non inutile studiare. Ove si pensi che l'arbitrio di revocazione doveva generare un rapporto di soggezione personale del *precario rogans* verso il *precario rogatus* — soggezione cui non isfugge a' nostri tempi neppure il libero operaio verso il capitalista — facilmente si converrà meco, che frequente doveva essere il *precarium* fra patrono e cliente, anche se, come ho detto più sopra, non possa ritenersi che in queste relazioni debba trovarsi la sua origine. Il patrono non perdeva molto colla concessione precaria; poichè il cliente doveva, almeno secondo ciò che sembra probabile, pagare le non lievi imposte fondiari, ed era tenuto per la sua condizione a frequenti donativi in omaggio al suo protettore (1).

Per fini politici e sociali lo Stato concedeva talora i beni pubblici in precario. Il Fustel de Coulanges (2) parlando del *precarium* romano in relazione con la *precaria* medioevale e coi feudi, estende il primo anche a quelle occupazioni fatte da' privati di parti dell'*ager publicus*, le quali dallo Stato ogni tanto si revocavano per venderle a favore dell'erario e del fisco, della qual cosa ci danno esempio le numerose leggi agrarie di Spurio Cassio, Licinio, M. Curio Dentato, Ortensio, Tiberio Gracco, C. Gracco, Saturnino, Rullo, L. Bruto, Cesare. ecc. e le assegnazioni fatte ai soldati dagli imperatori. Ciò è troppo; quelle occupazioni, che meglio si direbbero usurpazioni, solo in certe condizioni diventavano veri *precaria*. Studiamo un caso addotto dal Fustel de Coulanges (3). Avendo bisogno di danaro Vespasiano ordinò si vendessero in Italia tutti i *subseciva*, terre rimaste fuori della misura e dell'assegnazione, « *quae a subsecantibus lineis remanent, naturam extremitatum servantia* ». Questi erano stati invasi dai proprietari confinanti. Ma forse il possesso da tale invasione originato era precario? No certamente; non di *precarium*, ma di cosa ben diversa si trattava; poichè, l'invasione essendo avvenuta contro la volontà del proprietario, Stato o municipio, e non per consenso di esso, il possesso non era *precarium*, bensì *pro possessore* senza alcun titolo. Per altro, come ho notato, vi era un momento in cui esso assumeva davvero il carattere di *precarium*; quando cioè l'imperatore « *miseratione commotus* », e temendo le conseguenze politiche di una forte perturbazione economica, sospese, per preghiera delle popolazioni, il suo provvedimento. D'allora in poi, fino alla donazione di Domiziano, si ha il vero *precarium* (4). È facile il supporre che fatti simili siano avvenuti spesse volte

(1) ORAZIO, *Carmina*, II, 18, v. 7... « *Laconicas... trahunt honestae purpuras clientae* ».

(2) *Origines du régime féodal*, nella *Revue des deux mondes*, maggio 1873.

(3) Vedi il fatto nei *Gromatici veteres*, Edit. Lachmann, vol. I, FRONTINO, *De controversiis agrorum* (pag. 53-54): « *De subsecivis maximae controversiae agitantur... Per longum enim tempus attingi possessores vacantia loca, quasi invitante otiosi soli opportunitate, invaserunt, et per longum tempus impune commalleaverunt. Horum subsecivorum multae resp. etiam si sero mensuram repetierunt non minimum aerario publico contulerunt. Pecuniam etiam quarundam coloniarum imp. Vespasianus exegit, quae non haberent subseciva concessa; non enim fieri poterat ut solum illud quod nemini erat adsignatum alterius esse posset quam qui poterat adsignare. Non enim exiguum pecuniae fisco contulit venditis subsecivis. Sed postquam legationum miseratione commotus est quia quassabatur universus Italiae possessor, intermisit, non concessit. Aequae et Titus imp. aliqua subseciva in Italia recollegit. Praestantissimus postea Domitianus ad hoc beneficium procurrit et uno edicto totius Italiae metum liberavit* ».

Confr. *Comm. ad Front.*, pag. 20; IGINO, *De limitibus*, pag. 111; SIGULO FLACCO, *De conditionibus agrorum*, pag. 163; ed *Agrorum quae sit inspectio*, pag. 284.

(4) Simile mutamento di una *possessio pro possessore in precarium* è accennato nel fr. 22 princ. *de prec.*, 43, 26.



in occasione di leggi agrarie (1); per la qual cosa non infrequenti dovevano essere le concessioni precarie dello Stato.

Il bisogno di portare eque modificazioni a relazioni giuridiche troppo dure fu larga fonte di applicazioni del *precarium*. Dai testi del Digesto e dalle opere dei giureconsulti possiamo ricavarne le seguenti:

1° Nell'antica *fiducia*. Ognuno sa come, per dare garanzia reale della sua obbligazione, da principio il debitore mancipava la cosa al creditore, salvo il diritto ad una *remancipatio* quando fosse avvenuto il pagamento. Questo diritto fu detto *fiducia*, e *fiducia* la cosa stessa mancipata. Per tale cessione accadeva che il creditore era fatto interamente padrone della cosa; il che poteva recare grave danno al debitore, specialmente quando la cosa mancipata era fruttifera, e di un valore molto maggiore dell'obbligazione. Allora si ricorreva al *precarium*, per il quale il creditore restava sempre padrone della *fiducia*, ed il debitore poteva fruirne (2).

2° Allorchè alla *fiducia* si sostituì il pegno, forma più perfetta, non essendo venuta meno la convenienza del *precarium*, fu nelle nuove relazioni frequentemente adoperato; ottenendosi così l'inverso dell'antichità. Di questa seconda applicazione abbiamo numerosissimi esempi, che valgono anche, per induzione, a confermare la prima (3).

3° In caso di vendita fatta sotto la *lex commissoria* ovvero *in diem ad dictio*, invece di trasmettere la proprietà si consegnava al compratore la cosa in precario fino al completo pagamento, o fino al giorno che il contratto rimaneva fermo (4).

4° In unione con la conduzione. Se il fittaiuolo chiede in precario la cosa condotta, e la richiesta non abbia per iscopo il possesso giuridico, ma la semplice detenzione, si genera un rapporto ibrido di *precarium* e conduzione. dalle leggi riconosciuto valido. Non saprei con certezza determinarne gli effetti, ma credo probabile che dovesse per il conduttore risultarne una più lieve responsabilità, non avendo per il *precarium* a rispondere che di dolo e di colpa *dolo proxima*. Era naturale che un proprietario concedesse all'inqui-

(1) V. CICERONE nelle tre celebri orazioni, *De lege agraria in Rullum*. Se le leggi agrarie erano respinte o ineseguite i presenti possessori di fatto rimanevano tollerati nel loro possesso.

(2) V. GAIUS, *Instit.*, lib. II, § 60: « *Sed cum fiducia contrahatur... si vero cum creditore, soluta quidem pecunia, omnimodo competit (usureceptio), si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit ut eam rem possidere liceret: quo casu lucrativa usucapio competit* ». Il prof. ALIBRANDI (*Teoria del possesso*, Roma, 1871, P. I, cap. I, § 10, n. 3) vede una mutazione di fiducia in pegno nei fr. 16, *de o. et a.*, 44, 7; ed 8 § 3 *de pign. act.*, 13, 7.

(3) V. fr. 6, § 4, *de prec.*, 43, 26: « *Quæsitum est si quis rem suam pignori mihi dederit et precario rogaverit, an hoc interdictum locum habeat; quaestio in eo est ut precarium consistere rei suae possit. Mihi videtur verius, precarium consistere in pignore, quam possessionis rogetur, non proprietatis. Et est haec sententia utilissima; quotidie enim precario rogantur creditores ab his qui pignori dederunt; et debet consistere precarium* ». Confr. fr. 15, § 2, *Qui satisd. cog.*, 2, 8; 22, § 3, *de pign. act.*, 13, 7; 29 *ibid.*: 35, § 1 *ibid.*; 32, § 5, *de don. in. v. et ux.*, 24, 1; 36 *de acq. vel am. poss.*, 41, 2; 33, § 6, *de us. et usuc.*, 41, 3; 11 *de prec.*, 43, 26; 16 *de o. et a.*, 44, 7; const. 2 *de distr. pign.*, 8, 27. Confr. anche il passo di ISIDORO, *Orig.* citato più sopra.

(4) Vedi fr. 20, *de prec.*, 43, 26: « *Ea quae distracta sunt, ut precario penes emptorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emptorem stetit quominus persolveretur, venditorem posse consequi* ». Confr. fr. 13, § 21, *de act. emt. vend.*, 19, 1; 38 *pr. de damn. inf.*, 39, 2; 11, § 12, *Quod vi aut clam*, 43, 24 e Const. 3 *de pact. int. emt.*, 4, 54:

fino facoltà più ampie di quelle consentite in forza della locazione, ma però a titolo di beneficio perpetuamente revocabile (1). Ove poi il *precarium* avesse avuto per oggetto il possesso, non potendo coesistere con la conduzione, si stimava aver la preferenza « *quod novissime factum est* » (2).

Tali erano i motivi, tali le applicazioni del nostro istituto. Esaminandole bene dobbiamo trarne una curiosa conseguenza, ossia che nella maggior parte dei *precaria*, il precarista era il vero proprietario o colui che regolarmente doveva diventare proprietario della cosa (3).

## II.

### Cenni intorno al *precarium* nel periodo medioevale e moderno.

Non v'era ragione perchè nel medio-evo il *precarium* si spegnesse a un tratto; ma certamente a poco a poco venne scemando d'importanza, e ad esso, come ai classici contratti sugli immobili, si sostituirono le svariatissime forme di contratti reali e personali (4) di che fu tanto ricco quel periodo di lotte confuse tra il passato e l'avvenire. Uno di tali contratti fu la *precaria*.

Dagli studi particolari fatti su questo soggetto credo poterne dare la seguente definizione: La *precaria* era un contratto mediante il quale le chiese e le corporazioni religiose — raramente i privati, e forse solo per imitazione — concedevano a tempo determinato, rinnovabile (5), beni stabili (6) a sa-

(1) Vedi fr. 10, § 1, *de acq. vel am. poss.*, 41, 2: « *idem Pomponius bellissime tentat dicere numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit non ut possideret sed ut in possessione esset?.. Quod si factum est utrumque procedit* ». Confr. fr. 33, § 6, *de us. et usuc.*, 41, 3. Vedremo poi che forse anche il fr. 4, *Loc. cond.*, 19, 2, a ciò si riferisce.

(2) Vedi fr. 10 *princ.*, § 2, *de acq. vel am. poss.*, 41, 2.

(3) Nell'enumerazione dei casi di *precarium* tramandatici dai testi di legge o di giuristi, non ho considerato quello proposto dal BULLING (*Das precarium*), cioè quando colui che riuscì vincitore nell'esperimento dell'interdetto *Uti possidetis*, potendo aver la peggio nel petitorio, cede al suo avversario la cosa in precario. Egli fonda questo caso sui fr. 7 *de prec.*, 43, 26 e 22 *princ. ibid.* Ma queste leggi non dicono altro se non che per concedere una cosa in precario basta averne il possesso giuridico.

(4) Feudi, censi, nuove enfiteusi, libelli, beneficii, commendazioni ecc. La *precaria* è molto somigliante al libello o livello; tanto che alcuni autori (p. e. il PERTILE, *Storia del dir. ital.*, vol. IV, pag. 286) non credono esser tra essi differenza che di nome. Io non saprei accettare quest'opinione. Per chi voglia farvi particolari studi additerò come autori il MURATORI, *Antich. italiane. Diss.* XXXVI; il WAITZ, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, II, 226 e segg., 2<sup>a</sup> ed.; il WALTER, *Kirchenrecht*, 254; il ROTH, *Feudalität*; il LATTES, *Enfiteusi*; l'antico ANSELMINO DA ORTO, *De precariis*; l'HERMANNIUS, *Comment. de re diplomat.*, I e III; il DUCANGE alle voci *Precaria* e *Præstaria*; il *Repertorium juris germanici* voce *Precarey*; ecc., oltre i numerosi documenti, capitolari e formule pubblicati in molte collezioni.

(5) Per solito, il tempo della rinnovazione era di tre in tre anni o di cinque in cinque; altre volte la concessione era a vita, e talora andava fino a tre generazioni. Il termine di cinque in cinque anni fu da alcune leggi franche e dal diritto canonico stabilito come termine legale. Il lib. III, tit. XIV, *de precariis Decret. Greg.* del *Corpus juris canonici*, composto di tre capitoli, è notevole perchè nel cap. III vi si parla del *precarium* romano.

(6) Altri soggiunge anche *danaro* fondandosi sul *Capitulare Carlomanni apud Liptinas* a. 743. Ma il carattere di questo è assai incerto, trovandosi le espressioni *precario*, *censu*, *pecunia commodata*, usate promiscuamente. In esso si tratta di un vero prestito forzato: la parola *precario* fu usata forse perchè ne erano oggetto beni ecclesiastici.

cerdoti o a laici dietro loro preghiera, per lo più in cambio di precedenti donazioni e di annue pensioni.

Questa definizione ci dimostra esser difficile che il nome di *precaria* (che viene da quello della formula di richiesta, la corrispondente essendo detta *praestaria*), derivi dall'antico *precarium* romano, e l'uno istituto dall'altro, come fu da taluno preteso. Certo si è che anche di questa proposizione, come di molte altre sopra il nostro soggetto, se non è provata l'impossibilità, nemmeno è provata l'ammissibilità. Laddove sembra molto ragionevole che la *precaria* sia sorta in seguito alle leggi di Leone e di Antemio (Const. 14, § 5, *de sacrosantis ecclesiis*, I, 2) ed alle Novelle di Giustiniano (Nov. VII, *Ne res eccl. alienentur*, etc. Cap. 4 e Nov. CXX, *de alien. et emph. rer. eccl.* Cap. 2). Cfr. *Lex romana burgundionum*, t. 35, 2. Ciò basti dell'età di mezzo.

Anche ai nostri giorni perdura il *precarium*, sebbene nelle nostre leggi non se ne faccia parola. L'espressione *precario* ha oggi un significato assai differente dall'antico, poichè serve a denotare ogni possesso privo di *animus domini*, potendosi chiamar *precario* p. e. anche il possesso che il creditore ha della cosa tenuta in pegno (1). Ma esiste anche un possesso *precario*, che i romani non avrebbero dubitato di chiamare *precarium*; quando, cioè, si tratti di gratuita concessione revocabile ad arbitrio, tale perciò da non andar confusa col comodato od altro. Esistente di fatto questo rapporto giuridico ha dovuto per la forza delle cose essere riconosciuto, in parecchi giudicati (2), dai nostri tribunali e dalle nostre corti; nè forse sarebbe inutile che la legge se ne occupasse, specialmente per le sue conseguenze in ordine al possesso.

### III.

#### Natura del *precarium*.

Tornando al diritto romano, abbiamo da esaminare molti punti controversi intorno al *precarium*; nella discussione dei quali io seguirò particolarmente i testi della compilazione giustiniana, considerandola come fonte non solo storica, ma legislativa per i suoi tempi; e cercherò di mantenermi, quanto più mi sarà possibile, indipendente da ogni preconcetto sui problemi fondamentali del possesso.

La prima questione, che ci si presenta, consiste nella determinazione della natura del *precarium*; poichè alcuni lo hanno posto tra i *contracti nominati*, altri tra gl'*innominati*; chi lo ha definito un *quasi-contracto*, chi un *pactum praetorium legitimum*, chi finalmente un semplice *actus* ovvero una *species liberalitatis*.

Due frammenti del Digesto sono in aperta contraddizione; poichè nell'uno (3) ci dice Paolo: « *Interdictum de precariis merito introductum est quia*

(1) Il nuovo significato comincia a mostrarsi nelle Const. 33 *de loc. et cond.*, 4, 65; 2, *de praescr. XXX vel XL ann.*, 7, 39; e 10, *Unde vi*, 8, 4.

(2) Vedi cass. Napoli, 8 aprile 1865; cass. Milano, 14 luglio 1865; cass. Torino, 21 marzo 1863 (*Legge*, V, 786, 809 e VIII, 588); corte d'app. Torino, 25 ottobre 1876 (*La giurisprudenza*, Torino, XIV, 1877, pag. 219, dove in una frase incidente è posta chiaramente la massima); cass. Torino, 30 novembre 1875 (*Foro ital.*, 1876, I, 155, con nota del ch. prof. De Crescenzo, ecc. ecc.).

(3) Fr. 14 *de prec.*, 43, 26.

*nullo eo nomine juris civilis actio esset; magis enim ad donationes et beneficii causam quam ad negotii contracti spectat precarii condicio*»; nell'altro invece da Ulpiano si annovera il *precarium* tra i contratti (1). Come spiegare tale discrepanza? La prima osservazione da fare si è che mentre da una parte il *precarium* è considerato in due modi affatto diversi, d'altra parte per esso furono stabiliti due modi d'agire, che sono l'interdetto *de precario* e l'*actio praescriptis verbis*. Questa duplicità facilmente induce a pensare che ai due modi di definire il *precarium* corrispondano parallelamente l'interdetto e l'azione.

Ognuno sa che il procedimento degli interdetti era assai differente da quello delle azioni; poichè coi primi non si aveva già l'azione immediata di una delle parti contro l'altra per far valere in giudizio un diritto già stabilito e sanzionato dalla legge; ma si aveva l'intervento del pretore, il quale con la sua autorità *juris dicendi*, fondandosi sull'equità naturale, emetteva un ordine che doveva essere obbedito dalle parti. Quest'ordine è quello che pone in essere il diritto, ed intorno al quale deve aggirarsi la discussione del giudizio. Da siffatto procedimento si vede che, dove il pretore ha emesso un interdetto, ivi non esisteva rapporto di vero diritto; ma semplicemente un fatto, che per equità doveva risolversi in un determinato modo.

Applicando questo ragionamento al nostro caso, dobbiamo concludere che di fronte alla procedura degli interdetti il *precarium* non poteva considerarsi come un contratto; ma piuttosto come un puro rapporto di fatto. Questo rapporto per altro era di tal natura, che essendo originato dalla volontà liberamente determinatasi di una delle parti, doveva cessare col mutarsi di questa volontà; ciò che l'arbitrio aveva fatto doveva potersi disfare con l'arbitrio. Il concessionario doveva dunque rendere la cosa a qualunque richiesta del concedente. Qual era il mezzo per costringerlo a ciò fare? Un interdetto (2).

A questo modo di considerare il *precarium* rispetto all'interdetto, si riferiscono molte disposizioni dei testi. Così il fr. 4, § 2, *de prec.*, 43, 26: « *Tenetur hoc interdicto non utique ille qui rogavit sed qui precario habet* » ci mostra come l'obbligo alla restituzione si manifestasse allo stato presente delle cose al momento dell'interdetto, e non nascesse puramente dalla *rogatio*. Perciò anche colui che non ha facoltà di obbligarsi, come il pupillo senza l'autorità del tutore, è tenuto alla restituzione verso chi adoperi l'interdetto, se a tal momento abbia effettivamente ciò che aveva chiesto in *precario* (3). Il continuo dovere di restituzione inerente all'*habere precario*, faceva sì che non potessero valere i patti aggiunti alla *rogatio* per determinare un *minimum* di tempo contro la facoltà arbitraria attribuita al *rogatus* di richiedere la cosa (4).

(1) Fr. 23 *de div. r. i.*, 50, 17: « *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam; dolum tantum depositum et precarium, dolum et culpam mandatam, commodatum, venditum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta etc.* ». Non credo si possa interpretare questo testo in modo da far rientrare il *precarium* tra i quasi contratti, perchè i quasi contratti sono distinti dai contratti mediante un *item* (similmente, così pure). Confr. anche fr. 15, *Depos.*, 16, 3.

(2) Vedi fr. 2, § 2, *de prec.*, 43, 26; fr. 15 princ. *ibid.*; e PAOLO, *Sententiae receptae*, lib. V, tit. 6, *de interdictis*, § 10.

(3) Fr. 22, § 1, *de prec.*, 43, 26.

(4) Fr. 12 princ. *de prec.*, 43, 26.



Scopo della *precarii rogatio* era di ottenere la cosa; contenuto dell'atto costitutivo di un *precarium* era la concessione. Non poteva dunque rigorosamente dirsi un contratto secondo la definizione delle obbligazioni dataci nel Digesto (1). Che più? Il precarista che si è espressamente, per mezzo di cauzione, vincolato alla restituzione, non potrà esser convenuto in giudizio con l'interdetto, ma con azione civile (2).

Bene a ragione dunque rispetto a tale interdetto il *precarium* è considerato come *puro atto di beneficio*; e sotto il titolo 26, 43 delle Pandette, che tratta dell'interdetto *de precario*, non troviamo mai il *precarium* definito per contratto.

Tuttavia la natura di un dovere a restituire senza vera obbligazione di diritto, che trova il suo principio nella concessione, ma che non si fonda interamente su questa; dovere che sfugge ad ogni rigorosa definizione e classificazione, e che pure rappresenta così bene l'intima indole del *precarium*, non poteva mantenersi sempre la stessa, quando il diritto romano si venne modificando, ampliando ed accostando all'equità naturale. Tutti sanno che Labeone e la sua scuola innovatrice, per dare una sanzione civile a quei negozi che in istretto diritto non si potevano porre tra i veri contratti, ma dai quali derivavano obbligazioni di buona fede, crearono, e mano mano estesero una *actio incerti*, che prese il nome di *actio praescriptis verbis*. Anche al *precarium*, atto di buona fede nel quale la restituzione della cosa derivava dalla *naturalis aequitas*, si volle applicare l'*actio praescriptis verbis*; e certamente a ciò doveva indurre la grande somiglianza col comodato *negotium civile bonae fidei* (3). Introdotta dai giureconsulti, l'*actio praescriptis verbis*, mentre era *civilis*, perchè non derivava dal pretore, pure non era tale rispetto alle altre azioni che nascevano dal *jus civile* (vulgares). Composta con una *intentio incerta* che non conteneva una speciale forma giuridica, ma si adattava alle circostanze del fatto, essa è detta ora *civilis incerti actio*, ora *incerti conductio*, ora *civilis in factum actio*. La sua qualità di *civilis* in senso largo, ma non *civilis* in senso stretto, ci spiega l'espressione di Ulpiano « *Non est contra eum civilis actio* » (4). Di fronte ad azione siffatta, che si adoperava per i contratti innominati, si comprende come il *precarium* potesse ricevere la qualificazione di contratto, datagli nel frammento 23, *de div. r. i.*, 50, 17, citato.

Resta dunque provato che la doppia definizione del *precarium* corrisponde alla doppia specie di azione per esso concessa nelle Pandette (5).

Essenziale al *precarium* era la gratuità, come ci attestano tutti quei passi del Digesto, che lo dichiarano *genus liberalitatis* e lo paragonano con la donazione o col comodato. Ogni peso che potesse aggravare il precarista dipendeva da circostanze esterne, non dal vincolo del *precarium* in sè stesso considerato, il quale era interamente gratuito.

(1) Fr. 3 princ. *de o. et a.*, 44, 7: « *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* ».

(2) Fr. 15, § 3, *de prec.*, 43, 26.

(3) Arg. PAOLO, *Sententiae receptae*, lib. V, tit. 6, *de interdictis*, § 10 e fr. 2, § 2, *de prec.*, 43, 26.

(4) Fr. 14, § 11, *de furtis*, 43, 2.

(5) Confr. G. E. SCHMIDT, *Das commodatum und precarium*, Leipzig 1841 — CARL BULLING, *op. cit.* — LAUTERBACH, *ad tit. de precario*, etc.

Si è discusso se le *preces* del *rogans* fossero un elemento necessario alla costituzione del *precarium*, altri affermandolo, fatta solo qualche eccezione (1), altri negandolo del tutto (2). Che la richiesta per mezzo di *preces*, di qualunque genere esse si siano, sia necessaria, fuorchè nel caso che si tratti di nuova costituzione fatta in favore di persona, che già altre volte aveva chiesto di possedere in precario, o in favore di eredi di questa o in altro caso in cui precedenti *preces* mettano fuor di dubbio la natura della concessione, apparisce chiaro da molti testi di legge (3). La prolungazione o la rinnovazione s'intende fatta allo stesso titolo della prima concessione; e tale principio non è una specialità del *precarium*. Ma la principale difficoltà ci viene da un passo di Paolo nelle *Sententiae receptae* (lib. V, tit. 6, § 11) ov'è detto: « *Precario possidere videtur non tantum qui per epistolam vel quacumque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet* ».

Cuiacio interpretò queste parole riferendole a quei casi eccezionali, dei quali abbiamo toccato; la quale interpretazione io stimo molto probabile. Ma se gli avversari non l'accettano, converrà far loro notare, che il passo di Paolo, non essendo stato inserito nella compilazione giustiniana, non ebbe valore di legge, qualunque significato gli si possa dare. Esso ebbe certamente valore come opinione di un giureconsulto, gran valore dopo la *legge di citazione* di Teodosio II e Valentiniano III; ma chi non sa quanto diverse siano le opinioni dei giureconsulti? Giustiniano volle *preces* espresse, sebbene non sacramentali, anzi in qualunque modo risultanti. Ciò ben corrisponde ad un rapporto detto in latino *precarium a precando* ed in greco τὸ κατὰ παράκλησιν, ossia ciò che si ottiene per impetrazione, la cui costituzione è chiamata *precarii rogatio*; rapporto fondato sulla concessione di un beneficio, che perciò deve in qualche modo essere manifesto. L'ammettere il *precarium patiente domino* solamente, senza volontà neppure precedentemente espressa, doveva cagionare molti equivoci in pratica tra il *precarium* e la *possessio pro possessore* ed i possessi tutti, dove è difficile la prova del *pati o non pati*. I termini delle *preces* e della concessione non erano sacramentali, come abbiamo già detto; bastava anzi, a parer mio, che dalla concessione risultasse la qualità di precario, senza bisogno che si conservasse documento della richiesta. Nel fr. 32 *de donat.*, 39, 5, Scvola ci dà un esempio di concessione precaria con le parole: « *Hospitio*

(1) CUIACIO, *Ad Pauli sententias rec.*, V, 6, § 11 — STOCKMANN, *Diss. de precario*, Lipsia 1774 — ROFREDUS, *De precario* — G. E. SCHMIDT, *op. cit.*, etc.

(2) BOEHMER, *De precario* — LEYSER, *Med. ad Pand.* — SAVIGNY, *op. cit.* — VOGEL, *De precario* — BULLING, *op. cit.*, ecc.

(3) Fr. 1 princ. *de prec.*, 43, 26: « *Precarium est quod precibus utendum conceditur etc.* — Fr. 2, § 3, *ibid.*: « *Habere precario videtur qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est, ex hac solummodo causa quod preces adhibuit et impetravit etc.* ». — Fr. 4, § 4 *ibid.*: « *Item qui precario ad tempus rogavit, finito tempore etiamsi ad hoc tempore non rogavit, tamen precario possidere videtur; intellegitur enim dominus, quum patitur eum, qui precario rogaverit, possidere, rursus precario concedere* ». — Fr. 8, § 2 *ibid.*: « *Illud tamen videamus quale sit si a me precario rogaveris et ego eam rem alienavero, an precarium duret, re ad alium translata. Et magis est, ut si ille non revocet, posse interdicere, quasi ab illo precario habeas et non quasi a me; et si passus est aliquo tempore a se precario habere recte interdicit quasi a se precario habeas* ». — Fr. 9, *ibid.*: « *Precario possessio constitui potest vel inter praesentes vel inter absentes, veluti per epistolam vel per nuncium* ». — Confr. fr. 10, *ibid.* — V. pure *Interpr. visigot. ad Paul. sent.* V, 6, 7.

*illo, quamdiu volueris, utaris superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epistola notum tibi facio*»; dove la caratteristica del *precarium* sta nelle parole *ex voluntate mea*.

Se alla concessione si fissava un tempo determinato, questo per la natura stessa del *precarium*, che importava continuo arbitrio di revocazione, non valeva se non come *maximum* per il concessionario, non già come *minimum* per il concedente (1); ond'è che, giunto il termine, il *precarium* cessava, ma il concedente poteva revocarlo anche prima. Per altro se venuto il termine il precarista continuava a possedere la cosa *patente domino*, s'intendeva rinnovato il precario (2); se prima del termine il precarista chiedeva ed otteneva una proroga, il *precarium* medesimo si prolungava (3); se la richiesta avveniva dopo scaduto il termine, si faceva luogo ad una nuova concessione (4), quando non vi fossero ostacoli a ciò fare (5). Talora il termine è sottinteso, quando cioè il *precarium* dipenda da un precedente rapporto, come un pegno, una vendita sotto *lex commissoria* o *in diem ad dictio* (6); in tal caso non si fa luogo a proroga o rinnovazione, perchè osta la regola « *Rei suae precarium non esse* » (7).

#### IV.

##### Oggetto del *precarium*.

Oggetto di *precarium* potevano essere così le cose immobili, come le cose mobili, così le cose corporali, come le incorporali (8). Diverse questioni si son fatte. Alcuni credono che il *precarium* da principio non potesse avere per oggetto altro che gl'immobili, e che a poco a poco si sia esteso ai mobili. Nel capo I abbiamo veduto che quest'opinione si fonda tutta sulla frase d'Ulpiano: « *in rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit* », e ne abbiamo fatta la critica. Qui si potrebbe aggiungere che il *constitit* si spiegherebbe anche come perfetto gnomico, usato dai latini e dai greci parlando di fatti

(1) Vedi fr. 12 princ. *de prec.*, 43, 26: « *Quum precario aliquid datur, si convenit ut in Kalendas Julias precario possideat, numquid exceptione adiuvandus est ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est huius conventionis ut rem alienam domino invito possidere liceat* ».

(2) Vedi fr. 4, § 4, *de prec.*, 43, 26, già citato.

(3) Vedi fr. 5 *de prec.*, 43, 26: « *Sed si manente adhuc precario tu in ulterius tempus rogasti prorogatur precarium; nam nec mutatur causa possessionis, et non constituitur eo modo precarium, sed in longius tempus profertur* ».

(4) Vedi fr. 5 *de prec.*, 43, 26: « *Si vero praeterita die rogas, propius est ut soluta jam causa precarii non redintegretur, sed nova constituatur* ».

(5) Vedi fr. 6 princ. *de prec.*, 43, 26.

(6) Vedi fr. 11 *de prec.*, 43, 26: « *Si debitor rem pignoratam precario rogaverit, soluta pecunia, precarium solvitur, quippe id actum est ut usque eo precarium teneret* ».

(7) Fr. 4, § 3, *de prec.*, 43, 26; fr. 45 princ. *de div. r. i.*, 50, 17; fr. 15 *Depos.*, 16, 3.

(8) Vedi fr. 4 princ. *de prec.*, 43, 26; fr. 3, *ibid.*; fr. 15, § 2, *ibid.* Conviene qui osservare che l'oggetto del *precarium* deve sempre stare nei limiti del diritto patrimoniale. Taluni passando questi limiti caddero in istrani eccessi: per esempio lo STOCKMANN, *op. cit.*, il quale fondandosi sopra un passo di GROZIO (I, c. 3, § 11), dove è detto che i vandali in Africa revocavano a volontà il potere dato ai re, vuole estendere il *precarium* anche al potere regio; la quale confusione tra diritto privato e diritto pubblico non occorre sia confutata.

spesso ripetuti, come ce ne danno esempio nobilissimi autori (1); e come perfetto storico potrebbe riferirsi alle prime origini del *precarium* od al tempo dell'introduzione dell'interdetto nell'editto pretorio.

Possono darsi in precario le cose consumabili? Esse non possono darsi in comodato se non *ad pompam vel ostentationem* (2), perchè il loro uso ne è la distruzione; fatte dunque le ragionevoli distinzioni tra *precarium* e comodato, io penso che le si possano dare in precario *ad pompam vel ostentationem*, o quando la brevità del termine, o la circostanza che al *precarium* debba succedere la proprietà del concessionario, facciano sì che la consumabilità non sia un vero ostacolo. La limitazione non poteva esser precisa, perchè il rapporto stesso non era preciso.

Particolari difficoltà si fanno per la concessione in precario di una casa o di un appartamento. Fondandosi sopra alcuni testi, chi dice tale concessione costituire donazione, chi comodato, chi proclama esservi esplicita proibizione per un *precarium* siffatto. Io penso che si possano dare benissimo in precario case od appartamenti; e ne trovo esempi nel Digesto e nel Codice (3). Le difficoltà sono più apparenti che reali. Il trovare che si possano dare abitazioni in comodato (4), non esclude il *precarium*. Nel comodato di abitazione si deve vedere una concessione ristretta all'uso di una data persona, e per quel tempo che dalla comune intenzione delle parti fu consentito: laddove nel *precarium* l'uso è più largo, potendo il concessionario ammettere altri al godimento della casa, cederla ecc., rispondendo solo di dolo e colpa *dolo proxima*; il tempo meno certo, potendo il concedente mutar volontà ad ogni istante e revocare il *precarium* a suo arbitrio. Il testo di Pomponio dove si definisce la concessione gratuita di abitazione come donazione (5), considera un caso dove non si parla di revocabilità; d'altronde poi la parola *videtur* ci dimostra, che la presunzione è che sia donazione, se non v'è titolo in contrario. Più ancora. Pomponio stesso spiega la qualifica di donazione facendo rilevare la liberalità dell'atto di non ricevere pigione; così in ogni *precarium* da una parte si può considerare la concessione della cosa revocabile, dall'altra la donazione dei frutti che il precarista gratuitamente fa suoi (6). Finalmente non dobbiamo fermarci alle parole del fr. 15, § 1,

(1) VIRGILIO, *Georg.*, IV, v. 212; ORAZIO, *Art. poet.*, v. 343; CATULLO, *Carm.*, LXXII, v. 42; OMERO, *Iliade*, IX, v. 320.

(2) Fr. 3, § 6, *Commod.*, 13, 6.

(3) Fr. 32 *de don.*, 39, 5: « *Hospitio illo quamdiu volueris utaris, superioribus diaetis omnibus gratuito etc.* » già citato; e Const. 2 *de prec. et Salv.*, 8, 9: « *Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri, contra eos interdicto proposito, manifeste declaratur* ».

(4) Fr. 1, § 1, *Commod.*, 13, 6; fr. 17 princ. *de praesc. verb. etc.*, 19, 5: « *Si gratuitam tibi habitationem dedero an commodati agere possim? Et Vivianus ait posse; sed est tutius praescriptis verbis agere* ». Alcuni autori hanno voluto estendere troppo queste leggi dicendo che l'abitazione è sempre data *ad certum usum*. La seconda legge la quale preferisce l'*actio praescriptis verbis*, che si adopera anche per il precario, è piuttosto in nostro favore.

(5) Fr. 9, princ. *de donat.*, 39, 5: « *In aedibus alienis habitare gratis, donatio videtur; id enim ipsum capere videtur, qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit* ».

(6) Ciò spiega pure perchè il fr. 32 *de donat.*, 39, 5, sia stato posto nel titolo *de donationibus*.



de prec., 43, 26 (1) dirette soltanto a togliere la presunzione che gli *hospites et qui gratuitam habitationem accipiunt* abitino in precario. È giusto che coloro i quali abitano gratuitamente si presumano abitare per comodato o per donazione e non per precario, che lor darebbe, come già ho notato, troppa libertà di disposizione, e li esporrebbe a troppo arbitrio di revocazione in una cosa così importante come l'abitare; ma con ciò non si esclude il *precarium* che risulti chiaramente dalla concessione e dalle circostanze di questa. L'ospitalità poi ha una figura sua propria (2); è un dovere morale e religioso, perciò non revocabile. Simile più al comodato che al *precarium*, non si può esattamente a nessuno paragonare.

Tolte di mezzo queste difficoltà, vediamo quali diritti sulla cosa erano dati al precarista. Tutti riconoscono due diverse maniere di *precarium*: una per la quale si trasmette il possesso giuridico; l'altra, per la quale non si concede che la detenzione materiale della cosa (3). La distinzione è giusta e risponde ai testi. Chi percorra il Digesto (4) non dubiterà un momento che in molti casi, anzi nel maggior numero dei casi, col *precarium* si trasmetteva al concessionario il possesso della cosa. Talora, nulladimeno, siffatta trasmissione non aveva luogo; ce ne fanno fede parecchie leggi (5). Qual è la regola, quale l'eccezione? Mi sembra manifesto che in generale la *precarii rogatio* ha per oggetto il possesso e solo in determinate circostanze, come

(1) « *Hospites et qui gratuitam habitationem accipiunt non intelleguntur precario habitare* ».

(2) Vedi fr. 1, § 9, de his quid effud. v. deiec., 9, 3: « *Habitare autem dicimus vel in suo, vel in conducto, vel gratuito. Hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat sed tantisper hospitatur* ».

(3) Furono alle due maniere di *precarium* dati dai commentatori nomi diversi. Alcuni distinsero un *precarium simplex*, da uno *non simplex*; al secondo dei quali è unito il possesso, che dal primo è disgiunto. Ma, bene osserva G. E. SCHMIDT (*op. cit.*), questi nomi possono far supporre che la prima specie sia la vera ed originale, laddove il fatto è forse precisamente il contrario. Altri ha distinto un *precarium solius usus* da un *precarium possessionis*; altri un *precarium rei* da un *precarium usus et usus fructus* (distinzione affatto insufficiente); altri finalmente opinano che il *precarium in senso stretto e proprio* comprenda il possesso, il *precarium in senso largo e generale* riguardi la detenzione. Io non voglio fare questioni oziose di nomi.

(4) Vedi fr. 2, § 3, de prec., 43, 26 (*possessionem adeptus est... impetravit ut sibi possidere aut uti liceat*); fr. 4, § 1, *ibid.* (*eum, qui precario habet etiam possidere*); fr. 6, § 3, *ibid.*; fr. 15, § 4, § 5, *ibid.*; fr. 17, *ibid.* (*Qui precario fundum possidet, is interdicto Uti possidetis adversus omnes, praeter eum quem rogavit, uti potest*); fr. 19, princ. *ibid.*; fr. 22 princ., *ibid.*; fr. 13, § 1, de pub. in r. act., 6, 2; fr. 22, § 1, de noxal. act., 9, 4; fr. 7, § 4, Comm. divid., 10, 3; fr. 3, § 5, de acq. v. am. poss., 41, 2; fr. 21, § 3 *ibid.*; fr. 31, § 4, de usurp. et usuc., 41, 3. Si noti inoltre negli interdetti possessori la clausola *nec vi nec clam nec precario ab altero possidere*, che dimostra esservi un possesso precario non ab altero ossia non dall'avversario, il quale dà luogo agli interdetti possessori; e quindi è possesso giuridico.

(5) Vedi fr. 2, § 3, de prec., 43, 26, già citato; fr. 6, § 2, *ibid.* (*Is qui rogavit ut in fundo moretur, non possidet sed possessio apud eum qui concessit remanet, nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident*); fr. 22, § 1, *ibid.* (*quo magis naturaliter possideretur*); fr. 10, § 1, de acq. vel am. poss., 41, 2 (*Numquid qui conduxerit quidem praedium precario autem rogavit non ut possideret sed ut in possessione esset? Est autem longe diversum; aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse... quod si factum est utrumque procedit*); fr. 33, § 6, de usurp. et usuc., 41, 3 (*et precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat*).

quella del concorso della *conductio* col *precarium* (1), e per determinati modi di richiesta (*ut in possessione esset, ut in fundo moretur, ut tenere rem liceat*) si concedeva la pura detenzione della cosa. Questa diversità ci dà ragione dell'espressione usata dal pretore nell'interdetto, dove non dice *Quod precario ab illo possides* sibbene *Quod precario ab illo habes*; il verbo *habere* essendo più generico e comprendendo così il possesso, come la detenzione.

Ed un termine assai comprensivo conveniva si adoperasse, anche perchè potevano darsi in precario *quae in iure consistunt*. Qui nasce una questione molto dibattuta tra i romanisti per sapere se le servitù possano essere oggetto di *precarium*, e quali, e fino a qual punto, e a quali condizioni. Abbiamo veduto come delle cose corporali non si dia in precario la proprietà, ma il possesso o la detenzione; per le servitù dunque dovremo dire che se ne conceda il quasi-possesto (2), poichè alla proprietà è paragonabile il diritto stesso di servitù, al possesso l'uso o quasi-possesto. E ne avremo per corollario che di quelle servitù delle quali l'uso non si può cedere assolutamente, o non si può cedere a titolo gratuito, non si può dare neppure concessione precaria; delle altre sì.

Venendo all'applicazione di questi principii, distinguiamo le servitù già costituite, da quelle che sono da costituirsi mediante il *precarium*. Le prime sono prediali o personali. L'uso delle servitù prediali non potendosi scompagnare dal possesso del fondo dominante, non si potrà dare in precario, se non si conceda insieme lo stesso fondo dominante (3). Delle servitù perso-

(1) Se un precarista conceda ad altri la cosa in precario, se un creditore pignoratario conceda il pegno in precario al debitore, si dovrà dire esser concesso il possesso ovvero la semplice detenzione? In quanto al *precarium* dato dal precarista, bisogna notare che simile riconcessione mal corrisponde alla natura di beneficio personale propria del *precarium*. Peraltro se di fatto accadeva una riconcessione, io penso che questa poteva avere per oggetto anche il possesso: in tal caso il primo precarista, se non restituiva la cosa al concedente ad ogni richiesta, era tenuto dall'interdetto, come colui che *dolo fecit ut desineret habere*. In quanto poi al *precarium* di pegno, i più sono d'accordo che non potesse cadere che sulla semplice detenzione, perchè non può darsi possesso derivato di possesso derivato. Tale ragione generica e fondata sopra l'ipotesi della teoria del possesso derivato, poco mi muove; ed anzi, come si vede, non ne ho tenuto conto nella soluzione della questione precedente. Mi sembra piuttosto da osservare che la natura intrinseca del pegno richiede il possesso nel creditore, e tale possesso si perderebbe da lui colla concessione in precario delle cose mobili, oggetto consueto di pegno (ognuno sa che dei mobili non si dà possesso *animo tantum*): perciò il *precarium* di questo non potrebbe riguardare che la detenzione. Le espressioni del Digesto si accordano con quest'opinione, trovandosi adoperati i verbi *uti, in possessionem remanere* (fr. 35, § 1, de pign. act., 13, 7; fr. 32, § 5, de don. in. et ux., 24, 1); e so altrove è usata la parola *possessio*, la si deve intendere per detenzione, essendo talora comune anche alla conduzione (fr. 22, § 3, de pign. act., 13, 7; fr. 6, § 6, de prec., 43, 26). Tuttavia per esser io d'opinione che il *precario rogatus* conservi la *possessio animo tantum* degli immobili e dei servi, son saprei dire assurdo ogni dubbio che potesse sorgere intorno al *precarium* di queste cose date in pegno.

(2) Vedi fr. 2, § 3, de prec., 43, 26: *Habere precario videtur qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est* etc. Tutte le altre leggi parlano sempre del contenuto di una servitù, non del diritto di servitù, o delle liberazione da servitù; Confr. fr. 3 de prec., 43, 26; 15, § 2, *ibid.*; 32 princ. de servit. praed. urb., 8, 2; 17, Comm. praed., 8, 4; 10 princ. Si serv. vind., 8, 5; 1 princ. § 2, § 11, de itin. actuq. priv., 43, 19; 1 princ. § 29, de aq. quot. et aest., 43, 20 etc.

(3) Così deve intendersi il fr. 8, § 5, de prec., 43, 26.

nali invece l'usufrutto, il cui esercizio è alienabile anche gratuitamente, potrà cedere in precario (1); le *opere servorum*, ugualmente; l'*usus* invece, che è affatto personale all'usuario, non si potrà cedere; l'*habitatio* (2) neppure, perchè non si può trasferirne l'esercizio a titolo gratuito. Le seconde poi, quelle cioè che non esistono, ma sarebbero da costituirsi col *precarium*, neppure si possono, lo ripeto, concedere come *iura*, ma solamente come *quasi possessiones iuris*. Ed anche così non si costituiranno servitù in favore di un fondo, perchè ciò osta alla natura di beneficio personale propria del *precarium*; ma bensì tutte le servitù personali propriamente dette, poichè qui non valgono le cause per le quali l'usuario e l'*habitor* non possono cedere l'*usus* e l'*habitatio*, trattandosi di un proprietario che aliena una parte dell'esercizio dei diritti della sua piena proprietà; ed anche si costituirà in precario l'esercizio di tutto ciò che forma il contenuto di servitù prediali, purchè la concessione si faccia a persone, non a fondi (3). Questa soluzione così semplice ed appoggiata sui testi, toglie di mezzo, mi pare, le molte discussioni degli autori (4).

(1) Fr. 12, § 2, *de usufructu*, 7, 1.

(2) La *servitus habitationis* da non confondersi con l'abitazione in senso di casa, appartamento.

(3) Vedi i sopra citati fr. 3 *de prec.*, 43, 26; 15, § 2, *ibid.*; 32 princ., *de serv. praed. urb.*, 8, 2; 17, *Comm. praed.*, 8, 4; etc. Alle quali potrebbero aggiungersi per illustrazione le seguenti iscrizioni:

ITER . PRIVAT  
ANNI . LARGI  
PRÆCARIO . UTITUR

ANTONIUS  
ASTRALIS

(Atti dell'Accad. archeol. romana, T. 2, pag. 666).

ITER . AQ  
HOC . PRE  
CAR . DAT  
AB . RUFO  
CILONI

(DE VIT, *Lapidi del Poles.*, pag. 63 — MOMMSEN, in *Corp. Inscr. Lat.*, V, 1, n. 2447).

PRECARIO . AQUA . RECIPITUR  
TEGUL . LXXXX

(MOMMSEN, *Inscr. Regni Neapol.*, n. 2052).

ITER  
PRECAR

Q . GAVI . PHARI  
(Veronae, Orelli 4338 — C. I. L. 5, 355, n. 3472).

PRIVATVM . PRECARIO . ADEITVR

(Neapoli, Orelli 4339 — C. I. L. 1, 245, n. 1215).

VIEAM . PRECAREAM

(C. I. L. 1, 270, n. 1464).

(4) Alla questione, se si possano col *precarium* costituire servitù non ancora esistenti, rispondono affermativamente parecchi giuristi, come il TREUTLER (*Disput. ad Dig.*, I, disp. 7), DUARENO (*ad. tit. Dig. de prec.*, cap. 1), STOCKMANN (*op. cit.*, § 5) ecc. Altri come il VOLSCHOW (*De prec.*, § 12) ne eccettuano le servitù *oneris ferendi*, *igni immittendi* ed *altius non tollendi* a cagione della legge: « *ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur, ne urbs ruinis deformetur* »; ma i fr. 3 *de prec.*, 43, 26; 15, § 2, *ibid.*; 32 princ. *de serv. praed. urb.*, 8, 2, parlano appunto di tali fatti; altro è il *tignum iunctum* altro il *tignum immisum*. Altri finalmente rispondono in senso negativo. Fra questi

Poco mi resta da dire sugli altri diritti reali. Il pegno e l'ipoteca, è chiaro, non si potranno concedere perchè il loro esercizio li distrugge. Si distingue bene però il pegno e l'ipoteca dalla cosa data in pegno o ipotecata, poichè questa ben si sa potersi concedere in precario.

L'enfiteusi e la superficie (arg. fr. 1 pr., § 2, *de superf.*, 43, 18) invece potranno (sempre, beninteso, non come dritto, ma come uso) ottimamente essere oggetto di *precarium*, nulla ostando alla loro concessione.

## V.

### Soggetti del *precarium*.

Dall'oggetto passando ai soggetti del *precarium*, vediamo prima chi può concedere una cosa in precario, come deve determinarsi la sua volontà, che avviene s'egli impazzisce, se muore, se cede ad altri i suoi diritti sulla cosa.

Concedente può essere il proprietario, quando abbia facoltà di disporre gratuitamente, e, fino al punto cui si estende il suo diritto, colui che ha un diritto reale (salvo le eccezioni notate per l'oggetto); colui che ha un possesso tale da poterlo mantenere con l'*uti possidetis*; finalmente, nei limiti della sua facoltà di disporre, anche colui che ha la semplice detenzione della cosa, come il conduttore, sia *inquilinus*, sia *colonus*. Nè solo chi ha presentemente la cosa può concederla, ma anche chi non avendone la disposizione di fatto ha diritto ad averla (1). In tutti i casi però è necessario che il *rogatus* abbia libertà di disporre a titolo gratuito.

La sua volontà, come più sopra ho avuto luogo di osservare, deve determinarsi in modo positivo all'atto della concessione; durante il *precarium* basta anche una volontà indifferente; ma dovrà tornare ad essere positiva

il Bachovio e Cuiacio osservano che l'arbitraria revocabilità del *precarium* è in opposizione con la necessità di una *causa perpetua* delle servitù; e Cuiacio dice che le servitù costituite in precario per lo meno non sarebbero *proprie servitù*. Contro il motivo di tale opinione fu portato il fr. 4 princ., *de serv.*, 8, 1.

G. E. Schmidt nega anch'egli la costituzione di servitù col *precarium*. Egli ragiona press'a poco così: perchè si possa concedere di usare di una servitù, si richiede:

- a) che questa esista nella persona del concedente;
- b) che il concessionario la tenga come cosa altrui;
- c) che sia restituita quando giunga il *dies ad quem*;
- d) che dopo la restituzione continui nella persona del concedente.

Ora, se il concedente sia proprietario del fondo serviente, mancano gli elementi a) e d) perchè *res propria nemini servit*; manca il b) perchè non si può figurare come originario avente dritto altro individuo che il concessionario stesso; ed infine manca il c) perchè non è possibile nè eseguire nè fingere una restituzione.

Ognun vede come le condizioni sieno in parte immaginarie, gli argomenti deboli e fallaci.

Il Bulling accetta le conclusioni, non l'argomentazione dello Schmidt. Egli dice che la concessione dell'uso d'una cosa non può mai costituire una limitazione alla proprietà e se ne appella al fr. 17, *Comm. praed.*, 8, 4 « *nec utiliter intendetur ius sibi esse invito te — habere* ». Quest'opinione, sebbene non molto chiara, perchè contiene il solo lato negativo della risposta, dicendo non potersi costituire un *ius*, ma non determinando che cosa si costituisca, pure è conciliabile con la soluzione da me data.

(1) Vedi fr. 18, *de prec.*, 43, 26: « *Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei qui possideat* ». Confr. 22 princ. *ibid.*; 6, § 3, *ibid.*



al momento della riconcessione. La pazzia dunque osta così alla prima concessione, come alla rinnovazione del *precarium*. La morte del *rogatus* produce *a fortiori* gli stessi effetti della pazzia (1); ma questi vengono poi modificati con l'adizione dell'erede (2). L'erede che subentra nella personalità del defunto è investito della volontà di lui; cosicchè si reputa ch'egli stesso abbia fatta la concessione. Egli potrà dunque revocare il *precarium*, lasciarlo continuare se dura, e rinnovarlo espressamente e tacitamente. Nè è per ciò necessario che il precarista conosca l'accaduto della morte del concedente, e dell'adizione dell'erede (3). Ciò avviene dei successori a titolo universale; che sarà di quelli a titolo particolare? Il *precarium* continua, e si suppone che l'acquirente sia concedente, e da lui il precarista sia mantenuto nel suo possesso; onde tutti i diritti del primo *rogatus* passano all'acquirente (4).

Un'ultima osservazione resta da fare sulla persona del *precario rogatus*, cioè che quando concedente sia una persona in potestà d'altri, come p. e. un servo, la concessione si ritiene fatta dal padrone che ratifica (5).

Passando al *precario rogans* è da notare, come principio, che, per essere il *precarium* un *genus liberalitatis*, carattere del *rogans* è quello di un individuo personalmente beneficiato. Questa considerazione ci darà ragione di molte regole.

*Precario rogans* può essere chiunque; ove se ne eccettui il proprietario della cosa, che abbia pieno diritto ad averla, quando però non si serva del *precarium* scientemente come mezzo per ottenere quel possesso che gli

(1) Vedi fr. 6 princ. de *prec.*, 43, 26: « Certe si interim dominus furere coeperit, vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait ut precarium redintegretur; et hoc verum est ».

(2) Non sussiste dunque contraddizione, come taluno vorrebbe, tra il fr. 6 princ. de *prec.*, 43, 26, ed il fr. 8, § 1, *ibid.*

(3) Vedi fr. 8, § 1, de *prec.*, 43, 26: « Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede eius precario habere videtur; et ita et Sabinus et Celsus scribunt, eoque iure utimur. Ergo et a ceteris successoribus habere quis precario videtur. Idem et Labeo probat, et adiicit etiamsi ignoret quis heredem tamen videri eum ab herede precario habere ». Confr. fr. 12, § 1, *ibid.*; 40, § 2, de *hered. pet.*, 5, 3. Con queste leggi che non ammettono dubbio bisogna conciliare l'altra di Pomponio, fr. 4, *Locati conducti*, 19, 2: « Locatio precariæ rogatio ita facta, quoad is qui eam locasset dedissetve vellet, morte eius qui locavit tollitur ». La locuzione qui adoperata fa pensare ad un patto che riguardi la volontà personale del concedente, la quale si spegne con la morte di lui; onde saremmo in un caso particolare. Non voglio tacere di una spiegazione probabile data dal BULLING (*op. cit.*). Egli dice che qui si tratta di uno di quei casi di conduzione e *precarium* insieme uniti di che ci parla il fr. 10 de *acq. v. am. poss.*, 41, 2, ove è citato lo stesso Pomponio: « Idem Pomponius bellissima tentat dicere etc. ». Questo prova il fatto che dopo le parole *morte eius qui locavit* non succede un *deditive*, come si aspetterebbe se i rapporti giuridici fossero due distinti e separati. La particella *ve* mostrerebbe aver Pomponio dubitato di chiamare quel rapporto piuttosto *conductio* o *precarii rogatio*. Qualunque spiegazione poi si voglia dare di questa legge, essa non deve trattenerci dall'accettare la sentenza dei citati fr. 8, § 1, de *prec.*, 43, 26 e 12, § 1, *ibid.* che si trovano sotto la rubrica de *precario*.

(4) Vedi fr. 8, § 2, de *prec.*, 43, 26: « Illud tamen videamus quale sit, si a me precario rogaveris, et ego eam rem alienavero, an precarium duret, re ad alium translata. Et magis est ut si ille non revocet, posse interdiceri quasi ab illo precario habeas, non quasi a me; et si passus est aliquo tempore a se precario habere, recte interdiceret, quasi a se precario habeas ».

(5) Vedi fr. 19, § 1, de *prec.*, 43, 26: « Qui servum meum precario rogat videtur a me precario habere; si hoc ratum habuero; et ideo precario interdicto mihi tenebitur ». Confr. fr. 16 de *o. et a.*, 44, 7.

manca (1). Perciò chiunque posseda *pro possessore, pro emtore, pro herede ecc.*, ovvero sia conduttore ecc. di una cosa, potrà chiederla in precario, e da quel punto potrà cominciare a possederla in precario. Nè è a dire che si muti la causa del possesso, perchè la prima cessa e ne incomincia un'altra (2).

Il *rogans* può essere persona *sui iuris*, o *alieni iuris*, e può da *sui iuris* divenire *alieni iuris*. Nel primo caso nulla vi è da osservare. Nel secondo invece l'acquisto fatto col *precarium* passa al padrone o al padre che ratifichi o abbia dato mandato per la *rogatio*; e questi sarà tenuto dall'interdetto. La qual cosa concorda con la facoltà che si ha di *rogare precario* per mezzo di procuratore (3). Ma se il padre o il padrone ignorino il *precarium*, non si dirà che abbian la cosa in precario, e non si farà luogo che all'azione *de peculio* ovvero *de in rem verso* (4) contro di loro. Se poi il precarista da *sui iuris* divenga *alieni iuris*, colui nella cui potestà egli viene, possederà in precario (5).

Essendo tutta in favor suo la concessione, il *rogans* che diviene pazzo non perde il possesso; anzi può anche acquistarlo per mezzo d'altri (6). Così pure qualunque altra persona che tuttavia non possa obbligarsi, può ricevere in precario, come p. e. il pupillo privo dell'autorità del tutore (7).

Ma che cosa avverrà alla morte del precarista? Succederà o no nel *precarium* l'erede di lui? Su questo punto abbiamo diverse leggi in apparente contraddizione, che sarà bene studiare per trovare una soluzione probabile, in mezzo alle diverse opinioni dei giuristi. Infatti due testi, uno del Digesto e l'altro del Codice (8) sembrano ammettere il passaggio del *precarium* dal *rogans* nel suo erede, e quindi la possibilità che questi sia convenuto con

(1) Per l'eccezione ristretta in questi termini, vedi i fr. 40, § 3, de *acq. v. am. poss.*, 41, 2; 28, *ibid.*; 1, § 11, de *it. act. q. priv.*, 43, 19 (Sicuti me precarium rei meae non tenet...); 4, § 3, de *prec.*, 43, 26; 6, § 4, *ibid.*; 22 princ. *ibid.* « ... et contra si possessorem precario rogaverit qui rem avocare ei posset, teneri eum precario, quoniam aliquid ad eum per hanc precarii rogationem pervenit, id est possessio quae aliena sit »; 45 princ. de *div. r. i.*, 50, 17; fr. 15, *Depos.* 16, 3.

(2) Confr. fr. 10 princ. de *acq. v. am. poss.*, 41, 2; 21 princ. *ibid.*; 6, § 3, de *prec.*, 43, 26; 22 princ. *ibid.*

(3) Vedi fr. 6, § 1, de *prec.*, 43, 26: « Si procurator meus me mandante vel ratum habente precario rogaverit, precario habere proprie dicor ».

(4) Vedi fr. 5, § 1, de *peculio* 15, 1; 4, § 2, de *prec.* 43, 26; 13, *ibid.*: « Si servus tuus tuo mandato precario rogaverit, vel ratum habueris quod ille rogavit tuo nomine, teneberis quasi precario habeas. Sed si te ignorante suo nomine vel servus vel filius rogaverit non videris tu precario habere, sed illi erit actio de peculio, vel de in rem verso ».

(5) Fr. 16 de *prec.* 43, 26: « Si adoptavero eum qui precario rogaverit, ego quoque precario possidebo ». Si sa che il verbo *adoptare* si usa così per l'arrogazione, come per l'adozione propriamente detta: Confr. *Inst.* I, 11 e *Dig.* I, 7 nei titoli interi.

(6) Fr. 31, § 4, de *usurp. et usuc.*, 41, 3: « Si vi aut clam aut precario possessionem nactus quis postea furere coeperit et possessio et causa eadem duret de hoc quod precario furiosus habet, quemadmodum interdictum quoque Uti possidetis furiosi nomine recte experimur eius possessionis nomine quam ante furorem per se, vel post furorem per alium nactus est ».

(7) Vedi fr. 22, § 1, de *prec.*, 43, 26.

(8) Fr. 8, § 8, de *prec.*, 43, 26: « Hoc interdicto heres eius qui precario rogavit tenetur, quemadmodum ipse, ut sive habet sive dolo fecit quominus haberet vel ad se pervenit, teneatur; ex dolo autem defuncti hactenus quatenus ad eum pervenit ». *Const.* 2 de *prec. et Salv. interd.*, 8, 9: « Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri contra eos interdicto proposito, manifeste declaratur ».

l'interdetto in giudizio; laddove altri frammenti (1) escludono tale passaggio. Non credo accettabile l'opinione del Bulling, che Ulpiano, il quale riteneva come contratto il *precariū*, doveva naturalmente essere del parere manifestato nel fr. 8, § 8, *de prec.*, 43, 26; gli altri, che altrimenti pensavano, dovevano venire in conclusione diversa. Ciò spiegherebbe la causa della contraddizione, non la torrebbe di mezzo; senza notare che così non si tien conto della Const. 2 *de prec. et Salv. int.* 8, 9, e della circostanza che Ulpiano nel frammento citato parla dell'interdetto *de precario* non dell'azione *praescriptis verbis*. Io penso invece che la questione s'abbia a risolvere coi criteri dati da principio.

Ecco, a parer mio, come stanno le cose. Tizio chiede un fondo in precario a Sempronio. Sempronio glielo concede. Tizio muore. È naturale che con lui si spenga il beneficio a lui fatto, *quippe ipsi dumtaxat non etiam heredi concessa possessio est*; e perciò la concessione non continua, *non transit* nel suo erede (2). L'erede pertanto entra in possesso dell'eredità; che ne avverrà? Possono darsi diversi casi. Il concedente può avere conoscenza o non averla della morte del precarista; l'erede può conoscere o ignorare essere stato il fondo tenuto in precario dal suo autore. Se ambedue conoscono i fatti come stanno, il concedente potrà richiedere senza por tempo in mezzo il fondo *ex precario* ovvero lasciarlo godere anche all'erede, rinnovando così tacitamente il *precariū*; rinnovazione che noi secondo le norme date nel cap. III, possiamo benissimo ammettere. Perciò dovrà avvenire, ed avviene infatti, che la rinnovazione abbia luogo solamente per il fondo nelle condizioni in che si trova al tempo del principio di essa. Così si spiegano il fr. 8, § 8, 43, 26, e la Const. 2, 8, 9 (3). Ma se il concedente ignori la morte del precarista e l'adizione dell'erede, non potrà aver luogo la tacita rinnovazione del *precariū*, perchè mancherà la volontà a ciò fare; e l'erede che ha preso possesso del fondo, *magis dicendum est clam videri possidere*. La qual cosa, a maggior ragione, avverrà se l'erede ignori che il defunto possedeva quel fondo in precario, mancando in questo caso la volontà di chi dovrebbe esser concessionario. Tale è la ragione della sentenza di Paolo, e del fr. 11, 44, 3 di Papiniano (4). I quali passi manifestamente si riferiscono all'ipotesi proposta, poichè in quello di Papiniano continuamente si parla di *heredem ignorantem* il *precariū* del defunto; ed in quello di Paolo sono notevoli le frasi *si in ea* (possessione) *manserit*, e, *nullae enim preces eius videntur adhibitae*, le quali hanno anche maggior significato per noi che sappiamo che Paolo riconosceva la costituzione di

(1) Fr. 12, § 1, *de prec.*, 43, 26: « *Precarii rogatio et ad heredem eius qui concessit transit, ad heredem autem eius qui precario rogavit non transit, quippe ipsi dumtaxat, non etiam heredi concessa possessio est* ». Fr. 11 *de div. temp. praesc. etc.*, 44, 3: « *Quum heres in ius omne defuncti succedit, ignorantie sua defuncti vitia non excludit, veluti quum sciens alienum ille vel precario possedit; quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat nec interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit quod defunctus non potuit* ». Si aggiunga in modo di commento il passo di PAOLO, *Sent. recept.*, lib. V, tit. 6, § 12: « *Heres eius qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit magis dicendum est clam videri possidere: nullae enim preces eius videntur adhibitae. Et idea persecutio eius rei semper manebit nec interdicto locus est* ».

(2) Fr. 12, § 1, *de prec.*, 43, 26.

(3) Vedi sopra la citazione.

(4) Vedi sopra la citazione.

*precariū* anche per mezzo di tacito permesso, *nullo voluntatis indicio*, e perciò dobbiamo qui figurare un caso, nel quale non sia possibile il *pacti*, il tacito permesso.

Nè si dica che l'erede che ignora il *precariū* del defunto, essendo in buona fede, non può possedere *clam*, secondo una nota massima (1); perchè se egli nell'animo suo è di buona fede, pure è ritenuto legalmente di mala fede, come possessore, perchè lo investe la personalità del defunto, in modo ch'egli *usucapere non poterit quod defunctus non potuit* (2), e, *persecutio eius rei semper manebit* (3).

## VI.

### Diritti e doveri del *rogans* e del *rogatus*.

Abbiamo veduto nel cap. IV, come per mezzo del *precariū* si concedesse al *rogans* alcune volte il possesso, altre volte la semplice detenzione della cosa, altre volte poi l'esercizio di un diritto reale. Nei due ultimi casi i limiti della sua azione sono segnati dalla natura stessa della concessione; nel primo caso invece, molto maggiore essendone la estensione, è necessario determinarne i confini.

Il precarista può disporre della cosa assai largamente, e non risponde nella restituzione, se non di dolo e colpa lata. Egli fa i suoi frutti (4); non si appropria i figli della serva avuta in precario, perchè non sono considerati come frutti, ma li ritiene allo stesso titolo di *precariū* (5). Che sarà degli acquisti fatti da uno schiavo avuto in precario? Non potendo questi esser considerati come un modo di servirsi dello schiavo, non apparterranno al precarista, ma al proprietario (6): è per altro da distinguersi ciò che si stipula o si riceve dal servo in suo nome, da ciò che si stipula o si riceve dal precarista per mezzo del servo; la risposta data vale solo per il primo caso.

Il precarista potrà ancora difendersi da ogni turbativa, per mezzo degli interdetti *retinendae* e *recuperandae possessionis* contro tutti, fuorchè il *precario rogatus*. Questa è necessaria conseguenza del suo possesso, la quale c'è è anche dichiarata da molte leggi (7).

(1) Fr. 6 *de acq. v. am. poss.*, 41, 2: « *nec quemquam clam possidere incipere, qui sciente aut volente eo ad quem ea res pertinet, aut aliquo ratione bonae fidei possessionem nanciscitur* ».

(2) Fr. 11 *de div. temp. praescr.*, 44, 3 citato.

(3) PAOLO, *Sententiae receptae*, lib. V, tit. 6, § 12 citato.

(4) Fr. 13, § 21, *de act. emti et vend.*, 19, 1: « *Possessionem autem traditam accipere debemus, et si precaria sit possessio; hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi* ». Confr. arg. a contrario fr. 8, § 4, *de prec.*, 43, 26.

(5) Vedi fr. 10 *de prec.*, 43, 26.

(6) Fr. 22 *de acq. rer. dom.*, 41, 1: « *Nemo servum vi possidens, aut clam, aut precario, per hunc stipulantem vel rem accipientem potest acquirere* ».

(7) Fr. 17 *de prec.*, 43, 26: « *Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum quem rogavit, uti potest* ». Fr. 14 *de vi et de vi arm.*, 43, 16; 1 princ. § 5, § 9, *Uti possid.*, 43, 17; 11, § 12, *Quod vi aut clam*, 43, 24; 1, § 1, *Utrubi*, 43, 31; const. 1, *Uti possidetis*, 8, 6. E per la *quasi possessio* fr. 1 princ., § 2, *de superf.*, 43, 18; 1 princ. § 2, § 12, *de itin. act. priv.*, 43, 19; 3 princ. § 2, § 11, *ibid.*; 1 princ., § 10, § 20, § 29, *de aq. quot. et aest.*, 43, 20; 1 princ., § 9, *de rivis*, 43, 21; 1 princ., § 6, *de fonte*, 43, 22; dove è da osservare sempre la formula *quod non precario ab illo*, ossia *ab adversario*, cosicchè si potranno adoperare gl'interdetti da chi abbia *precario ab alio*.



Il precarista, finchè non gli sia intimato l'interdetto, non essendo responsabile verso il *rogatus* del furto della cosa, non ha interesse ad agire con l'*actio furti*, la quale perciò gli è negata (1).

Non gli è concessa l'*actio communi dividundo*, perchè la *possessio precaria non pergit ad iudicii vigorem*, non potendo esservi un ordinamento definitivo di possessi naturalmente provvisori e passeggeri (2).

Il precarista non può esercitare neppure la *Publiciana in rem actio*; perchè questa fondata sopra una finzione di usucapione, richiede, come la *rei vindicatio*, nell'attore l'*opinio domini* (3).

E qui si affacciano alla mente due questioni: il possesso precario è veramente un possesso derivato, come vuole il Savigny? Il possesso precario è giusto o ingiusto?

Alla prima di queste domande io non risponderò, perchè dovrei uscire dai limiti imposti a questo studio, indagando i principî della teoria del possesso, e discutendo se ne sia elemento essenziale l'*animus domini*, o se basti un *animus possidendi*, *rem sibi habendi* molto più generale e tale da comprendere l'*animus domini*, come il genere comprende la specie. Qualunque possa essere la mia opinione su questo punto, prescindere sempre da essa, e non userò mai come criterio dei miei ragionamenti nè l'una soluzione, nè l'altra.

Alla seconda questione invece è mio dovere il rispondere.

Il Savigny (4) scrive che alcuni testi chiamano *iusta* la *precaria possessio*, altri *iniusta*; evidentemente perchè essa è l'uno e l'altro, ma in tempi diversi. Comincia ad essere *iniusta* al momento che vi sia un rifiuto a restituire: l'abuso di fiducia ha qui l'effetto medesimo che la violenza usata nella *violenta possessio*. Tale spiegazione ben si conveniva al sistema generale del possesso posto dal Savigny, dando per base anche all'interdetto *de precario* un delitto; ma non concorda coi testi e non è perciò accettabile. Abbiamo veduto che l'interdetto nasce per il fatto del mutamento di volontà del *rogatus*; non sorge al momento del rifiuto del *rogans* a restituire la cosa. Questa origine che dal Savigny si vorrebbe proporre, non è menzionata in alcun luogo, e contrasta con lo spirito di tutto il titolo *de precario* (5) e specialmente di quella legge (6), dove la responsabilità del *rogans* più severa si fa incominciare dall'*interdictum propositum*, certamente perchè si poneva il possessore in una posizione contraria al giusto da quel momento, non prima. Il *rogans* che rifiuta e resista alla restituzione, cessa di possedere *precario*, ed incomincia a possedere *vi*. Il testo nel quale la *possessio* del *rogans* è chiamata *iniusta* è il fr. 3, § 5, *de acq. vel am. poss.*, 41, 2 di Paolo: « *Ex contrario plures*

(1) Fr. 14, § 11, *de furtis*, 47, 2: « *Is qui precario servum rogaverat, surrepto eo potest quaeri an habeat furti actionem. Et quum non est contra eum civilis actio, quia simili donato precarium est, ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit, furti actionem. Plane post interdictum redditum puto eum etiam culpam praestare, et ideo et furti agere posse* ».

(2) Fr. 7, § 4, *Comm. divid.*, 10, 3.

(3) Fr. 7, § 1, *de publ. in rem act.*, 6, 2: « *Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium, namque pignoratitiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium; illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem ut credat se dominum esse* ».

(4) *Op. cit.*, nota al § 42.

(5) *Digesto*, 43, 26.

(6) Fr. 8, § 4, § 6, § 7, *de prec.*, 43, 26.

*eandem rem in solidum possidere non possunt, contra naturam quippe est, ut quum ego aliquid teneam tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste alium iniuste possidere; duos iniuste, vel duos iuste non posse; quem Labeo reprehendit quoniam in summa possessionis non multum interest iuste quis an iniuste possideat; quod est verius non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto, vel in quo ego sedeo tu sedere videaris* ». Questo importantissimo frammento ha ricevuto molte interpretazioni; e poichè ci dovrà servire anche in seguito, sarà bene esaminarlo particolarmente.

Il Savigny dice esservi contenute queste proposizioni: 1° L'opinione di Paolo che Giustiniano fa propria. Il concorso di più possessori, secondo Paolo, è assolutamente inammissibile, perchè ogni possesso si fonda o sulla detenzione reale (*tenere*) o sulla finzione della detenzione (*tenere videri*); ora, non è ammissibile finzione giuridica, se non là dove il fatto supposto non sia impossibile per sè stesso; e come è impossibile che più persone detengano realmente una stessa cosa, nessuna finzione giuridica potrà fare sparire tale impossibilità; 2° Sabino fa un'eccezione a questa regola per il caso di *precarium*. Qui, dice, due persone devono poter possedere la medesima cosa giuridicamente, e ciò senza distinguere se la *possessio precaria* sia *iusta* o *iniusta*; 3° Trebazio aderisce a quest'opinione, ma con la modificazione che la *possessio precaria* debba essere *iniusta* per non escludere l'altrui possesso. Nello stesso tempo generalizza la proposizione applicandola ad ogni caso di concorso di possesso giusto ed ingiusto; la nega in qualunque altro caso; 4° Queste due opinioni sono già confutate dal modo col quale Paolo ha espressa la sua. Ma Labeone, che è perciò d'accordo con Paolo, obietta specialmente a Trebazio che la distinzione tra *possessio iusta* ed *iniusta* non può aver peso, quando si tratti di sapere soltanto, se si abbia possesso o non si abbia.

Il Von der Hagen (1) invece dà di quel testo quest'interpretazione: L'opinione di Trebazio era opposta a quella di Sabino. Trebazio ammetteva un possesso simultaneo fin da principio in tutti i casi in cui una *iusta possessio* si trovasse in opposizione con una *iniusta* ossia violenta, clandestina, o *iniusta precaria* (dopo il rifiuto). Sabino invece ammetteva bensì con Trebazio il doppio possesso, ma solo nel caso del *precarium*, e quando la *possessio precaria* sia *iusta*; opinione sostenuta anche dal suo commentatore Pomponio (2). Ora gli argomenti di Labeone e di Paolo non essendo diretti che contro Trebazio, ne risulta che l'eccezione posta da Sabino ha pieno vigore.

G. E. Schmidt spiega quella legge così: Paolo, dopo aver riferito il concetto di Sabino sul doppio possesso del *precario rogans* e del *rogatus*, aggiunge: *idem Trebatius probabat*; e l'*idem* riferendosi non a somiglianza, ma ad identità, vale quanto la ripetizione delle parole di Sabino, le quali sono perciò approvate da Trebazio. Non v'è dunque opposizione tra Sabino

(1) *Ueber den nach l. 15, § 4 de precario stattfindenden Besitz des precario rogans und des rogatus*, Hamm, 1840. Non ho potuto avere quest'opuscolo, molto lodato dal Rudorff nell'appendice alla settima edizione del Savigny. Le opinioni in esso espresse sono peraltro in gran parte riferite dal Rudorff nell'opera stessa, e da G. E. SCHMIDT, *op. cit.*

(2) Fr. 15, § 4, *de prec.*, 43, 26.

e Trebazio. Ora se Paolo seguita *existimans posse etc.*, questa proposizione non contiene una affermazione per sè stante, ma il fondamento dell'eccezione posta dai due giuristi; e le parole *duos iniuste vel duos iuste non posse* non esprimono che una conseguenza *a contrario*. Sicchè ne segue che anche Sabino ammise la concorrenza solo nel caso che la *possessio* del *rogans* fosse *iniusta*; e le parole di Labeone son rivolte non solo contro Trebazio, ma anche contro Sabino, e perciò contro il suo discepolo Pomponio.

Io non credo di seguire alcuna di queste interpretazioni fondate sopra teorie preconette intorno alla questione del doppio possesso ed alla definizione della *possessio precaria iniusta*. Convienne attenersi all'interpretazione grammaticale e storica. « *Sabinus tamen scribit eum qui precario acceperit* »; Sabino dunque portava tale eccezione alla regola *duorum in solidum possessio esse non potest*. Trebazio *idem probabat, idem* evidentemente l'eccezione di Sabino; *existimans posse alium iuste alium iniuste possidere*, ossia quando stimava poter altri giustamente, altri ingiustamente possedere. Trebazio, anteriore a Sabino (1), non aveva posta l'eccezione nei termini particolari di Sabino, poichè questi da Paolo è citato come autore dell'eccezione; ma nella sua massima più generale comprendeva l'approvazione (*probat existimans*) del concetto di Sabino, che non era altro che un caso speciale. Pertanto gli argomenti di Labeone e di Paolo rivolti contro Trebazio — e Labeone non li poteva rivolgere contro Sabino — implicitamente colpivano l'eccezione di Sabino.

Più tardi torneremo su questo frammento; per ora notiamo solo che in esso non si fa il caso di una *possessio precaria* giusta in un dato tempo, in un altro ingiusta, come vogliono il Savigny e il Von der Hagen; tale possesso è detto sempre ingiusto. Ma perchè qui è detto ingiusto, quando gli altri testi lo chiamano giusto? Chi osservi che in tutti questi ultimi la *precaria possessio* è considerata rispetto ai terzi, laddove nel testo che esaminiamo è considerata rispetto al *rogatus*, verrà facilmente nella conclusione, che la *precaria possessio* sia nel medesimo tempo *iusta* e *iniusta* secondo la persona alla quale si oppone (2). Giusto infatti è il possesso che essendo *ex iure* gode la difesa legale, ingiusto quello che non può essere dal diritto tutelato; ed il precarista è appunto in tale stato da avere azione contro i terzi e non contro il *rogatus* (3).

Siffatto è dunque il possesso del *precario rogans*. Ma s'egli possiede, continuerà a possedere anche il *precario rogatus*? Stante la regola *duorum in solidum possessio esse non potest*, parrebbe a primo aspetto che il *rogatus* dovesse cessare da ogni possesso, finchè mediante l'interdetto *de precario* non

(1) Trebazio fu di una generazione anteriore a Labeone, e Labeone a Sabino; poichè Trebazio era già uomo di gran fama sotto Augusto (vedi ORAZIO, *Sat.*, 1, lib. II); Labeone visse intorno al 760 a. u. c.; e Sabino fu discepolo di Capitone, l'emulo di Labeone.

(2) Cfr. pure fr. 22, § 1, *de nox.*, 9, 4. Il Bulling trae una buona conseguenza da una cattiva premessa. Egli dice: Qual'è la *iusta possessio*? Quella che il pretore tutela, secondo il fr. 11, *de acq. v. am. poss.*, 41, 2: « *Iuste possidet qui auctore praetore possidet* ». In questa legge Paolo, secondo me, non dice altro se non che la persona immessa nel possesso dal pretore possiede giustamente. La proposizione del Bulling è vera, ma non è contenuta nel frammento citato.

(3) Per questo forse nel fr. 3 princ., *Uti possidetis*, 43, 17 Ulpiano parlando di possessi ingiusti, non cita che quello *vi aut clam*; perchè dovendolo esaminare di fronte ai terzi e di fronte a colui dal quale si possiede, il possesso precario sarebbe stato ora ingiusto, ora giusto. Ciò dico prescindendo da tutte le altre questioni, che sorgono intorno a questo frammento.

lo riacquisti. Ma la cosa merita un esame più profondo. Due testi si pronunciano sulla questione, il fr. 3, § 5, *de acq. vel. am. poss.*, 41, 2, poc'anzi discusso, e l'altro di Pomponio 15, § 4, *de prec.*, 43, 26: « *Eum qui precario rogaverit ut sibi possidere liceat nancisci possessionem non est dubium. an is quoque possideat, qui precario rogatus sit dubitatum est; placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum qui rogasset, quia possederat corpore, penes dominum quia non discesserit animo possessione* ». Il Von der Hagen, spiegando il primo nel modo sopra riferito, elimina ogni contraddizione tra i due testi. Il Savigny dice che l'opinione di Pomponio non essendo altro che quella di Sabino, è stata refutata da Labeone e da Paolo, e non ha valore; rimane dunque fermo che il *rogatus* non possiede in alcun modo. G. E. Schmidt, dichiarandosi contrario al Von der Hagen, stima che l'opinione del Savigny sarebbe giusta, se Pomponio non avesse dato alla sua sentenza un fondamento diverso da quello di Sabino, con le parole « *quia non discesserit animo possessione* ». Peraltro, esaminato questo principio e trovato in opposizione con la teorica del possesso, ch'egli stesso si è costruita, lo Schmidt conclude che il nuovo principio non è migliore di quello di Sabino, e perciò non si deve attendere al fr. 15, § 4, 43, 26. Io non posso accettare queste decisioni, non credendo che sia facile respingere una legge del Digesto per seguirne un'altra, specialmente poi quando quella respinta è per l'appunto sotto il titolo *De precario*; nè posso unirmi al Von der Hagen, avendo data una interpretazione diversa della legge di Paolo. D'altronde non volendo dir vano ogni tentativo di conciliazione (1), stimo dover procedere con minuta ed accurata analisi.

Allorchè io cedo a Tizio una cosa in precario, Tizio ne diviene possessore giuridico; ma io non perdo con questo la volontà di tornare a possedere, quando il voglia, la cosa: volontà che va unita alla possibilità di farlo e perciò volontà giuridica; essendo ben da notare che in diritto non si considera solo la volontà soggettiva, ma questa unita ad un elemento oggettivo che consiste nella possibilità giuridica della attuazione di tale volontà. Col precario non cessa mai questa volontà nel *rogatus*, cosicchè con un concetto largo si può dire che il *rogatus* non cessa mai di possedere con la volontà ossia *animo* (2).

(1) L'ALIBRANDI (*Teoria del possesso*, I, cap. 1, § 25) reputa che la complicazione nasca dal non avere i romani osato negare il possesso al *rogans*. « Più coraggioso, egli dice, era stato Labeone, l. 3, § 5, 41, 2 e l. 22, § 1, *de precario*, che negando recisamente il possesso simultaneo, disse che il possessore precario possiede *naturaliter* precisamente come gli inquilini e i comodatari ». Io non saprei dividere tale opinione. In quanto a Labeone vorrei solo osservare che dalle ragioni addotte contro il compossesso nel fr. 3, § 5, 41, 2 (*stare, tenere*) chiaro risulta che si nega la *summa possessionis* al *rogatus* e non al *rogans*. Nel fr. 22, § 1, 43, 26 poi è detto del pupillo eccezionalmente *quo magis naturaliter possideretur*, perchè egli senza l'autorità del tutore può bensì avere in precario, ma non possedere, secondo il fr. 1, § 3, *de acq. v. am. poss.*, 41, 2: « *Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere: quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant* ». Tuttavia può darsi che nei Basilici LVIII, 24, il fr. 15, § 4 del Dig., 43, 26, sia stato diversamente interpretato attribuendosi al *rogans* il possesso corporale.

(2) Questo modo di ritenere il possesso fu sancito da GIUSTINIANO, *Inst.*, 15, § 5: « *Quin etiam animo quoque retineri possessionem placet, id est ut quamvis neque ipse sit in possessione neque eius nomine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo sed postea reversurus inde discesserit retinere possessionem videatur* ». Cfr. *Const.* 4, *De acq. et ret. poss.*, 7, 32. Ma dal confronto di questo passo con quello corrispondente di GAIO (*Inst.*, 4, § 153) si vede che tra i giureconsulti vi era stata discordia: « *Quin etiam plerique putant animo quoque retineri, etc.* ».



Il principio della ritenzione *animo tantum* del possesso, certissimo quando nessuno aveva occupato il fondo, doveva esser posto in dubbio quando altri l'avesse occupato, per la contraddizione con la regola *duorum in solidum possessio esse non potest*, presa in tutto il suo rigore. Ma nel Digesto trovansi due testi importanti che possono rischiarare il nostro cammino per questa via (1); in uno dei quali è poi espressa chiaramente la ragione perchè il primo possessore ritiene *animo* il possesso del fondo occupato *clam* da altri: « *facile expulsurus finibus simul sciero* ». Appena cessi la possibilità di rientrare, quando si voglia, in possesso, perchè colui che possedeva *clam* ha respinto con la forza il tentativo di ritorno, o perchè il primo possessore tema di tornare, l'*animus* non è più possibile in lui, ed egli « *amisisse possessionem videbitur* ». Ora noi sappiamo che colui che concede una cosa in precario « *sic dat quasi tunc recepturus quum sibi libuerit precarium solvere* » (2), egli dunque potrà continuare a possedere *animo*. Nè questo osta alla regola *duorum in solidum possessio esse non potest* presa largamente, come va fatto, perchè l'oggetto dei due possessi non è identico. Nell'uno è la disposizione immediata ed effettiva della cosa (*corpore*); nell'altro la possibilità di ottenere ad ogni istante tale disposizione, presentemente non effettiva, nè immediata (*animo*). Ed in tale idea mi conferma il vedere nel fr. 6, § 1, 41, 2, citato il nome di quello stesso Labeone, il quale, secondo il fr. 3, § 5, 41, 2 si oppone all'idea di Trebazio circa la *compossessio* « *quoniam in summa possessionis non multum interest iuste quis aut iniuste possideat* », cui Paolo soggiunge a modo di commento: « *quod est verius non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto, etc.* ». Nella qual legge perciò l'espressione *summa, possessionis* è posta a significare il complesso di tutti gli elementi che costituiscono il consueto possesso, l'*animus* ed il *corpus*; ed è certo che col *corpus* non può occuparsi una cosa da due persone simultaneamente (3). Ond'è che interpretato in questo modo il frammento non è più in opposizione con quello di Pomponio 15, § 4, 43, 26, la cui teoria è pienamente accettabile (4).

(1) Ulpiano continuato da Paolo: fr. 6, § 1, *de acq. v. am. poss.*, 41, 2: « *Quid ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis rediit, alius occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit; retinet ergo possessionem qui ad nundinas abiit. Verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam* »; fr. 7 *ibid.*: « *et si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur et ita Neratius quoque scribit* ». Celso poi, fr. 18, § 3, *ibid.*: « *Si dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desiisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus simul sciero* ».

(2) Vedi fr. 1, § 2, *de prec.*, 43, 26. Questa è la differenza delicata, ma pure sostanziale tra la concessione precaria e il caso di che parla il fr. 17 *de acq. v. am. poss.*, 41, 2: « *Possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Si quis igitur ea mente possessionem tradidit ut postea ei restitatur, desinit possidere* ». In questo caso vi è interruzione dell'*animus* per deliberazione del concedente; nel *precarium* no.

(3) Si noti che nel passo di Pomponio non si usa la preposizione *apud*, come in quello di Paolo, ma invece è detto *penes*; perchè la proposizione *penes* non ha riguardo alla detenzione materiale come *apud*, ma a qualunque specie di possesso. Vedi fr. 63 *de v. s.*, 50, 16: « *Penes te amplius est quam apud te; nam apud te est quod qualiter qualiter a te teneatur, penes te est quod quodammodo possidetur* ».

(4) Non credo di avere esposto una teoria del tutto nuova poichè il principio della *possessio animo* del *rogatus* si trova anche in vecchi autori. Cfr. STRYCKIO, LAUTERBACHIO, *ad tit.* 26, XLIII e 2, XLI, e gli altri ivi citati. Il Von der Hagen ragiona in modo affatto differente.

Tale possesso *animo tantum*, che resta al precario *rogatus*, costituisce il contenuto di quel possesso *ad usucapionem*, che i più ritengono mantenersi nel *rogatus*; possesso *ad usucapionem*, che mi pare strano riconoscere senza ammettere qualche cosa di sostanziale al possesso.

Vediamo ora di spiegare gli altri testi attinenti a questa teoria.

Il fr. 1, § 11, *de itin. actuq. priv.*, 43, 19 (1) ci parla del possesso del *rogatus*, e ci dice che l'interdetto *de itinere* gli si conserva *utile* (2), il che significa intatto nei suoi elementi essenziali, che sono l'uso della via *nec vi nec clam nec precario* e il tempo di un anno. Il *rogatus* adunque conserva *animo* il possesso della via, perchè gli si mantiene la facoltà di averne l'uso, quando voglia.

Il fr. 13, § 7, *de acq. vel. am. poss.*, 41, 2, (3) è più difficile ed importante. Esso si riferiva indubbiamente, e per il contenuto degli altri paragrafi, e per il libro di Ulpiano al quale appartiene (lib. LXXII *ad edictum*), all'accessione del possesso rispetto all'interdetto *Utrubi*. È evidente che se si parlava di accessione del possesso, ciò vuol dire che il *rogatus* non poteva far valere il possesso come continuato nella sua persona. Secondo la teoria svolta più sopra si può supporre che il *rogatus* voglia difendersi coll'*Utrubi* da turbative e pretese altrui, che ledano anche il suo possesso *animo tantum*. La prova dell'*Utrubi* (come era ai tempi d'Ulpiano) consisteva nel vedere quale dei due litiganti avesse posseduto più tempo nell'anno decorso; per altro secondo il testo dell'interdetto (4) si richiedeva non un possesso *animo tantum*, ma un possesso effettivo. Se dunque il *rogatus* non avesse posseduto più del suo avversario prima della concessione, conveniva che usasse dell'ac-

(1) « *Si tibi fundum precario concessero cui via debebatur, deinde tu a domino fundi precario rogaveris ut ea via ad eum fundum utaris, an noceat tibi exceptio si adversus eum velis interdicere a quo precario viam rogasti? et magis est ut noceat. Idque colligi potest ex eo quod Iulianus scribit in specie huiusmodi; quaerit enim si ego tibi fundum precario dederò cui via debebatur et tu rogaveris precario ut ea via utaris nihilominus utile interdictum mihi esse, quia sicuti me precarium rei meae non tenet ita nec per te precario possidere intelligor; quoties enim colonus meus aut is cui precario fundum dedi via utitur, ego ire intelligor, propter quod et recte dico me itinere usum* ».

(2) Sul significato della parola *utile* in questo luogo vedi KARL AD. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer*, Leipzig, 1853, pag. 13, nota 2: « del resto si trova *utile interdictum*, come *utilis actio*, anche nel senso non tecnico di *interdictum efficace*, in contrapposto ad *inutile interdictum*, per es. fr. 3, § 5, *Uti poss.* e fr. 1, § 11, *de itin.* ».

(3) « *Si is qui precario concessit accessione velit uti ex persona eius cui concessit, an possit quaeritur. Ego puto eum qui precario concessit, quamdiu manet precarium accessione uti non posse; si tamen receperit possessionem rupto precario, dicendum esse accedere possessionem eius temporis, quo precario possidebatur* ». Il Von der Hagen che ammette il doppio possesso pieno, interpreta questa legge così: la *possessio* del *rogatus* può essere *iusta* o *iniusta*, secondo i tempi; finchè è *iusta* il *rogatus* pure continua a possedere, e perciò non ha bisogno di accessione: il rifiuto di restituzione la fa diventare *iniusta* e fa perdere il possesso al *rogatus*, sicchè questi dopo l'interdetto avrà bisogno dell'accessione per tutto il tempo della *precaria possessio iniusta*. Ma tutto questo giuoco di *possessio iusta* e *iniusta*, cui il testo non accenna minimamente, mentre è una riprova della non retta spiegazione del Von der Hagen, ci mostra anche la debolezza della sua teoria circa l'esser *iusta* o *iniusta* la *possessio* del *rogatus*.

(4) Fr. unico *de utrubi*, 43, 31: « *Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat vim fieri veto* ».

cessione del possesso del *rogans* al suo; ma ciò non poteva fare se non era prima rotto il *precarium* (1).

Tale è lo stato delle parti durante il *precarium*. Ma quali mezzi giuridici avrà il *rogatus* per iscioglierlo? Quali saranno gli obblighi del *rogans*?

Il *rogatus* può adoperare l'*actio praescriptis verbis*, della quale già abbiamo parlato; l'*exceptio precariae possessionis*, nel caso che il *rogans* promuova contro di lui un interdetto *retinendae possessionis*; (2) l'interdetto *de precario*.

Questo interdetto suona: « *Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas* ». Si rivolge dunque contro persona che abbia la cosa [o per dolo abbia fatto di non averla] e che l'abbia per concessione precaria dell'attore. Sono per altro considerati come *habentes precario ab illo* coloro che posseggono perchè il servo, il figlio o il procuratore chiese la cosa per suo mandato o con sua ratifica, e coloro che l'ebbero da persona autorizzata a concedere, o dall'autore di colui che agisce (3). L'applicazione di questi principî si trova nel fr. 8 princ. *de prec.*, 43, 26 (4).

L'interdetto non è soggetto alla prescrizione di un anno, perchè il *precarium* può durare assai più a lungo (5).

(1) Non so s'io debba tentare di spiegare anche la ragione perchè il passo di Ulpiano fu inserito da Triboniano nelle Pandette, dove si deve confessare che la parola *accessio*, nei mutamenti portati all'*Utrubi*, s'ha da riferire all'usucapione.

Per sapere se il *rogatus* possa far valere come tempo utile all'usucapione quello nel quale il *rogans* ha posseduto *precario*, bisogna che sia certo che il possesso intero gli si restituisca a sua richiesta: poichè questo è il contenuto e l'essenza di quel possesso *solo animo* ch'ei deve avere per conservare il suo diritto all'usucapione. Ora, questa certezza non si può desumere se non dal fatto della rottura del *precarium*: potendo bene darsi il caso che il precarista non restituisca, e non lo si possa costringere a restituzione: per esempio, quando egli possa opporre all'interdetto *de precario* una *exceptio dominii*.

(2) In antico era permessa al *rogatus* anche la violenza, purchè non armata. GAIU, *Inst.* IV, 154. PAOLO, *Sentent. rec.* V, 6, § 7: « *Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario impune deicitur* ». Nella legislazione giustiniana ogni violenza è proibita. Veggasi su questo punto una bella nota del Savigny nelle aggiunte al § 40 dell'*op. cit.*

(3) Vedi fr. 4, § 2, *de prec.*, 43, 26; 6, § 1, *ibid.*; 13, *ibid.*; 16 *ibid.*; 19, § 1, *ibid.*; 8, § 1, *ibid.*; 12, § 1, *ibid.*; 8, § 2, *ibid.*

(4) « *Quaesitum est si Titius me rogaverit ut re Sempronii utatur, deinde ego Sempronium rogavero ut concederet, et ille dum mihi vult praestitum concesserit; Titius a me habet precario, et ego cum eo agam interdicto de precario; Sempronius autem non agat cum eo, quia haec verba: ab illo precario habes, ostendunt ei demum competere interdictum a quo quis precario rogavit, non cuius res est. An tamen Sempronius mecum quasi a me rogatus interdictum habeat? Et magis est ne habeat, quia non habeo precario quum non mihi sed alii impetravi; mandati tamen actionem potest adversus me habere, quia me mandante dedit tibi; aut si quis dixerit non mandatu meo, sed magis mihi credentem hoc fecisse, dicendum est in factum dandam actionem et adversus me* ».

(5) Fr. 8, § 7, *de prec.*, 43, 26: « *Interdictum hoc et post annum competere Labeo scribit; quum enim nonnumquam in longum tempus precario concedatur, absurdum est dicere interdictum locum non habere post annum* ». Confr. fr. 7, § 5, *Comm. div.*, 10, 3.

Me se non ha luogo la prescrizione annuale, sarà l'interdetto prescritto nel consueto periodo di trent'anni? A tale domanda si può rispondere negativamente o affermativamente: ed in questo secondo caso ne sorge un'altra, ossia da quando incomincerà tale prescrizione? Dal momento della concessione precaria, o da quello del rifiuto del *rogans* a restituire la cosa? Tutte le diverse opinioni sono state sostenute dagli autori: il Savigny, ammettendo la prescrizione trentennale, sostiene, in vari luoghi delle sue opere, ch'essa abbia principio dal

Il precarista è tenuto a qualunque richiesta, e alla scadenza del termine, quando sia fissato, a restituire la cosa immediatamente (1). Se nol faccia è punito come invasore della cosa altrui, (2) e se non eseguisca la sentenza di restituzione, potrà, quando ne sia il caso, essere perseguitato con l'*actio furti*. La richiesta ha per effetto di far cessare ogni beneficio che il *rogans* possa trarre dalla cosa avuta in precario, (3) come il godimento dei frutti, eccetera.

rifiuto di restituzione, e ciò è perfettamente conforme all'idea che dal rifiuto avesse origine l'interdetto; io però che credo ed ho tentato dimostrare che l'interdetto nasca fin dal momento stesso della concessione precaria, non posso accettare siffatta opinione, e poichè ogni prescrizione ragionevolmente ha principio dal giorno nel quale si può, volendo, incominciare ad esercitare l'azione, dovrei concludere che il termine della prescrizione trentennale avesse a decorrere fin dalla concessione precaria. Che ciò sia logico, è manifesto dallo stesso fr. 8, § 7, *de prec.*, 43, 26, ora citato, dove per escludere la prescrizione annuale si porta come ragione il potersi concedere un *precarium in longum tempus*, ragione che sarebbe affatto insussistente se la prescrizione dell'interdetto incominciasse dal rifiuto a restituire la cosa. Peraltro contro tale ragione cozza anche la prescrizione trentennale, la quale porterebbe per conseguenza che nessun *precarium* potesse superare i trenta anni. La const. 2 *de praescr. XXX vel XL annorum*, 7, 39, non si adatta precisamente al nostro caso, perchè, come ho già accennato, ivi non si parla del *precarium* propriamente detto; ma tuttavia può fornirci un qualche argomento per escludere la prescrizione dell'interdetto durante il *precarium*. Cfr. const. 7, § 7, *eod.* Nel *precarium* si deve considerare che il *rogans*, il quale possiede in forza della concessione, ogni giorno riconosce il titolo che dà origine al suo possesso, ed ogni giorno nel *rogatus* si conferma la facoltà di revocarlo. Non reputo dunque che si possa parlare di prescrizione dell'interdetto *de precario*. Quando però un precarista non restituisca la cosa alla richiesta del concedente, da quel momento egli inverte la causa del suo possesso, ed incomincia a possedere *vi*, o *clam*, o *pro possessore* o *pro suo* secondo le circostanze; ond'è che da quel momento pure ha principio una prescrizione, la quale non è già dell'interdetto *de precario*, che non ha più ragion d'essere una volta cessato il *precarium*, ma dell'azione di rivendicazione da parte del proprietario.

(1) S'intende che la richiesta deve essere giuridicamente constatata. Alcuni (Bachovio, Leyser, Brunnemann, Stryckio, Voet, ecc.) esagerando l'analogia del *precarium* col comodato, negarono l'assoluto arbitrio di revocazione del *rogatus*. Ma tale opinione non ha nessun fondamento nei testi, dai quali anzi è contraddetta. Essa si appoggia sopra una ragione di equità; dicendosi che il *precarium* deve essere un beneficio fatto al *rogatus*, ed una revocazione intempestiva potrebbe farglielo invece tornare a grave danno; quando per esempio essa avvenga dopo che il *rogans* abbia sostenute le spese della coltivazione e prima che ne abbia raccolto i frutti. Tale ragione che non può aver valore in questo luogo dinanzi all'espressa dichiarazione delle leggi ed all'essenza stessa del *precarium*, non serve ad altro che a confermare l'opinione, che io poco dopo espongo, circa le spese fatte dal *rogans* sulla cosa.

(2) Const. 33 *de loc. cond.*, 4, 65: « *Conductores alienarum rerum, seu alienam cuiuslibet rei possessionem precario detinentes seu heredes eorum, si non eam rem dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam expectaverint non solum rem locatam sed etiam aestimationem eius victricis parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praebere compellantur* ». Confr. Const. 10, *Unde vi*, 8, 4. L'espressione *precario possidentes* ha, come già dissi, qui significato diverso dal tecnico, ma certamente comprende anche i veri precaristi.

(3) Fr. 8, § 4, *de prec.*, 43, 26: « *Ex hoc interdicto restitui debet in pristinam causam, quod si non fuerit factum, condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris ei rem restitui ex eo tempore ex quo interdictum editum est; ergo et fructus ex die interdicti editi praestabuntur*. Fr. 8, § 6, *ibid.* « *Plane post interdictum editum oportebit et dolum et culpam et omnem causam venire; nam ubi moram quis fecit precario, omnem causam debet constituisse* ».



Ma se la restituzione si faccia in tempo debito, quale sarà la responsabilità del precarista? I testi ci dicono chiaramente che la sua responsabilità si limita al dolo ed alla colpa *dolo proxima* (1); solo ci converrà cercare la causa di così leggiera responsabilità.

È regola generale che la responsabilità sia maggiore in quei rapporti nei quali si ha per iscopo il comodo del debitore, minore in quelli che hanno per fine il bene del creditore (2). Il *precarium* è tra i primi; come mai dunque fa eccezione alla regola? Gothofredo (3) passa in rivista le diverse ragioni che si sono messe innanzi. Alcuni dicono ciò avvenire perchè nel *precarium* si concede il possesso della cosa, ed *in rei propriae administratione culpa a nemine exigi debet*. Altri come il Campano, dice che essendo il *precarium* un atto di liberalità, la liberalità si presume anche nella remissione delle colpe. Altri pensa che se il precarista fosse tenuto anche per le colpe, come il comodatario, perderebbe ogni utilità della concessione, per essere in pari tempo soggetto alla continua minaccia della revocazione; minaccia che non pesa sul comodatario. Tutte queste opinioni si possono ridurre a quella espressa dal Gothofredo medesimo, cioè che nel *precarium* si concede il possesso *sic ut re tamquam sua qui precario habet utatur, eamque possideat* (4). Tale ragione peraltro si deve integrare, perchè resta da spiegare in qual modo questa sia la causa della poca responsabilità del precarista. Ciò avviene perchè l'obbligazione a restituire non derivando da contratto, era stata dal pretore fondata sulla condizione delle cose stesse, e sulla buona fede. Sicchè egli altro non poteva fare che, limitandosi alla sua *jurisdictio*, punire il dolo. I giureconsulti poi allargarono la responsabilità dal dolo alla colpa *dolo proxima*, con una estensione di concetto fondata sulla massima *culpa lata dolo aequiparatur* (5).

Delle spese fatte dal precarista sulla cosa non si fa mai parola; è perciò probabile che sieno regolate con le norme generali. Il Machelard (6) ed altri credono che il precarista non possa ripetere le spese e i miglioramenti, forse basandosi sulla liberalità che questi riceve dal *rogatus*. A me per altro sembra duro il fare in questo caso un'eccezione alla regola generale, quando non ve n'ha menzione alcuna nei testi. Oltrechè il negare azione per le spese, equivale a porre un interesse a non farne; e ciò non è in alcun modo un vantaggio per il *rogatus*.

(1) Fr. 8, § 3, § 5, § 6, *de prec.*, 43, 26: « *Eum quoque precario teneri voluit praetor, qui dolo fecit ut habere aësineret. Illud adnotatur quod culpam non praestat is, qui precario rogavit, sed solum dolum praestat, quamquam is qui commodatum suscepit, non tantum dolum sed etiam culpam praestat; nec immerito dolum solum praestat is, qui precario rogavit quum totum hoc ex liberalitate descendat eius, qui precario concessit, et satis sit, si dolum tantum praestetur; culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit..... Si servitute usus non fuit is, qui precario rogavit, ac per hoc omissa sit, videamus an interdico teneatur; ego arbitror non alias quam si dolo fecerit. Et generaliter erit dicendum in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire ». Confr. fr. 14, § 11, *de furtis*, 47, 2; 23 *de div. r. i.*, 50, 17.*

(2) Vedi fr. 5, § 2, *Commod.*, 13, 6; 18 *princ.*, *ibid.*; 31, *Locati*, 19, 2; 17, § 2, *de praescr. verb.* 19, 5; 108, § 12, *de legatis*, 30; 1, § 5, *de o. et a.*, 44, 7.

(3) *Regolarum Sabinianearum, pars VI, de contractibus*.

(4) Confr. fr. 8, § 3, *de prec.*, 43, 26; 14 *ibid.*

(5) Vedi i fr. sopra citati, confrontandoli con il fr. 23, *de div. r. i.*, 50, 17.

(6) *Théorie générale des interdits en droit romain*, Paris, 1865, cap. III, § 2, pag. 263.

## VII.

Se l'interdetto *de precario* sia possessorio.

Prima di chiudere questo studio debbo trattare un'ultima questione, oggi non ancora definita: se, cioè, l'interdetto *De precario* sia da annoverarsi, o no, tra gli interdetti *recuperandae possessionis*.

Mentre, dopo il Savigny, non si era più dubitato della natura possessoria del nostro interdetto, negli ultimi tempi il Bruns (1) e l'Jhering (2), e dietro a loro il Meischeider (3), gli hanno negato tale indole e lo hanno qualificato come semplicemente restitutorio. Le ragioni ch'essi adducono sono le seguenti:

Nelle fonti l'interdetto *de precario* non si trova mai designato tra i *recuperandae possessionis*, ed è sempre distinto dall'*Unde vi*; il che difficilmente potrebbe attribuirsi a caso (4);

Esso è indipendente dal possesso anteriore del *rogatus* (fr. 18 *de prec.*, 43, 26), sicchè è dato anche al successore universale e particolare di lui, e talora a persona che non è mai stata in rapporto con la cosa (fr. 8 *pr. de prec.*, 43, 26);

Esso non è fondato sull'offesa del possesso contro il volere del possessore; il rifiuto alla restituzione non lede il possesso, ma l'obbligo assunto della restituzione a piacimento;

È ammessa contro l'interdetto l'*exceptio dominii* che non ha che fare con la causa possessoria. È escluso l'interdetto quando vi sia un'azione civile derivante da cauzione.

Contro questa asserzione e questi argomenti insorge il Windscheid (5), che dice: l'interdetto *de precario* non è fondato sopra il rifiuto di restituire, ma sopra l'*habere precario*. Esso non è in tutto uguale all'*Unde vi*, perchè ha per base un fatto per sè incolpabile; ma pure ha per risultato che il possesso sia difeso da una certa maniera di privazione. Non si dica che anche chi non possiede può concedere in precario, perchè il richiedente prendendo la cosa in precario, ne fa con ciò stesso possessore il *rogatus*. Se anche il possessore naturale, come dice il Bruns, può dare in precario, sia pure; ma perchè l'interdetto difende anche il possesso naturale; non difende forse il giuridico? Il fondamento dell'interdetto è lo spostamento compiuto del rapporto materiale; non, come vuole il Bruns, l'obbligazione presa dal concessionario, fatta efficace mediante l'interdetto; poichè non risponde *qui rogavit*, ma *qui habet precario* (fr. 4, § 2, *de prec.*, 43, 26; 6, § 2, *ibid.*). Il fatto che il concessionario si possa appellare alla proprietà, non prova contro la natura possessoria dell'interdetto, perchè la proprietà esclude il *precario habere*.

(1) *Besitz in Mittelalter* pag. 62 — *Die Besitzklagen etc.*, Weimar, 1874, pag. 180 e seg.

(2) *Ueber den Grund des Besitzeschutzes*, Jena, 1869, pag. 97 e seg.

(3) *Besitz und Besitzschutz*, Berlin, 1876, pag. 468 e seg.

(4) Vedi GAIUS, *Inst.* IV, § 143, 154 — ULPIANO, *Inst.* fr. 4 — PAOLO, *Sent. recep.* V, 6, § 9-13, *Inst.* I, *de interd.*, § 6, fr. 2, § 3, *de interd.*, 43, 1. — TEOFILO, *Par. ad Inst.* I, *de interd.* § 6. Il Bruns e lo Jhering aggiungono che neppure dei moderni alcuno prima del Savigny aveva posto l'interdetto *de precario* tra i possessorii: ciò non è esatto, bastandomi qui ricordare il BACHOVIO, *ad Treutler*, XXIV, V. C-H.

(5) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 4 ediz., Düsseldorf, 1875, I vol., pag. 491 e seg.

Questi brevi sunti delle varie opinioni ci mostrano lo stato presente della controversia. Che risolvere?

Fedele ai testi ed alle cose sin qui esposte, io sto con coloro che negano all'interdetto *De precario* il carattere possessorio (1).

Si dovrà infatti attribuire al caso il silenzio delle leggi?

Abbiamo veduto come si diano due specie di *precarium*, una delle quali ha per oggetto la semplice detenzione della cosa: ora se anche per questo *precarium* è usato l'interdetto, conviene confessare che almeno in molti casi esso non è *recuperandae possessionis*. Ma se non lo è sempre, significa che non lo è essenzialmente, che il possesso non è il suo fondamento. E ciò è quanto dire che esso non è interdetto possessorio. Più ancora; chi meco ammetta la *possessio animo* del *rogatus* dovrà anche nel caso di *precarium* di possesso cercare di porre a base dell'interdetto un atto di completo spossamento per poterlo dire *recuperandae possessionis*. Ciò ben sentiva il Savigny, quando non solo negava quella *possessio animo*, ma fondava l'interdetto sopra il rifiuto del *rogans* a restituire, e creava la teoria della *possessio precaria iusta* o *iniusta* da me più sopra combattuta. Tolto di mezzo tale fondamento, cade la principale ragione di classificare tra i *recuperandae possessionis* il nostro interdetto.

Due condizioni sono necessarie al suo esercizio: che il convenuto abbia la cosa, che l'abbia per averla chiesta in precario all'attore (2). Ma ci dovremo fondare sulla condizione del *precario habere* per dire possessorio l'interdetto? No certo, poichè il *precario habere* è richiesto solamente a cagione dell'impossibilità di dirigere un interdetto restitutorio contro chi non possa restituire, non avendo la cosa. L'altra condizione poi ci dimostra che base dell'interdetto è il riconoscimento di un obbligo, non di dritto stretto, ma di equità pretoria, a restituire la cosa avuta per grazia: tanto più poi che non solo chi ha, ma anche chi *dolo malo fecit ut habere desineret* è tenuto dall'interdetto, per aver violato quell'obbligo d'equità naturale. Infatti quando quest'obbligo non ha più bisogno della sanzione pretoria, perchè per mezzo di cauzione è divenuto civile, cessa la ragione dell'interdetto e con essa l'interdetto medesimo.

Nè è senza importanza il notare che contro l'interdetto si può portare l'*exceptio dominii*. Il Windscheid può dire che ciò accade perchè il dominio esclude l'*habere precario*; ma questo appunto dimostra che la causa dell'interdetto non è possessoria, il possesso non avendo riguardo a dominio. L'interdetto *Unde vi* che è veramente *recuperandae possessionis* si dirige anche contro il proprietario; eppure il proprietario ha diritto a possedere in forza della sua proprietà. Ma l'*Unde vi* non tien conto di questo: esso ha per fondamento il possesso dell'attore, che fu dal convenuto violato.

Ben diverso invece l'interdetto *de precario* si arresta dinanzi al maggior diritto del precarista, che può contrapporre il proprio dominio all'obbligo di restituire la cosa dichiesta. L'obbligazione di equità naturale è tolta via dal diritto civile; laddove la violazione del possesso, reclamando pronto rimedio, non può trovare ostacolo in siffatto diritto. L'interdetto *de precario* adunque deve classificarsi tra i restitutorii semplicemente. Come tale esso

potrà spesse volte avere per effetto di far rientrare il concedente nella pienezza del suo possesso; ma non è chi non veda quanto questo effetto sia diverso dalla causa possessoria che dà origine agli interdetti *recuperandae possessionis*.

Conchiudo adunque che nella costruzione di un'intera teoria intorno al possesso non deve più aver luogo l'interdetto *de precario*; la qual cosa sarà utile così per rendere più semplice la teoria, come per non alterare le basi del *precarium* e del relativo interdetto, cosa che ad esempio fu obbligato a fare il Savigny; ed il *precarium* non vi deve esser trattato, se non per la questione della natura del possesso del *rogans*, e della simultaneità di questo possesso con quello del *rogatus*.

(1) Accettandone le conclusioni, non ne accetto però tutti gli argomenti, tenendomi a quelli che vengo esponendo in seguito.

(2) Gli altri casi sono tutti ammessi per assimilazione.

ELENCO

dei testi riguardanti il *precarium* nella compilazione giustiniana e nella giurisprudenza anteriore.

LIBRI DEI GIURECONSULTI

[NB. Le citazioni sono fatte riferendosi all'opera di Ed. HUSCHKE, *Iurisprudentiae antejustinianae quae supersunt*, Lipsiae, MDCCCLXVII].

- C. AELIUS GALLUS, *De verborum quae ad ius civile pertinent significatione*. *Fragm.* 12. \*
- M. VALERIUS PROBUS, *De iuris civilis notarum significatione*.  
Alle iniziali N. C. N. P. \*
- GAIUS, *Institutionum* lib. II § 60 . . . . . pag. 4, nota 3.  
lib. IV §§ 150, 151 . . . . . \*  
lib. IV §§ 154, 155 . . . . . p. 26, n. 2; 29, n. 4.
- IULIUS PAULUS, *Sententiarum* lib. V, tit. 6,  
*De interdictis*,  
§ 1 . . . . . \*  
§ 7 . . . . . p. 26, n. 2.  
§ 10, 11, 12 . . . . . p. 7, n. 2; 8, n. 3; 9; 18,  
n. 1; 29, n. 4.
- ULPIANUS, *Institutionum* lib. I, *Fragm.* I, § 1 v. fr. 1 *De prec.* p. 1; 7.

ISTITUZIONI DI GIUSTINIANO

[NB. Le citazioni sono fatte secondo l'edizione di Kriegel, Herrmann e Osenbrueggen, Lipsia, MDCCCLXX].

- IV 15. *De interdictis*, § 4, 6 . . . . . p. 29, n. 4.

DIGESTO

- II 8. *Qui satisd. cogantur etc.* . . . . . fr. 15 § 2 . . . . . p. 4, n. 3.
- V 3. *De hered. pet.* . . . . . fr. 40 § 2 . . . . . p. 16, n. 3.
- VI 2. *De publ. in rem actione* . . . . . fr. 13 § 1 . . . . . p. 12, n. 4; 20, n. 3.
- VII 1. *De usufructu etc.* . . . . . fr. 12 § 2 . . . . . p. 14, n. 1.
- VIII 2. *De servit. praed. urb.* . . . . . fr. 32 princ. . . . . p. 13, n. 2; 14, n. 3 e n. 4.
- VIII 4. *Comm. praed.* . . . . . fr. 17 . . . . . p. 13, n. 2; 14, n. 3 e 4.
- VIII 5. *Si servit. vind. etc.* . . . . . fr. 10 princ. . . . . p. 13, n. 2.
- IX 4. *De noxal. act.* . . . . . fr. 22 § 1 . . . . . p. 12, n. 4; 22, n. 2.
- X 3. *Communi divid.* . . . . . fr. 7 § 4, 5 . . . . . p. 12, n. 4; 20, n. 2; 26, n. 5.
- XI 7. *De relig. et sumpt. fuv.* . . . . . fr. 12 princ. . . . . (1)
- XIII 7. *De pignor. act.* . . . . . fr. 22 § 3 . . . . . p. 4, n. 3; 13, n. 1.  
fr. 29 . . . . . p. 4, n. 3.  
fr. 35 § 1 . . . . . p. 4, n. 3; 13, n. 1.

\* Dei testi segnati con l'asterisco non è fatta parola nella presente monografia perchè sono di poca importanza pel *precarium*, o ne è data già implicitamente spiegazione. Degli altri è segnato il numero della pagina, e dove occorre quello della nota.

(1) Quando ho ragionato nel capo IV del *precarium* di servitù non ho parlato di questa legge; perchè, sebbene in essa sieno menzionate la richiesta precaria e l'impetrazione di un *iter*, tuttavia trattandosi di un caso del tutto anormale e dipendente dal rispetto al sacro culto dei morti, pel quale, in mancanza della servitù legale di passaggio, si era dovuto ricorrere ad un *precarium* in certo modo obbligatorio, non si può tale eccezione ricondurre intieramente sotto le regole del *precarium*.

- XV 1. *De peculio* . . . . . fr. 5 § 1 . . . . . p. 17, n. 4.
- XVI 3. *Depositum* . . . . . fr. 15 . . . . . p. 7, n. 1; 10, n. 6; 17, n. 4.
- XIX 1. *De act. emt. et vend.* . . . . . fr. 13 § 21 . . . . . p. 4, n. 4; 19, n. 4.
- XIX 2. *Locati conducti* . . . . . fr. 4 . . . . . p. 5, n. 1; 16, n. 3.
- XXIV 1. *De don. inter vir. et ux.* . . . . . fr. 32 § 5 . . . . . p. 4, n. 3; 13, n. 1.
- XXXIX 2. *De damn. inf.* . . . . . fr. 38 princ. . . . . p. 4, n. 4.
- XXXIX 5. *De donationibus* . . . . . fr. 32 . . . . . p. 9; 11, n. 3 e 6.
- XLI 1. *De acq. rer. dom.* . . . . . fr. 22 . . . . . p. 19, n. 6.
- XLI 2. *De acq. vel am. poss.* . . . . . fr. 3 § 5 . . . . . p. 12, n. 4; 20 e segg.; 41 e segg.; 44.  
fr. 10 . . . . . p. 5, n. 1 e 2; 12, n. 5; 16, n. 3; 17, n. 2.  
fr. 13 § 1, 7 . . . . . p. 25, n. 3.  
fr. 21 princ. § 3 . . . . . p. 12, n. 4; 17, n. 2.  
fr. 28 . . . . . p. 17, n. 1.  
fr. 36 . . . . . p. 4, n. 3.  
fr. 40 § 3 . . . . . p. 17, n. 1.  
fr. 31 § 4 . . . . . p. 12, n. 4; 17, n. 6.  
fr. 33 § 6 . . . . . p. 4, n. 3; 5, n. 1; 12, n. 5.
- XLI 3. *De usurp. et usuc.* . . . . . fr. 6 princ. . . . . \*
- XLI 4. *Pro emtore* . . . . . fr. 6 princ. . . . . \*
- XLIII 16. *De vi et de vi arm.* . . . . . fr. 14 . . . . . p. 19, n. 7.
- XLIII 17. *Uti possidetis* . . . . . fr. 1 princ. § 5, 9 . . . . . p. 19, n. 7.
- XLIII 18. *De superficiebus* . . . . . fr. 1 princ. § 2 . . . . . p. 19, n. 7.
- XLIII 19. *De it. act. q. priv.* . . . . . fr. 1 princ. § 2, 6, 11, 12 . . . . . p. 13, n. 2; 17, n. 1; 19, n. 7; 25, n. 1 e 2.  
fr. 3 princ. § 2, 11 . . . . . p. 19, n. 7.  
fr. 7 . . . . . \*
- XLIII 20. *De aq. quot. et aest.* . . . . . fr. 1 princ. § 10, 20, 29 . . . . . p. 13, n. 2; 19, n. 7.
- XLIII 21. *De rivis* . . . . . fr. 1 princ. § 9 . . . . . p. 19, n. 7.
- XLIII 22. *De fonte* . . . . . fr. 1 princ. § 6 . . . . . p. 19, n. 7.
- XLIII 23. *De cloacis* . . . . . fr. 1 § 7 . . . . . \*
- XLIII 24. *Quod vi aut clam* . . . . . fr. 11 § 12 . . . . . p. 4, n. 4; 19, n. 7.  
fr. 22 § 2 . . . . . \*
- XLIII 26. *De precario* . . . . . fr. 1 . . . . . p. 1; 2 e segg.; 9, n. 3; 24, n. 2.  
fr. 2 . . . . . p. 1, n. 1; 2; 7, n. 2; 8, n. 3; 9, n. 3; 12, n. 4 e 5; 13, n. 2.  
fr. 3 . . . . . p. 10, n. 8; 13, n. 2; 14, n. 3 e 4.  
fr. 4 . . . . . p. 2; 7; 9, n. 3; 10, n. 2, 7 ed 8; 12, n. 4; 17, n. 1 e 4; 26, n. 3; 29.  
fr. 5 . . . . . p. 10, n. 3 e 4.  
fr. 6 . . . . . p. 4, n. 3; 10, n. 5; 12, n. 4 e 5; 13, n. 1; 15, n. 1; 16, n. 1 e 2; 17, n. 1, 2 e 3; 26, n. 3; 29.  
fr. 7 . . . . . p. 5, n. 3.  
fr. 8 . . . . . p. 9, n. 3; 13, n. 3; 16, n. 2, 3 e 4; 17, n. 8; 18; 19, n. 4; 20, n. 6; 26, n. 3, 4 e 5; 27, n. 3; 28, n. 1 e 4; 29.  
fr. 9 . . . . . p. 9, n. 3.  
fr. 10 . . . . . p. 9, n. 3; 19, n. 5.  
fr. 11 . . . . . p. 4, n. 3; 10, n. 6.  
fr. 12 . . . . . p. 7, n. 4; 10, n. 1; 16, n. 3; 18, n. 1 e 2; 26, n. 3.  
fr. 13 . . . . . p. 17, n. 4; 26, n. 3.  
fr. 14 . . . . . p. 6, n. 3; 28, n. 4.  
fr. 15 . . . . . p. 7, n. 2; 8, n. 2; 10, n. 8; 12, n. 1 e 4; 13, n. 2; 14, n. 3 e 4; 21, n. 2; 23 e 24.



XLIII	26. <i>De precario</i> . . . . .	fr. 16 . . . . .	p. 17, n. 5; 26, n. 3.
		fr. 17 . . . . .	p. 12, n. 4; 19, n. 7.
		fr. 18 . . . . .	p. 15, n. 1; 29.
		fr. 19 . . . . .	p. 12, n. 4; 16, n. 5; 26, n. 3.
		fr. 20 . . . . .	p. 4, n. 4.
		fr. 21 . . . . .	*
		fr. 22 . . . . .	p. 3, n. 4; 5, n. 3; 7, n. 3; 12, n. 4 e 5; 15, n. 1; 17, n. 1, 2 e 7; 23, n. 1.
XLIII	31. <i>De utrobi</i> . . . . .	fr. 1 § 1 . . . . .	p. 19, n. 7.
XLIV	3. <i>De div. temp. praescr.</i> . . . . .	fr. 11 . . . . .	p. 18, n. 1 e 4.
XLIV	7. <i>De obl. et act.</i> . . . . .	fr. 16 . . . . .	p. 4, n. 2 e 3; 16, n. 5.
XLVII	2. <i>De furtis</i> . . . . .	fr. 14 § 11 . . . . .	p. 8, n. 4; 20, n. 1; 28, n. 1.
L	17. <i>De div. reg. iuris ant.</i> . . . . .	fr. 23 . . . . .	p. 7, n. 1; 8; 28, n. 1 e 5.
		fr. 45 princ. . . . .	p. 10, n. 7; 17, n. 1.

## CODICE

IV	54. <i>De pact. int. emt. et vend.</i> . . . . .	Const. 3 . . . . .	p. 4, n. 3.
IV	65. <i>De locato et conducto</i> . . . . .	Const. 33 . . . . .	p. 6, n. 1; 27, n. 2.
VII	39. <i>De praescr. XXX v. XL an.</i> . . . . .	Const. 2 . . . . .	p. 6, n. 1; 26, n. 5.
		Const. 7, § 7 . . . . .	p. 26, n. 5.
VIII	4. <i>Unde vi</i> . . . . .	Const. 10 . . . . .	p. 6, n. 1; 27, n. 2.
VIII	9. <i>De prec. et Salv. int.</i> . . . . .	Const. 1 . . . . .	p. 19, n. 7.
VIII	9. <i>De prec. et Salv. int.</i> . . . . .	Const. 2 . . . . .	p. 11, n. 3; 17, n. 8; 18.
VIII	27. <i>De distr. pign.</i> . . . . .	Const. 2 . . . . .	p. 4, n. 3.

## SOPRA ALCUNI FRAMMENTI DI DIRITTO ROMANO RECENTEMENTE SCOPERTI (\*)

(*Monatsbericht der K. preuss. Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Juni 1879 [Bollett. mensile della R. Accad. prussiana delle scienze di Berlino, giugno 1879], pagg. 501-518.*)

Nella seduta della sezione filosofico-storica dell'accademia delle scienze di Berlino, tenuta il 17 febbraio 1879, T. Mommsen presentò due fogli di pergamena contenenti frammenti di scritti di diritto romano pervenuti al r. museo con altre carte e papiri dal Fajum (Egitto) (1). Uno di questi fogli è semplice, l'altro doppio; ambedue peraltro in pessimo stato.

Il foglio semplice è scritto in due colonne con margini molto larghi; il carattere è unciale tendente al minuscolo, piuttosto simile a quello delle patenti imperiali nelle pandette fiorentine; forse appartiene al sesto secolo.

Il Mommsen, che lo ha decifrato con l'aiuto dei signori Krüger e Zange-meister, ne dà una fotografia ed un apografo ed una interpretazione, di che riferiamo un sunto.

Delle due facciate di questo foglio non si può giudicare qual sia la diritta e quale la rovescia. Nella facciata meglio conservata si ha in una colonna (2):  
 — — [Qui]riti / [um] — — — qui / — — — anos / — — — [e]x iu / [re  
 Quiritium n]ostrum / — — — egeretur / — — — os Latinos / — — — are  
 recte / [ex iure Q]uiritium pe / / [tet] — —  
 nell'altra:

— — tinius / natus — — thoe — — / ru — — — orum esset / Sed cum  
 lege de bo / nis rebusquae (3) eoru[m] / hominum ita jus di / cere iudicium  
 reddere / praetor jubeatur ut ea / fiant quae futura / forent si deditici /  
 orum numero facti / non essent uideamus / ne verius sit quod quidam / sen-  
 serunt et de uni / versis bonis et de singulis / /

(\*) Pubbl. in *Archivio giuridico*, 1879, vol. 23, pag. 461.

(1) Queste carte sono scritte in varie lingue, tra le quali due d'ignoto alfabeto. Non è meraviglia il trovare libri di diritto romano in Egitto; Giustiniano stesso ci dice che questo diritto s'insegnava in Alessandria. Const. *Omnem* § 7.

(2) Diamo il testo restituendo le abbreviature certe; il segno « / » indica il principio della linea nel manoscritto; la riga « — » la parte non leggibile; le parentesi « [ ] » la parte restituita per congettura dal Mommsen; le lettere d'incerta lettura sono in carattere tondo.

(3) Per *rebusque*.



Nella facciata opposta si legge solo nella prima colonna:  
 — est am — — — / restituendo deinde e[x] abundanti prae[ce] / pit praeto-  
 ribus uti e — / — n om — redderent.

e più sotto in grandi caratteri rossi:

*De iudiciis*

e nella linea dopo:

*lib. II*

Così finisce questa colonna; nell'altra, della quale non si ha che la parte inferiore, non si trova scritto nulla.

La collocazione di questo titolo *De iudiciis lib. II* induce a ritenere che esso non sia il titolo del libro susseguente, ma serva a notare la fine del libro precedente. È questa la prima volta che si trova un libro con questo titolo; ma sappiamo che libri di tal natura non mancavano (confr. GELLIUS, 14, 2). Non si può peraltro congetturare qual sia l'autore dei presenti frammenti. È possibile che appartengano a qualche scritto affine ai *Protribunation* di Ulpiano.

Dal frammento trascritto per primo poco si può ricavare; il confronto col secondo farebbe supporre che vi si trattasse della finzione di cittadinanza romana, per la quale il latino poteva esercitare azioni di diritto quiritario (GAIO, 4, 37) come p. es. l'*actio furti*.

Il secondo frammento insegna anzitutto che la categoria di coloro qui *dediticiorum numero sunt* non era composta solo degli schiavi manomessi che, per reati commessi nel tempo della servitù, non potevano acquistare la cittadinanza nè la latinità; poichè l'azione data contro persone di questa categoria, con la finzione che non vi fossero entrate, non poteva aver senso, se non quando la loro condizione anteriore fosse stata migliore.

Quali siano queste persone le nostre fonti non dicono espressamente, ma sarebbe stato facile il trovarlo anche senza il nostro frammento. Da una parte il *dediticius* è definito *peregrinus nullius certae civitatis civis* (ULPIANO, 22, 14); d'altra parte per diritto imperiale con la *aquae et ignis interdictio* si perdeva la cittadinanza romana e non se ne acquistava altra (ULP., 10, 3; GAIO, 1, 128). Onde chi ha sofferto la *capitis deminutio media* è *dediticiorum numero*, e l'azione di cui si tratta è quella contro l'*exul* o piuttosto, poichè a questa pena va congiunta la confisca, contro il successore di lui, il fisco o il *bonorum emptor*, (se i beni restavano all'*exul* si agiva contro di lui) (Dig. 48, 22, 14, 3).

Gaio (4, 38) ci parla di una simile finzione per la *capitis deminutio minima*, ma non è dubbio che lo stesso doveva essere per le altre *capitis deminutiones*; il nostro frammento ci dà la procedura nel caso di *capitis deminutio media*.

Non si può determinare la controversia accennata alla fine del frammento forse si tratta non solo dell'azione dei terzi contro l'*exul*, ma anche dell'azione del successore di lui contro i terzi, il quale poteva così trovarsi in caso di dovere esercitare un'azione universale, p. es. ereditaria.

Nulla si può stabilire circa l'ultimo frammento.

Il sig. P. Krüger ha decifrato il contenuto del foglio doppio. Una parte tratta della tutela, l'altra della *bonorum possessio contra tabulas*. Il carattere delle due parti è unciale simile al Gaio veronese; ma quello dello scritto sulla tutela è grande circa il doppio dell'altro, avendo 6 righe per 11 di questo. Ciò farebbe credere trattarsi di due opere diverse, sebbene congiunte nel foglio. Inoltre parecchie righe intestate *Paul.* potrebbero far supporre essere

questa una raccolta di estratti come le *Pandette* e i *Fragmenta Vaticana*. Ma nulla di ciò è vero.

Del frammento sulla *bon. possessio* alcune righe concordano col Dig. 37, 5, 22; ond'è chiaro che esso appartiene al quinto libro dei Responsi di Papiniano; e le righe seguenti, che cominciano con *Paul.* potrebbero allora contenere le Note che ognuno sa aver Paolo scritte ai Responsi di Papiniano, tanto più che non vi si legge alcuna citazione di opera onde siano estratte.

Come poi dal Digesto si ricava aver Papiniano nello stesso libro quinto trattato della *bon. possessio contra tabulas* e della tutela, è probabilissimo che anche l'altro frammento sopra la tutela appartenga a quest'opera.

Ecco pertanto come si leggono i due testi:

[ius] / civile nepotibus qu — — [bonorum possessionem pete] (1) / re non cogitur nemin — — — / nepos ut filius sem [issem] — — — / ne minui talis (2) est uit — — — / qui ex filiae persona se — — — / c̄ (3) doli placuit eme — — — / [s]criptus is filius per fr[atrem emancipa] / tum ac praeteritum e — — — — / contra tabulas solus possessionem — — — — [ex] / trariis legata praesta[re] (4) — — — — / commisise (5) uidetur q[uam?] — — — — / t[um?] patris tueri potu — — — — / idque optimi maximi que principe[s] nostri rescripserunt idemque sententia] / diui Hadriani in persona co — — — — /. [lata?] demonstravit (6). Bonorum possessio[n]e contra tabulas praeterito filio data scri] / ptus heres alter filius q[ui] possessionem ac] / cepit uel iure civil[i] contentus non] / accepit legata praecipu[a non habe] / (7) bit.  
 / Paul[us] egot filio qui — — — — / potuit contra seruab[itur] — — — —  
 / Paul[us] c̄ ḡ-t filio — — — — — / tere contra seruabit[ur] — — — — / um — — — — — / ueb — — — — —  
 / Paul[us?] — mc-s-n — — — — [acce] / pta bonorum [possessione] contra tabulas aut intestati [dotem fra] / tribus [con]ferre non cogitur (8).

E nella facciata opposta:

— [p] / ossessionem haberet ideoque [liberis et pa]rentibus (9) primo lo[co] legata r[elicta] praestabit, quae non praesta[ret si con] / dicio institutionis de[fe]cisset (10) — — — — / adierunt tabulis quoque non si[gnatis] bonorum possessio de]fertur nam (11) ne nuncup[atione] quidem] — — — — / possessio eius ualuit non m[agis] quam] / et si primus gradus — — — — — (12).  
 — — — — / io exheredatus non fuit pu — — — — — [contra] / nuncupationem peti posse bonorum possessionem — — — — — [quart] / a enim non offenditur cum [script] / us heres qui legem excl[udit] — — — — — / aria.  
 — — — — [f]acto nepos alium ex — — — — — / s substitutus contra t[abulas] bonorum possessionem acce] / pit quoniam in pr — s — — — — — [ab a] / uo prae-

(1) Forse anche [bona confer] o [dotem confer].

(2) Forse nem invita lis.

(3) causa o [ex] ceptione (nem?).

(4) Confr. Dig. 37, 5, 15, 1.

(5) Il mscr. ha commisisc.

(6) Dig. 37, 5, 22.

(7) A questo punto vi è una glossa: Pimp. ελθοντας emancipatu praet.

(8) Confr. Dig. 37, 7, 3, 5.

(9) Il mscr. ha rentibus, ma il primo s è annullato..

(10) Nota marginale greca poco decifrabile.

(11) Il mscr. ha l'abbreviatura di enim, o nisi, o nihil.

(12) Altra glossa greca marginale.

teritus est euo (1) ——— [suc] / cessurum ——— / i in iure honorario  
potest ——— / e immo successit.

——— / [p]utat qui negat ne —— / ut-s in rupto testamento —— /  
possessionem sed contra tabulas —— (2) / lior uidet[ur] i —— / pa-  
tibus qui pos[sessionem acci] / pere potuit intestati [contra tabulas] / pos-  
sessionem accepit ad —— afu ——.

Del frammento sulla tutela, in verità, poco importante per la poca parte leggibile, il Krüger non ci dà che un apografo, che io cercherò di trascrivere qui con lo stesso metodo:

Tutores absentī ——— / XIII inplesset —— / ratores sui ad ——  
—— / runt iust — c —— / neque offici —— tum (3) placuit ut ——

——— / Post mortem fu —— / ratorem —— / cessitam —— / nul-  
lam —— / onem fuci —— / tu —— / r l. ——

——— / Tutor —— / si —— / p —— / d ——  
/ Pos[t?] ——.

E nella facciata opposta:

o c dir — pr — uisse e —— / trationem ad e os r —— / s s c  
qui tutelam (4) —— / ent —— / ui pu-  
pillum —— / ti — t b —— i c (5) —— / rii ——

r e di —— / qui nor — ato is.  
—— / ris tutori —— / can an ——  
/ ius um —— / —— / ——  
—— ss ——.

(1) Ovvero *eum*.

(2) Tracce di scolio greco.

(3) Ovvero *tem*.

(4) Sopra questo tre le righe un altro *t*.

(5) Ovvero *e*.

## SULLA CONST. 2 COD. QUÆ SIT LONGA CONSUETUDO E LA SUA CONCILIAZIONE COL FR. 32, § 1, DIG. DE LEGIBUS: DIFESA DI UN' ANTICA OPINIONE (\*)

Nel vol. XXII, pag. 269-273 dell'*Archivio giuridico* l'avv. Giuseppe Mazzara propose una nuova interpretazione della const. 2, *Quae sit longa cons.* 8, 52 (53), ed il prof. Lando Landucci nella sua bibliografia sul libro *Della interpretazione* del prof. Carlo Negroni nello stesso volume, pag. 290, accennava alla medesima idea sostenuta dal Mazzara. La nuova interpretazione consisteva nel dare alla parola *ratio* della const. 2 cit. il significato di *naturalis ratio*, alla parola *lex* il significato di *ius naturale*; per modo che Costantino avrebbe in quella costituzione stabilito che la consuetudine può bensì abrogare una legge positiva civile, ma non può opporsi alla *naturalis ratio* e al *ius naturale*.

Io, pur riconoscendo la gratitudine che si deve a chiunque si sforzi di portar nuova luce su questa dibattuta questione, non posso nascondere che mi sembra inaccettabile la nuova spiegazione, e che vorrei non si perdesse memoria di una molto antica, che reputo esser la sola vera.

Convien tenere presente il testo della nostra costituzione: *Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento ut aut rationem vincat aut legem*.

*Aut... aut* dice il testo; dunque tratta di due soggetti diversi; ma, se noi alla parola *lex* diamo il significato di *jus naturale* e alla parola *ratio* quello di *jus gentium* o *naturalis ratio*, cadiamo in una ripetizione, poichè questi tre termini *jus naturale*, *naturalis ratio*, *jus gentium* sono identici. Nè ci si opponga la tripartizione di Ulpiano riprodotta anche da Giustiniano, per la quale il diritto si divide in *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile*; poichè ognun sa esser questa tripartizione un tentativo non molto ben riuscito, e piuttosto filosofico che giuridico; tentativo che non ebbe molti seguaci tra i giureconsulti, la massima parte dei quali faceva del *ius naturale* e del *ius gentium* una cosa sola. Che la tripartizione poi non si possa adattare al nostro testo, mi pare che risulti chiaramente a chi ripensi quale era il contenuto del *ius naturale* nella tripartizione di Ulpiano: *quod natura omnia animalia docuit... hinc*

(\*) Pubblic. in *Archivio giuridico*, 1880, vol. 24, pag. 420. [Cfr. a pag. 302, la memoria *Della C. 2, Quae sit longa consuetudo*, 8, 57 (53)].

*descendit maris atque feminae coniunctio... hinc liberorum procreatio, hinc educatio etc.* (fr. 1, § 3, *de iust. et iure*, 1, 1). Come mai Costantino in un rescritto poteva pensare a siffatto *ius naturale*? Come mai poteva darsi una *consuetudo*, un *usus longaevus* contrario a tal diritto?

D'altronde l'attribuire questo significato alla *lex* mi pare cosa molto ardua, nè conviene far troppo a fidanza col frammento di Marciano 2 *de legg.* 1, 3, che riporta le greche definizioni del νόμος; la definizione più seria della *lex* ci è data da Papiniano nel fr. 1. *ibid.*, da Giustiniano nel § 4 *Inst. de iur. nat.*, 1, 2, da Gaio, *Inst.* I, 3; e per tutti questi la *lex* è legge positiva scritta. Tal significato pure deve avere nella nostra costituzione, dove è contrapposta alla *ratio*, se a questa *ratio* diamo il senso di *naturalis ratio*. Simile contrapposto tra *lex* e *natura* abbiamo in Gaio, III, 194: « *Sunt qui scribunt furtum manifestum aut lege (intellegi) aut natura* »; e qui *lex* senza dubbio è legge positiva.

Nè più solido reputo l'argomento portato dal Mazzara, che la congiunzione *aut* sia aggiuntiva, e che « sembrerebbe strano il concetto » che dopo la *ratio* « sotto la parola *legem* non si volesse intendere che la legge positiva ». Anzitutto non so rendermi ragione perchè dopo il secondo *aut* sia necessario aspettare un concetto più generale della *ratio*; in secondo luogo poi conviene ricordare che la legge positiva poteva bene sembrare qualche cosa di più grave che la *ratio* indeterminata, la quale deve sempre rimettersi all'apprezzamento del giudice.

Ma quale sarà allora l'interpretazione della const. 2 citata?

La difficoltà, com'è noto, nasce dal confronto col fr. 32, § 1, *de legg.*, 1, 3 del giureconsulto Giuliano: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declarat an rebus ipsis et facto? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

Supponiamo per un momento l'esistenza di una vera antinomia: a quale di queste due leggi dovremo dare la prevalenza, al rescritto di Costantino o al testo di Giuliano? Certamente a quest'ultimo, perchè nella collezione giustiniana è costantemente riconosciuto che la *desuetudo* abroga la legge (1); e non solamente in frammenti di antichi giuristi come Ulpiano fr. 27, § 4, *Ad leg. Aquil.*, 9, 2: *Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit*; e Callistrato fr. 1, § 1 *de interrog.*, 11, 1: *Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur... in desuetudinem abierunt*; ma in testi dello stesso Giustiniano come nel § 11 *Inst. de iur. nat.* 1, 2 dove la massima è solennemente ripetuta: *Ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata*; nel § 3 *Inst. de libert.* 1, 5: *Sed dediticiorum quidem pessima condicio iam ex multis temporibus in desuetudinem abiit*; nel § 7 *Inst. de iniuriis*, 4, 4: *Sed poenam*

(1) Era questo un principio antico nel diritto romano. Veggasi GAIO, I, 111: *Sed hoc totum ius (ossia la conventio in manum mariti) partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.* II, 103: *Sed illa quidem duo genera testamentorum (calatis comitiis e in procinctu) in desuetudinem abierunt.* III, 17: *...totum gentilicium ius in desuetudinem abisse...*

*quidem iniuriae quae ex lege duodecim tabularum introducta est in desuetudinem abiit*; nella const. 1 (*Deo auctore*) § 10 *de vet. iur. enucl.*, 1, 17: *Sed et si quae leges in veteribus libris positae iam in desuetudinem abierunt...*; nella const. *Haec quae necessario* § 2: *... illis etiam quae in desuetudinem abierunt...*; nella const. un. § 1 *de cad. toll.*, 6, 51: *lex Papia... per desuetudinem abolita*; e nella Nov. 89 c. 15, dove è notevole che il principio si applica ad una costituzione dello stesso Costantino autore della nostra const. 2, *Quae sit long. cons.: Quare licet a Costantino pia memoriae in constitutione ad Gregorium scripta quaedam de his liberis tradita sint, illa non recipimus, quia desuetudine etiam sublata sunt* (ἐπειδὴ καὶ διὰ τῆς ἀχρηστίας ἀνήρηται). Se dunque è provato che secondo Giustiniano la desuetudine abroga le leggi, chi vuol tentare di conciliare i due testi, che ci siamo proposti, deve farlo in modo da salvare questo principio.

Il Mazzara riferisce quattro diversi tentativi di conciliazione; ma non sarà inutile il passare in rassegna anche le altre soluzioni date per avere un quadro dello stato attuale della questione.

1) Il più antico tentativo è quello di distinguere tra *consuetudo* e *desuetudo*. Veggasi infatti lo scoliasta detto Enantiophanes ai Basilici, lib. II, tit. 1, cap. 42 (HEIMBACH, I, pag. 39). Confr. A. FABER, *Rationalia ad Pandectas* ad l. 32, I, 3; ELVERS nella *Juristische Zeitung*, 1828, n. 95, 96; REINHARDT, *Ergänzungen zu Glück*, I, p. 147 segg.; SCHWEITZER, *De desuetudine*, Lipsia 1801 (1).

Ma quest'opinione, già combattuta prima da CUIACIO, *Comm. in Cod.*, VIII, 52 ad l. 2, e da molti altri, è insostenibile per le ragioni addotte dal MAZZARA, *loc. cit.*, § 2, ed anche perchè nella *consuetudo contraria* è sempre compresa la *desuetudo*, poichè sarebbe impossibile di usare in modo diverso senza non usare a quel dato modo.

2) Altri cerca una conciliazione storica, sostenendo che ai tempi repubblicani la desuetudine poteva abrogare la legge, ai tempi monarchici non poteva. Così PLACENTINUS in *Summa Cod. tit. quae sit longa cons.* riferito anche nella *Glossa*, ad l. 2 Cod. *quae sit etc.*, e dietro a lui parecchi altri, tra i quali in apposita dissertazione WACHS (praes. Pagenstecher), *De vi atque auctoritate consuetudinis etc.*, Marb. 1748.

Ma quest'opinione cozza contro il principio da noi dianzi stabilito, e d'altra parte non si saprebbe intendere, come mai Giustiniano avesse introdotta la l. 32, § 1, nei Digesti, e con tanta attenzione che pare sia stata anche interpolata da Triboniano (alle parole *suffragio legislatoris*).

3) Appena merita menzione l'opinione di Martino riferita nella *Glossa*, il quale vorrebbe riferire il fr. 32 all'abrogazione di una consuetudine scritta o *ius municipale*, la const. 2 ad una legge scritta *in corpore iuris*.

4) Lo stesso dicasi dell'altro vano tentativo così espresso nella *Glossa*: *Si lex est sola et consuetudo ei contraria ut tunc legem abroget; an vero lex lata postea sit consuetudine roborata et sic contraria consuetudo postea inducta a lege vincatur.*

5) Del pari senza fondamento è la sesta conciliazione riportata nella *Glossa*, che la consuetudine vince la legge, quando il popolo la usa *ex certa scientia*

(1) Affine a quest'opinione è quella di CONNANO, *Comm. juris civilis*, lib. 1, c. 10, Neap. 1724, vol. I, pag. 42; secondo il quale per desuetudine la *lex antiquatur non abrogatur*; il che non può avvenire per *consuetudo contraria*.



e non quando la usa *ignorans*; senza fondamento dico, non già per la ragione espressa da Accursio « *quia melioris conditionis esset populus delinquens quam innocens* », ma perchè la volontà di costituire un determinato diritto, la quale è base della consuetudine, si deve avere anche nel popolo *ignorans*, e in questa volontà è implicita quella di non seguire un diritto diverso.

6) Più seria pare l'opinione che la consuetudine ragionevole vinca la legge, non l'irragionevole. Il primo embrione di questa si trova pure nella *Glossa*. L'hanno poi seguita MEIER, *Collegium Argentoratense*, lib. I, tit. III, n. 38; CYRILLUS, *ad lib. I Institutionum* (Neap. 1740), pag. 19, 20. Essa si fonda sulle parole *sui momento* che interpreta *per se sola senza l'aiuto della ragione*. Ma allora resta inesplicabile perchè nella const. 2 si dica *aut rationem aut legem*.

7) Ha il suo primo fondamento nella *Glossa* anche il parere di coloro che vogliono che la consuetudine possa abrogare le leggi dispositive o sussidiarie o dichiarative che si vogliono chiamare, non possa invece le assolute siano imperative, siano proibitive. Tali sono SCHWEPPE, *Röm. Privat-Recht*, vol. 1, § 34; MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch*, § 39; FRITZ, *Erläuterungen zu Weining-Ingheim*, I, pag. 38. Ma le parole del fr. 32 e della const. 2 sono troppo generali per ammettere queste distinzioni, troppo generale è la ragione addotta da Giuliano nel fr. 32; e d'altronde la differenza tra le leggi dispositive e le assolute non sta certo nella maggior facilità di abrogazione, ma solo nella possibilità del patto privato contrario.

8) Dai glossatori finalmente ha origine la distinzione tra consuetudine generale e speciale, alla quale si attevano Iohannes, Azone ed Accursio. I due più strenui difensori di questa distinzione sono DONELLO, *Comment. iuris civilis*, lib. 1, cap. 10, e SAVIGNY, *System*, vol. I, § 25 e appendice 2<sup>a</sup>. Essa è oggi seguita anche dal WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, § 18, nota 2.

Donello sostiene che nella const. 2 si parla della *consuetudo* e della *lex* in genere, cosicchè la *consuetudo* in genere non ha maggior forza della legge in genere; sicchè la consuetudine inferiore, come p. e. quella particolare, non potrà abrogare la legge superiore, come è la generale; ma la consuetudine particolare potrà abrogare la legge particolare, e la consuetudine generale la legge generale.

Il Savigny soggiunge che le parole *non vilis* della const. 2 accennano ad una consuetudine di non grave valore, qual'è quella particolare, e che d'altronde al tempo di Costantino non potevano darsi più nell'impero romano consuetudini generali. Egli poi interpreta la *ratio* e la *lex* come principî di ordine pubblico espressi (*lex*) o non (*ratio*) in una legge positiva. Ma di tutta questa ingegnosa architettura non pare vi sia traccia nella const. 2, poichè le parole *non vilis auctoritas est* difficilmente s'intenderanno come dispregiative, e Costantino dice semplicemente che la *consuetudo* non vince la *lex* senza far distinzioni. Che poi anche sotto l'impero si potessero dare consuetudini generali, ne abbiamo la prova in tutti quei testi da noi citati per istabilire che secondo Giustiniano la *desuetudine* abroga la legge.

9) CUIACIO, *Paratitla in Cod. l. 2 VIII*, 52 (Prato 1839, vol. 8, col. 1292 seg.) e *Comm. in Cod. ad l. 2 VIII*, 52 (vol. 9, col. 2020 seg.) pensa che la const. 2 parli di una consuetudine non ancora bene stabilita ed avvalorata dal tempo. Seguono questo parere ZOESIUS, *Comment. ad Inst.*, lib. 1, tit. 2, n. 37 (Venetiis 1757, p. 38); *Comm. ad Dig.*, lib. 1, tit. 3, n. 98 (Venet. 1758, vol. I, p. 41), e recentissimo BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, § 33 (2 ediz.,

Erlangen 1873, vol. 1, p. 130). A ciò si riducono pure le distinzioni fatte tra consuetudine prescritta e non prescritta, e riconosciuta o no *in contradictorio iudicio*, che trovansi in OLDENDORP, *Consilia*, I, 3; SCHILTER, *Praxis Rom. exercit.* 2, § 21; KIND, *Quaest. forens.*, I, 38 (1). Ma anche questa opinione è poco conforme al testo della const. 2, la quale parla appunto di *consuetudo ususque longaevis*, cui attribuisce una *non vilis auctoritas*. E poi come mai poteva nascere il dubbio che una consuetudine, la quale non ha nessun valore, perchè mancante di uno degli elementi necessari, ne avesse poi uno tanto forte da abolire le leggi?

10) Altri ha ammesso che la consuetudine avesse forza abrogativa soltanto se conosciuta e tacitamente approvata dal sovrano. Così GROLMANN, *Magazin für die Philosophie des Rechts*, vol. 1, parte 2, n. 5; THIBAUT, *System.*, § 17; BRAUN, *Erörterungen*, pag. 27 segg. Con ciò si tende a togliere ogni valore alla consuetudine come tale e a riconoscerla soltanto quando sia diventata espressa o tacita volontà del sovrano. Di ciò non v'è traccia nel diritto romano, e specialmente poi nella Const. 2.

11) È opinione dello HÜBNER, *Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner*, pag. 167, che la const. 2 parli di una consuetudine che contenga l'erronea interpretazione di una legge. Ma come si può restringere tanto il testo di questa costituzione? E poi nella lotta tra gli interpreti d'una legge, come si può parlare di vincere o non vincere la legge medesima?

12) Il GESTERDING, vol. 3, n. 18, *Arch. f. die civ. Pr., Ausbeute von Nachforschungen etc.*, vol. 2, pag. 151, seguito dallo JÄGER, *Giesser Zeitschrift*, vol. 9, pag. 430, crede che la parola *vincere* nella const. 2 non significhi *abrogare*, ma riguardi un conflitto di natura affatto diversa tra la consuetudine e la legge. Egli figura il caso che sopra due diverse specie esistano disposizioni di diritto legale per l'una, consuetudinario per l'altra. Se venga a nascere una terza specie, per la quale non vi sia disposizione espressa di diritto positivo, e alla quale si possa per analogia estendere così il principio della legge come quello della consuetudine già esistente, dovrà prevalere, *vincere*, la legge. Ma anche di questo artificioso edificio nulla traspare nella const. 2. La parola *vincere* non esclude necessariamente il concetto di abrogare; DONELLO, *loc. cit.*, I, 10, 6, p. 69, ne porta un esempio tratto dal lib. 2 degli Annali di Tacito. D'altra parte da nessun altro testo romano si potrebbe trarre argomento per dare siffatta prevalenza alla legge sulla consuetudine. In un conflitto come quello immaginato dal Gesterding, sarebbe necessario ricorrere alle regole generali dell'interpretazione, anzichè applicare sempre di preferenza la legge.

13) Il PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, vol. 1, pag. 81, vol. II, 199 segg., *Vorlesungen*, § 14 e appendice I, preceduto già in sostanza dal HOFACKER, *Principia iuris civilis*, I, § 122, nota 6, distingue tra diritto consuetudinario e *consuetudo*, intendendo per questa la ripetizione di atti priva della essenziale persuasione giuridica. Il diritto consuetudinario potrebbe abrogare la legge, la consuetudine così fatta no. Ma come potremo noi attribuire a tale consuetudine od uso antico una *non vilis auctoritas*? un *momentum* qualunque?

(1) Forse su questi giuristi ha non poco influito il diritto canonico. Confr. cap. ult. X *de consuet.* 1, 4.

14) Il VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, vol. 1, § 16, annot. (7<sup>a</sup> ediz., ristampa del 1876, pag. 44), affermando più precisamente un principio prima da qualche autore accennato (1), opinò che la const. 2 si riferisce ad una legge nella quale espressamente si vietasse il sorgere di una consuetudine contraria. Quest'opinione ha trovato favore in Italia ed è accettata dall'illustre mio maestro prof. DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano* (Napoli 1869, 2<sup>a</sup> ed.) § 8, annot. 2, vol. I, pag. 23 segg., e dal FULCI, *Sulle disposizioni relative alla pubblicazione, interpretazione ecc.* (Messina 1879) § 88, nota 1, pag. 142. Ma si può rispondere che di leggi munite di tal clausola non se ne fanno, sicchè non credo che se n'abbia esempio fuorchè nel medio evo, e se si facessero, la clausola stessa non potrebbe dar loro maggiore valore. Tal clausola del resto è implicita in ogni legge, ed evidentemente poi in ogni legge imperativa o proibitiva. Questa opinione dunque non sarebbe altro che una speciale applicazione del principio già da noi combattuto sotto il numero 7. Finalmente la const. 2 parla di *lex* in generale, e non accenna punto a clausole speciali.

15) Ho riserbata per ultimo l'opinione che io sono disposto a difendere. Secondo noi nella const. 2 non si dice altro se non che una consuetudine non può resistere ad una legge che la abroghi, sicchè non vi si contraddice minimamente alla legge di Giuliano: questa dichiara che la desuetudine può abrogare la legge, la const. 2 dichiara che la legge può abrogare la consuetudine. Tale opinione è stata già sostenuta dal PICHARDUS, *Renovata commentaria in IV Institutionum libros* (Lugduni 1671), § 11, tit. II, lib. I, n. 2, vol. 1, pag. 20 (2); NOODT, *Commentar. ad Pandectas*, lib. 1, tit. III; AVERANIUS, *Interpretationes*, lib. II, cap. 1, n. 3 segg.; HILLIGER, *ad Donellum*, l. 10, citato; HEINECCIUS, *Pandectae*, § 105, nota; JO. HARPPRECHT, *Comm. in IV lib. Instit.*, lib. I, tit. II, §. sine scripto n. 50; KEMMERICH, *De probat. Consuetud.*, Sect., I, § XIII, nota c; HÖPFNER, *Commentar über die Institutionen*, § 58; GLÜCK, *Ausführl. Erläut. des Pandecten*, lib. 1, tit. 3, § 93 (2<sup>a</sup> ediz., vol. 1, pag. 516 segg.); GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gem. Civilrecht*, vol. I, §. 25; BUSCH, *Beiträge zur Lehre von dem Gewohnheitsrecht etc.* nell'*Arch. für die civilistische Praxis*, vol. 27 (anno 1844), pag. 197-215; P. CONTICINI, *Lezioni di Pandette*, raccolte da F. SERAFINI (Pisa 1876), vol. 1, pagina 19 segg.; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2<sup>a</sup> ediz., vol. 1, § 33, pag. 130 (3).

Le principali obiezioni fatte contro questa opinione sono: 1<sup>o</sup> che essa è troppo semplice; Costantino, dice il SAVIGNY, *loc. cit.*, non ha mai voluto esprimere una verità così triviale; 2<sup>o</sup> che non ve n'è traccia nella legge; 3<sup>o</sup> che non si confà colle parole *aut rationem aut legem*. Così il PUCHTA, *loc. cit.*

Io mi proverò cogli argomenti vecchi e con altri che credo nuovi, a confutare queste obiezioni e a dimostrare l'ammissibilità della conciliazione.

(1) Vedi p. e. ZOESIUS, *Comm. in Cod.* (Venetiis 1757), lib. VIII, tit. 53, pag. 551, alle parole *Accipiendum autem*.

(2) A mia notizia il Pichardo è il primo che abbia sostenuta l'opinione qui esposta; la prefazione del libro citato è datata dall'anno 1600.

Io ho cercato di enumerare con diligenza i seguaci di questa opinione, ma non ho certo la pretesione di averne fatta l'enumerazione completa.

(3) Ho già citato il Brinz sotto al numero 9; egli infatti espone due opinioni sulla nostra questione.

Che ci si muova il rimprovero di troppa semplicità nella soluzione del problema è cosa piuttosto strana; a me pare che questo rimprovero sia il maggior elogio della nostra soluzione; essa si concilia perfettamente coi termini generali del fr. 32 § 1, I, 3 e col principio della abrogazione delle leggi per mezzo della consuetudine, che noi abbiamo veduto pienamente accettato da Giustiniano. Forse si vorrà dire che l'imperatore non si sarebbe data la pena di esprimere una cosa così facile ad intendere, ma a ciò è già stato risposto che quello di Costantino è un rescritto, anzi probabilmente una parte di rescritto, sicchè non contiene altro che la risposta ovvero la motivazione della risposta ad una domanda fatta da Proculo. Il Noodt, seguito dallo Heineke e dal Glück, ha pure immaginato verosimilmente il caso proposto a Costantino. Proculo era proconsole dell'Africa, come ci insegnano le iscrizioni di varie leggi specialmente del Codice Theodosiano; è probabile ch'egli avesse ricevuto qualche mandato da Costantino riguardante la nuova religione di Stato; contro questo mandato i sudditi si richiamavano alle antiche consuetudini, come ci attestano molti autori ed oratori del tempo e come ottimamente spiegò già JAC. GOTHOFREDO, *Comm. Cod. Theodosiani ad l. un. De longa consuetudine*. Poteva dunque darsi che mosso da queste obiezioni Proculo avesse interrogato l'imperatore.

Ma lasciando anche stare siffatte congetture, ci possiamo facilmente render conto della difficoltà elevata. Una consuetudine antica e irradicata, quale dev'esser quella che ha forza di legge, non si estirpa in un momento promulgando leggi contrarie. Essa continuerà a manifestarsi anche dopo per qualche tempo. Allora in uno Stato quale il romano, dove la consuetudine era ritenuta normalmente come fonte di diritto, dove di essa Paolo aveva detto (fr. 36 de legg. 1, 3): « *Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere* »; doveva nascere il dubbio che la consuetudine, perseverante nonostante la legge, dovesse ancora valere come diritto. Contro questa idea Costantino scrisse la costituzione 2, e Giustiniano l'inserì nel suo codice.

Si dice che di tutto ciò non v'è traccia nella legge. Ma potrei rispondere che nella legge non v'è neppure nulla che vi faccia ostacolo, cosicchè è da accettare una spiegazione che la mette in armonia con tutto il resto della compilazione giustiniana. Peraltro credo che dal testo della costituzione si possa cavare qualche argomento a noi favorevole. *Sui momento*, essa dice, ossia *per propria forza, per propria importanza*, la qual cosa ci significa che la consuetudine non può vincere la legge solo per la sua natura di consuetudine. Ciò si accorda perfettamente con quello che ho detto più sopra della ragione per la quale poteva sorgere il dubbio che la consuetudine dovesse prevalere anche contro una legge contraria posteriore. La consuetudine dunque, secondo Costantino, *sui momento* non vince la legge, esse sono di forza uguale; ma come la legge posteriore abroga la legge anteriore, sebbene in genere la legge sia uguale alla legge, così la legge posteriore abrogherà la consuetudine anteriore, e la consuetudine posteriore abrogherà la legge anteriore.

Un altro argomento mi pare che si possa trarre dalla parola *valitura*. Costantino ci dice che la consuetudine è (*est*) di grande autorità; ma per propria forza non *varrà* (*valitura*) a vincere una legge. Non nego che questo mutamento di tempi nei verbi potrebbe esser casuale; ma si dovrà pure ammettere che esso si presta mirabilmente alla nostra spiegazione, che perciò acquista una speciale importanza. Una consuetudine dunque ha valore



al presente, ma in futuro non prevarrà alla legge; ciò indica che la legge verrà in futuro ossia posteriormente alla consuetudine. Eccoci giunti allora alla conclusione che la consuetudine, perchè tale, non vince una legge posteriore ad essa contraria.

Inoltre non è da dimenticare che Costantino non ha espressamente usato il verbo *abrogare*, ma ha detto *vincere*. Ora sebbene *vincere* possa ottimamente significare *abrogare* (come ho già ammesso più sopra) pure non significa questo necessariamente; epperò si potrebbe anche dire che Costantino usò *vincere* e non *abrogare*, appunto perchè non si trattava di sapere se la consuetudine poteva o no abrogare una legge anteriore.

Non credo che sia un ostacolo grave quello che nella const. 2 sieno parificate la *ratio* e la *lex*. Si dice dai nostri avversari che la *ratio* è unica e non può essere anteriore o posteriore alla consuetudine e perciò neppure rispetto alla legge si possa far distinzione di tempo.

Ma, se pure si voglia ammettere questa precisa parificazione nei rapporti della *consuetudo* colla *ratio* e colla *lex* secondo la const. 2, il che non parmi tanto necessario, si può replicare che effettivamente anche rispetto alla *ratio* può darsi che la consuetudine sia anteriore. Infatti che cosa può significare questa *ratio*? Secondo il SAVIGNY, *loc. cit.*, vuol dire principio di ordine pubblico. Ecco dunque che, attenendoci a questa interpretazione di uno dei nostri avversari, ognuno vede come possono in ogni tempo, e perciò anche dopo che si è stabilita una consuetudine, sorgere nuovi principî di ordine pubblico specialmente in materia politica, e, ai tempi di Costantino, in materia religiosa.

Secondo il BUSCH, *loc. cit.*, la *ratio* della const. 2 significa nuovi principî giuridici non espressi, ma per interpretazione desunti da una nuova legge. Di questo significato si hanno altri esempi nel diritto romano (confr. Brissonius a questa parola); esso è dunque accettabile; ed anche così la *ratio* può essere posteriore alla consuetudine.

Ed anche se si voglia a questa parola così poco determinata dare il senso di *naturalis ratio*, non è punto impossibile di provare che talora potrebbe essere la *naturalis ratio* posteriore alla consuetudine. Il concetto della *naturalis ratio* è tutto soggettivo; esso si viene storicamente svolgendo, e il diritto romano ci insegna come i principî di questa *ratio* venissero lentamente a poco a poco riconosciuti. Per la qual cosa, anche a volere ammettere l'esistenza di una giuridica ragion naturale, essendo certo che la conoscenza ne è acquistata gradatamente e non potendosi applicare se non quando sia conosciuta, può ottimamente darsi che una consuetudine perda la sua efficacia perchè col tempo essa si dimostri contraria alla *naturalis ratio*.

La cosa ci apparisce chiarissima, se accettiamo l'ipotesi del Noodt, da me più sopra esposta, poichè i principî religiosi nuovamente introdotti da Costantino erano per lui dipendenti dalla *naturalis ratio*, eppure erano nuovi. E se non vogliamo accettarla, dobbiamo pure riconoscere in essa un caso, che, anche immaginario, ci dimostra la possibilità di una *ratio* posteriore alla consuetudine.

Concludendo, ecco la spiegazione della const. 2, *Quae sit longa cons.*, 8, 52 (53): « Non è vile l'autorità della consuetudine e dell'uso inveterato; ma la sua forza non sarà tanto grande da valere contro principî giuridici e contro leggi nuove contrarie, o, se si voglia, contro principî presenti o futuri di ragion naturale e contro leggi future ».

Prima di chiudere questo articolo mi sia lecita un'altra osservazione.

È notevole che in tutti i testi da me citati, nei quali si stabilisce il principio che la consuetudine può abrogare la legge, questa consuetudine è chiamata *desuetudo*. Il Dirksen nel suo *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romani* spiega la parola *desuetudo* come *consuetudo abrogans*. Io credo che effettivamente questa sia la giusta definizione della *desuetudo*. I più ritengono che il solo contenuto di essa sia quello di *non uso*; su questo significato anzi si fonda l'opinione da me combattuta sotto il n. 1. Ma chi bene esamini il contenuto delle diverse *desuetudini*, delle quali parlano i nostri testi, vedrà che parecchie sono contrarie a leggi proibitive, come la *lex Papia*, la *lex Aelia Sentia* ecc. Ora la consuetudine contraria ad una legge proibitiva ha evidentemente un contenuto positivo. Nella parola *desuetudo* vi ha dunque un elemento di contrarietà e di posteriorità. Ciò ammesso, il fatto che nella nostra const. 2 si parla di *consuetudo*, laddove nelle altre si parla di *desuetudo*, ci dimostra che il rapporto di tempo tra la consuetudine e la legge è in esse differente. Ma poichè la *desuetudo* è certamente posteriore, possiamo dire che la *consuetudo* della const. 2 deve essere contemporanea o anteriore alla *ratio* e alla *lex*.

## NOTA AD UN PUNTO CONTROVERSO DELLA LEX METALLI VIPASCENSIS (\*)

Nel primo capo tra quelli a noi rimasti della *lex metalli Vipascensis*, il quale ha per titolo *Centesimae argentariae stipulationis*, al verso 5 e seg. si legge « (conductor) socius actorve eius (eius) (1) quoque summae quae excepta in auctione erit centesimam exigit ».

Varie interpretazioni furono date di questo passo, le quali tutte riferisce il sig. C. Re nell'*Archivio giuridico*, vol. XXIII, fasc. 4-5, pag. 350 seg. Le riassumerò e criticherò in poche parole.

Il Mommsen (*Hermes*, vol. XII, pag. 101) e lo Hübner (*Ephemer. epigraph.*, vol. III, p. 174-175) intendono il passo come se riguardasse il caso del proprietario, che nel mettere i suoi beni all'incanto se ne riservasse alcun diritto, come p. e. l'usufrutto. Si osserva in contrario che ciò è inconciliabile colle parole *eius... summae*, ove si parla di danaro non di diritti, e che di diritti invenduti sarebbe difficile calcolare la *centesima*; io soggiungerei che, se così veramente fosse, la legge sarebbe oltremodo iniqua.

Il Bruns (*Zeitschrift f. Rechtsgeschichte*, vol. XIII, p. 381) intende che si tratti del caso che colui che doveva pagare il prezzo ne detraesse qualche parte o per compensazione o per una *datio in solutum* e simili. Non credo accettabile neppure questa opinione. Prima di tutto nella *lex* si parla di *summa excepta in auctione*, e quella che vorrebbe il Bruns non sarebbe tale, ma verrebbe detratta solo nell'atto del pagamento. In secondo luogo la compensazione, la dazione *in solutum* fanno le veci di pagamento; or come poteva mai sorgere il dubbio che l'*argentarius* non ne dovesse prelevare la *centesima*?

Il Flach (*Nouvelle revue historique*, 1878; estratto 1879, p. 31) intende la legge come se parlasse di quelle somme venute meno pel fatto del venditore stesso, il quale ritirasse alcuni oggetti dall'incanto o se ne rendesse egli medesimo aggiudicatario. Si è risposto dal prof. Re che male si adattano le parole *eius summae* con simili ipotesi; che se l'aggiudicatario era lo stesso venditore, ciò evidentemente, senza bisogno di clausole speciali nella *lex*,

non alterava il diritto dell'*argentarius* alla *centesima*; il quale *argentarius* inoltre avrebbe potuto esercitare il diritto di ritenzione.

Lo stesso Re (*loc. cit.*) crede che la più probabile sia l'opinione del Bruns; ma ne espone altre due proprie: 1° Egli crede che la legge significhi che la *centesima* doveva prelevarsi sul prodotto lordo anzichè sul netto; egli dice: « le spese d'incanto a carico del venditore erano realmente una *summa excepta* dal prodotto totale »; 2° potrebbe darsi che la legge alludesse al caso che il prezzo d'incanto si fosse diminuito per difetto di licitatori, e disponesse che la *centesima* dovesse pagarsi sul primo prezzo d'incanto.

Io non saprei ammettere neppure queste due interpretazioni. La prima non corrisponde alle parole della legge: *eius... summae quae excepta in auctione erit*; la somma delle spese non era punto *excepta in auctione*, ma veniva in calcolo dopo l'*auctio*. Della seconda poi si può dire che nella legge non si trova traccia alcuna.

Proporrei quindi di mutare la strada sin qui tenuta, ed invece di tradurre il verbo *excipere* con *eccettuare*, tradurlo con *ricevere*, significato normale in diritto, pel quale, senza stare ad addurre facili esempi, mi basterà rinviare il lettore al *Manuale latinitatis fontium* del Dirksen, alla parola *excipere*, ovvero al *De verborum significatione* del Brissonio.

Questo ci porterebbe a intendere che la *centesima* deve pagarsi anche sulla somma che nell'incanto si sarà ricevuta, ossia sul maggior prezzo al quale coll'incanto la cosa è salita (aumento) in paragone al prezzo d'estimo (base), col quale l'incanto è incominciato; cosa questa ragionevolissima, oggi sempre usata, ma che era bene esprimere per non far sorgere questioni. Di questa somma poteva veramente dirsi che era *excepta in auctione*.

Si può forse obiettare che nello stesso capo della *lex* (verso 2) si legge: *exceptis iis, quas a proc. metallorum ecc.* dove la parola *exceptis* evidentemente significa *eccettuate*.

Ma non credo che sia tanto strano il trovare la stessa parola in due diversi significati, tanto più che nel testo, da noi esaminato, il verbo è usato in forma di futuro passivo, laddove nell'altro si ha il participio nella forma consueta dell'ablativo assoluto, nella quale le parole *excepto* ed *exceptis* avevano preso un significato fisso, che anche presso di noi perdura (1).

(\*) Pubbl. in *Archivio giuridico*, 1880, vol. 24, pag. 482.

(1) Il raddoppiamento dell'*eius* che non si trova nel testo dato dal Re nell'*Archivio*, vol. 23, pag. 327, mi pare assolutamente necessario. Confr. BRUNS, *Fontes*, 4<sup>a</sup> ediz., 1879, pag. 142.

(1) Potrei in appoggio ricordare l'analogia delle nostre forme italiane *salvo che* in confronto col verbo *salvare*; e *tolto* o *toltochè*, di significato fisso, in confronto col verbo *togliere* che può significare così *prendere* come *levare via*.

## INTERPRETAZIONE DEL FR. I, § 2, DIG. DE EXCEPTIONE REI VENDITÆ ED TRADITÆ (\*)

Il prof. Brinz in un suo articolo pubblicato nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (vol. 63, fasc. 3, pag. 320 segg.) col titolo *Nemo errans rem suam amittit und l. 49 D. mandati* solleva incidentalmente una questione circa il fr. 1, § 2, *de exceptione rei vend. et trad.*, 21, 3, nel quale Ulpiano così si esprime: *Si quis rem meam mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit haec exceptio, nisi probetur me mandasse, ne traderetur, antequam pretium solvatur*. Il Brinz, dopo aver combattuta l'opinione che il mandatario, che abbia venduta e consegnata la cosa per mandato del proprietario, non faccia trapassare la proprietà nel compratore — ed io sono in ciò con lui perfettamente d'accordo — si domanda: come spiegare questo frammento? (*loc. cit.*, pag. 357 segg.).

Egli osserva che finora nessun interprete si è curato di sollevare la difficoltà e scioglierla; nè Cuiacio ne parla, nè se ne trova accenno nello Schulding, nello *Hommel redivivus* (1), nei Basilici e nei loro scoliasti; Accursio riferisce una oscura glossa di Azone: *haec exceptio, sc. intentionis, non actionis, quia nullam habet*, donde si può ricavare che il glossatore riteneva che la *rei vindicatio* non fosse concessa al venditore (2).

Ma chi legga il testo senza preconcetti dovrà convenire che essa non nega al venditore la *rei vindicatio*, e però ammette che per diritto stretto il venditore possa far valere la sua proprietà; soltanto vi oppone l'*exceptio rei venditae et traditae*, per cui quella rivendica non può avere effetto. Come spiegare il fatto della *rei vindicatio* usata dal venditore? La vendita compiuta anche per mezzo del mandatario non ha forse fatto proprietario il compratore? Questi allora non ha forse la così detta *exceptio dominii*, ossia sostanzialmente non una vera eccezione, ma una negazione dell'azione?

Il Brinz sente la difficoltà, e propone la seguente spiegazione: la cosa venduta doveva essere una *res Mancipi*, sicchè per la vendita il dominio quirittario era rimasto al venditore; il compratore non aveva che l'*exceptio rei venditae et traditae*. Ciò spiega il testo secondo i tempi di Ulpiano. Nel diritto

giustiniano esso sarebbe una stonatura; ma poco dannosa, perchè il risultato della negazione della rivendicazione ovvero dell'ammissione dell'*exceptio* è sempre lo stesso.

Questa spiegazione avrebbe anche l'assenso del Seuffert (confr. BRINZ, *op. cit.*, p. 359, nota 47).

Certamente, in mancanza d'altro, essa si potrebbe dire soddisfacente, perchè elimina la difficoltà. Ma bisogna confessare che non va esente da parecchi difetti.

Anzitutto si fonda sopra una interpretazione storica, alla quale si deve ricorrere solo quando manchi quella dogmatica. Suppone poi che Ulpiano parli di una *res Mancipi* e di ciò non vi è traccia nella legge, secondo l'attuale sua lettura; anzi è presumibile che se veramente Ulpiano avesse parlato di *res Mancipi* avrebbe usato il solito esempio di un servo o simili, nè Triboniano vi avrebbe nulla dovuto mutare. L'immaginare poi un mutamento per opera di Triboniano sarebbe cosa un pò ardita, poichè egli avrebbe mutato una parola del testo senza accorgersi che la stonatura per diritto giustiniano sussisteva egualmente.

Di più non si capirebbe la difficoltà del problema che Ulpiano si sarebbe proposto: esso sarebbe stato troppo chiaro.

L'interpretazione del Brinz è dunque da riguardarsi come un ultimo rifugio in mancanza d'altro.

Ma non potrebbe esservi una spiegazione migliore, che si conciliasse anche col diritto giustiniano?

A me pare che essa sorga dalle parole medesime del testo. Ecco il caso: Tizio dà il mandato a Caio di vendere una sua cosa; Caio la vende e la consegna a Sempronio. Tizio che non ha espressamente dato a Caio il mandato di consegnarla, si fa forte di ciò per proporre la *rei vindicatio*. Questione: Potrà Sempronio opporgli la *exceptio rei venditae et traditae*? Sì, risponde Ulpiano; e a buon diritto, perchè così Tizio come Caio erano obbligati per la vendita a consegnare la cosa a Sempronio. Se Caio l'ha fatto senza particolare mandato di Tizio, lo stretto diritto potrà considerar quest'ultimo ancora come proprietario, ma l'equità vuole che gli si opponga l'eccezione nascente del fatto di Caio, che ne aveva assunta l'obbligazione per mandato di Tizio. Lo stesso avviene se Tizio, dopo aver dato a Caio il mandato di vendere, espressamente gli proibisca di consegnar la cosa, ma senza giusta causa. Questo c'insegna il medesimo Ulpiano nel fr. 14 *de publ. in rem act.*, 6, 2, talora troppo tormentato dagli interpreti; frammento che si può dire l'illustrazione di quello da noi studiato.

Quando invece il mandante Tizio abbia proibito a Caio di eseguire la tradizione della cosa nel caso che pel contratto di vendita non vi sia ancora tenuto, come per esempio nel caso che il compratore non ne abbia ancora pagato il prezzo, se tuttavia Caio consegna la cosa, non solo la proprietà non ne passa al compratore, ma questi non può neppure opporre l'eccezione al mandante che eserciti la *rei vindicatio*. Ciò spiega la seconda parte del nostro frammento.

Così mi pare che si soddisfi alle esigenze del diritto al tempo di Ulpiano, di quello giustiniano, alle teorie della vendita e a quello del mandato.

(\*) Pubbl. in *Archivio giuridico*, 1880, vol. 25, pag. 382.

(1) Questo libro è poco noto in Italia. Autore ne è lo Schimmelpfeng; è in tre volumi, edito a Kassel 1858-59. Fatto sul modello del *corpus iuris civilis cum notis variorum* dello Hommel, contiene le indicazioni delle più famose interpretazioni dei vari testi.

(2) Neppure gli altri interpreti da me riscontrati trattano la questione.



## SUNTI DI SCRITTI GIURIDICI TEDESCHI (\*)

Credo far cosa utile e gradita ai lettori dell'*Archivio giuridico* riproducendo qui alcuni sunti di memorie pubblicate nei periodici tedeschi dai maggiori cultori delle scienze giuridiche, ed a quelli già editi altrove (1), che qui compariscono corretti, aggiungendone altri nuovi.

Nei periodici si viene continuamente elaborando la scienza, la quale per tal modo a poco a poco si eleva, quasi per mezzo di gradini che sommati portano a grandissima altezza. Nei periodici trova luogo ogni idea appena spuntata, ogni nuova questione pratica, la quale sia d'impulso a ricerche teoriche lasciate in disparte o non sufficientemente curate, ogni critica delle opere più importanti che vengono alla luce. Egli è appunto col tener conto di questo forse lento, ma continuo progresso, che si formano quelle opere monumentali, oggetto della nostra ammirazione, le quali sono come le pietre miliari del cammino della scienza. E dunque una vera necessità per gli studiosi il tener dietro, per quanto sia possibile, a questo graduale movimento d'ascesa.

## I.

## VOLONTÀ E DICHIARAZIONE DI VOLONTÀ

Studio di B. Windscheid, professore in Lipsia (2).

Già in altro volume dell'*Archivio giuridico* fu data notizia di questa memoria, che nel giugno 1878 il prof. Windscheid pubblicava sotto forma di programma accademico, come è uso in Germania.

Quell'edizione fu immediatamente esaurita. Recentemente tale scritto venne inserito nell'*Archivio per la pratica civile*, e noi ne togliamo occasione per riferirlo in sunto più esteso e preciso.

§ 1. — Secondo l'opinione oggi dominante, la dichiarazione di volontà è nulla, quando ciò che si dimostra voluto, non lo sia realmente. Ciò che produce effetti giuridici, si dice, non è la nuda volontà, nè la nuda dichiarazione, bensì l'unione della volontà e della dichiarazione.

Tuttavia or non è molto si sono manifestate opinioni, che attribuiscono effetto, sia maggiore, sia minore, alla pura dichiarazione, senza stare a con-

siderare se corrisponda o no ad una reale volontà. Veggansi REGELSBERG, *Civilrechtliche Erörterungen* (Decisioni civili) I, p. 17-23, 1868. — RÖVER, *über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen* (Dell'importanza della volontà nelle dichiarazioni di volontà), 1874. — BÄHR, *über Irrungen in Contracten* (Degli errori ne' contratti), *Annali dell'Jhering*, XIV, p. 85-140, 1876. — SCHLOSSMANN, *der Vertrag* (Il contratto), p. 85-140, 1876. — HÖLDER nella *Kritische Vierteljahrsschrift* (Rivista critica trimestrale), XVII, p. 175 seg., 1876. — SCHALL, *der Parteiwille im Rechtsgeschäft* (La volontà delle parti nei negozi giuridici), 1877.

Tutti questi autori sono d'accordo nell'ammettere che la dichiarazione non corrispondente all'interno volere debba avere effetto, quando a tutti o all'altra parte contraente apparisca come espressione di una reale volontà. Essi peraltro differiscono nell'estensione di questo principio; poichè lo Schall l'ammette per tutte le dichiarazioni di volontà, il Röver solo per quelle tra vivi, il Regelsberger e il Bähr per le convenzioni, lo Schlossmann per le convenzioni obbligatorie.

Il Windscheid si propone di studiare qual peso abbiano gli argomenti da costoro addotti, e quali ragioni vi si possano opporre.

In che consista la questione è ben noto; i casi principali possono essere i seguenti:

a) si può esprimere come voluta una cosa non voluta, avendone coscienza, p. es. parlando per ischerzo, o per insegnamento, o nel recitare; la simulazione e la riserva mentale rientrano pure in questo concetto;

b) si può invece fare una dichiarazione, senza aver coscienza, che ciò che si mostra di volere non si vuole realmente, in una parola si può essere in errore;

c) finalmente può darsi che la volontà, alla quale corrispondeva la dichiarazione, si sia in seguito ritirata in un modo ammesso dal diritto. Il fatto della dichiarazione rimane, ma vuoto della volontà prima in esso contenuta.

Si fa questione solo della dichiarazione espressa, non già della tacita; poichè questa non essendo altro che l'illazione dell'esistenza di una volontà da atti non diretti a dichiararla, tale illazione deve esser oggettivamente fondata, e nessuno può far valere diritti desunti da una sua falsa induzione. La dichiarazione espressa invece consiste in segni fatti col fine di indurre in altri la persuasione, che colui, il quale li fa, abbia una data volontà, e in segni idonei a tal fine. Ma, se avviene che questa volontà non esista, può allora colui, che da quei segni fu tratto a ritenere come voluto ciò che realmente non si volle, pretendere che a suo riguardo ciò che non si volle si consideri come voluto? Ecco il problema da risolvere.

§ 2. — Lo Schlossmann e lo Schall hanno cercato di approfondire la nozione della dichiarazione di volontà, per giustificare le loro opinioni. Lo Hölder in fondo è d'accordo con essi. Ecco il loro ragionamento.

Si dice che la dichiarazione di volontà è un atto. Atto è l'esternare, il realizzare la volontà. Così si crede di provare che l'effetto giuridico della dichiarazione sia l'effetto della volontà del suo autore. Ma questo è un errore. La volontà che si realizza nella dichiarazione non è diretta a produrre un mutamento nel mondo giuridico, ma solo nel mondo dei sensi; essa è diretta a produrre segni da potersi percepire per mezzo della vista o dell'udito, segni pei quali nascerà in altri la persuasione dell'esistenza di una volontà diretta a produrre un mutamento nel mondo giuridico. Ma quest'ultima volontà non è « la coscienza di una tendenza essenzialmente diretta alla realizzazione, « ma è una tendenza, la cui soddisfazione si spera solo come risultato del-

(\*) Pubbl. in *Archivio giuridico*, 1880, vol. 25, pag. 457.

(1) *Giurisprudenza italiana*, 1880, IV, pagg. 35, 36, 46, e 47.

(2) *Archiv für die civilistische Praxis*, anno 1879, vol. 63, pag. 72-112.

« l'atto conchiuso, non è altro che un desiderio » (SCHLOSSMANN, p. 136). Or come potrebbe un tale stato d'animo esser preso come causa di conseguenze giuridiche, solo perchè manifestato?

Con questi argomenti si vorrebbe approfondire la nozione della dichiarazione di volontà, ma non si fa altro che fondarsi sulla base stessa della opinione dominante, seppure in questa materia si può parlare di opinione dominante. Infatti i più pensano che la dichiarazione di volontà sia da essa perfettamente distinta; che sia un mezzo di prova dell'esistenza di tale volontà. Il Windscheid ritiene erroneo siffatto concetto.

Il volere, come stato interiore dell'animo, non ha che fare col diritto; non solo perchè non se ne può aver notizia, ma anche perchè le sue qualità non sono sufficienti. Esso è troppo mobile, è « un'onda che sarà inghiottita dall'onda successiva ». Il diritto non attribuisce effetti che alla volontà esternata, e questa è la dichiarazione di volontà. La dichiarazione è anche una manifestazione della volontà esistente, ma non di una volontà da essa distinta, bensì di una in essa contenuta; non di una volontà passata, bensì di una presente. Essa è dunque più di una semplice manifestazione, è la volontà nella sua forma sensibile. Nella dichiarazione si attua non solo la volontà diretta a produrre i segni esterni, ma anche la volontà diretta ad ottenere effetti giuridici. Colui che fa quei segni, sa che il diritto ne trae determinate conseguenze, e però pone in atto anche la volontà diretta a tali conseguenze. Lo affermare il contrario è come dire che nella somministrazione del veleno per l'omicidio non si attua che la volontà di far entrare una dose di veleno nel corpo altrui, non la volontà di uccidere l'uomo.

Lo Schlossmann trova anche una contraddizione nella teoria della volontà. Ma il Windscheid rifiuta di seguirlo in un ragionamento troppo astratto. Lo stesso Schlossmann, a pag. 93, dice, che « lo Stato lascia al cittadino entro certi limiti piena autonomia nella sfera del suo patrimonio e della sua famiglia » e però i comandi di lui sono comandi del diritto; lo stesso Schlossmann riconosce la volontà nei testamenti, nella tradizione della proprietà, nella manumissione, nel precario, nell'acquisto di diritto. Or non si sa comprendere perchè il diritto debba trattare in modo diverso le dichiarazioni, il contenuto delle quali sia un contratto obbligatorio.

§ 3. — Ma, lasciando queste astrazioni, veniamo a qualche cosa di più concreto. In favore delle nuove dottrine si fa valere energicamente l'interesse del commercio dal Regelsberger, dal Bähr e dal Röver.

Che l'interesse del commercio sia molto importante non v'ha dubbio, dal momento che il diritto non è fatto pel piacere dei teorici, ma per soddisfare a' bisogni umani. Nè v'ha dubbio che pel commercio sarebbe una straordinaria facilitazione, se la dichiarazione di volontà avesse tal carattere da poter sempre far riconoscere una volontà esistente. Inoltre il diritto moderno è certamente propenso a favorire la buona fede, ossia ad attribuire alla credenza dell'esistenza di un fatto il medesimo effetto che al fatto stesso.

Ciononostante si debbono fare due osservazioni. Nel favorire la buona fede conviene andar cauti, e ricordarsi che ciò che si dà all'uno si toglie all'altro. Se è grato per colui che acquista ottenere dalla buona fede le medesime conseguenze che dall'esistenza del fatto, il quale realmente non esiste, ciò non è punto piacevole per colui che perde. Questi avrà la consolazione di potere un'altra volta acquistare nella medesima maniera; ma non si ha così che una compensazione d'ingiustizie.

Il riguardare troppo il solo interesse di colui al quale la dichiarazione di volontà vien fatta, è mettersi per una china pericolosa. Il Bähr (p. 413 seg.)

non trova ostacolo ad ammettere che il traente di una cambiale, messa in circolazione contro la sua volontà, sia responsabile verso tutti i giratari; che l'autore di una ricevuta a lui sottratta sia obbligato a riconoscere il pagamento fatto dal debitore in buona fede sulla presentazione della ricevuta. Il Windscheid crede che nello stesso modo si verrebbe a riconoscere la responsabilità di colui nel cui nome fu falsificata una cambiale o una ricevuta, perchè anche in questo caso abbiamo lo stesso interesse del giratario o del debitore. Nè si dica che nei primi casi si ha una dichiarazione di volontà, mentre nei secondi solo un'apparenza di dichiarazione; la dichiarazione scritta non esiste finchè il suo autore non abbia ad altri consegnato lo scritto. D'altronde il Bähr vien meno ai suoi principii, quando in altro caso decide che, se alcuno abbia promessa una data prestazione per ottenere in cambio un atto di obbligazione, e quindi senza fare quella prestazione abbia sottratto l'atto a colui che l'aveva sottoscritto, e l'abbia ceduto ad un terzo, questo terzo anche trovandosi in buona fede non possa avere azione contro il sottoscrittore, perchè il cessionario non può aver maggior diritto del cedente. Ma se l'interesse del commercio esige che l'acquirente non sia ingannato, perchè far questa differenza tra mancanza dell'esistenza della volontà, e mancanza dell'esistenza del diritto?

§ 4. — Concesso pure che i bisogni del commercio richiedano l'applicazione della nuova teoria, ciò non significa poi che questa sia ammessa dal diritto vigente. E infatti i fautori delle nuove dottrine hanno cercato anche altri fondamenti. Il Röver si richiama alla *natura delle cose* (p. 17 seg.). La dichiarazione di volontà tra vivi deve essere un vincolo; e non si può supporre che il diritto, potendo dare maggior consistenza a questo vincolo, non l'abbia fatto. Ora questa maggior consistenza si ottiene col rendere indipendente la dichiarazione dalla reale esistenza della volontà. Ma si replica che l'utilità del vincolo non istà nell'esser considerato come solido, ma nell'esser solido; ora la vera natura delle cose richiede che il vincolo sia formato dalla volontà, non dall'apparenza della volontà. Il diritto positivo avrebbe potuto dar valore a quest'apparenza, non seguendo la *ratio iuris*, ma l'*utilitatis causa*; e il nuovo principio sarebbe divenuto diritto, solo perchè *auctoritate constituentium introductum est* (l. 16 de leg., 1, 3).

Il Bähr (p. 400) ritiene che la parte contraente deve sapere che l'altra parte dovrà regolarsi secondo l'apparenza esterna della sua dichiarazione, e perciò acconsente pure a questa esterna apparenza. Così il contenuto della dichiarazione sarebbe sempre voluto, almeno in grado subordinato. Ma sarà ciò sempre vero? Se l'autore della dichiarazione non ha avuto coscienza che questa potesse esprimere cosa da lui non voluta, dovrà dirsi che egli abbia voluto ciò che non gli si è mai presentato alla mente? Il Bähr stesso parla di una finzione di volontà. Ma perchè tale finzione? Ecco che si torna al rispetto dei bisogni del commercio.

§ 5. — Il Windscheid dopo questi ragionamenti passa all'esame dei testi del diritto comune. Non solo non vi si trovano testi in favore delle nuove dottrine, ma parecchi contrari, alcuni difficili, alcuni impossibili a confutarsi.

1) La l. 3 D. de reb. dub., 34, 5 dice: *qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur*. Il Röver obietta che questa legge si riferisce alle dichiarazioni di ultima volontà; ma senza portarne la prova. D'altronde nè il titolo de rebus dubiis si riferisce tutto alle ultime volontà (V. l. 9, 13, 17, 18, 22, 27), nè il lib. 14 delle *quaestiones* di Paolo, onde il testo è tratto, parla solo di successioni (Vedi l. 45 D. de adm. et per., 26, 7; l. 41 D. de re iud., 42, 1). Lo



Schall vorrebbe riferire questa legge al caso che alcuno faccia atti pertinenti ad un negozio giuridico diverso da quello da lui voluto.

2) La l. 57 D. *de o. et a.*, 44, 7 dice: *In omnibus negotiis contrahendis... si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, puta, qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit.* In altri testi si dice che il contratto è nullo se le parti pensano ad un oggetto diverso (§ 23 Inst. *de inut. stip.*, 3, 19; l. 83 § 1, l. 137 § 1 D. *de v. o.* 45, 1; l. 9 pr. D. *de contr. emt.* 18, 1. Lo stesso vale per l'errore nella sostanza della cosa (l. 9 § 2, l. 11, l. 14, l. 41 § 1 D. *de contr. emt.* 18, 1). Contro la prova di questi testi si è detto che in essi si tratta non di volontà diverse, ma di diverse dichiarazioni fatte dalle parti contraenti. Ma ciò è per sé poco verisimile, e cade certamente dinanzi alle precise parole della l. 83, § 1, *de v. o.* « *si Stichum « stipulatus de alio sentiam tu de alio »* o del § 23 Inst. *de in. stip.* « *si homi- « nem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris quem Sti- « chum vocari credideris »* o della l. 14 *de contr. emt.* nella quale si tratta di un errore nella sostanza della cosa. Si dice pure che la vera mente di colui che è in errore, nei casi delle leggi citate, non era occulta all'altro contraente. Ma allora perchè è in esse taciuta questa ragion vera del decidere ed invece è espressa una circostanza del tutto indifferente secondo il parere degli avversari? O è forse cosa tanto consueta che l'altra parte conosca l'errore del contraente, perchè possa tacersi e sottintendersi? E se essa veramente conosce l'errore, perchè conchiude tuttavia il contratto, che sa non aver valore? Finalmente non val la pena neppur d'esser confutata l'opinione del Röver, che vuole che *consensus* significhi propriamente *concordanza tra le dichiarazioni* e che solo per equivoco fu in alcune leggi scambiato colla *concordanza tra le volontà*.

3) Secondo le l. 5 C. *plus val.*, 4, 22 e l. 10 C. *de don.*, 8, 54 non è valido il contratto formato per mezzo della sottoscrizione di un atto, il contenuto nel quale sia ignoto al sottoscrittore. Il Röver per la l. 5 cit. dice che trattasi di casi nei quali l'altra parte è in dolo o conosce l'errore del sottoscrittore. Potrebbe essere che il caso fosse questo, trattandosi di rescritti; ma è da notarsi che nelle leggi citate non si adduce come causa di nullità questa scienza dell'altro contraente, ma bensì l'ignoranza del sottoscrittore. In quanto alla l. 10 cit. che suona: *Nec ignorans nec invitus quisquam donat* il Röver (p. 44) pretende che *ignorans* e *invitus* significhino colui che per violenza è costretto a firmare un atto, del quale ignori il contenuto; e che solo falsamente fu esteso a designare colui che versa in ignoranza ed errore!

§ 6. — Il Bähr non si dà molto pensiero di provare la sua tesi colle fonti (p. 399, n. 6), tuttavia pretende che essa non sia sconosciuta anche ai romani e ne trova presso di loro alcune applicazioni. Il primo caso, ch'egli adduce, è quello del creditore che, dopo aver dichiarato che il suo debitore sia liberato pagando ad un terzo, ritiri la sua volontà o muoia, e il debitore, senza conoscere questi ultimi fatti, paghi al terzo. Secondo i romani il debitore è in questo caso liberato (l. 12 § 2, l. 32 *i. f.*, l. 34 § 3, l. 38 § 1, *de solut.*, 46, 3; l. 26, § 1, *Mandati*, 17, 1; l. 19, § 3, *de don.*, 39, 5; l. 18, 32, 35, 51 *de solut.*, 46, 3; l. 3 C. *eod.*, 8, 42 (43); l. 26, § 8, D. *de cond. ind.*, 12, 6; § 10 Inst. *de mand.*, 3, 26). È merito del Bähr d'aver proposta e collegata col nostro problema tale questione; ma il Windscheid non crede, che essa provi in favore delle teorie nuove. Convien fare due osservazioni:

a) Nel caso proposto una volta esisteva una dichiarazione corrispondente alla volontà; siamo noi autorizzati a risolvere la questione nello stesso senso, quando tale volontà non sia mai esistita? In una moltitudine di testi

si dice che il debitore, il quale in buona fede paghi ad un terzo non autorizzato a ricevere il pagamento, ha contro di lui la ripetizione, o più chiaramente ancora si dice che questo debitore non è liberato (l. 34 § 4, l. 58 pr., *de solut. et lib.*, 46, 3; l. 80, § 7 *de furt.*, 47, 2; l. 8 C. *de cond. ind.*, 4, 5). Per conseguenza almeno bisognerà dire, che quando il pagamento è fatto dal debitore al terzo, perchè indottovi da un mandato falso o sottratto al creditore, il debitore non è liberato.

b) Ma il punto principale sta in questo: Nella questione proposta il debitore per il suo errore ha fatto un sacrificio. Perchè egli non abbia a soffrire si finge che ancora esista quella volontà del creditore che più non esiste. Nella l. 15 *Mandati*, 17, 1 si concede l'*actio mandati contraria* per questa ragione: *ne damno afficiatur is qui mandatum suscepit*, e così nel § 10 Inst. *de mand.*: *alioquin iusta et probabilis ignorantia tibi damnum adferret*. Ora questo elemento del sacrificio fatto è necessario; sarebbe un arbitrio il dimenticarlo nell'estender la regola. Così nei contratti diretti ad un guadagno, la estensione non si può fare per giungere alla validità del contratto, ma tutto al più solo per i così detti *interessi negativi*. Il contraente, che richiede l'adempimento del contratto, non cerca di riavere ciò che ha perduto, ma di ottenere ciò che non ha; ed il sacrificio, che dovrà fare per ottenerlo, gli sembra minore del guadagno. Il Bähr ammette un'eccezione per il caso di *mero guadagno*. Ma tra il mero guadagno e la mera perdita vi sono molte gradazioni; e lo scambio è da considerarsi come un guadagno per ambo le parti, specialmente poi per quella che ne esige l'adempimento, la quale ciò non farebbe se nol credesse per sé vantaggioso. Nè vale il riferirsi, come fa il Bähr, alle l. 4 § 29, 31 *de dol. exc.*, 44, 4; l. 6 § 11, *Quae in fraud. cred.*, 42, 8; poichè il caso fatto in esse è tale che se non si tutelasse l'acquirente, questi verrebbe a perdere insieme l'acquisto e il corrispettivo da lui pagato, ovvero ne correrebbe pericolo.

§ 7. — Lo stesso discorso si può tenere pel secondo caso addotto dal Bähr, ossia quello dell'istitutore per i cui negozi è obbligato il principale nonostante il ritiro o la limitazione del mandato, se tale ritiro o limitazione non si sono convenientemente fatti pubblici (l. 11 § 2-5 *de inst. act.*, 14, 3). Anche qui una volontà vi è stata; anche qui si tratta di non perdere ciò che si è sacrificato avendo fiducia in colui che figurava dietro all'istitutore.

§ 8. — Il Bähr adduce anche altri casi non tratti dalle leggi romane, ma che a lui sembrano risultare dalla natura delle cose. Chi ha dato ad altri un mandato generico, aggiungendo speciali istruzioni orali al mandatario, deve riconoscere gli atti fatti da costui nei limiti di quel mandato quantunque oltrepassando le istruzioni, dice il Bähr. Ma sarà vero ciò? Convien distinguere. Se il mandato si riferiva all'atto così come fu conchiuso, e nello stesso tempo o dopo fu dichiarato il contrario, il mandante dovrà rispondere del proprio dolo, essendo questo un vero caso di riserva mentale. Ma se il mandante aggiunge in buona fede al mandato generale una istruzione orale limitativa, io, dice il Windscheid, non so vedere perchè il contratto conchiuso dal mandatario contro tale istruzione debba essere obbligatorio pel mandante; la costui volontà non vi è, e l'affermazione che egli vi sia obbligato, perchè l'altra parte contraente dovette pensare che il contratto fosse fatto colla sua volontà, è una pura affermazione. S'intende bene che si tratta del caso, nel quale l'altra parte contraente chieda l'adempimento del contratto, non di quello nel quale chieda il risarcimento di un danno.

Un altro caso addotto dal Bähr è quello che alcuno abbia sottoscritto un atto, e poi adduca in contrario di non averne letto o conosciuto qualche

passo; egli non deve essere ascoltato. Il Bähr non si è curato di discutere su questo proposito le citate leggi 4 C. *plus valere* e 10 C. *de don.* Per verità vi può essere qualche caso, nel quale l'opinione del Bähr sia accettabile: p. e. quello ove si possa provare avere il sottoscrittore avuta intenzione di assoggettarsi al contenuto dell'atto, di qualunque natura fosse. Più oltre si parlerà del caso di negligenza. Ma presso il Bähr non si tratta di questi casi; e nei termini generali, nei quali la questione è proposta, la soluzione del Bähr è inaccettabile.

§ 9. — Il Bähr porta ancora altri casi. Chi contrae con un istituto pubblico, che abbia pubblicato le condizioni dei suoi contratti negli statuti, regolamenti o altro, non può scusarsi adducendo l'ignoranza di tali condizioni. Chi concorre ad un incanto non può scusarsi coll'addurre l'ignoranza delle condizioni dell'incanto fatte pubbliche per mezzo di lettura al principio di esso.

Il Windscheid non si oppone a questa soluzione dei due casi proposti; ma deriva essa dal principio sostenuto dal Bähr? Non si dirà piuttosto che la soluzione stessa derivi dal non volere che il venditore all'incanto, o l'istituto soffrano danno dall'ammissione di quella scusa? O meglio (poichè si tratta della validità del contratto e non del danno) dalla presunzione che il contraente si sia assoggettato a quelle condizioni, qualunque si fossero? E, se ciò non si può ammettere come regola generale, dalla grave negligenza del contraente? O finalmente dalla pubblicità data a quelle condizioni? È il caso di rammentare la l. 11, § 3 D. *de inst. act.*, 14, 3.

§ 10. — Diversamente deve trattarsi il caso della riserva mentale, pure messo innanzi dal Bähr. Se alcuno col fine d'ingannare l'altra parte contraente dichiara di volere ciò che veramente non vuole, la riserva mentale non deve giovare al suo autore. Ciò è vero; ma si viene così a riconoscere la validità di una dichiarazione senza volontà? Conviene studiare il fondamento dell'inefficacia della riserva mentale.

Una prima opinione trova il fondamento nella impossibilità di provare la riserva mentale. Questa era l'opinione un tempo del Windscheid da lui oggi abbandonata. La prova può esser difficile, ma in certi casi non impossibile, e può darsi pure che l'avversario non contraddica l'esistenza della riserva mentale.

Una seconda opinione ritiene che l'affermare una riserva mentale contenga una contraddizione logica, che si distrugge da sè. Nonostante tale affermazione resta fermo che la volontà negata veramente ha esistito. Tale opinione è difesa strenuamente dal KOHLER (*Jahrb. f. Dogm.*, XVI, p. 90 seg.). Essa si fonda sopra un concetto della dichiarazione di volontà simile a quello del Windscheid, ma spinto a tale eccesso, ch'egli crede inammissibile. La dichiarazione, dice il Kohler, è un'azione della volontà; è impossibile che un'azione della volontà sia e non sia ad un tempo, che la volontà agisca e non agisca. Nulla di più giusto; ma la questione sta in ciò, se nel caso di riserva mentale vi sia un'azione di volontà diretta a produrre gli effetti giuridici espressi nella dichiarazione. Quel ch'è indubitato si è, che nella riserva mentale si ha un'azione della volontà diretta a produrre la dichiarazione. Si può in essa avere anche un'azione diretta a produrre gli effetti giuridici; ma per ciò è necessario che il dichiarante abbia avuto scienza che il diritto attribuiva alla dichiarazione effetti giuridici, nonostante la riserva mentale. E qui torna la questione, perchè il diritto attribuisce tali effetti a tale dichiarazione?

Il vero fondamento di ciò, dice il Windscheid, sta nel fatto che la ri-

serva mentale contiene una menzogna, e nessuno deve addurre a propria difesa d'aver mentito. Si potrebbe obiettare che questo conduce ad ammettere essere il dichiarante tenuto al risarcimento dei danni verso l'altra parte, ma non a permettere che il falso valga come vero contro di lui. Conviene riconoscere che un certo salto logico c'è per arrivare a questa conseguenza, ma la analogia delle fonti ci permette questo salto. Nella l. 30 § 1, D. *de a. e. v.* 19, 1 si dice, che colui il quale mi vende una cosa altrui, sapendolo, risponde « *in id quanti mea intersit meam esse factam* ». E così nella l. 57, § 1, D. *de contr. emt.* 18, 1 si dà un'azione per l'*id quod interest* al compratore di una casa in parte incendiata, quando egli ciò ignorava ed il venditore lo sapeva. Un'obiezione fa il Kohler dicendo che la dichiarazione estorta per violenza non è nulla, mentre pure dovrebbe esser permesso d'ingannare l'avversario per difendersi. Ciò non può negarsi; ma bisogna notare che in caso di violenza non è punto sicuro che il violentato non abbia voluto, ed è anzi da ritenere fino a prova in contrario ch'egli abbia realmente voluto ciò che ha dichiarato. Se si prova la mancanza di volontà, crede il Windscheid che la dichiarazione debba dirsi nulla, come ritiene l'opinione dominante secondo la l. 6, § 7, D. *de adq. v. om. her.* 29, 2 (nelle parole *qui fallens adierit hereditatem* di questa legge il Kohler e lo Schlossmann, *Lehre vom Zwange* (Teoria della violenza), p. 46 seg., interpretano il *fallens* come *clandestinamente*).

§ 11. — La buona fede dell'altra parte non basta dunque per rendere valida una dichiarazione, alla quale non corrisponda una reale volontà. È necessario che il dichiarante sia in colpa. Per ciò che riguarda la qualità di tal colpa niun dubbio rimane circa la responsabilità per dolo. Ma qui sorge la questione: si risponderà soltanto del dolo o anche della negligenza?

Qui è da notare che parte degli scrittori, in sul principio del presente scritto enumerati, è proclive a restringere la nuova teoria al caso in cui lo autore della dichiarazione sia in colpa; sicchè in fondo vi può esser concordanza tra questi scrittori e il Windscheid sino al punto, nel quale questi ammette la responsabilità per colpa. Lo Schall e il Röver non fanno concessioni. Il Bähr si attiene al concetto dell'Jhering circa la *culpa in contrahendo*: « l'apparenza esterna della volontà deve valere per il dichiarante anche quando « egli non sia in colpa propriamente secondo il senso usuale della parola ». Il concetto fondamentale di tale opinione sarebbe questo: « sebbene il dichiarante possa essere relativamente non colpevole, pure l'altro contraente è « anche meno colpevole di lui ». Lo Schlossmann dice (p. 113) che « il requisito della riconoscibilità per parte dell'altro contraente... talora può esser supplito dalla prova della non imputabilità dell'errore ». Il Regelsberger poi nel caso dell'errore non chiama responsabile il dichiarante se non per la colpa lata.

Ma come si risponde alla questione proposta? Incominciamo dalla colpa lata. Dai più recenti scrittori è stato avvertito che la colpa lata non deve senz'altro confondersi col dolo. Ciò è giusto specialmente riguardo alle pene comminate contro il dolo; ma si va troppo in là se si vuole restringere l'equiparazione della colpa lata al dolo soltanto al caso di responsabilità del debitore in una obbligazione già costituita. Questo ci dimostrano le seguenti leggi, che in parte sottopongono la colpa lata alle pene del dolo: l. 1, § 2, D. *Si is qui test.*, 47, 4; l. 7, § 1, D. *de susp. tut.*, 26, 10; l. 1, § 1, D. *si mentor*, 11, 6; l. 2, § 5, D. *de her v. act. vend.*, 18, 4; l. 9, § 4, *ad exh.*, 10, 4; l. 8 pr. *de ed.*, 2, 13. Basandoci sopra queste leggi siamo autorizzati a parificare anche nella nostra questione la colpa lata al dolo, rendendo responsabile il dichiarante, la cui dichiarazione non corrispondente alla reale volontà sia stata



emessa per colpa lata. Così si va più in là del semplice obbligo al risarcimento dei danni cagionati dalla dichiarazione; si obbliga l'autore di essa all'adempimento di una promessa ch'egli non ha data. Ma tuttavia con ciò non gli si impone propriamente una pena; non gli si vuol recare un male, come punizione di una ingiustizia fatta; gli si chiede soltanto la soddisfazione dell'aspettativa ch'egli ha fatto nascere nell'altro contraente. Quest'aspettativa sola non sarebbe motivo sufficiente per chiederne la soddisfazione; ma unita alla colpa lata del dichiarante, essa diventa sufficiente motivo.

Il Windscheid per queste ragioni pensa che nel caso del così detto errore improprio, si possa costringere l'errante all'adempimento del contratto, quando egli sia in colpa lata. Nè si dica che in tal caso la causa della nullità del contratto non istà nell'errore, ma nella discordanza tra la volontà e la dichiarazione, cosicchè a nulla vale la qualità dell'errore. Secondo il concetto qui esposto il diritto tratta come se veramente avesse voluto, colui che non ha voluto, quando versi in un errore in un certo modo qualificato. I testi portati nel § 5 non fanno ostacolo, perchè ivi si espone la regola generale senza riguardo ai casi insoliti, eccezionali.

Se si tratta di scherzo, non si può dire che il dichiarante sia sempre tenuto, quando l'altra parte vi abbia anche ragionevolmente creduto; ma nel caso p. es. figurato dallo Jhering (*Jharb. f. Dogm.*, IV, p. 74), nel quale alcuno vada sul mercato, vi comprì alcuni carri di fieno e li faccia portare ad una determinata casa, non v'ha dubbio che bisogna, come fa lo Jhering, decidere che questo compratore sia tenuto all'adempimento del contratto. Così nel caso che alcuno abbia sottoscritto un atto senza leggerlo, per solito vi sarà colpa lata, e perciò il sottoscrittore sarà responsabile.

§ 12. — Diversamente bisogna concludere riguardo alla colpa lieve. Il diritto comune non ci permette di stabilire la responsabilità del dichiarante anche pel caso di colpa lieve. Si potrebbe dunque trattare solo di diritto costituendo. La questione da proporsi al legislatore sarebbe questa: l'interesse della buona fede nel commercio è così importante da sacrificarli anche colui ch'è in colpa lieve? A questa domanda non può rispondere la deduzione giuridica, ma soltanto la pratica.

Nel diritto positivo è dibattuto se in caso di colpa lieve l'autore della dichiarazione sia tenuto al risarcimento degli interessi contrattuali negativi verso l'altro contraente. Tale questione eccede i limiti del presente lavoro. Si può solo osservare che chi vuole tenere in questo caso obbligato il dichiarante all'adempimento del contratto, tanto più dovrà ammettere l'obbligo al risarcimento degli interessi negativi. Non si può opporre la impraticabilità del concetto degli interessi negativi contrattuali; perchè questa potrebbe essere, se pure fosse giusta, una ragione pel legislatore, ma non per l'interprete di una legge esistente. Finalmente si avverta il possibile fondamento del concetto degli interessi contrattuali negativi sulla disposizione dei testi circa la continuata efficacia di una dichiarazione di volontà dopo venuta meno la volontà. Nel trarre argomento d'analogia da questa disposizione bisogna parificare la dichiarazione corrispondente ad una volontà venuta meno, con quella che non corrisponde affatto ad una reale volontà, e poi, con un salto più forte, estendere ad una indiretta cagione di sacrificio patrimoniale, ciò che le fonti stabiliscono solo per la diretta. Il ragionamento sarebbe questo: chi in buona fede crede di fare un sacrificio patrimoniale colla volontà di un altro, è trattato come se l'avesse fatto colla costui volontà; dunque anche chi crede che esista una volontà, la quale dimostri il sacrificio patrimoniale

essere (non già gradito, ma) non dannoso, sarà trattato come se tale volontà esistesse.

§ 13. — Qual conseguenza deriva da questi concetti per l'interpretazione delle dichiarazioni contrattuali? Lo Jhering ha detto (*Jahr. f. Dogm.*, IV, p. 71) che la interpretazione logica consiste nel ricercare non già quale fosse il vero senso della dichiarazione di colui che parla, ma come doveva intenderla l'altra parte secondo le circostanze in che essa si trovava. Il Windscheid nel suo *Trattato (Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, § 84, nota 11) aveva fatta sua l'opinione dello Jhering dicendo: « Ogni contraente ha un diritto a ritenere la dichiarazione dell'altro contraente in quel senso, ch'egli doveva attribuirle ». Il Bähr e lo Schlossmann si sono valse di ciò per combattere l'opinione ora dal Windscheid sostenuta. Questi riconosce esser giusto l'attacco; e perciò ritira quelle parole del suo trattato (1). Ciò che egli ritiene giusto si è, che ogni contraente abbia diritto a che si tenga conto del modo come egli ha inteso la dichiarazione dell'altro contraente, ogni volta che si tratti di sapere a che cosa egli abbia acconsentito; poichè egli ha consentito solo a ciò ch'egli ha trovato come contenuto della volontà espressa nella dichiarazione dell'altro. Il modo come egli ha inteso questa dichiarazione è decisivo per sapere fino a qual punto egli si sia obbligato, non fino a qual punto verso di lui si sia obbligato il dichiarante. Se il dissenso risultante dalla erronea intelligenza di quella dichiarazione cade sopra un punto essenziale del contratto, il contratto è nullo; altrimenti il contratto resta fermo. Fino al punto nel quale, nonostante il dissenso ulteriore, vi è consenso tra le parti, la volontà di questi deve sortire effetto. Veggasi p. e. la l. 34 pr. *D. de contr. emt.*, 18, 1.

§ 14. — Finora non si è discusso che delle dichiarazioni di volontà nei contratti. Per le dichiarazioni di ultima volontà, il solo Schall sostiene le nuove teorie; ma in questo caso manca pure la ragione della concessione fatta dal Windscheid pel dolo e la colpa lata. Questa concessione si fondava in sostanza sul riguardo alla giusta fiducia che si deve annettere ad un istrumento del commercio. Ma la disposizione di ultima volontà non è un istrumento del commercio.

Potrebbe nascer dubbio circa alle dichiarazioni unilaterali non di ultima volontà e specialmente riguardo all'azione e alla rinunzia dell'eredità. Ma è più sicuro di non equipararle alle dichiarazioni contrattuali. Esse non sono certamente fatte col fine che altri se ne serva.

§ 15. — A questo punto il Windscheid esamina parecchie decisioni di corti e di tribunali di Germania addotte dal Bähr; noi per brevità non ne seguiremo i ragionamenti.

§ 16. — In quanto alle moderne legislazioni è da notare che il dritto territoriale prussiano, il codice civile francese e il codice civile sassone si attengono all'opinione oggi ancora dominante. Il codice francese dice: (articolo 1109) « *Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur* ». Così il codice di Zurigo § 926: « Un errore essenziale di uno o dei due contraenti impedisce la formazione del contratto ».

(1) Infatti nella 5ª edizione del trattato medesimo, fatta posteriormente allo scritto qui riassunto, è espresso il mutamento di opinione a questo proposito. (Vol. I, § 84, pag. 236, Stuttgart, 1879).

Il diritto prussiano (A. L. R. I. § 4, § 52-56, 75-79) e il codice sassone (§ 91, 95, 843, 844) stabiliscono che la dichiarazione di volontà non seria, e quella che a causa di un errore sostanziale non concorda colla reale volontà, è invalida, e concedono all'altro contraente, che l'abbia ritenuta valida, solo una azione al risarcimento dei danni; questa peraltro il codice sassone non concede che nel caso di errore.

Al contrario nel codice austriaco (art. 876) si prescrive: « Se alla parte « stessa che promette ed a lei soltanto possa imputarsi il qualunque siasi suo « errore, il contratto è valido, a meno che questo errore non dovesse dalle « circostanze manifestarsi evidentemente alla parte accettante ». L'Unger chiama questa disposizione *deplorabile* (*Diritto privato austriaco*, II, pagina 123), e dice che non si può giustificare in teoria e non si può approvare nella legislazione.

Per ciò che riguarda i progetti, non si trova traccia della nuova teoria nel progetto di Assia (1853), nel bavarese (1861), nè in quelli svizzeri nel dritto delle obbligazioni (1875, 1877 e 1878). Anche nel progetto di Dresda (1864) l'errore è trattato semplicemente come causa di nullità, ma a proposito del requisito della serietà della dichiarazione si aggiunge (art. 52) che il dichiarante non può opporre la mancanza di serietà, se non « quando era « noto all'altra parte o poteva esser noto secondo le circostanze che la dichiara « razione di volontà non era seria ».

A questa enumerazione del Windscheid noi potremmo aggiungere che il codice civile italiano segue nell'art. 1108 le disposizioni del codice francese; e lo stesso fa il codice civile ticinese nell'art. 528. Così pure si modellano sul francese il codice sardo albertino (art. 1196), il codice di Parma e Piacenza (art. 1082) e le leggi civili delle Due Sicilie (art. 1063).

Sin qui il Windscheid. La questione da lui trattata è tutt'altro che terminata e probabilmente avremo luogo di pubblicare altri sunti di lavori scritti su questo tema gravissimo. Io non credo accettabile tutto il ragionamento del nostro autore; nè mi pare priva di difetti e fors'anche di contraddizioni la sua definizione della dichiarazione di volontà, e specialmente la relazione da lui posta tra questa e la volontà, relazione che si può quasi ridurre ad una identificazione tra dichiarazione e volontà giuridica. Se mi sarà concesso, in apposito scritto esporrò più ampiamente i miei pensieri intorno a questo argomento (1). Per ora accennerò solo che, a parer mio, il vizio delle diverse teorie sin qui sostenute — come nota lo stesso Windscheid — consiste nel considerare la dichiarazione di volontà ora esclusivamente dal punto di vista del suo autore, ora da quello di colui al quale essa è diretta; laddove la dichiarazione non essendo altro che un fatto generatore di un rapporto tra due o più persone, deve essere considerata come tale nel suo complesso; a quel modo che come tali consideriamo i fatti illeciti generatori di rapporti giuridici. Il principio ultimo della responsabilità di colui che volle o fu in colpa è sempre il medesimo. Egli è appunto per questo principio della responsabilità che differiscono, a parer mio, essenzialmente le dichiarazioni di volontà negli atti bilaterali da quelle negli atti unilaterali; ed è appunto per ciò che non si possono applicare a queste le regole che governano gli effetti giuridici di quelle. Mi sembrano insomma molto più ammissibili le pratiche conclusioni del nostro autore, che le sue speculazioni teoriche.

Non aggiungo altro per non peccare di temerità e precipitazione.

(1) [V. a pag. 272, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*].

## II.

## DELLA NATURA E DELLA CAPACITÀ GIURIDICA DEI COSÌ DETTI COMITATI

di R. di Jhering, professore in Gottinga (1).

Nel fascicolo 1-2 del volume 18 dei suoi *Jahrbücher* il celebre prof. Rod. di Jhering ha pubblicato un suo parere riguardante una lite sorta in Svizzera per la costruzione di alcune ferrovie. In questo parere redatto con mire scientifiche sono dibattute specialmente tre questioni: 1) della natura e della capacità giuridica di un comitato; 2) del preteso requisito del valore pecuniario e del proprio interesse nelle azioni derivanti da obbligazioni; 3) dell'applicazione del concetto della forza maggiore a debito di denaro.

Noi riferiremo soltanto ciò che riguarda le prime due questioni, facendone due sunti separati, senza stare a riferire il caso particolare che vi ha dato luogo.

I professori Renaud e Brocher in due pareri, contro i quali è rivolto quello dell'Jhering, avevano sostenuto che un comitato promotore formatosi per la costituzione di una società per azioni per l'intrapresa di una ferrovia, non essendo esso medesimo una società per azioni, nè in altro modo avendo la personalità giuridica, non poteva fare contratti, nè promuovere azioni per l'esecuzione di contratti. Il Renaud poi soggiungeva che tale comitato non poteva dirsi neppure una *società privata*, perchè chiunque, pagando una determinata quota, poteva entrare a farne parte.

Lo Jhering si domanda prima di tutto: quali sono le conseguenze di questa teoria? Un comitato non può agire in giudizio in forza di contratti da esso conclusi, perchè non è persona giuridica, ma una semplice accolta di individui che si sono fatti a rappresentare interessi altrui; solo questi altri possono avere azioni, non il comitato, al quale l'azione è cosa affatto estranea. Dunque se si costituisca un comitato per raccogliere offerte a favore di danneggiati dalla politica o da forze naturali, e il comitato deponga presso un banchiere le offerte ricevute, non avrà azione contro costui per farsi restituire il danaro? E dovranno riunirsi tutti coloro che hanno fatte le offerte per potere agire?

Il senso comune si rivolta contro queste conseguenze, dice lo Jhering, e se la giurisprudenza attuale a queste ci conducesse, dovrebbe mutarsi la giurisprudenza e la legislazione. Ma ciò non occorre, perchè il diritto, così come è (lo Jhering parla della Germania, ma dice che il suo ragionamento può estendersi anche ad altri diritti), basta a toglier di mezzo ogni difficoltà.

Che cos'è un comitato? Secondo il linguaggio usuale è una riunione di persone che si sono proposte di rappresentare e attuare le intenzioni di un maggior numero di persone. Dietro al comitato stanno perciò sempre altre persone, a cui disposizione esso si mette; il suo carattere giuridico consiste nella rappresentazione di un maggior numero di persone, tendenti al medesimo scopo, mediante un minor numero di persone, sempre peraltro in numero plurale.

Or come il rapporto di rappresentazione tra due individui può essere di due specie, o mandato (*mandatum*) o gestione d'affari (*negotiorum gestio*),

(1) Dagli *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. XVIII (1879), pag. 1-34.



così è pure nel nostro caso. Se più persone si sono riunite per conseguire uno scopo privato o pubblico, egoistico o di comune utilità, per facilitare la loro azione esse sogliono scegliere tra di loro un comitato, che si dirà elettivo, il quale deve considerarsi legato dal vincolo del mandato verso i suoi elettori. D'altra parte può darsi che un comitato promotore si riunisca per iniziare ed eccitare la riunione di altre persone pel conseguimento di un dato scopo, come p. es. il soccorso a sventurati, o la costruzione di una ferrovia; esso, costituendosi come comitato, dimostra pubblicamente di volere invitare altre persone a dividere l'impresa.

Il rapporto tra il comitato e queste altre persone si può ridurre ad una *negotiorum gestio*, ma solo di fatto; giuridicamente esso non può avere tale carattere essendo le altre persone del tutto indeterminate. Un rapporto giuridico tra esse e il comitato non può nascere se non dopo che esse si sieno associate, ed allora il rapporto stesso, come si dimostrerà tra poco, rientra sotto il concetto del mandato.

In qualunque modo però un comitato si formi, o per iniziativa propria o per elezione, il suo carattere giuridico è lo stesso: un comitato non è altro che la denominazione collettiva dei singoli membri, un modo di designazione più breve per non istare ad enumerarli. Chi manda qualche cosa a un comitato, la manda ai singoli membri per un determinato scopo; coll'indirizzarla al comitato esso in poche parole risparmia di enumerare uno ad uno gl'individui, dimostra l'intenzione del suo invio ed obbliga e si obbliga a tenore del programma reso pubblico dal comitato; questo programma è la *lex contractus*.

Convien quindi passare ad esaminare la posizione giuridica del comitato sotto i vari aspetti, ossia nei rapporti tra i diversi membri del comitato, nei rapporti tra questi e i committenti, finalmente nel rapporto coi terzi che trattano col comitato.

Il rapporto tra i membri del comitato può essere di società; ma non lo è sempre necessariamente. È di società quando i membri si sieno giuridicamente obbligati a scambievoli prestazioni economiche e personali; ma, dove ciò non avvenga, il rapporto è puramente di fatto, come quello, per es., di più persone che abbiano convenuto di passeggiare insieme. Ogni membro può rimanere o ritirarsi, senza che gli altri membri abbiano azione contro di lui, a meno che si tratti dell'*actio doli*.

Il rapporto verso i committenti è sempre quello di mandato. Abbiamo già veduto che non può esser quello di *negotiorum gestio* per l'indeterminatezza dei *domini negotii*. Allorchè alcuno dichiara di accedere al comitato, o gli mandi denari o altro, non si può più dire che il comitato agisce senza volontà o cognizione da parte di lui, e perciò si ha vero mandato e non gestione d'affari. Se il comitato non agisce secondo il programma, ogni committente ha l'*actio mandati* e può avere anche la *condictio ob causam datorum* per farsi restituire ciò che abbia dato.

Il Renaud definisce la posizione del comitato verso i committenti dicendo che è un *organo*. Tale definizione si può anche accettare. Il comitato è organo dei committenti, come il mandatario è organo del mandante.

Veniamo ai rapporti coi terzi. In diritto si riconoscono due modi o forme nelle quali il rappresentante degli interessi altrui può concludere negozi giuridici: la *mediata* e l'*immediata*. Nella prima il rappresentante conchiude il negozio in proprio nome, come se agisse per sè stesso; e in tal caso non si muta la sua posizione giuridica pel fatto, che l'altro contraente conosce il nome di colui pel quale veramente si agisce, ovvero anche che lo stesso rap-

presentante glielo abbia fatto conoscere. In questa forma il rappresentante obbliga il terzo e si obbliga verso di lui, come se agisse per proprio conto; ed è necessario un atto speciale tra esso rappresentante e il *dominus negotii*, perchè a quest'ultimo si trasferiscano gli effetti attivi e passivi del contratto. Questa fu anzi per molto tempo in Roma la sola forma di rappresentazione.

Accanto ad essa nel diritto romano si venne costituendo la forma immediata, per la quale il rappresentante non conchiude il negozio come proprio, ma in nome del *dominus negotii*, che perciò viene immediatamente ad obbligare e ad essere obbligato.

Tale duplicità di forma non è una particolarità del solo diritto romano.

La differenza tra le due specie di rappresentazione è sostanziale; e come la prima non cambia natura pel fatto che il terzo conosca, anche per dichiarazione del rappresentante, il nome del rappresentato; così si può avere la seconda specie, anche quando il mandatario non abbia espressamente dichiarata questa sua qualità, come avviene per es. quando una persona di servizio compra viveri pel padrone senza dichiararlo espressamente.

Applicando questi principii ai contratti fatti da un comitato — rammentiamoci che questo non è altro che una più breve designazione dei singoli suoi membri — dobbiamo dire che esso può scegliere tra le due forme: o concludere il contratto in proprio nome, o in nome dei committenti. Se sceglie la prima forma, esso stesso si obbliga ed obbliga i terzi; se sceglie la seconda, ciò fanno i committenti. Ma l'astratta possibilità della scelta, in pratica è esclusa da mille difficoltà; essa è poi impossibile per i comitati promotori. Come potrebbero questi dire ad un terzo contraente: siamo dolenti di non aver potuto trovare altri soci, ma voi sapevate, per la nostra qualità di comitato, che noi non contrattavamo per noi stessi, dunque andate cercando voi quei soci che noi non abbiamo trovati?! E ciò che si dice delle obbligazioni passive del comitato, deve dirsi anche delle attive ossia dei crediti.

Concludendo bisogna dire, che un comitato, eccetto il caso che si sia espressamente dichiarato e voluto l'opposto, contrae sempre come rappresentante della prima specie e si obbliga ed obbliga direttamente. Nè si obietti che il comitato, dichiarandosi tale, dimostri di non contrattare per sè stesso; poichè anche un commissionario non altera la natura del contratto enunciando questa qualità ed anche il nome della persona per la quale egli contrae. Del resto se pur restasse un dubbio su ciò, converrebbe rammentare la regola d'interpretazione: *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur quae rei gerendae aptior est* (fr. 67 de r. i., 50, 17); *...id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam pereat* (fr. 12 de reb. dub., 34, 5); *...quo res, qua de agitur, in tuto sit* (fr. 80 de v. o., 45, 1).

Il rapporto interno, tra comitato e committenti, non riguarda dunque i terzi; anche se si sieno ecceduti i limiti del mandato, e perciò il comitato sia divenuto responsabile verso i committenti.

Ultimo risultato di queste ricerche è questo: l'azione promossa da un comitato è azione dei singoli membri che lo compongono; e se più persone possono insieme promuovere un'azione, non si sa vedere perchè ciò debba negarsi a persone, che dicano di formare insieme un comitato. Non vi è nessun impedimento giuridico a che più persone conchiudano insieme un contratto, ciò è dunque lecito anche ai componenti un comitato. E come una persona può in proprio nome concludere un contratto per un'altra persona, così potranno fare più persone per più persone. E se tali persone si designano col nome di *comitato*, ciò non altera la natura del contratto e la rap-

presentazione non passa da una forma all'altra. La capacità giuridica di un comitato dipende dalle regole, che governano la capacità giuridica di più persone che trattano insieme.

Questo è in breve il ragionamento dello Jhering. Io non vi aggiungerò nulla; osserverò soltanto, che questo ragionamento può dirsi fondato anche sui principii del nostro diritto civile italiano (1). Infatti i presupposti dello Jhering sono: 1) la facoltà di più persone di agire e contrattare insieme, e non credo che questa si possa negare col nostro diritto civile; 2) la possibilità del mandato tacito, il quale è ammesso dall'art. 1738 del nostro codice civile; 3) la doppia forma del mandato mediato e immediato ed anche questa è riconosciuta nel nostro codice, poichè accanto alla forma immediata, che è la normale, abbiamo quella dell'art. 1744, che dispone: « Quando il mandatario agisce in suo nome, il mandante non ha azione contro coloro coi quali il mandatario ha contrattato, nè i medesimi l'hanno contro il mandante. — In tal caso però il mandatario è direttamente obbligato verso la persona con cui ha contrattato, come se l'affare fosse suo proprio ». Ove evidentemente le parole è *direttamente obbligato* si riferiscono così alla parte attiva come alla passiva dell'obbligazione. Il tipo di questa specie di mandato si ha nel codice di commercio sotto il titolo *Dei commissionari*, art. 63, 69 e 70.

### III.

#### SULL'ELEMENTO DEL VALORE PECUNIARIO DELL'INTERESSE PROPRIO NELLE OBBLIGAZIONI

per R. di Jhering (2).

Perchè gli sia concessa l'azione derivante da un rapporto obbligatorio è necessario che l'attore giustifichi d'avervi un interesse proprio? È necessario pure che questo interesse sia patrimoniale, riducibile a valore pecuniario?

#### § 1. — *Dell'interesse necessario a render valida un'obbligazione.*

La scuola storica, dice lo Jhering, nel primo ardore per la scoperta delle Istituzioni di Gaio si lasciò trasportare ad erronee esagerate conseguenze; così trovando nel Comm. IV, § 48 che la condanna nel processo formulare era sempre pecuniaria, ne trasse la teoria che non potevano farsi valere in giudizio se non azioni fondate sopra un interesse valutabile in danaro. Nelle parole della l. 9 § 2 Dig. *de statul.* 40, 7: *ea in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt* si trovava un altro appoggio a siffatta teoria (3). In antico essa non era nota: oggi in più cose si torna all'antico. È merito del Windscheid (*Pandekten*, II, § 251, nota 3) l'aver ricondotta nei suoi

(1) [Cfr. la nota a sentenza a pag. 333 del vol. III].

(2) Dai *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. XVIII (1879), pag. 34-117.

(3) SAVIGNY, *Obligationenrecht*, I, p. 9, nota 6; PUCHTA, *Pandekten*, § 220, nota i; ARNDTS, *Pandecten*, § 202, nota 3; KELLER, *Pandekten*, § 222; BRINZ, *Pandekten*, § 89, 92, 138. E già prima GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, II, § 460; UNTERHOLZNER, *Lehre von den Schuldverhältnissen*, I, § 103. Più di recente FR. MOMMSEN, *Zur Lehre vom Interesse*, p. 122 seg.

veri termini anche la nostra questione; lo Jhering afferma essersi nelle sue lezioni scostato dalla teoria dominante anche prima del Windscheid.

A quali conseguenze conduce questa teoria? Un cameriere non ha azione contro l'albergatore per far valere il diritto d'aver libera la domenica, da lui riservatosi, perchè la libertà domenicale non ha valor pecuniario. Il padrone di casa non ha azione contro l'inquilino che, violando i patti, suoni tutto il giorno il pianoforte nel suo appartamento, perchè la salute e la tranquillità non sono danaro.

Eppure questo cameriere e questo padrone di casa non hanno forse interesse a far valere le loro ragioni? non avrebbero forse richiesto un maggior salario, una maggior pigione se quei patti non si fossero inseriti nei contratti? Ciò faceva già osservare Sabino citato da Papiniano nella l. 6 § 1 Dig. *de ser. exp.*, 18, 7. Domandavasi se il venditore d'uno schiavo avesse azione contro il compratore per far rispettare il patto inserito nella vendita di trattare duramente il servo; Papiniano prima avea negata l'azione, perchè *viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satis factum non esset*; ma poi mutò avviso: *Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris hominis venisse videatur*. Simili considerazioni si trovano nella l. 79 Dig. *de contr. emt.*, 18, 1; un esempio se n'ha pure nella l. 10 Dig. *de serv. exp.*, 18, 7 (*minorato pretio vendidit*).

Si ha dunque in ciò la prova che anche interessi non patrimoniali hanno tal valore da essere spesso e da tutti acquistati a prezzo di danaro. E per verità sono forse tutti materiali i nostri bisogni? E non serve pure il patrimonio alla soddisfazione dei bisogni morali?

Retta perciò anche la teoria, che richiede un interesse patrimoniale, dovrebbe accordare un'azione per gl'interessi spirituali, di piacere ecc. ecc.; e se nol fa, essa è in contraddizione con sè stessa.

Ma la teoria stessa è falsa. Il diritto, e anche il diritto civile non debbono difendere solo il patrimonio. Si dirà che il giudice civile non ne ha il mezzo, perchè non può disporre che della condanna pecuniaria; ma in ciò appunto è il fondamento dell'errore. Se il giudice civile, dice lo Jhering, saprà bene usare della condanna pecuniaria, nella maggior parte dei casi la troverà sufficiente. Il danaro non deve aver solo la funzione di equivalente, ossia di determinante il valor pecuniario della prestazione, ma anche la funzione di pena e di soddisfazione.

Per funzione penale non s'intende l'attribuzione di una pena privata all'attore, come avveniva nelle azioni penali romane, ma la minaccia d'una pena come mezzo di pressione pel caso di disubbidienza all'ordine del giudice, ossia, per dirla alla romana, una *multa* in opposizione della *pena*. Questo mezzo bene usato non può mancare d'aver effetto. Esso peraltro non vale che pel futuro e reca poco vantaggio all'attore.

Perciò il giudice deve poter usare il danaro anche come soddisfazione, verso il creditore, dell'inadempimento dell'obbligazione per lo passato.

Negare questi poteri al giudice significa ridur lui all'impotenza, e lasciar senza difesa l'attore.

Il magistrato, per poco che sia abile, saprà facilmente trovare la misura di queste condanne.

Resta ora a provare che i romani ammettevano tutt'e tre le funzioni della condanna pecuniaria: la funzione d'*equivalente*, di *pena* e di *soddisfazione*. La prima è fuori questione; vediamo le altre.



a) — *Coazione all'adempimento di prestazioni mediante minacce di pene pecuniarie e coazione personale.*

Per provare la funzione penale basterà il ricordare fatti a tutti noti.

V'era presso i romani tutta una categoria di azioni dirette ad *exhibere e restituere*, nelle quali il giudice, prima di venire alla condanna pecuniaria, doveva imporre al convenuto la reale prestazione (*arbitrium*); e, se questi non ubbidiva, in pena della sua *contumacia* la condanna si regolava secondo il *juramentum in litem* dell'attore; questi era fatto *arbiter liti aestimandae*. La condanna non era dunque nel semplice equivalente, ma in una somma di soddisfazione; *ex contumacia aestimatur ultra rei pretium* (fr. 1 *de in lit. iur.*, 12, 3), *non est aequum, pretio, id est quanti res est, litem aestimari, cum et contumacia punienda sit* (fr. 8 *ibid.*).

Nello stesso modo, secondo lo Jhering, anche negli altri giudizi il giudice poteva fare avvertenza al convenuto, perchè eseguisse l'obbligo suo. Talvolta p. es. quando si era riconosciuta una servitù, la minaccia di una pena prendeva forma di *cautio* da prestarsi dal convenuto per le future eventuali turbative.

Convieni poi rammentare l'azione del magistrato, oltre quella del giudice. Egli disponeva di mezzi di coercizione, e della *multa* in caso di disubbidienza.

Così egli obbligava ad eseguir la manumissione ordinata in un testamento (*fidei commissaria libertas*) e persino l'acquisto, talvolta a ciò necessario, di uno schiavo altrui, fr. 6, 12, 13, 15, 24 § 12 ecc. *de fideic. lib.*, 40, 5; a seguire la emancipazione dei figli ordinata a un legatario, fr. 92 *de cond.*, 35, 1; PAUL., *Sent. rec.* IV, 13 § 1; gli ordini dati dal testatore circa ai propri figli, fr. 7 i. f. *de ann. leg.* 33, 1; o circa ai suoi funerali, fr. 14 § 2, *de relig.* 11, 7; per l'erezione di un monumento, fr. 50 § 1, *de her. pet.* 5, 3; per la cura delle consuete cerimonie religiose per parte dei liberti a questo fine manomessi, fr. 44 *de man. test.*, 40, 4; fr. 71 § 2, *de cond.*, 35, 1.

Il padre che senza ragione nega ai figli il consenso pel matrimonio, o alla figlia la dote; vi viene costretto dall'autorità, fr. 19 *de r. n.*, 23, 2; i testimoni di un testamento si costringono del pari a riconoscere i loro sigilli, fr. 4, *Test. quemadm. aper.*, 29, 3; il possessore del testamento a permetterne la visione e la copia, fr. 2 § 8 *ibid.*; l'arbitro, che ha accettato di giudicare, a curare la causa e dar la sentenza, fr. 3 § 1, *de rec. qui arb.*, 4, 8; fr. 32 § 12 *ibid.*; il marito a proteggere la moglie mentecatta, fr. 22 § 8, *Sol. matr.*, 24, 3; i genitori e i figli ad alimentarsi scambievolmente, fr. 5 § 1, § 5, § 8 etc. *de agnosc. lib.*, 25, 3.

Inutile è rammentare quanto estesa era l'azione del magistrato rispetto alla tutela dei pupilli, fr. 1 § 2, *Ubi pup. educ.*, 27, 3.

Tutti questi casi hanno per oggetto atti personali. Ma il magistrato romano costringeva direttamente anche a prestazioni reali, quando queste mal si sarebbero surrogate con danaro; fr. 12 pr. *de relig.*, 11, 7 per la via al sepolcro; fr. 13 *de pollic.*, 50, 12, fr. 8 *ibid.* per le opere promesse alla repubblica; fr. 11 § 25, *de leg.*, 32 per le opere stesse ordinate in un testamento a determinata persona.

Questi esempi ci dimostrano, che, quando si dice che nella procedura formulare romana non vi poteva esser condanna altro che pecuniaria, si dimentica che accanto al giudice v'era il pretore.

Esempli tratti da tempi più recenti ci fornisce la const. 45 (46) pr. § 2, *de episc.*, 1, 3.

È dimostrato a questo modo che per diritto romano erano giuridicamente difese anche obbligazioni non consistenti in un valor pecuniario. Si vedrà ora che la condanna pecuniaria stessa non aveva la sola funzione di equivalente di interessi economici, ma anche quella di soddisfazione pel sentimento giuridico offeso, e di equivalente del danno recato a interessi non economici.

b) — *Applicazione del danaro a fine di soddisfazione — Riconoscimento e difesa di interessi non economici — Testi.*

Tutti conoscono la funzione penale del danaro in caso di delitti che offendano non il patrimonio, ma la persona: p. es. nell'*actio iniuriarum aestimatoria* e nell'*actio de sepulchro violato*. Importa dimostrare che ciò facevasi sotto l'aspetto dell'interesse, del riconoscimento dello scopo di soddisfazione ideale del danaro. Vi son poi altri testi che dimostrano esser quest'interesse difeso anche astrazione fatta da un delitto.

I testi, che si porteranno a prova, dimostreranno qual sia l'ampiezza del concetto romano dell'interesse, e per conseguenza quale interesse possa essere oggetto di contratto.

Si possono questi interessi dividere in due classi, secondo che lo scopo loro sia riposto nella persona altrui o nella propria.

A — *Interessi, il cui scopo è riposto nell'altrui persona.*

1. — *Affetto di parentela.*

a) *actio de servo corrupto utilis* del padre per la corruzione dei propri figli, fr. 14 § 1, *de servo corr.*, 11, 3. L'interesse che a riguardo dello schiavo è patrimoniale, non è tale a riguardo dei figli.

b) *actio iniuriarum* per l'ingiuria fatta ai figli o alla moglie, PAUL., S. R. V., 4 § 3; GAL., III § 221; fr. 3 *de iniur.*, 47, 10, § 5 *ibid.*; fr. 18 § 5 *ibid.*

c) Azione di regresso del padre contro il venditore, se il fondo da lui comprato e dato in dote alla figlia viene evitto a questa; fr. 71 *de evict.* 21, 2, ove si dà per ragion di decidere la *paterna affectio*.

d) *actio tutelae* del pupillo contro il tutore che ha trascurato di dare gli alimenti ai suoi prossimi parenti poveri, fr. 1 § 2 *de tut. rat.*, 27, 3.

e) *postulatio suspecti tutoris* da parte delle donne più strettamente congiunte col pupillo, fr. 1 § 7, *de susp. tut.*, 26, 10, fr. 5 § 1, *Qui ex caus.*, 42, 4.

f) *actio de effusis et deiectis*, quando ne sia stato ucciso un proprio congiunto, data *potissimum* al congiunto, fr. 5 § 5, *de his qui effud.*, 9, 3.

2. — *Pietà dell'erede verso il defunto.*

a) Mantenimento delle limitazioni imposte dal defunto alle cose da lui legate ad un parente mentecatto, nel costui interesse fr. 71 pr. *de cond.* 35, 1; fr. 19 *de leg.*, 32.

b) Disposizioni del testatore a riguardo della vendita degli schiavi, fr. 18 § 2, *Fam. etc.*, 10, 2.

c) Azione per l'erezione del monumento contro colui che ne fu incaricato, fr. 12 § 17, *Mand.*, 17, 1; fr. 7, *de ann. leg.*, 33, 1.

d) *Actio iniuriarum* per le offese alla fama o al cadavere di lui, fr. 1 § 4, 6, *de iniur.*, 47, 10.

3. — *Compassione e benevolenza verso persone affatto estranee.*

a) Azione del venditore dello schiavo per l'adempimento della manumissione imposta al compratore, fr. 54 fr., *Mand.*, 17, 1.



b) Azione del padrone della schiava venduta per la violazione del divieto di prostituirla, fr. 6 pr. *de serv. exp.*, 18, 7; fr. 7 *ibid.* per un caso simile riguardo al divieto di maltrattare lo schiavo.

c) L'*interdictum de homine libero exhibendo*, fr. 3 § 9, *de hom. lib.*, 43, 29.

d) Il mandato in favore di terzi. Vedansi pei diversi casi qui spettanti fr. 1 § 3, *Mand.*, 17, 1; fr. 8 § 4 *ibid.*; fr. 2 § 2 *ibid.*; fr. 6 § 4 *ibid.*

#### 4. — Rispetto del pubblico bene.

Debbonsi qui ricordare le *actiones populares*; per esse il cittadino può agire nell'interesse del pubblico bene, anche se a questo non si unisca il proprio. Queste azioni non si limitano alla difesa delle cose pubbliche, ma servono a tutelare persone bisognose di aiuto come:

a) gl'impuberi. Difesa contro il tutore incapace e infedele colla *postulatio suspecti tutoris*;

b) i minorenni. Difesa contro le lesioni coll'*actio popularis* della *lex Plaetoria* (Confr. JHERING, *Geist des röm. Rechts*, III, 1, p. 119);

c) i prigionieri di guerra e gli assenti *reipublicae causa*. Difesa contro le sottrazioni di cose loro per la *lex Hostilia* (pr. *Inst. de his per quos*, 4, 10);

d) i liberi. Difesa coll'*interdictum de homine libero exhibendo*, nel tempo antico col *vindex libertatis*.

A questi casi Giustiniano ne aggiunse un altro, quello dell'*actio popularis* per la fondazione di un istituto pio o di pubblica utilità ordinata in un testamento, const. 45 (46) § 6, *de episc.*, 1, 3.

Si erra dunque quando si dice che niuno può agire se non per sè stesso. Con ciò erroneamente si generalizza quello che si trova scritto riguardo alla stipulazione.... *inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat quod sua interest* (fr. 38 § 17, *de v. o.*, 45, 1).

#### B — Interessi, il cui scopo consiste nella propria persona.

Se ne possono far due classi; una di quelli il cui fine è sensibile, materiale, l'altra di quelli il cui fine è soprasensibile, ideale. Alla prima classe, oltre l'interesse patrimoniale, appartengono gli agi, la comodità, il piacere, in una parola tutto ciò che è godimento esterno della vita.

##### 1. — Interessi materiali.

1) Se alcuno taglia alberi del fondo altrui, il proprietario ha sempre un'azione per indennità, l'usufruttuario invece dovrebbe averla solo quando l'albero fosse stato fruttifero. Tuttavia gli si concede un'azione anche quando da quel taglio venisse lesa l'amenità del luogo, fr. 16 § 1, *Quod vi*, 43, 24.

2) Così l'usufruttuario, benchè possa fare aumentare il prodotto del fondo, non può farlo a danno dell'amenità del luogo, la quale ha valore pel proprietario, fr. 13 § 4, *de usufr.*, 7, 1.

3) Il conduttore ha l'*actio conducti* contro il locatore, se da fabbriche fatte dal vicino gli venga tolta la luce e la visuale, fr. 25 § 2, *Loc.* 19, 2.

4) Il concetto dell'utilità, come fondamento delle servitù prediali, si viene mano mano allargando in modo da abbracciare anche l'amenità e il piacere, fr. 3 pr. *de aqua*, 43, 20.

5) L'*actio mandati* si dà per interessi non patrimoniali.

6) Riposo e tranquillità. L'editto pretorio dava un'*actio in factum* per la dolosa *alienatio iudicii mutandi causa*, fr. 1 pr. *de alien.*, 4, 7, anche per

l'incomodo arrecato, fr. 3 § 4 *ibid.* Qualche cosa di simile si ha nel fr. 8 § 2, *Rat. tem.*, 46, 8.

7) Lesioni corporali, dolore. Quantunque il corpo e la vita umana sieno detti non valutabili in danaro (fr. 1 § 5, fr. 7 *de his qui effud.*, 9, 3; fr. 3 *Si quadr.* 9, 1; fr. 2 § 2, *ad leg. Rhod.*, 14, 2), e non si dia azione per la bellezza offesa, pure anche per diritto romano si poteva agire per lesioni corporali e pel dolore risentitone. Così già in antico si determinava una somma come compenso, in seguito alla possibilità di un accordo fra le parti nella *legis actio membri rupti* delle XII tavole; così nell'*actio de effusis et deiectis* si aveva un risarcimento dei danni anche non pecuniari, fr. 1 pr. *de his qui effud.*, 9, 3; 1 § 6 *ibid.*; fr. 5 § 5 *ibid.* A dolori corporali si riferiscono pure le disposizioni contenute nei fr. 40-42 *de aed. ed.*, 21, 1, fr. 28 (27) § 5 *de adult.*, 48, 5.

#### 2. — Interessi ideali.

1) *Sentimento religioso*. Di tale interesse abbiamo esempio nell'*actio sepulchri violati*, fr. 3 § 8, *de sep. viol.*, 47, 12. Sopra un interesse immateriale è pur fondato il contratto mentovato nel fr. 11 *de relig.*, 11, 7.

2) *Ambizione*. Il fr. 11 § 1 *Quod vi aut clam*, 43, 24 dà l'interdetto *quod vi aut clam* a colui, la cui statua fu tolta dal pubblico luogo ove stava, benchè egli non ne fosse proprietario ed altro interesse non vi avesse che quello dell'amor proprio.

3) *Amore della famiglia*. Nel fr. 35 *de minor.*, 4, 4 viene riconosciuto come sufficiente motivo di restituzione pel minorenni: *si eius interesse emtam ab eo rem fuisse probetur, veluti quad maiorum eius fuisset*. Lo stesso interesse si nota pel patrono per aver la *bonorum possessio contra tabulas* della eredità insolubile del liberto, fr. 36 *de bon. lib.*, 38, 2. Quindi pure la regola d'amministrazione data al tutore della const. 22 § 3 *de adm. tut.*, 5, 37.

4) *Rapporto di patronato*. Se alcuno ha comprato e manomesso uno schiavo, il quale aveva diritto per testamento a esser manomesso dall'erede venditore, può questo schiavo reclamar come patrono l'erede. Ma s'ei fa ciò, il compratore perde il diritto di patronato; si domanda quindi se ha perciò l'*actio emti*. Nel fr. 43 *de act. emt.*, 19, 1 Paolo fa notare che Ulpiano aveva negata l'azione, ma egli con Giuliano (fr. 45 § 2 *ibid.*) la concede, e con ragione.

#### C — Risultati.

Da tutti questi testi sin qui raccolti si desume:

1.° Essere un errore il concludere dalla condanna pecuniaria della procedura romana, che il giudice non potesse valutare se non interessi e beni di valore economico. Nella *vera rei aestimatio* il giudice valutava *affectus, affectiones, verecundia, pietas, voluptas, amoenitas, incommoditas* etc. Insomma il danaro oltre alla funzione di equivalente e di pena, aveva anche quella di soddisfazione.

2.° L'espressione *id quod interest, quanti eius interest* etc. non significare il solo interesse pecuniario, ma qualunque interesse tutelato dal diritto.

3.° La funzione di soddisfazione del danaro non esser limitata ai delitti, ma aver luogo nei contratti. L'espressione *in bonae fidei iudiciis affectus nationem habendam esse* (fr. 54 pr. *Mandati*, 17, 1) non si limita al diritto degli schiavi, ma è un principio generale di diritto.

## D — Spiegazione dei testi apparentemente contrari.

Resta ora a notare che i testi, sui quali si appoggiano gli avversari, non contrastano punto a questa teoria.

Essi sono i seguenti:

1.° Il fr. 9 § 2, *de statul.*, 40, 7, fondamento di tutto l'errore. Se il giuriconsulto colle parole: *ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*, avesse voluto dire che non può essere oggetto di obbligazione se non ciò che ha un valore economico, avrebbe detto cosa falsa e contraria a tutti i testi sopra raccolti e citati.

Anche i beni e gl'interessi che non hanno per fine danaro o valor pecuniario possono essere estimati in danaro: *pecunia lui praestarique possunt*. Non così le prestazioni impossibili; ed è appunto di una di queste che si tratta nel testo in questione.

Così inteso esso non contraddice alle decisioni contenute nelle altre leggi. Ma posto pure che quest'astratta formula d'un principio fosse contraria alle concrete decisioni degli altri testi, conviene (secondo ci vien detto nel fr. 1 e 202 *de r. i.*, 50, 17) appigliarci a queste abbandonando quella, o sforzandola a conciliarsi con esse.

2.° fr. *de verb. obl.* 45, 1 e

3.° fr. 7 *de praescr. verb.*, 19, 5.

Queste due leggi vanno unite, perchè si dichiarano nel medesimo modo.

S'egli è vero che non è necessario un interesse patrimoniale per render valido un contratto, è pur vero che un interesse è necessario. Con questa massima veniamo al fr. 95 *de v. o.*, 45, 1: *Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco fieri insulam voluerit, si et ibi insulam fieri interest eius*. Lo Jhering dice, che, seguendo la comune interpretazione, egli non aveva mai potuto per lo innanzi comprendere bene questa legge.

Figurando il caso, che alcuno contragga una *locatio conductio operis* per la fabbrica di una casa, in forma di stipulazione, non si sa intendere come possa per tale stipulazione nascer questione sull'interesse dello stipulante; tale questione dovrebbe pur nascere per la *locatio conductio operis* e sarebbe assurda; nè punto vale l'osservare esser l'uno un contratto *stricti iuris* e l'altro *bonae fidei*, come fa il BARON, *Pandekten*, § 208 (Pag. 415), nè si può dare alcun'altra scappatoia. L'assurdo resta sempre assurdo. Questo poi cresce ancora, se si pensa che colui che si fa fabbricare una casa non ha neppur designato il luogo!

Eppure il caso è così figurato da tutti i giuristi. La glossa nota: *Si quis stipuletur, sibi insulam fieri, debet locum designare in quo fieri eam vult, alias non valet stipulatio*.

Ma quel *sibi*, osserva lo Jhering, non è nel testo. Non si può dunque dire che lo stipulante voleva un edificio non sul proprio suolo, ma sull'altrui, non per sè, ma per lo stesso promittente? Nè si obietti che non può mai in tal caso trovarsi l'interesse dello stipulante. Uno speculatore, che abbia una gran quantità di terreni in un luogo disabitato, può desiderare che in quel luogo comincino a erigersi abitazioni per vendere a più alto prezzo quei terreni; il qual caso spesse volte si è avverato in pratica.

Così la legge in questione diventa chiara.

Passiamo al fr. 7 *de praescr. verb.*, 19, 5: *Si tibi decem dederò, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas*. È

questa un frammento dello stesso Papiniano, che nel fr. 54, *Mand.*, 17, 1 e nel fr. 7 *de serv. exp.*, 18, 7 espressamente ammetteva che nei *bonae fidei iudiciis* non era necessario l'interesse pecuniario, ma bastava l'*affectus ratio*. Non può dunque il fr. 7 *de praescr. verb.* avere il senso, che sia necessario un interesse pecuniario per la validità del contratto riguardante la manumissione di uno schiavo.

Si può conciliare questo testo con gli altri in una doppia maniera:

1.° Intendendo per *interesse* non il solo interesse pecuniario. Il *quanti interest* si spiega perchè la quantità dell'interesse deve determinarsi anche per gl'interessi non economici, come ci mostra il § 7 *Inst. de inur.*, 4, 4. *Sed postea praetores permittebant ipsis, qui iniuriam passi sunt, eam aestimare, ut iudex vel tanti reum condemnet, quanti iniuriam passus aestimaverit vel minoris, prout ei visum fuerit*;

2.° Papiniano riconosce un interesse nella manumissione del *proprio* schiavo, non in quella di uno schiavo affatto *estraneo*, pel quale non si può ammettere un sufficiente interesse morale.

In questo modo restano scartati gli ostacoli che potevano sorgere da queste leggi, e non rimane per gli avversari che il fr. 38 § 17, *de v. o.*, 45, 1. Ma siccome questo non parla di interesse pecuniario, ma di interesse nella persona del creditore della qual cosa si parlerà in seguito, così si può qui tralasciarlo.

## E — Positiva limitazione della difesa dell'interesse nel diritto moderno.

Il Windscheid (*Pandekten*, § 251, nota 3) rimette all'apprezzamento del giudice il definire qual sia l'interesse necessario a promuovere un'azione, escludendo quelle pretensioni che si fondano sopra un mero capriccio; lo stesso fa il Baron (*Pandekten*, § 208). Lo Jhering non crede che questo criterio sia sufficiente. Vi sono interessi non capricciosi, i quali pure non sono difesi dal diritto.

Conviene incominciare a scartare quei rapporti che non sono considerati nel diritto. L'invito fatto da un amico a passar qualche giorno in campagna, anche se accettato, non obbliga giuridicamente alcuno. Eppure per l'invitato esso può aver anche un valore pecuniario; sicchè i sostenitori dell'interesse patrimoniale dovrebbero concedergli un'azione. Tanto è vero che la loro teoria è falsa, che ora si trova troppo larga ora troppo ristretta! Del pari non si può dire che l'invitante e l'invitato sieno mossi dal semplice capriccio.

Nè a questo porterebbe nessun mutamento, a parer dello Jhering, il patto d'una clausola penale, nonostante il fr. 38 § 17, *de v. o.*, 45, 1; perchè la violenta coercizione è opposta alla natura del rapporto, per sè stesso libero, sicchè vi si potrebbe applicare quel detto del fr. 71 § 2, *de cond.*, 35, 1 che tal clausola sarebbe una *cautio, per quam ius libertatis infringitur*.

Può peraltro la vita di società dar luogo a obbligazioni giuridiche. Il contratto con un servitore, con un cuoco per un banchetto, con un suonatore per un ballo è validissimo, e queste persone non potrebbero sottrarsi sotto pretesto che il fine dell'altro contraente era il solo piacere della vita sociale e non un interesse patrimoniale.

Simile alla vita sociale è la compiacenza. Per essa si può ad altri offrire la propria cosa o il proprio servizio senza contrarre un rapporto giuridicamente obbligatorio, benchè vi possa essere un interesse patrimoniale, e benchè non si tratti di mero capriccio. (Vedi p. es. fr. 10 § 7, *Mand.*, 17, 1; fr. 13 § 2, *de rec. arb.*, 4, 8 e rammenta le regole che governano il precario).



Un'altra categoria di promesse non obbligatorie è quella, nella quale non vi ha nessun interesse in colui cui si fa la promessa; p. es. la promessa di non suonare fatta da un malato al medico, che ciò crede utile alla salute di lui; in confronto con la stessa promessa fatta dall'inquilino al locatore, la quale è obbligatoria. In che consiste la differenza? Nel fatto che il locatore soffre dell'inadempimento del patto, laddove il medico non ne soffre. E poichè si può godere e soffrire anche per altre persone, l'interesse può esser tale anche se non immediato nella persona dello stipulante.

Studiato così l'aspetto negativo del problema, e avendo scartato ciò che non è interesse giuridico, conviene esaminarlo sotto l'aspetto positivo. Che cosa è l'interesse? Lo Jhering non intende per ora trattare ampiamente la questione, dovendolo fare nel 2° volume della sua opera in corso sullo « Scopo nel diritto » (*Zweck im Recht*); ma espone brevemente i risultati dei suoi studi. Interesse in senso soggettivo significa il sentimento della condizionalità della vita. La causa per cui io m'interesso a una persona, a una cosa, a un rapporto, è che da essi io mi sento dipendente nell'esistenza o nella felicità. Interessi sono dunque le condizioni della vita in senso lato; le quali sono affatto relative. Ciò che per l'uno è elemento di felicità, può esser per l'altro del tutto indifferente e senza pregio. E ciò che si dice degli individui, deve dirsi anche dei popoli. Col mutarsi degli interessi di un popolo si muta anche il suo diritto, il quale ha per fine di assicurare colla forza le indispensabili condizioni di vita della società. La misura dell'interesse giuridico è dunque variabile e non si può proporre la questione — che cosa sia interesse giuridico — in astratto, come se la risposta fosse uguale per tutti i tempi e per tutti i popoli. Papiniano avrebbe fatto ridere un giurista dell'antichissima Roma con la sua massima « *affectus rationem habendam esse* »; come pur questi non avrebbe mai potuto intendere che si sarebbe potuta costituire una servitù prediale anche per fine di piacere.

E qual sarebbe la meraviglia di Papiniano, se trovandosi in un tempo di civiltà progredita, come la nostra, si sentisse dire, che il solo interesse da difendersi giuridicamente è l'interesse patrimoniale?

Il concetto dell'interesse che avevano i romani al tempo della massima cultura, quale risulta dai testi sopra citati, può anche oggi essere accettato; solo con qualche modificazione. I romani, forse come reliquia dei tempi primitivi, non ammettevano altro interesse nella compra vendita se non il pecuniario. E converrebbe anche in questo caso aver riguardo a quel maggior interesse che può avere il compratore a ottenere la cosa comprata, p. e. l'interesse dello Stato ad aver le vettovaglie per l'esercito in tempo di guerra. In tal caso, oltre alle pene che si possono minacciare da leggi penali, anche il giudice civile dovrebbe condannare il venditore inadempiente a risarcire più che il semplice danno patrimoniale del compratore.

Per chiarire meglio il concetto giuridico dell'interesse secondo il nostro tempo si possono portare vari esempi, come fa lo Jhering, traendoli dalla locazione di case, d'opere ecc. ecc. Io per brevità tralascero questa parte semplicemente illustrativa.

#### § 2. — *Del requisito dell'interesse pel creditore.*

Stabilito che l'interesse giuridico non è ristretto al solo interesse patrimoniale, si può passare a studiare la questione, se sia necessario che il creditore dia la prova del proprio interesse, quando esige l'adempimento dell'obbligazione.

È utile anzitutto distinguere due diversi modi, coi quali alcuno può con un contratto procurare l'altrui interesse:

- 1) Conchiudendo il contratto in nome *altrui*;
- 2) Conchiudendolo in nome *proprio*.

Il caso più importante, e quello che lo Jhering si propone, è il secondo.

All'opinione, che per diritto romano non si possa conchiudere un contratto in nome proprio, ma nell'interesse altrui, contraddicono i più noti fatti. Ogni *adstipulator*, ogni procuratore conchiudeva contratti nell'interesse del mandante. Se si fosse ammessa quell'opinione, non avrebbe mai potuto sorgere in Roma l'istituto della procura. Al procuratore, che agiva in forza di un contratto stipulato in nome proprio, non si domandava s'egli vi aveva un proprio interesse ovvero se l'interesse era altrui; bastava ch'egli avesse conchiuso in nome proprio il contratto. Questo vale anche per diritto moderno.

Chè se si voglia fare astrazione da ogni rappresentazione, vediamo a quali conseguenze ci conduce la regola, che non si posson conchiudere contratti altro che nel proprio interesse.

Dicesi interesse di un contratto lo scopo, cui esso mira in relazione colla persona. Se dunque si mira al contraente stesso, si dice ch'egli ha contrattato nel proprio interesse; se si mira ad altri, nell'altrui.

Alcuno compra un violino pel proprio nipote; può egli agire in giudizio? Secondo l'opinione avversaria, no; perchè egli non ha comprato per sè stesso. Il locatore, che non ha bisogno di restaurare la casa, ma la fa restaurare per benevolenza verso l'inquilino, non potrebbe neppure avere azione contro gli operai, coi quali a questo fine ha contrattato. Così ogni contratto che abbia per fine una liberalità verso terzi è invalido. Chiunque voglia agire in forza d'un contratto, deve provare di averne bisogno; chi ha buona vista deve provare perchè ha comprato degli occhiali; chi ha capelli, perchè ha comperato una parrucca, e così via dicendo. In una parola tutto si riduce al più pretto egoismo.

Ma così veramente non è pel diritto; e particolarmente per diritto romano la stessa conclusione del contratto serve a provare l'interesse, fatta solo eccezione per quei contratti, dei quali più sopra si è parlato, che sono validi soltanto nel caso che il contraente soffra del loro inadempimento. Da questi contratti, solo ipoteticamente muniti d'azione, devono distinguersi quelli che giuridicamente sono per sè stessi validi. Per essi in diritto romano non si domanda mai la prova dell'interesse, a fine di concedere l'azione allo stipulante (diverso, s'intende, è il caso della liquidazione degl'interessi per l'inadempimento). Nella categoria di questi contratti debbono annoverarsi tutti quelli che hanno per oggetto la prestazione di una cosa — la cosa ha sempre un interesse; così il mutuo, il deposito, il commodato, la vendita, la permuta; così la *locatio conductio rei, operarum, operis*, per le quali la circostanza del corrispettivo per sè stessa dimostra l'interesse.

#### IV.

#### SULLA DOTTRINA DELL'ANIMUS POSSIDENDI del prof. Mandry (1).

Il prof. Mandry prendendo occasione dalla soluzione del problema, se colui che abbia trovata una cosa altrui e la conservi con l'intenzione di ren-

(1) *Archiv für die civil. Praxis*, 1880, pag. 1-26.



derla al proprietario possa dirsi giuridico possessore, cerca di portare maggior luce sulla dibattuta definizione dell'*animus possidendi*.

Infatti, se alla questione proposta si risponde affermativamente, ne viene di conseguenza che non si può più definire l'*animus possidendi* come animo di essere proprietario, nè come animo di trattare la cosa come proprietario.

Ora lo studio del Mandry consiste appunto nel provare che il ritrovatore di una cosa altrui è giuridico possessore.

Egli giunge a questa dimostrazione per mezzo del paragone di questo caso con quello del *negotiorum gestor* nel tempo anteriore alla *rati habitio* o al rendimento dei conti.

Non istarò a riprodurre per intero il lungo e minuto ragionamento dell'autore sopra la specie da lui particolarmente considerata; ma poichè le questioni possessorie romane hanno non lieve importanza per noi, credo dover riferire le conclusioni di questo lavoro, affinchè i lettori, che più si occupano di tali problemi, sappiano in qual caso vi possano ricorrere.

« La volontà di possedere nel suo contenuto interamente coincide col l'*animus detinendi*, ossia non è altro che la volontà di aver la cosa ».

« Questa volontà, posto il necessario rapporto di fatto colla cosa, rende giuridico possessore il detentore, quando questi colla sua apprensione e col suo avere non voglia continuare il possesso giuridico altrui, nè acquistare per altri un tale possesso ».

« Se l'*animus possidendi* si vuol concepire in opposizione colla volontà di tenere, la differenza è formata solo dall'intenzione di fare sè stesso giuridico possessore ».

« Se il detentore, astrazione fatta dal caso di volontà di rappresentare altri, voglia avere la cosa per sè e nel proprio interesse, ovvero per un terzo e nell'interesse di costui, se per poter esercitare qualunque uso della cosa ovvero un solo determinato uso, se riconoscendo o negando l'altrui proprietà, tutto ciò è indifferente per la costituzione del possesso giuridico nella persona del detentore e quindi è indifferente per l'*animus possidendi* ».

## V.

### SULLA FACOLTÀ DI DARE IN PEGNO LE *SERVITUTES URBANÆ*

del dr. Hölder, professore in Greifswald (1).

In quest'articolo dello Hölder si tratta una questione molto controversa e incidentalmente si accenna ad una nuova teorica circa la distinzione delle servitù prediali in rustiche ed urbane.

Per la l. 12 D. *de pignori* si possono dare in pegno le servitù rustiche, dandone il possesso al creditore prima del giorno della scadenza del debito, e quindi concedendogli di vendere in quel giorno la servitù, se il pagamento non siasi eseguito. In questo modo la servitù si viene a costituire realmente solo colla vendita fattane dal creditore; prima egli non ne ha che il quasi-possesso.

Per la l. 11 § 3 D. *eod.* si nega la facoltà di dare in pegno le servitù urbane.

(1) *Archiv für die civil. Praxis*, 1880, pag. 113-121.

Dalla comparazione di queste due leggi e dal loro collegamento nascono due questioni: 1° perchè non vi può essere un quasi possesso di una servitù urbana nel creditore pignoratizio? 2° deriva da questa impossibilità quella della costituzione del pegno sopra una tale servitù?

Il solo scrittore recente, che abbia tentata una divisione delle servitù in urbane e rustiche secondo il loro contenuto, è il VANGEROW, *Pand.*, § 359, annot. 2. Egli distingue le *servitutes habendi, prohibendi e faciendi*; le due prime classi formano le servitù urbane, l'ultima le rustiche. Una delle cause per cui tale distinzione ha trovati pochi seguaci è la mancanza di corrispondenza tra le categorie medesime e i predicati di urbane e rustiche attribuiti alle categorie romane. Il prof. Hölder pensa che la categoria delle servitù negative sia esatta, poichè tutte le negative sono certamente urbane; non così quelle delle *serv. habendi e faciendi*. Il Vangerow solleva un solo dubbio circa la *servitus aquaeductus* che potrebbe considerarsi come *servitus habendi*; ma risponde che in essa non si tratta solo di *habere* il *rivus*, ma di derivare l'acqua. Ciò peraltro si potrebbe dire anche della *servitus stillicidii*, la quale è certamente urbana. Secondo lo Hölder non è solo lo *habere* che caratterizza le servitù urbane positive, ma un *habere* di speciale natura, contenuto in quello del *praedium dominans*. Le *servitutes urbanæ* sono « le negative e quelle che s'immedesimano con lo stato dell'edificio dominante » (*HÖLDER, Instit.*, pag. 116 B). I fondi rustici hanno bisogno in parte dei prodotti di altro suolo, ma più specialmente, per la loro consueta lontananza dalle strade pubbliche e dalle acque, della possibilità del trasporto di uomini, bestie ed acqua sui fondi vicini; onde l'*iter*, l'*actus*, la *via*, l'*aquaeductus* prototipi delle servitù rustiche. Al contrario il principale bisogno dei fondi situati nelle strette città è quello di aver maggiore libertà all'intorno; spazio, luce ed aria sono il fine delle servitù urbane così affermative come negative. Il fondo rustico cerca l'aiuto positivo nelle prestazioni del fondo serviente, il fondo urbano cerca la libertà della propria ampliazione.

Questa è la regola generale che caratterizza la distinzione; poco importa che nel fatto non ogni fondo urbano sia in città, non ogni fondo rustico in campagna. Certo l'aria e la luce sono tanto necessarie ai campi quanto alle abitazioni, ma per quelli è minimo il pericolo di esserne privati; così l'interesse delle comunicazioni esiste altrettanto per il fondo urbano quanto per il rustico, ma per il primo questo bisogno è soddisfatto per solito dalle strade pubbliche.

Da questi caratteri deriva che delle servitù urbane non si può dare un proprio e indipendente quasi possesso. Per quelle che *in patiendo consistunt* ciò è chiaro, perchè il loro possesso dipende da quello del fondo dominante, come più volte già si è osservato; ma lo stesso deve dirsi di quelle che vietano un *facere*. Il loro contenuto non essendo un *usus*, e l'*usus* essendo il contenuto del possesso, non si può dare possesso a loro riguardo. Nè a ciò contraddicono le due leggi, riferite dal Savigny, 15 D. *de op. nov. nunc.*, 39, 1 e 45 *de damn. inf.*, 39, 2.

Di qui viene che delle servitù negative non può darsi possesso pignoratizio perchè non può darsi possesso in genere. Alla stessa conseguenza porta, riguardo alle altre servitù urbane, una impossibilità non giuridica, ma di fatto. Per es.: A dovrebbe aver diritto di mettere in un buco del muro della mia casa la trave della sua, e poi di vendere a B il diritto di mettere la trave della sua casa nel medesimo buco. Per la sua stessa natura questo diritto non può tornar utile a più d'uno; mentre invece un diritto, com'è p. e. quello di passaggio, può facilmente giovare a parecchie persone.

Dimostrata così l'impossibilità di una *quasi-possessio* sulle servitù urbane, resta a vedere se questa è la causa della impossibilità di darle in pegno. Certamente il creditore non potrà costituire la servitù a favore del vicino, al quale dovrebbe venderla, per mezzo della *in iure cessio*, poichè per questa sarebbe necessario ch'egli fosse padrone del fondo. Restano due altri modi pretorî di costituzione: la *pactio et stipulatio* e la *quasi-traditio*. Ma chi si serve del primo mezzo deve dare piena garanzia che l'acquirente da nessuno sarà turbato nell'esercizio della servitù. Questa garanzia non poteva dare il creditore. Gli restava dunque la sola *quasi-traditio*. Ma questa era impossibile per le servitù urbane negative giuridicamente, per le affermative nel fatto stesso.

Termina il suo articolo il prof. Hölder sostenendo che oggi in Germania essendo sparite le forme romane per la costituzione di servitù, si possono costituire in pegno anche le servitù urbane.

Siena, dicembre 1880.

## APPUNTI SOPRA ALCUNE QUESTIONI DELLA TEORIA DEL POSSESSO NEL DIRITTO ROMANO (\*)

« Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est  
regula fiat ».

PAULUS, fr. I D. de r. i. 50, 17.

Intitolo *Appunti* questo scritto e quelli, che ho intenzione di far seguire a questo, così per la loro forma, come per la loro sostanza. La bibliografia sul possesso è forse la più vasta tra quelle che concernono un singolare istituto del nostro diritto; e sebbene il contingente più forte vi sia portato nei tempi moderni da scrittori tedeschi, anche l'Italia ha prodotto un numero non piccolo di pubblicazioni su questo soggetto, poco note per la massima parte, e pur troppo degne d'esser poco note per la maggior parte.

La scuola romana è, tra le nostre, più d'ogni altra benemerita per la trattazione di questo istituto nell'antico diritto. Abbiamo di essa due libri assai diversi d'indole, ma assai pregevoli ambedue: la *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, del prof. Ilario Alibrandi (Roma, 1871), e *Il possesso e gli istituti di diritto prossimi ad esso* del prof. Odoardo Ruggeri (Firenze, 1880). Breve il primo, originale, procede col suo ragionamento stretto e serrato per le cime più alte; e sebbene da molte delle sue opinioni si possa, e, a parer mio, si debba dissentire, non si può non ammirarne l'autore. Il secondo invece si compiace dell'analisi minuta d'ogni questione, nella quale spiega la forza dell'acutissimo ingegno corroborato da studi ampî e profondi; espone e critica accuratamente le principali opinioni prima di lui messe innanzi; manifesta dappertutto la più esatta conoscenza delle fonti; e avrebbe potuto fare un lavoro eccellente, se al sottilissimo acume avesse unito maggior forza di ricostruzione scientifica. Credo infatti che il punto debole del suo lavoro sia quello ove tratta della nozione del possesso e del fondamento della sua difesa.

In ogni modo io penso, che chiunque voglia mettersi a trattar di nuovo un soggetto, non possa avere dinanzi alla propria coscienza altra scusa se non la volontà di far meglio dei suoi antecessori, e deve quindi considerer bene se alla volontà corrispondano le forze.

Ciò mi toglie ogni idea di affrontare la teoria romana del possesso nel suo complesso. Ma poichè pure ognuno riconosce non potersi questa teoria dir mai del tutto esaurita, e parecchie parti di essa sono tuttora oggetto delle più vive discussioni, spero non abbia a parer temerario colui che esponga sopra

(\*) Pubbl. in *Archivio giuridico*, 1881, vol. 26, pag. 94.

alcuni punti controversi le idee, che egli ritien vere. Questo intendo fare nei presenti appunti nella forma più semplice che sia possibile, supponendo già nel lettore la conoscenza dello stato attuale della scienza in proposito, e rinviandolo in ogni caso al libro del Ruggieri, che, tra gl'italiani, è quello nel quale potrà trovare più copiose notizie. Profitterò pure dell'occasione di questi appunti per correggere più d'uno degli errori, nei quali sono caduto nel mio opuscolo *Sopra il precarium* (Roma, 1878) (1).

Paralipomeni contro il concetto del possesso derivato.

Fra i molti concetti, che, noti anche prima del Savigny, vanno sotto il nome di lui, perchè egli li ha fatti suoi improntandovi il carattere del suo genio straordinario, deve porsi anche quello del possesso derivato. Creato per dare spiegazione di alcune anomalie nell'applicazione al diritto romano della teoria, che pone l'*animus domini* o *dominantis* come elemento essenziale del possesso, quel concetto può dirsi ancora prevalente, tra i romanisti, al pari di questa teoria.

E per vero, se facciamo astrazione da speculazioni più o meno filosofiche circa il fondamento della protezione del possesso, la necessità di un *animus domini*, o *dominantis*, si giustifica colla necessità di spiegare, perchè mai il conduttore, il depositario, il commodatario, ecc., i quali stanno pure in rapporto di fatto colla cosa, non sono nel diritto romano considerati come possessori.

Costoro, si osserva, sono privi dell'*animus domini* o *dominantis*, laddove nella maggior parte dei casi, nei quali è riconosciuto un possesso giuridico, il possessore ha un animo siffatto. L'essenza del possesso è dunque riposta in codest'animo.

V'hanno tuttavia parecchie persone, che possiedono, mentre sono prive dell'*animus domini*. Quali e quante siano queste persone si discute; ma è indubitato che qualcuna ve n'è, come il creditore pignoratizio, il precarista, il sequestratario.

A spiegar questo fatto, si dice da qualche autore, che in esso deve riconoscersi una vera e propria eccezione alla regola, ammessa dal diritto positivo *utilitatis causa*; ma i più, seguendo il Savigny, vedono in esso un possesso non del tutto anormale, un possesso che non esclude la regola generale che richiede l'*animus domini*, come quello il quale è appunto derivato da un possesso munito di quest'animo. E tale derivazione si può figurare in diversi modi: o come una trasmissione del possesso qual diritto, *ius possessionis*, da una persona che ha l'*animus domini* ad un'altra che non l'ha (Savigny); o come un vero e proprio trapasso del possesso (Thibaut); o come un affidamento del possesso pel quale la persona, cui esso è consegnato, lo ritiene bensì, ma come possesso altrui (Brinz) (2).

(1) [V. pag. 1; cfr. anche pag. 341].

(2) Mi si perdonerà certamente, se non ho neppur fatto cenno degli sforzi di coloro che vogliono trovare un *animus domini* anche nel creditore pignoratizio, nel precarista, nel sequestratario, ecc. (come per es. lo Schroeter).

In quanto alla nuova teoria, svolta dal BEKKER, *Das Recht des Besitzes bei den Römern* (Leipzig 1880, § 22, p. 159-182) credo che per lo meno non sia punto romana. Vi tornerò sopra negli articoli futuri.

Contro queste tre ultime costruzioni teoriche, le quali sono tre specie di un medesimo genere, è diretto il presente scritto. Esse sono tutte ordinate a provare, che anche in quei casi, ove si difende un possesso non qualificato col l'*animus domini*, v'è sempre qualche persona, che ha quest'animo; ed è veramente il possesso di questa persona quello che dà origine agl'interdetti esercitati dall'altra. Cosicchè io credo impossibile trovare un nesso logico tra quelle costruzioni e la necessità dell'*animus domini*, per la quale esse sono state inventate, se non si ammetta questa proposizione: « nei casi, nei quali si accordano gl'interdetti possessori a persone prive dell'*animus domini*, il possesso, che è causa degli interdetti, non è il loro, ma quello di altre persone, che hanno l'*animus domini* ».

Se non si ha il coraggio di accettare questa proposizione nella sua semplicità e chiarezza, torno a dirlo, è inutile di andar fantasticando *derivazioni*, *trasmissioni* o *affidamenti di possessi*. Ognun sa che gli oppositori del possesso derivato (e per questo intendo anche l'*affidato* e il *trasmesso*) muovono contro di esso specialmente le seguenti obiezioni: 1° non esservi nelle fonti traccia di questo concetto di derivazione, nè di eccezione alle regole generali nell'ammettere un possesso nel creditore pignoratizio, nel *precarium rogans*, ecc.; 2° esser sempre, anche nel concetto Savigniano della derivazione, implicita una successione nel possesso; laddove la possibilità di una vera successione è negata quasi da tutti gli autori; 3° finalmente esser falso che l'*animus domini* sia un elemento essenziale del possesso (1).

A ciò si risponde: 1° che i giuriconsulti romani non facevano teorie, e perciò non hanno creduto necessario di spiegare la ragione, per la quale gl'interdetti possessori si accordano al creditore pignoratizio, ecc.; che del resto alcuni testi come p. es. fr. 13, § 1, *de publ. act.*, 6, 2; fr. 22, § 1, *de noxal. act.*, 9, 4; fr. 3, § 4, *Comm. div.*, 10, 3 (i quali in verità non dimostrano molto) provano che anche i romani avevano qualche idea della eccezionalità di quei casi; 2° che non è vero esser nel possesso derivato implicita una successione di possesso (Savigny), perchè ciò che in quello si trasmette è il solo *ius possessionis*: oppure che la successione in generale è ammessa anche nel possesso (Brinz); 3° finalmente che senza l'*animus domini* non può aversi un'adeguata teoria possessoria, nè può spiegarsi perchè il possesso sia difeso, nè rendersi ragione del non esser considerati come possessori molti, che non detengono la cosa, come il colono, ecc.

Io non insisterò qui sopra tali argomenti già molto ampiamente e dottamente discussi: da una parte e dall'altra si pecca forse ragionando troppo *a priori*.

Ma contro il concetto di qualsivoglia derivazione di possesso, per ispiegare la difesa degli interdetti accordata al creditore, al precarista, ecc., vorrei proporre un'obiezione tutta positiva.

(1) A tali ragioni l'ALIBRANDI, *op. cit.*, pag. 34 seg., combattendo il Savigny, ne aggiunge un'altra, dicendo che la cessione dello *ius possessionis* non è altro in sostanza che una cessione di azioni. Ora tale cessione di azioni non era possibile, se non nella forma di delegazione o costituendo a cognitore o procuratore il cessionario.

Io peraltro non credo che la derivazione del possesso sia dai suoi fautori intesa come una cessione di azioni o interdetti già nati. Queste nascono dal possesso tenuto dal possessore derivato; ma a questo possesso, che sarebbe una detenzione priva dell'elemento dell'*animus domini*, va unito anche lo *ius possessionis* ceduto da colui che realmente ne sarebbe il soggetto, dal possessore che ha l'*animus domini*. Questo concetto è certamente oscuro, ma non per colpa mia.



A me sembra che la logica necessariamente c'imponga questo sillogismo: se nei casi di possesso derivato il fondamento della difesa interdittale deve sempre trovarsi nel possesso di colui che ha l'*animus domini* (proposizione da me più sopra stabilita), quando questo possesso non è difeso dagl'interdetti, neppure il possessore derivato potrà di questo giovare.

Ove dunque la conseguenza vi si dimostri falsa, dovrà dirsi falsa anche la premessa e perciò falsa ogni teoria, che tenti con una qualsivoglia derivazione giustificare la difesa possessoria accordata al creditore pignoratizio, al *precarium rogans*, al sequestratario, ecc. ecc.

Figuriamo un caso concreto. Tizio ha spogliato violentemente Caio del suo possesso e ha dato in pegno a Sempronio la cosa per tal modo ottenuta. Il possesso che aveva Tizio era tale, da non potersi difendere contro Caio; perciò se la difesa interdittale accordata a Sempronio non è altro che una derivazione di quella che sarebbe concessa a Tizio, neppure Sempronio potrà difendere il suo possesso contro Caio. Se egli può far ciò, dobbiamo necessariamente concludere, che il possesso di lui è indipendente da quello di Caio.

Seppure nelle fonti non si potesse in alcun luogo trovar proposto un caso simile, il silenzio stesso sarebbe sufficiente a persuaderci, che Sempronio può ottimamente giovare degl'interdetti possessori negati a Tizio. Negli interdetti infatti non si ha mai riguardo ad altri rapporti, che a quelli che intercedono tra le due parti in causa; e come il possesso vizioso di fronte ai terzi è difeso, così si difende pure il possesso non vizioso di chi lo ebbe da vizioso possessore. A questa conseguenza ci conduce lo studio delle formule interdittali (*alter ab altero possidetis; unde tu illum vi deiecisti*, confr. pure fr. 1, § 3, *de interd.*, 43, 1: *interdicta omnia... vi... ipsa personalia sunt*). Più d'una volta si leggono massime generali, come queste: fr. 7 *de vi.*, 43, 16: *cum a te vi deiectus sim, si Titius eandem rem possidere coeperit, non possum cum alio quam tecum interdicto experiri*; fr. 3, § 10, *Uti possidetis*, 43, 17: *Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessionem esse, fundum accipiam*; fr. 17 *de precario*, 43, 26: *qui precario fundum possidet is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum quem rogavit uti potest*; massime, nelle quali avrebbe pur dovuto esprimersi qualche eccezione, se vi fosse stata.

Ma fortunatamente non queste regole generali sole ci vengono in appoggio. Il caso da noi figurato è stato esaminato da Ulpiano a proposito del precario, ossia di quello che dovrebbe essere il più derivato tra i possessi derivati, se il concetto della derivazione fosse vero.

Ecco come si esprime il nostro giureconsulto nel fr. 1, § 11, *de itinere actiue privato* 43, 19: *...Si ego viam precario rogavero et tibi fundum precario dederò, quamvis hac mente ieris, quasi fundo meo deberetur, inutile esset interdictum et precario eo itinere usus esse videar, non immerito: non enim opinio tua, sed mea quaerenda est. Tu tamen, credo, poteris interdicto uti, etsi de hoc nihil scribat Julianus*. Questo testo, che tronca ogni questione rispetto al precario, basta anche pei casi di pegno, sequestro, ecc., poichè Ulpiano evidentemente deduce dai principî generali (*etsi de hoc nihil scribat Julianus*) la sua soluzione *tu poteris interdicto uti*.

Ma, lo ripeto, se tu puoi usare quell'interdetto, che a me non è concesso, è assurdo il dire che tu lo puoi usare, perchè io te ne ho trasmesso il diritto — *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (fr. 54 *de r. i.*, 50, 17) — non può quindi esistere possesso derivato.

Due soli modi allora ci restano a spiegare il possesso riconosciuto dai romani nel creditore pignoratizio, nel precarista, nel sequestratario, ecc. O ammettere parecchie vere eccezioni alla regola per la quale si richiede l'*animus*

*domini* (1), o rigettare addirittura questa regola come frutto della fantasia dei romanisti. E chi, come me, si appiglia a questo secondo modo, deve render ragione dell'essere dai romani accordati gl'interdetti possessori al creditore pignoratizio, al precarista, ecc., e non al colono, al comodatario, ecc., segnando il limite che separa i primi casi dai secondi.

Di questo tornerò a parlare altra volta.

(1) Il Savigny, nell'aggiunta della 6ª edizione, al § 9 del trattato sul possesso, esaminando gli scritti del Rosshirt e del Sintenis (*op. cit.*, traduz. francese dello Staedtler, Bruxelles 1870, pag. 113 e 117), giunge a dire che l'opinione di costoro, i quali negavano un possesso derivato, ammettendo un possesso veramente eccezionale nel caso del creditore pignoratizio, del precarista, ecc., non differiva dalla sua propria, se non per le parole. A me pare ch'egli abbia così disertato il proprio campo, e sia rimasto, riguardo alla teoria del possesso derivato, il meno savignano di tutti i savignani. E per vero, il dire che la derivazione del possesso è solo un modo diverso d'esprimere il riconoscimento di una vera eccezione alle regole generali del possesso, è lo stesso che rinunciare a tutto il contenuto positivo del concetto della derivazione, creato appunto per dare spiegazione dell'eccezione e mostrare ch'essa non distrugge la generale verità teorica della regola.

## SULLA SERVITUS ONERIS FERENDI (\*)

Chiunque abbia qualche conoscenza del diritto romano, sa che la *servitus oneris ferendi* ci si presenta come un caso eccezionale di fronte a quella regola, che si suol formulare nell'adagio *servitus in faciendo consistere nequit*.

Parecchi frammenti delle Pandette c'insegnano, che le riparazioni necessarie al muro soggetto alla servitù di sorreggere il peso impostovi dal fondo dominante, invece di essere a carico del proprietario del fondo dominante, sono a carico del proprietario del fondo serviente. Questi può essere costretto a fare tali riparazioni con un'azione fondata sulla stessa servitù *oneris ferendi*; azione la cui *intentio* era concepita press'a poco così: *ius Aulo Agerio esse cogere Numerium Negidium reficere parietem* (1). Il proprietario del fondo serviente, per sottrarsi a tale obbligazione, non aveva altro scampo, che quello di abbandonare il muro o la colonna destinata a sorreggere il peso.

Un caso pratico, in materia di riparazioni necessarie al fondo serviente per l'esercizio della servitù, mi ha indotto in questi ultimi tempi a sottoporre a nuovo esame siffatta particolarità; e credo che non sarà del tutto inutile pubblicare i risultati di tali considerazioni.

Astrazione fatta da pochi autori, i quali ritennero, che, in tutti i casi di servitù, il proprietario del fondo serviente fosse obbligato a fare le necessarie riparazioni (2) — opinione che oggi non ha bisogno di esser confutata (3) —

(\*) Pubbl. in *Archivio giuridico*, 1881, vol. 27, pag. 145.

(1) Confronta fr. 6, § 2-7, *Si servitus vindicetur*, §, 5; fr. 8 pr., § 2 *eod.*; fr. 33 *de serv. praed. urb.*, §, 2. Per la formula dell'azione confr. fr. 6 § 2 cit. e § 8 § 2 cit. Vedi SCHMIDT, *Die Bestellung der iura in re aliena* (nel periodico *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, vol. III (1859), pag. 258, nota 23; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5ª ediz., Stuttgart 1879, vol. I, § 211a, nota 3, pag. 673 seg.

(2) Il MÜHLENBRUCH, *Ueber servitus oneris ferendi* nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, XIV (1831), pag. 322, cita come sostenitori di tale opinione RICHTER, *Dissert. de domino serviente ad praedii servientis refectionem obligato*, Lips. 1753, e HEISLER, *Juristische Abhandlungen und Erörterungen*, I, 1. Quest'ultimo, in un'altra sua memoria (*op. cit.*, I, 2) sulla stessa questione, ritirò l'opinione prima espressa. Vedi pure su tale questione GLÜCK, *Erläuterung der Pandecten*, X, pag. 14 segg.

(3) Non istarò a citare autori, perchè sarebbe superfluo. Veggansi fr. 15 § 1 *de serv.*, §, 1: *Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiat aut non faciat*; fr. 6 § 2, *si serv. vind.*, §, 5: *... non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus reffectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit*; fr. 8 § 2 *eod.*; fr. 11, *Comm. praed.*, §, 4; etc. Così nei Basilici lib. 58 tit. 5 cap. 6 si riassumono le disposizioni a ciò relative (riferisco la traduzione dello HEIMBACH, vol. 5º, pag. 198): *In omnibus servitutibus reffectio non ei, cuius res servit, sed ei cui servitus debetur, incumbit; excepta servitute onera ferendi vicini. Nam hoc casu is, cuius res servit, domum suam reficere cogitur, ad onera mea sustinenda. Licet tamen ei domum relinquenti non reficere.*

gli scrittori di diritto romano si sono sempre sforzati di spiegare questa eccezionale disposizione relativa alla *servitus oneris ferendi*, in modo da conciliarla con le regole generali, che sembrano derivare dal concetto stesso di servitù.

Che tale disposizione fosse, almeno in apparenza, contraria ai vecchi principii regolatori delle servitù, l'avevano sentito gli stessi giureconsulti romani, tra i quali a questo proposito insorse discussione. Ulpiano nel fr. 6, § 2, *Si serv. vind.*, §, 5 così ci riferisce i varii pareri: *Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus reffectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit. Sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino derelinquere scribit.*

Ai tempi dunque di Cicerone, del quale furono contemporanei Gallo Aquilio e Servio Sulpicio (1), incominciò la disputa.

Gallo voleva che anche alle riparazioni del muro di sostegno dovesse provvedere il proprietario del fondo dominante, perchè non doveva mai il proprietario del fondo serviente esser soggetto ad obblighi personali in forza della servitù. Servio invece pensava doversi dare azione al proprietario del fondo dominante per costringere quello del fondo serviente ad eseguire le necessarie riparazioni. I motivi di questo parere di Servio ci sono ignoti. Certamente esso dovette sembrare strano a molti, che vi vedevano una trasformazione della servitù in un'obbligazione personale; ma Labeone lo fece prevalere, osservando che questa servitù era sempre dovuta dalla cosa, non dalla persona, sicchè il proprietario poteva ad essa sottrarsi coll'abbandono della cosa. D'allora in poi, a quanto sembra, non si dubitò più nè del diritto del proprietario del fondo dominante, nè del carattere *reale* dell'azione a lui concessa (2). Tuttavia Paolo credeva ancora utile di giustificarla e così ne scriveva (fr. 33 *de serv. praed. urb.*, §, 2): *Eum debere columnam restituere, quale onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes quae servirent, non eum qui imponere vellet. Nam cum in lege aedium ita scriptum esset: « paries oneri ferendo uti nunc est, ita sit », satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret: quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem praerberet, qui onus suum sustineret, si ea res, quae servit et tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat* (3). È questa forse la ragione addotta un tempo da Servio Sulpicio? (4). O crede Paolo che l'eccezione veramente si giustifichi con la sola formula adoperata per la costituzione della servitù? Ovvero cerca

(1) Servio fu discepolo di Gallo (fr. 2 § 43, *de orig. iuris*, 1, 2) ma, avendo incominciato molto tardi a studiare il diritto, doveva essere pressochè coetaneo di lui.

(2) Fr. 6, § 3, *Si serv. vind.*, §, 5; *Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio.*

(3) Invece delle parole *si quis alicui cavisset... qui onus* il Mommsen propone di leggere *si quis cavisset, ut cui onus* senza l'altre parole intermedie.

(4) Che la ragione possa essere quella addotta da Servio Sulpicio potrebbe sostenersi notando che il passo di Paolo può appartenere realmente ad Alfeno, del quale è nota la relazione con Servio.



egli di dimostrare soltanto che quell'eccezione ben si concilia con quella formula? Di ciò tratteremo fra breve.

Di fronte a questi testi, che ci riferiscono la storia delle dottrine romane circa la *servitus oneris ferendi*, non possiamo dubitare che l'eccezione non fosse ammessa dopo maturo consiglio e dopo averla trovata giusta nella pratica. *Non omnium quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*, dice Giuliano in un testo (fr. 20 *de legibus*, l. 3) anche troppo spesso ricordato; e certo non mancano nel diritto romano, disposizioni accettate per tradizione di scuola o per autorità di un giureconsulto famoso, benchè non fossero fondate sopra buone ragioni (1). Ma la nostra non può essere una di tali disposizioni, poichè fu discussa, combattuta, modificata e finalmente accettata.

È utile quindi cercarne la ragione. Molte ricerche, come ho già detto, si son fatte: delle quali ricorderò qui le principali (2).

Mentre lo Schirmer in un suo breve articolo sul *significato della « servitus tigni immittendi » e il suo rapporto colla « servitus oneris ferendi »* (3) vuole che l'anomalia di quest'ultima servitù non consista soltanto nell'accessoria obbligazione del proprietario del fondo serviente per le riparazioni del muro, ma nello stesso principale contenuto della servitù, ch'egli dice esser diretta ad un *facere (ferre debere)*; la gran maggioranza degli scrittori osserva con ragione che l'essenza della nostra servitù consiste pur sempre in un *pati*, nel soffrire cioè che altri appoggi il proprio edificio sul nostro muro o sulla nostra colonna. Tuttavia, benchè accessorio, un *facere* vi è pure sempre nell'obbligo delle riparazioni. Il Böcking (4) vorrebbe negarlo; secondo lui l'oggetto della servitù è un muro idoneo a servir di sostegno; il proprietario che non lo riparasce verrebbe col fatto suo a distruggere l'oggetto della servitù; egli dunque deve ripararlo, non per un obbligo speciale, ma in forza della stessa servitù.

(1) Quante volte Gaio non sa dar ragione delle cose che insegna nelle sue Istituzioni? Vedi II, 232; III, 98; IV, 24. Secondo un'ingegnosa ipotesi del prof. Alibrandi la distinzione tra atti tra vivi e atti a causa di morte per la diversa efficacia delle condizioni impossibili (GAI, III, 98, cit.) avrebbe appunto avuto origine da una decisione di Servio Sulpicio (vedi la relazione che dà dell'opinione dell'Alibrandi il PORENA, *Sulla differenza delle condizioni impossibili* etc. nel *Giornale di giurisprudenza teorico-pratica*, (Roma 1870, pag. 475 e segg.).

(2) Rassegne delle precedenti opinioni si possono leggere in GLÜCK, *Erläuterung der Pandecten*, X, pag. 16 segg.; MÜHLENBRUCH nell'articolo da me citato nella nota 2 a pag. 84; ELVERS, *Die römische Servitutenlehre* (Marburg 1856), I, par. 55 segg.; HEIMBACH alla voce *Servituten* (nel *Rechtslexikon* del WEISKE, X, pag. 165) il quale peraltro copia l'Elvers; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (5<sup>a</sup> ed., Stuttgart 1879), vol. I, § 211a, nota 3, pag. 673 seg. Io cercherò di rendere questa enumerazione più completa che mi sarà possibile. Non mi atterrò all'ordine cronologico delle opinioni, perchè esso ne renderebbe l'esposizione troppo confusa.

(3) *Die Bedeutung der servitus tigni immittendi und ihr Verhältnis zur servitus oneris ferendi* (forma il n. 2 di una memoria intitolata *Einzelnes sur Lehre von den Gebäude servituten*) nella *Zeitschrift für die Rechtsgeschichte*, XII (1876), pag. 177 seg. Lo Schirmer si appoggia sull'espressione *actio nobis competit ut et onera ferat et aedificia reficiat* del fr. 6, § 2, *Si serv. vind.*, 3, 5. Vedi contro di lui il WINDSCHEID, *loc. cit.* A voler prendere alla lettera l'espressione del testo, si dovrebbe trasformare il proprietario in una cariatide.

(4) *Pandekten des römischen Privatrechts oder Institutionen des gemeinen Civilrechts* (2<sup>a</sup> ed., 1853-55), vol. II, § 160, nota 15.

Simile a quello del Böcking è il ragionamento del Puchta (1), del Sintenis (2) del Burchardi (3), del De Crescenzo (4). Ma fu già osservato in contrario che così non si fa altro che girar la questione (5), poichè il dire che oggetto della servitù dev'essere un muro idoneo a servir di sostegno, non significa altro se non che il proprietario deve ripararlo. Ma perchè non deve ripararlo piuttosto chi ha la servitù? Non adempirebbe il proprietario del fondo serviente al suo *pati* col permettere tali riparazioni? Per quante parole si possano adoperare, resterà sempre vero, che l'essere costretto a riparare il muro, non è un semplice *pati*, ma è un *facere*. Di ciò si deve dare spiegazione.

La gran maggioranza degli scrittori, fondandosi specialmente sul fr. 33 *de serv. praed. urb.* da me più sopra riferito, ritiene che il proprietario del fondo serviente era costretto a far le riparazioni in forza dell'obbligazione contenuta nella formula di costituzione. Così la Glossa (6), e infiniti altri autori tra i quali ricorderò il Connano (7), Ev. Ottone (8), il Thomasio (9), l'Heisler (10), il Glück (11), il Johanknecht (12), lo Schilling (13), l'Heimberger (14), il Doveri (15), il Demangeat (16). V'ha tra questi autori qualche differenza; specialmente questa, che alcuni ammettono la *serv. on. ferendi* essersi sempre costituita con una formula tale da indurre nel proprietario l'obbligo delle riparazioni, altri invece credono che quell'obbligo talora s'inserisse, talora no, nella formula. Non possiamo accettare quest'opinione, nonostante l'autorità dei nomi dei suoi fautori. Con essa si cade da una difficoltà in un'altra, poichè si viene ad avere un'obbligazione trasmissibile colla cosa ai successori a titolo particolare; anzi trasmissibile anche all'acquirente a titolo originario. Con essa non si spiega perchè l'azione, con cui si costringeva il proprietario ad eseguire le riparazioni, fosse la stessa azione derivante dalla servitù, un'azione reale. Non si spiega perchè una tale obbligazione era ammissibile per la *servitus oneris ferendi* e non per l'altre servitù. Non si spiega la ragione che induceva i proprietari a inserire sempre tale obbligazione nella costituzione

(1) *Institutionem*, vol. II, § 252, nota e; *Pandekten*, § 184. Egli peraltro, nella nota b di questo paragrafo delle Pandette, aggiunge che il permettere che il proprietario del fondo dominante facesse da sè le riparazioni sarebbe stato origine di molti inconvenienti pel proprietario del fondo serviente. Questa osservazione riavvicina il Puchta all'opinione dell'Elvers, che accennerò in seguito.

(2) *Das praktische gemeine Civilrecht*, vol. I, § 57, nota 4.

(3) *Diritto romano privato* (traduz. ital. DE CONCILIS, Napoli 1857), vol. I, § 186.

(4) *Sistema del diritto civile romano* (2<sup>a</sup> ed., Napoli 1869), vol. I, parte 2<sup>a</sup>, § 180.

(5) « *Ich halt das für ein Umgehen der Sache durch den Ausdruck* » scrive lo SCHMIDT, *loc. cit.* Lo stesso ripete il WINDSCHEID, *loc. cit.*

(6) LA GLOSSA, che in un luogo (ad l. 6 § 2 *si serv. vind. v.º derelinquere*) paragona l'azione del proprietario del fondo dominante ad una azione nossale, in altro luogo (ad l. 32 (33) *de serv. praed. urb.* 8, 2) osserva la specialità della *serv. on. fer.* e ammette che, quando la servitù sia costituita *ex vetustate, adversarius non restituet*. Quanti vorranno ammettere questa logica conseguenza?

(7) *Comment. iuris civilis*, lib. IV, cap. VII, n. 10.

(8) *Vita Servii*, c. 6, n. 2. Nel *Tesoro* dello stesso autore, vol. V, p. 1588.

(9) *Dissert. de servitute stillicidii*, § 59.

(10) Nella seconda delle memorie citate nella nota 2 a pag. 84.

(11) *Loc. cit.*, X, pag. 22 segg.

(12) *Exploratio quaestionis an servitus in faciendo consistat* (1807 Gottinga), pag. 15 segr.

(13) *Lehrbuch für Institutionen*, vol. II, § 190.

(14) *Diritto romano* (trad. ital. BOSIO, Napoli 1842), § 275.

(15) *Istituzioni di diritto romano* (2<sup>a</sup> ed., Firenze 1866), vol. I, lib. II, § 153.

(16) *Cours élémentaire de droit romain* (3<sup>a</sup> ed., Paris 1876), vol. I, pag. 517.



della nostra servitù; mentre questa ragione doveva cercarsi, per vedere se da sè sola essa non fosse sufficiente a indurre l'anomalia di cui trattiamo. Non si spiega perchè l'obbligazione fosse così intimamente collegata alla servitù, da diventare quasi una caratteristica di essa (fr. 8, § 2, *Si serv. vind.*, 8, 5), e da cessare coll'abbandono del muro serviente. E qual era mai questa formula che costituiva l'obbligazione? Paolo la riferisce nel fr. 33 *de serv. praed. urb.* così: *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit*, e dichiara che essa significa abbastanza esplicitamente, che il muro deve stare in perpetuo. È questo testo, come ho già detto, il fondamento dell'opinione che combatto. Ma la formula *uti nunc est, ita sit* non era punto speciale alla costituzione della *servitus oneris ferendi*. Noi la troviamo ricordata nel fr. 17, § 3, *de serv. praed. urb.*, 8, 2 e nel fr. 33 *de contr. emptione* 18, 1 per la servitù di stillicidio (*stillicidia uti nunc sunt ut ita sint*), nel fr. 23 pr. *de serv. praed. urb.* 8, 2 per la *servitus luminum* (*lumina quae nunc sunt ut ita sint*) (1). Essa si adoperava per determinare i limiti della servitù, affinchè non si estendesse al di là dello stato presente delle cose al momento della sua costituzione. In apparenza dunque essa poteva opporsi alla esigenza di ulteriori atti del proprietario del fondo serviente, come quelli necessari per le riparazioni. Il giureconsulto Paolo perciò analizzandola dimostra che non vi si oppone, perchè il muro non può esser eterno, e soggiunge ch'essa può paragonarsi ad una promessa di fornire un altro muro, quando il primo fosse distrutto. Paolo dunque, che scriveva quando la sentenza di Servio Sulpicio coll'aggiunta fattavi da Labeone era già da molto tempo accettata nel diritto, voleva provare che tutto si conciliava con essa, non altro. Chè se egli avesse voluto dimostrare, che il fondamento dell'anomalia stava tutto nella formula *paries oneri ferundo uti nunc est ita sit*, il suo ragionamento sarebbe stato erroneo. Infatti il paragone con l'espressa obbligazione di porre un muro in luogo dell'altro, se è giusto entro certi limiti, non lo è in tutta la sua estensione. Chi si fosse obbligato a rifare il muro, non potrebbe sottrarsi a quest'obbligo coll'abbandono ammesso da Labeone.

Ridotta in tal modo nei suoi giusti confini l'importanza del fr. 33 *de serv. praed. urb.*, viene a mancare ogni base all'opinione che combattiamo, e che ci crediamo oramai autorizzati a rigettare.

Affine a quest'opinione è quella abbastanza singolare dell'Emmerich (2). Questi si appoggia sulle parole *scriptum est* del fr. 33 *de serv. praed. urb.* per indurne che l'atto di costituzione della *servitus oneris ferendi* doveva sempre farsi per iscritto: la qual cosa non poteva avere altro scopo, che quello di render pubblica e notoria la servitù, conservando l'atto scritto negli archivi. Così i terzi potevano sempre aver conoscenza della servitù e della relativa obbligazione, e così questa poteva trasmettersi anche agli acquirenti del fondo serviente a titolo particolare. Non credo che questa congettura possa trovare molti seguaci; nè starò a spender molte parole contro di essa, poichè anche le ragioni or ora addotte valgono a confutarla.

Nella causa perpetua richiesta in ogni servitù parecchi autori hanno cercata la spiegazione dell'anomalia. Così tra gli altri Donello (3), Fabro (4),

(1) Confr. CICERO, *De oratore*, I, 39, 179.

(2) *Form der Bestellung der servitus oneris ferendi* nella *Zeitschrift für Civilrecht und Prozesz* del LINDE, vol. 19 della nuova serie (1862), pag. 469 segg.

(3) *Comment. iuris civilis*, lib. XI, cap. IV, n. 11 (in *Opp.*, Lucae 1763, tom. III, p. 255).

(4) *Rationalia*, ad l. 33 *de serv. praed. urb.* 8, 2 e ad l. 6 § 2 *si serv. vind.* 8, 5.

Noodt (1), Goldschmidt (2), Guyet (3). Ma non possiamo ammettere neppure questa opinione; perchè se la perpetuità della servitù significasse, che quando la cosa serviente non è più adatta al suo ufficio il proprietario la deve riparare, non solamente nelle *servitus oneris ferendi*, ma in tutte le altre servitù le riparazioni dovrebbero esser a carico del proprietario del fondo serviente.

Alquanto strana, e basata sopra un singolare concetto della solidità dei muri, è l'opinione del Wittich (4), secondo il quale il proprietario è tenuto a riparare il muro, perchè, se questo era solido fin da principio, non avrebbe avuto mai bisogno di riparazione!

Il Mühlenbruch (5) e con lui lo Stever (6), il Mackeldey (7) e meno decisamente, il Vangerow (8) e il Maynz (9) trovano la causa dell'anomalia in un rapporto di vicinanza; per cui il diritto del proprietario del fondo dominante non sarebbe altro, che una applicazione del diritto alla *cautio damni infecti* concesso a tutti coloro che temono un danno dall'edificio altrui. Ma troppe sono le obiezioni che si possono eleyare. Il diritto del proprietario del fondo dominante è rivolto direttamente ad un *cogere adversarium reficere parietem*, mentre la *cautio damni infecti* è diretta ad ottenere una semplice garanzia pei danni futuri, e solo in caso di rifiuto, come mezzo di costrizione, si procede alla *missio in possessionem ex primo* e poi *ex secundo decreto*. Per sottrarsi alla sua obbligazione, il proprietario dell'edificio pericolante deve perdere tutto l'edificio, mentre nel caso di *servitus oneris ferendi* egli abbandona solo quella parte di muro o quella colonna, ch'è soggetta alla servitù. D'altronde, esaminandola più dappresso, si vede che questa spiegazione include una petizione di principio. Infatti il muro di sostegno non può riuscir dannoso al fondo dominante, se non quando sia indebolito per mancanza di riparazioni. Se dunque, secondo le regole generali, il proprietario del fondo dominante dovesse fare da sè le riparazioni necessarie all'esercizio della sua servitù, egli non potrebbe mai lamentarsi del danno derivante dall'aver egli neglette quelle riparazioni. Il ragionamento del Mühlenbruch perciò vale a spiegarci l'obbligazione del proprietario del fondo serviente, solo quando si sia già ammesso essere la *servitus oneris ferendi* una servitù anomala. Ma è appunto la spiegazione di quest'anomalia che noi andiamo cercando.

Il Brinz (10) osserva che la *servitus oneris ferendi*, benchè anomala, non

(1) *Ad lib.* 8 tit. 2 *Dig. de serv. praed. urb.* (in *Opp.* Lugd. Batav. 1735, vol. II, p. 214). Il Noodt unisce due spiegazioni, la necessità della perpetuità e l'obbligazione contenuta nella formula di costituzione. Molti autori adottano dei sistemi misti. Io li cito trattando di quella opinione che mi sembra in essi prevalente.

(2) *Ueber den Rechtssatz: servitus in faciendo consistere nequit* nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 1 (1818), pag. 386 segg. V. specialmente pag. 389 segg.

(3) *Ueber die Regel des römischen Rechts: servitus in facien do consistere nequit in Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts*, I, pag. 12.

(4) *Einfaches System des heutigen Civilrechts*, vol. 2, § 203; riferito dal Glück, *op. cit.*, pag. 20 seg.

(5) *Ueber servitus oneris ferendi* nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. XIV (1831), pag. 315 segg.; *Doctrina Pandectarum*, vol. 2, § 281, nota 3.

(6) *De servitutibus praediorum*, cap. III, § 12, 13 (Rostock 1817). Questo scritto dello Stever è anteriore a quello del Mühlenbruch, ma pare ch'egli ricevesse dal Mühlenbruch stesso informazione dell'opinione di lui.

(7) *Systema iuris romani* (trad. latina HINDENBURG, Lips. 1847), § 289, nota a.

(8) *Lehrbuch der Pandekten*, 7<sup>a</sup> ed., ristamp. 1876, vol. 1, § 342, annot. 2.

(9) *Cours de droit romain* (4<sup>a</sup> ed., Bruxelles 1876), vol. 1, § 133, nota 3, pag. 823.

(10) *Lehrbuch der Pandekten* (2<sup>a</sup> ed., Erlangen 1873), vol. 1, § 88, nota 2.

contiene nulla di contraddittorio ai principî della proprietà, perchè la proprietà comprende anche altri *diritti di coazione*, che non hanno carattere di *obbligazione*. Ma anche ammesso ciò, non s'intende perchè questo diritto di coazione esista per la *servitus oneris ferendi* e non per l'altre.

L'Elvers (1), seguito dall'Heimbach (2) che lo copia, ritiene che le riparazioni si siano poste a carico del proprietario del fondo serviente, perchè se si ponevano invece a carico di quello del fondo dominante, questi avrebbe potuto danneggiare la bellezza del muro, poniamo il caso, dipinto a fresco, e avrebbe potuto invadere il domicilio altrui, domicilio che doveva restare sempre inviolabile. Sarebbe dunque per proteggere il proprietario del fondo serviente, che lo si costringeva a restaurare la parete! L'Elvers non è privo di meriti, come in seguito vedremo, nella trattazione del nostro problema; ma bisogna convenire, che la soluzione da lui proposta è in aperta contraddizione con la logica. Egli non s'è accorto che l'unica conseguenza del suo ragionamento sarebbe quella di *permettere* al proprietario del fondo serviente di far da sè le riparazioni, non già di *costringerlo* a ciò; non s'è accorto che la questione principale sta poi in questo: chi deve *far le spese* delle riparazioni?

Non mancano parecchie altre opinioni o strane o inconcludenti.

Così lo Zacariae (3) ritiene che il muro di sostegno naturalmente s'incorpori nel fondo dominante, venga ad essere una parte di questo; sicchè il proprietario del fondo serviente deve ripararlo per dimostrare che vuol conservarlo nella sua proprietà! Questa spiegazione non ha altro fondamento che la espressione *parietem meum*, usata nel fr. 8, § 2, *si serv. vind.*, 8, 5, invece di *parietem, qui mihi servit.*

L'Emminghaus (4) crede che tutto dipenda dal principio *reipublicae interest ne urbs ruinis deformetur*: come se la città fosse più bella quando le riparazioni sono fatte dal proprietario del fondo serviente, anzi che da quello del fondo dominante! *Quid dei muri interni?*

Il Konopack (5) pensa che, quando il muro non è più idoneo a sostenere il peso dell'edificio dominante, la servitù non esiste, e perciò il proprietario del fondo serviente, coll'eseguire le riparazioni, non adempie ad alcun obbligo derivante da quella, ma prende semplicemente cura della cosa sua. Ma con ragione fu osservato in contrario, che il proprietario del fondo serviente è *co-stretto* dal proprietario del fondo dominante a fare le riparazioni appunto con l'azione fondata sulla servitù.

Ora, se tanti sforzi sono riusciti inutili, se gravi ostacoli si oppongono a tutte queste spiegazioni, dovremo noi concludere che la vera ragione non si può ritrovare?

O dovremo contentarci di espressioni vaghe, come quelle di equità, di bisogni pratici, senza determinare in che consista quest'equità, quali sieno questi bisogni pratici? (6).

(1) *Die römische Servitutenlehre*, pag. 60 segg.

(2) Vedi nota 2 pag. 86.

(3) *Lehre des römischen Rechts von dinglichen Servituten* nel *Civilistisches Magazin* dell'Huco, vol. II (1797), pag. 338 segg.

(4) *Ad Cocceji ius civile controversum, tit. De servitutibus* 8, l. Qu. XI, nota c in fin.

(5) *Progr. de duobus fragmentis ad servitutum oneris ferendi spectantibus*, Jenae 1822. Riferisco l'opinione del Konopack secondo il sunto datone dal MÜHLENBRUCH, *Ueb. die serv. on. fer.*, già citato, pag. 330, non avendo potuto leggere lo scritto originale.

(6) D'equità parla il WEBER nelle note a HÖPFNER, *Commentar.*, § 357, nota 3. Di bisogni pratici il KELLER, *Pandekten* (2<sup>a</sup> ed., 1866), vol. I, § 168, il quale peraltro ricorda anche la forma di costituzione della servitù.

O dovremo noi contentarci di notare, come il Windscheid (1), che nella *servitus oneris ferendi* v'è un elemento obbligatorio, ma accessorio, e che i romani hanno trattato anche questo elemento secondo le regole delle servitù?

Io non so rassegnarmi ad ammettere eccezioni senza giustificarle. Un principio che soffra eccezioni ingiustificabili, non è più un principio; ma solo una più o meno estesa accidentalità.

E se fosse tale la regola *servitus in faciendo consistere nequit*, il miglior partito sarebbe quello di abbandonarla. Il codice francese (art. 698 e 699) e il nostro codice civile (art. 641 e 643), partendo dal concetto che l'obbligo del proprietario del fondo serviente derivava da convenzione, hanno ammesso la validità di tal convenzione per tutte le servitù (2).

Per iscoprire la ragione dell'anomalia di che trattiamo, il miglior metodo sarà quello di vedere quali risultati pratici ci darebbe l'applicazione delle regole generali alla nostra servitù.

Il muro, la colonna, o la cariatide, sui quali alcuno acquista la *servitus oneris ferendi*, non servono soltanto di sostegno a questo peso; ma hanno svariate utilità, di che profitta il loro proprietario. Se non avessero tali utilità, il proprietario, invece di concedere una semplice servitù su di essi, cercherebbe di alienarli interamente, mentre invece si contenta di alienare soltanto il diritto d'imporvi dei pesi.

Ma ecco che il muro un giorno minaccia di crollare con danno evidente così del proprietario suo, come di quello del fondo dominante. Quest'ultimo, applicando le regole generali, se vuol continuare ad appoggiarsi su quel muro deve ripararlo a proprie spese. Che ne avviene? Ne avviene che il proprietario del muro se lo trova gratuitamente restaurato; costringendo così l'altro, per salvar dalla rovina il fondo dominante, a mantenere sempre in buono stato il fondo serviente. Nulla di più ingiusto.

Il maggior vantaggio nella *servitus oneris ferendi* non sarebbe più quello del fondo dominante, ma quello del fondo serviente. Nè potrebbe il proprietario del fondo dominante esimersi dal fare le riparazioni, lasciando crollare ogni cosa; perchè il proprietario del fondo serviente, che sarebbe danneggiato da quella rovina, potrebbe rivolgersi contro di lui per domandargli la *cautio damni infecti*.

Di fronte a questi così iniqui risultati, non si poteva fare a meno di ammettere, che il proprietario del fondo dominante non dovesse esser costretto a fare le necessarie riparazioni. Ma s'egli non le doveva fare, e se erano necessarie, non restava altra via che quella di costringere il proprietario del fondo serviente a far lui, come maggiore interessato, quelle riparazioni.

In altri termini, nella *servitus oneris ferendi* il proprietario del fondo serviente è costretto a fare le necessarie riparazioni, perchè altrimenti verrebbe ad arricchirsi ingiustamente, rivolgendo a proprio vantaggio la servitù. Se anche non vi fosse imposta la servitù, non dovrebbe egli riparare il muro per conservare l'oggetto della sua proprietà?

Ma, potrebbe alcuno obiettare, se il proprietario rifà il muro a proprie spese, non si estenderà al nuovo muro la servitù che si aveva sul primo, essendo mutato l'oggetto. A ciò rispondono i principî generali delle servitù, e in particolare risponde Paolo nel citato fr. 33 *de serv. praed. urb.* 8, 2.

(1) *Lehrbuch des Pandektenrechts* (5<sup>a</sup> ed., Stuttgart 1879), vol. I, § 211-a, nota 3. Confr. KUNTZE, *Excursus über römisches Recht* (2<sup>a</sup> ed., Leipz. 1880), Kap. LVIII, p. 498 segg.

(2) Già con questa larghezza il ROMAGNOLI, *Condotta delle acque*, § 511 segg., credeva di potere interpretare le disposizioni relative alla *servitus oneris ferendi* nel diritto romano.



Per assicurarci della rettitudine della nostra opinione conviene sottoporla ad una serie di riprove, enumerando le principali conseguenze, che logicamente si potrebbero dedurre dalla ragione da noi messa innanzi, e guardando se si riscontrano nel diritto romano.

Se è vero che il proprietario del muro di sostegno è obbligato a fare le riparazioni, perchè queste sono dirette a conservare il muro e, solo come conseguenza, a sostenere il peso del vicino:

1) Egli non dovrà esser tenuto a fare quelle spese, che non vengono ad incorporarsi nel muro stesso, ma sono utili solo al fondo dominante. Infatti il fr. 8 pr. *Si serv. vind.*, 8, 5 così dispone: « *Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini cui servitus debetur, quamdiu paries reficitur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere: nom si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus. Et hic quoque sicut in ceteris servitutibus actio contraria dabitur, hoc est ius tibi non esse me cogere* »;

2) Egli potrà sottrarsi alla domanda del vicino, negando di giovare delle riparazioni, ossia abbandonando il muro, poichè senza abbandonarlo egli si approprierebbe sempre le spese fatte. Ora il fr. 6, § 2, *Si serv. vind.*, 8, 5 già citato ammette appunto questo abbandono;

3) Se più sono i proprietari del muro non si potrà agire contro di loro *in solidum* per la riparazione, perchè ognuno di loro ne ricava solo un vantaggio proporzionale alla sua quota di condominio. E ciò appunto risponde Ulpiano nel fr. 6, § 4, *Si serv. vind.*, 8, 5: *Si aedes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, Papinianus libro tertio quaestionum tractat: et ait singulos dominos in solidum agere, sicuti de ceteris servitutibus excepto usufructo. Sed non idem respondendum inquit, si communes aedes essent, quae onera vicini sustinerent*;

4) Il proprietario del fondo dominante non dovrà provare altro, che l'esistenza della *servitus oneris ferendi*, e la qualità di proprietario dell'avversario; poichè il primo requisito basta a provare il diritto di appoggiare il proprio peso sul muro altrui, il secondo serve a provare l'interesse del proprietario alla conservazione del muro. Abbiamo già veduto che nel fr. 6, § 3, *Si serv. vind.*, 8, 5 si legge: « *Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio* »;

5) Finalmente ogni volta che tale ragione sussisterà, essa dovrà produrre effetti simili a quelli, che produce nella *servitus oneris ferendi*. È questo un punto, che merita uno speciale svolgimento.

Si suol dire che l'obbligo del proprietario del fondo serviente a fare le riparazioni del muro, oggetto della *servitus oneris ferendi*, costituisce una eccezione unica, in tutto il diritto romano, alla regola *servitus in faciendo consistere nequit*. Ciò non è vero. Già altri (1) ha con ragione osservato che un caso simile si trova nel fr. 19, § 1, *de usufructu*, 7, 1: *Si arbores vento deiectas dominus non tollat, per quod incommodior is sit usus fructus vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiendum*. L'usufruttuario dunque e colui, che ha una servitù di passaggio sul fondo altrui, possono, coll'azione reale (*suis*

(1) ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, pag. 64. È questo, a parer mio, uno dei meriti dell'Elvers nella nostra questione; quantunque egli neppure di questo raffronto abbia fatto buon uso.

Vero è che non sono identiche le regole che governano le servitù prediali e l'usufrutto, ma relativamente alle spese di manutenzione l'analogia deve riconoscersi.

*actionibus*), costringere il proprietario a rialzare gli alberi abbattuti dal vento in modo dannoso all'esercizio dell'usufrutto o al passaggio. Come mai? Non si tratta forse anche qui di spese necessarie per la conservazione della servitù? E non sappiamo noi che per regola generale spese siffatte sono a carico di chi esercita la servitù e non del proprietario del fondo serviente, che non può esser mai costretto a fare? Sì, anche qui, come nella *servitus oneris ferendi*, il proprietario è costretto ad un *facere* in forza della servitù; ed anche qui, se non erro, per la medesima ragione. È interesse del proprietario il tornare a piantare gli alberi abbattuti dal vento o il farne quell'uso, che creda più conveniente. L'usufruttuario o qualunque altro abbia una servitù, il cui esercizio sia reso incomodo dall'albero caduto, non possono essere costretti, per giovare a sè, a provvedere anche all'utile del proprietario. Se il proprietario non vuol *tollere arborem* non gli manca il mezzo: l'abbandoni.

Veramente il testo citato non parla dell'abbandono; ma già la Glossa (1) osservava assai rettamente, che il diritto di abbandono si deve ammettere, per la stringente analogia col caso trattato nel fr. 2, § 40, *Ne quid in loc. publ.*, 43, 8: « *Si ex fundo tuo arbor in viam publicam sic ceciderit, ut itineri sit impedimento, eamque pro derelicto habeas, non teneri [ins. te] Labeo scribit.... Sed si pro derelicto non habeas, recte tecum agi hoc interdicto* ». Del resto l'abbandono sarebbe ammissibile anche senza questi argomenti testuali, in forza dei principj generali.

E vorremmo noi credere che chi ha acquistato p. es. il diritto di passaggio sul ponte altrui (v. p. es. fr. 38 *de serv. praed. rust.*, 8, 3) debba esser costretto, se vuol mantenere l'esercizio della servitù, a far da sè le spese di mantenimento del ponte? Io non so persuadermene (2).

Altre volte questo principio, che il proprietario debba fare da sè quelle riparazioni, le quali, sebbene necessarie all'esercizio della servitù, sono dirette alla conservazione del fondo e vengono perciò ad arricchire il proprietario stesso, porterà effetti minori e modificati in vario modo dalla concorrenza di altri principj. Così p. es. si sa che, nell'usufrutto, l'usufruttuario deve fare a proprie spese le riparazioni ordinarie al fondo soggetto all'usufrutto, quantunque tali riparazioni servano a mantenere intatto il capitale al proprietario. Nessuno peraltro vedrà in ciò una negazione del principio ch'io qui sostengo, se conosce bene la natura dell'usufrutto. Alle riparazioni straordinarie, come sarebbe la riedificazione dell'edificio caduto per vetustà, non è tenuto nè l'usufruttuario, nè il proprietario (fr. 7, § 2, *de usufr.*, 7, 1; fr. 65, § 1 *eod.*); e ciò pure è coerente all'indole dell'usufrutto. Ma si noti che, se il proprietario fa queste spese, cioè verbigratia riedifica la casa rovinata, l'usufruttuario ne gode senza bisogno di pagare alcun compenso: *Si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti*, dice il fr. 7, § 2, *de usufr.* citato or ora. E se l'usufruttuario fa da sè queste spese, egli ha azione, e quasi certamente anche diritto di ritenzione, per farsele rimborsare dal proprietario. *Eum, ad quem*

(1) GLOSSA, *ad l.* 23, § 1 (19, § 1) *de usufructu*, 7, 1. Oltre l'analogia della legge 2, § 40 citata nel testo, la Glossa richiama anche l'analogia del fr. 7, § 2 in fin. *de damno inf.* 39, 2.

(2) Non ha che fare con la questione qui da me proposta il fr. 3, § 16, *de itin. actuque priv.*, 43, 19: *Apud Labeonem quaeritur, si pontem quis novum velit facere viae muniendae causa an ei premitatur: et ait permittendum, quasi pars sit refectionis huiusmodi munitio. Et ego puto veram Labeonis sententiam, si modo sine hoc commeari non possit*. Poichè in questa legge si domanda se alcuno può in forza del diritto di passaggio farsi un ponte nuovo; domanda, come ognun vede, ben diversa da quella da me fatta nel testo.



*usus fructus pertinet, sarta tecta suis sumptibus praestare debere explorati iuris est. Proinde si quid ultra quam impendi debeat erogatum potes docere, sollemniter reposces*: così l'imperatore Gordiano in un rescritto al milite Ulpiano, const. 7 de usufr., 3, 33.

Questi esempi ci dimostrano, come il principio, che nella *servitus oneris ferendi* è causa di quella apparente singolarità da noi studiata, sia comune anche all'altra servitù; ma in esse, per la concorrenza di altri principî, ora porti i suoi pieni effetti, ora sia in parte eliso, ora resti totalmente inefficace.

Con ciò avrei finita la dimostrazione positiva del mio assunto e potrei chiudere questo breve articolo, aspettando che altri mi confermasse nella mia opinione o me ne dissuadesse, facendomi notare qualche errore a me sfuggito. Tuttavia credo utile rilevare fin d'ora alcuna delle possibili obiezioni; perchè gioverà, se non altro, a farci studiare sotto differenti aspetti la nostra questione.

Si potrebbe domandare: se il proprietario deve fare a sue spese le riparazioni, per la ragione sopra esposta, perchè mai non potrà farle nel modo che più gli torna conto, ma dovrà farle a seconda di ciò che fu stabilito nell'atto di costituzione della servitù? È invero nel fr. 6, § 5, *Si serv. vind.*, 8, 5 si stabilisce: *Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur: forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est*; e nel § 7 così continua: *Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet; deteriores si facit, aut per hanc actionem aut per operis novi nuntiationem prohibetur*.

Ricordiamoci che nel fondare una servitù si ha riguardo non al capriccio, ma all'utilità del fondo dominante. A tale utilità si riferiscono quelle condizioni circa il *modus refectionis*, di che parla la legge citata. Esse sono fissate per determinare quale solidità debba avere il muro per sorreggere il peso dell'edificio dominante; e perciò solleva la *lex parietis* essere scritta dagli architetti (1). Se dunque il proprietario riparando il muro lo rendeva *deteriorem*, egli veniva col fatto suo a ledere direttamente la servitù. Ciò naturalmente gli era proibito.

Un'altra domanda: perchè nella *servitus tigni immittendi* le spese di riparazione non erano a carico del proprietario del fondo serviente?

Veramente non è molto chiaro qual sia la differenza, che intercede tra la *servitus oneris ferendi* e la *servitus tigni immittendi*. Un frammento di Ulpiano (fr. 8, § 1, 2, *Si serv. vind.*) potrebbe far credere che tra queste servitù non vi fosse altra distinzione, che l'obbligo delle riparazioni del muro imposto al proprietario del fondo serviente nella prima e non nella seconda; sicchè la *servitus tigni immittendi* si trasformerebbe nella *servitus oneris ferendi* sol che vi s'aggiungesse quell'obbligo (2). Ma ciò non è ammissibile. Il fr. 6, § 2, *Si serv. vind.*, 8, 5, più volte citato, dello stesso Ulpiano, ci dimostra che la *servitus oneris ferendi* è così chiamata per essere *oneris ferendi causa imposita*, e che nacque disputa tra i giureconsulti per sapere se in tale servitù le riparazioni dovessero essere a carico del proprietario del fondo serviente. Dunque una *servitus oneris ferendi* esiste indipendentemente dal modo come si regolano le riparazioni; e se in essa l'obbligo delle riparazioni è rego-

(1) Vedi VITRUVIO, *De architectura*, lib. I, cap. 1.

(2) Così concepisce la differenza tra le due servitù, con parecchi altri scrittori, il WINDSCHEID, *op. cit.*, § 211a, nota 3. In questo senso anche MOLITOR, *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes* (2<sup>a</sup> ed., Paris 1868), *Des serv.*, n. 39, pag. 343.

lato diversamente che nella *servitus tigni immittendi*, ciò è effetto, non causa della loro diversa natura.

Il vero si è che nella *servitus oneris ferendi* il muro dell'edificio serviente deve far da sostegno all'edificio dominante, ed è quindi necessario che sia solido e conservi la sua solidità; nella *servitus tigni immittendi* invece, quando non vada unita alla *servitus oneris ferendi*, come spesso accade, si ha riguardo piuttosto all'occupazione di uno spazio nel muro per inserirvi o una trave o qualunque altro materiale da edificazione (*tignum* secondo il fr. 62 de v. s., 50, 16). La causa dell'una è *onus ferre*, la causa dell'altra *immissum habere*. Che ciò corrisponda veramente alle idee dei romani, ce lo attesta la stretta parentela, ch'essi riconoscevano tra la *servitus tigni immittendi* e la *servitus protegendi* e *proiciendi*. Nel fr. 242, § 1, de v. sign., 50, 16 si legge: *Inter « proiectum » et « immissum » hoc interesse ait Labeo, quod proiectum esset id quod ita proveheretur ut nusquam requiesceret, qualia maeniana et suggrunda essent: immissum autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna trabes quae immitteretur (1); e nei fr. 1 pr. de serv. praed. urb., 8, 2; fr. 2 eod.; fr. 27 pr. eod. la *servitus tigni immittendi* va sempre accompagnata con la *servitus protegendi* e *proiciendi*: con queste si occupava l'aria libera, con quella uno spazio dentro al muro. Ecco perchè l'*usucapio libertatis* nella *servitus tigni immittendi* si otteneva solo col turare i fori del muro in modo da impedire l'immissione del *tignum*, e non già col non edificare il muro, fr. 18, § 2, *Quemadm. serv. am.*, 8, 6: *Si, cum ius haberes immittendi, vicinus statuto tempore aedificatum non habuerit ideoque nec tu immittere poteris, non ideo magis servitute amittes, quia non potest videri usucepisse vicinus tuus libertatem aedium suarum, qui ius tuum non interpellavit (2)*.*

Ora se tale è la natura della *servitus tigni immittendi*, si capisce facilmente che ad essa non è necessaria la riparazione di tutto il muro, come nella *servitus oneris ferendi*; ma solo della parte forata ove deve *requiescere* il *tignum*. Sicchè le spese per queste riparazioni non sono di quelle che s'incorporino nella cosa ed arricchiscano il proprietario del fondo serviente.

Una terza difficoltà. Perchè mai si dà al proprietario del fondo dominante un'azione diretta a costringere il proprietario del fondo serviente a riparare il muro o abbandonarlo, e non gli si concede piuttosto un mezzo giuridico per ottenere da lui un compenso per l'arricchimento? Perchè, fatte le opere, il proprietario del fondo dominante avrebbe pur sempre dovuto avere una azione per ottenere questo compenso. Il suo diritto non si sarebbe potuto esercitare per via di eccezione nè del *ius retentionis* non essendo egli neppure detentore del muro di sostegno. D'altronde era assai più conforme agli interessi del proprietario medesimo l'esser chiamato a riparare da sè; potendo scegliere i mezzi più adatti non solo a render solido il muro, ma a renderlo più accomodato all'uso che egli ne voleva fare.

Un'ultima obiezione finalmente. Il codice civile italiano art. 641, trattando delle opere necessarie per usare e conservare una servitù, dopo aver dichiarato che tali opere debbono farsi a spese di colui al quale è dovuta la servitù, dispone: « Qualora però l'uso della cosa nella parte soggetta a servitù « sia comune fra il proprietario del fondo dominante e quello del fondo serviente, le opere suddette saranno fatte in comune, ed in proporzione dei « rispettivi vantaggi, salvo che il titolo disponga altrimenti ». Evidentemente

(1) *Tigna trabesque quae immitterentur*, Mommsen secondo Cramer.

(2) Così pure intendono la *servitus tigni immittendi* il MÜHLENBRUCH, *Ueb. serv. oneris ferendi*, già citato, pag. 333, e l'ELVERS, *op. cit.*, § 46, pag. 430 segg.

quest'articolo parte da quel medesimo concetto, che io ho cercato dimostrare essere stato dai romani applicato nella *servitus oneris ferendi* e anche altrove. Peraltro, secondo il nostro codice, queste spese che giovano al proprietario del fondo serviente debbono farsi da entrambi i proprietari, in proporzione dell'utilità che ne ricavano. Si potrebbe dire: non è forse questa la sola logica conseguenza di quel principio? L'aver posto tutte le spese di riparazione del muro a carico del proprietario del fondo serviente non dimostra che i romani partivano da un concetto diverso?

Si può rispondere in più d'un modo. Anzitutto, come abbiamo già notato non tutte le spese di riparazione erano a carico del proprietario del muro; poichè a sostenere, durante i lavori, l'edificio sovrapposto doveva pensare il proprietario del fondo dominante. Un certo contributo si aveva dunque anche per diritto romano. In secondo luogo poi è da osservare che la utilità, che il proprietario del fondo dominante ricava dall'appoggiarsi sopra un muro solido, è già a lui acquisita con la servitù; laddove il proprietario si arricchisce di tutte le spese necessarie fatte pel suo muro. Non è punto singolare il vedere rinascere, senza bisogno di nuovi sacrifici, una servitù, o il vederla riacquistare gratuitamente il suo pieno esercizio sulla cosa riparata: un esempio ne abbiamo già veduto nel fr. 7, § 2, *de usufr.*, 7, 1 più sopra riferito.

Ma se dalla disposizione dell'art. 641 del nostro codice civile non si può trarre argomento contrario alle ragioni da me esposte, parmi se ne possa ricavare uno fortissimo favorevole. Esso ci dimostra infatti che quelle ragioni sono tanto fondate sulla natura stessa delle cose, che il legislatore ha sentito il bisogno di applicarle. Fatto degno d'osservazione: egli credeva di applicare o tutt'al più estendere una disposizione del diritto romano, e sanciva un nuovo diritto nell'art. 643; pensava d'introdurre un'equa innovazione seguendo più moderne legislazioni (1), nel capoverso dell'art. 641, ed applicava solo con qualche modificazione principî riconosciuti anche dal diritto romano!

(1) Cod. civ. austriaco, § 483: « In conseguenza le spese per la conservazione e riparazione della cosa serviente si debbono di regola sostenere da quello che ha il diritto di servitù; se poi anche il proprietario della cosa serviente ne faccia uso deve contribuire in proporzione a tali spese e soltanto con la cessione della cosa a chi ha il diritto di servitù, quand'anche questi dissenta, può liberarsi dal contribuire alle spese medesime ».

## L'ACQUISTO DEL POSSESSO PER MEZZO DEI TERZI SECONDO IL DIRITTO ROMANO E L'ATTUALE

DI

S. SCHLOSSMANN (\*)

*Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung, von Dr. SIEGMUND SCHLOSSMANN a. o. Professor der Rechte an der Universität Bonn. Leipzig, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1881, in 8°, pag. X-175.*

Gli studiosi non solo del diritto romano, ma del diritto civile in generale, conoscono già il nome del prof. Schlossmann per i suoi scritti sulla *teorica della violenza* e sul *contratto*. Egli appartiene a quella scuola, che, sottoponendo a nuova critica le teorie oggi prevalenti, ricerca quanta parte di vero esse contengano, e quanto di falso vi abbia introdotto una induzione troppo precipitata o un esagerato ardore di sistema.

Ora il nostro dotto ed originale autore ha preso a rivedere l'intera dottrina della rappresentazione; ma prima di esporre i risultati generali delle sue ricerche, ha voluto pubblicarne un saggio sopra una delle più importanti questioni, quella cioè dell'acquisto del possesso per mezzo di terzi.

Un numero grande di testi romani afferma, che si può acquistare il possesso, e con questo talora la proprietà, per mezzo di qualunque libera persona, e ciò anche quando l'acquirente ignori l'apprensione del possesso fatta dal suo rappresentante. Altri testi (1) invece dispongono che il mandante acquista il possesso delle cose apprese dal mandatario, solo quando questi gliel'abbia consegnate.

Come si spiega tale apparente contraddizione?

(\*) Recensione in *Cultura*, 1882, pag. 428 [Cfr. pag. 350, n. 4].

(1) Quelli più comunemente citati sono: fr. 59 *de a. r. d.*, 41, 1; const. 2 *de his qui a non dom.*, 7; lo Jhering vi aggiunse: fr. 135, § 2, *de v. o.*, 45, 1; fr. 13, pr. *de A. R. D.*, 41, 1; fr. 1, § 20, *de poss.*, 41, 2; const. 8 *de r. v.*, 3, 32, ma lo Schlossmann li rifiuta, perchè contengono anche altri motivi che possono aver giustificata la loro disposizione. Egli invece qui riferisce ancora i fr. 30, § 4, *de leg. III* (32); fr. 12, *Quae in fraud. patr.*, 38, 5; fr. 3, § 1, *Qui pot. in pign.*, 20 4; fr. 5 pr. *de don. i. v. et u.*, 24, 1; fr. 8, § 10, *Mand.*, 17, 1; fr. 3, § 7, *de itin.*, 43, 19; const. 2, *Si quis alter*, 4, 50; fr. 34, § 7, *de solut.*, 46, 3. Questi ultimi testi, a parer mio, l'ultimo particolarmente non si riferiscono necessariamente alla nostra questione.



La comune opinione distingue due specie di mandatari: quello che agisce in nome del mandante (lo Jhering lo chiama *Stellvertreter*) il quale acquista direttamente per quest'ultimo; quello invece agisce in nome proprio (*Ersatzmann* secondo lo Jhering), che acquista direttamente per sè e poscia trasmette il suo acquisto al mandante.

Contro questa opinione lo Schlossmann osserva, che di tale distinzione non v'è traccia nei testi, sicchè dovrebbe dirsi avere i romani, in tutti i casi considerati, dimenticato di accennare il punto decisivo dei loro responsi. Senonchè i sostenitori di quell'opinione, notando che, in quasi tutti i testi, che ammettono l'acquisto diretto per il rappresentato, il rappresentante è chiamato *procurator*, affermano che questa parola serviva presso i romani a designare appunto colui che agiva in nome altrui, per opposizione al mandatario, *is qui mandatum accepit* (1), il quale agiva in nome proprio. A ciò replica il nostro autore esser questa una petizione di principio, perchè quel significato della voce *procurator* si vuol dedurre appunto dall'uso fattone nei testi in questione; che inoltre non sempre in tali testi è usata la parola *procurator*; che spesso il *procurator* vien considerato come mandatario; che nella l. 1, § 20, *de poss.*, 41, 2, si ammette potere il *procurator* agire anche *suo nomine*, in altre leggi (13 pr., § 1, *de a. r. d.*, 41, 1; 47 *de usuc.*, 41, 3) si attribuiscono certi effetti agli atti del *procurator*, purchè agisca *meo nomine*, la qual cosa, se fosse necessaria, non si sarebbe specialmente notata; e finalmente qual sarebbe la caratteristica del *procurator*? Alcuni testi infatti così designano colui che riceve il mandato di agire in nome altrui e nol fa, altri invece colui che agisce in nome altrui senza mandato.

Nè ciò basta. Che significa agire in proprio nome o altrui?

Il concetto è troppo vago e indeterminato. La differenza stava forse nella forma dell'atto? E in tal caso risulterà dalle parole espresse, o anche tacitamente dalle circostanze? E qual forma deve osservarsi in un atto non formale, com'è l'apprensione del possesso? Starà forse la differenza nella sostanza? Ed allora dovremo dire ch'essa è da scoprirsi nella volontà del rappresentante, ossia in un fatto non riconoscibile esternamente, tale perciò da non calcolarsi in diritto.

Nè i romani attribuivano alle espressioni *suo nomine*, *alieno nomine* sempre lo stesso significato. *Nomine*, ce lo dimostrano moltissimi testi, poteva significare tanto *in nome*, quanto *nell'interesse*. Non si può perciò trarre nessun argomento a favore dell'opinione dominante neppure dalla l. 1, § 20, *de poss.*, 41, 2.

Tale è in succinto la critica che lo Schlossmann rivolge contro idee oggi comunemente ammesse; critica in qualche parte esagerata, ma in generale assai giusta, a parer mio, alla quale vorrei aggiungere un altro argomento forse non privo di forza; ed è che, se la voce *procurator* avesse servito a designare colui, il quale, agendo in nome altrui, fa sì che gli effetti dei propri atti direttamente debbano ad altri attribuirsi, i romani non avrebbero potuto adoperare tal voce se non in quei pochi casi, nei quali ammettevano la rappresentazione diretta. Basta invece dare un'occhiata alle fonti per persuadersi che in esse la parola *procurator* è adoperata anche in casi di diversissima natura.

Ma quale è la soluzione del nostro problema proposta dallo Schlossmann? Sarà utile seguire il suo ragionamento.

Egli incomincia collo studiare la massima *per liberam personam adquiri*

(1) Questi si vuol chiamare *mandatarius*; ma tale parola non si trova nelle fonti.

*non potest*, e dall'esame dei molti testi, che in un modo o nell'altro ad essa si riferiscono, conchiude che « si stabilì un principio particolare fondato sopra ragioni positive, in forza del quale certe persone non potevano servire da mediatore ad altre nell'acquistare, e questo principio si riferiva alle *liberae personae*.... ed era originariamente così concepito: *per liberam personam adquiri non potest* » (pag. 55). Tanta era l'importanza di questo principio, che fu sempre riguardato come qualche cosa d'indiscutibile, e fu applicato quando sarebbe stato assai vantaggioso il porlo in disparte. Onde tanta importanza? Esso, secondo lo Schlossmann, derivava dal diritto pubblico, ed era stabilito a difesa della libertà. Esso si opponeva all'altro *per servum domino adquiritur*. Come l'esistenza economica del servo era assorbita totalmente da quella del padrone, era necessario ordinare che l'esistenza economica del libero non dovesse servire agli scopi economici altrui. La nostra massima dunque era la salvaguardia della libertà nella sua economica indipendenza. Se di ciò non si ha diretta testimonianza, ce lo dimostrano alcune espressioni delle fonti (const. 6, § 1, *de bonis quae lib.*, 6, 61; § 1, *Inst. Per quas pers.*, 2, 9; const. 24 *de episc. aud.*, 1, 4; const. 3 *de infant.*, 8, 51 (52), ecc.; ce lo dimostra la continua preoccupazione di tutelare la libertà, che ci si rivela in tutta la storia del diritto romano, e in special modo di tutelare i liberi che si trovano facilmente ad essere ridotti a strumenti d'acquisto per parte dei loro patroni. Non fu dunque rettamente intesa finora la massima *per liberam personam adquiri non potest*, quando si disse esser ordinata ad escludere la diretta rappresentazione.

Anche l'acquisto del possesso andò naturalmente soggetto a quella regola. Non si fece per esso un'eccezione larghissima, come oggi si crede dai più; ma soltanto in certi determinati casi, si ammise il diretto acquisto del possesso per mezzo di terzi, anche non fossero il tutore o il curatore.

In quali casi? Qui sta la soluzione della contraddizione apparente tra i testi citati in principio, i quali contengono l'applicazione della regola generale e gli altri che contengono la particolare eccezione. Questa ha tratto agli acquisti fatti da un *procurator*, e si può formulare: se il *procurator* apprende una cosa per il suo *dominus negotii*, questi ne diventa possessore (pag. 83).

Ma chi è il *procurator*? Dall'analisi di una serie di testi, risulta, secondo lo Schlossmann, esser quella del *procurator* una qualità inerente a una data persona, non in forza di questo o quell'atto, di questo o quel mandato. Così vi sono testi che parlano di un *procurator meus*, altri che trattano di mandati dati a un *procurator*, altri che paragonano questo al tutore o al curatore, ecc. Che significato dunque ha nelle fonti il *procurator*? Se si faccia astrazione dal *procurator litis*, figura giuridica affatto distinta dalle altre, si vede che, tolti alcuni casi rari ed incerti, il *procurator* è colui che ha cura dei negozi altrui, è un *factotum*, per lo più un liberto, che si trova in un puro rapporto di fatto col patrimonio, pel quale egli si adopera. Egli gode la fiducia del principale, ma non è ad esso legato da un vincolo giuridico, e i terzi facilmente s'inducono a contrattare col *procurator* conoscendo quella fiducia. Il principale talora dava al suo procuratore il mandato generale di amministrare il suo patrimonio, e in tal caso il *procurator omnium bonorum* prendeva il nome di *procurator cum administratione*, o *cum libera administratione*.

Molti testi (fr. 63 *de proc.*, 3, 3; fr. 6, § 6, *Mand.*, 17, 1; *Vat. fragm.* 131; fr. 46, § 1, 47, *de proc.*, 3, 3; fr. 17, § 3, *de iureiur.*, 12, 2; fr. 25, § 3, *de aed. ed.*, 21, 1; PAUL., R. S. I, 3, 2), dimostrano che, oltre al procuratore *cum administratione*, si aveva un altro procuratore, il quale non poteva essere se non quello *omnium bonorum* più sopra caratterizzato. Considerando



poi che il procuratore munito di mandato ha facoltà giuridiche maggiori, esso fu chiamato *verus procurator*, e *falsus procurator*, per analogia del *falsus tutor*, quello che non aveva mandato. L'azione accordata a favore e contro il procuratore *omnium bonorum* non poteva esser altra, ed altra non era, che quella *negotiorum gestorum*; l'*actio mandati* invece regolava i rapporti tra il principale e il *procurator cum administratione*, il quale doveva rispondere delle proprie omissioni.

Ora se si prendono ad esaminare i testi relativi all'acquisto del possesso mediante *procurator*, non essendo alla costui qualità mai aggiunta alcuna particolare determinazione, convien riconoscere ch'esso è il *procurator omnium bonorum*.

Ma in quali circostanze questo procuratore acquista direttamente il possesso per il suo principale? Due punti sono da rilevare: se la conoscenza dell'avvenuta apprensione sia necessaria da parte del principale, e se si richieda che l'apprensione sia avvenuta *eius nomine*.

Relativamente al primo punto, alcuni testi (fr. 1, § 20, *de poss.*, 42, 2; fr. 41 *de usuc.*, 41, 3; const. 8 *de poss.*, 7, 32) non parlano affatto della conoscenza del principale; altri (fr. 42, § 1, *de poss.*, 41, 2; fr. 23 (24) *de neg. gest.*, 3, 5; PAUL., R. S., V, 2, 2) richiedono un mandato o una *ratihabitio*, altri stabiliscono che *etiam ignorantibus acquiritur possessio* (fr. 49, § 2, *de poss.*, 41, 2; fr. 34, § 1 *eod.*; fr. 47 *de usuc.*, 41, 3; fr. 13, § 1, *de a. r. d.*, 41, 1; fr. 14, § 17, *de furt.*, 47, 2), uno finalmente (fr. 13 pr. *de a. r. d.*, 41, 1) richiede il mandato, ma ammette che *etiam ignorantibus acquiritur*. Nota lo Schlossmann che tra il chiedere il mandato o la *ratihabitio* e l'ammettere l'acquisto del possesso *ignorantibus* vi è contraddizione. Il mandato del quale parlano le leggi in questione, è un mandato speciale, che al massimo si potrebbe estendere al mandato di acquistare una cosa sola genericamente determinata, se non vi ostassero le regole del possesso. Perchè infatti volere un mandato o una *ratihabitio*? Certo per costatare l'*animus possidendi* del mandante; ora come il possesso così pure l'*animus possidendi* non può aver per oggetto se non una cosa determinata nella specie.

Al contrario la massima *etiam ignorantibus acquiritur possessio* importa che il principale acquisti il possesso anche senza l'*animus possidendi*; poichè questa massima non può aver qui un significato diverso da quello che ha riguardo all'acquisto peculiare del figlio di famiglia o dello schiavo, ov'è riconosciuto il possesso del padre o padrone, anche quando questi non solo ignori l'acquisto, ma non possa mai avere l'*animus possidendi*, per essere infante o pazzo; nè giuridicamente si potrebbe dire ignorante colui che ha dato uno speciale mandato d'acquistare. Come si risolve dunque la contraddizione? Il nostro autore ritiene che Nerazio, al quale appartiene il fr. 13 pr. *de a. r. d.*, 41, 1, non ammettesse ancora pienamente l'acquisto del possesso *etiam ignorantibus*, e perciò propone di cancellare l'*etiam ignorantibus* in quella legge. In quanto poi agli altri testi egli ricorre alla conciliazione storica, ritenendo che Paolo ed Ulpiano abbiano mutato opinione, quando la costituzione di Settimio Severo e Caracalla (const. 1 *de a. e. r. p.*, 7, 32) stabilì la regola *ignorantibus quoque acquiritur possessionem*. Poco importa che l'opinione più recente si trovi in un libro che per ordine precede l'altro, in cui trovasi l'opinione più antica, perchè non sempre l'ordine materiale dei libri corrisponde all'ordine cronologico della loro composizione.

Deve dunque dirsi che fu ammesso potere il *procurator omnium bonorum*, come il tutore e il curatore, acquistare il possesso pel suo principale anche senza saputa di questo, tanto nel caso che gli sia stata affidata la *libera admi-*

*nistratio*, quanto nel caso che gli manchi ogni mandato. I testi contrari furono ammessi nella compilazione giustiniana solo per errore; i testi che invece di *procurator* parlano in generale di *libera persona* vanno interpretati restituitivamente.

Passiamo all'altro punto: *cuius nomine*, deve essere avvenuta l'apprensione? 1 fr. 13, § 1, *de a. r. d.*, 41, 1; fr. 47 *de usuc.*, 41, 3; fr. 1, § 20, *de poss.*, 41, 2, rispondono che dev'esser avvenuta *nomine domini negotii*.

Ciò peraltro non vuol dire che il procuratore debba avere formalmente agito in nome del principale, ma bensì *nell'interesse* del principale, com'è il caso più ordinario. Talora può avvenire che il *procurator*, anche agendo come tale, non abbia intenzione di acquistare direttamente pel principale, p. es. quando voglia per sua maggior garanzia conservare la proprietà della cosa acquistata, finchè non creda di consegnarla al principale; ed allora il principale non acquista direttamente nè il possesso nè la proprietà.

Riconosciuta così la vera natura dell'eccezione fatta dai romani alla regola *per liberam personam adquiri non potest*, resta da spiegare perchè fu fatta, e perchè così limitata. La causa della limitazione deve trovarsi nella tenacità grandissima con la quale fu mantenuta la regola generale. La causa dell'eccezione può trovarsi o nella somiglianza della posizione del *procurator* con quella del *tutor* e del *curator* rispetto al patrimonio amministrato da loro, o nello stretto legame col quale il *procurator* era unito alla casa del principale, legame il più delle volte rinforzato dal rapporto di patronato. L'eccezione poi fu fatta pel possesso, perchè per questo già si era ammessa la regola che si poteva conservare per mezzo di altri; l'acquisto era un semplice progresso ulteriore; esso è il primo momento della conservazione.

Questa è la teoria che lo Schlossmann vorrebbe sostituire a quella dominante, relativamente al diritto romano. Considerandola rispetto al mondo moderno dal punto di vista legislativo, egli ritiene che la si potrebbe ancora allargare, ammettendo che oggi il possesso possa essere acquistato da chiunque per chiunque anche senza mandato o ratifica. La ratifica non può aver valore se non riguardo ai rapporti di natura obbligatoria derivanti dall'acquisto del possesso.

Io, se ho più sopra lodato la parte critica del lavoro dello Schlossmann, non posso fare altrettanto della parte ricostruttiva, che mi pare assolutamente inaccettabile. Così i risultati generali, come le particolari ragioni, sulle quali si fondano, non resistono ad un accurato esame. Se fosse vero che il principio *per liberam personam adquiri non potest* fosse ammesso a tutela della libertà, nulla di più illogico si potrebbe immaginare dell'eccezione fatta appunto riguardo all'acquisto del possesso per mezzo d'un *procurator*. Si voleva l'indipendenza economica, e si ammetteva la dipendenza appunto pel possesso e la proprietà, che più avevano bisogno di difesa! e la si ammetteva non in questo o quel caso singolare, ma in tutti gli acquisti fatti dal *procurator*! perchè questi si trovava in una posizione subordinata al principale! dal *procurator*, che il più delle volte era un liberto, ed aveva perciò maggior bisogno di tutela!

Ma poi, perchè la massima *per liberam personam adquiri non potest* doveva esser disposta a salvaguardia della libertà? Non sarebbe stato sufficiente a questo scopo il dire, che l'acquisto dovesse dipendere dalla volontà del rappresentante, come infatti fu detto riguardo al possesso? Nulla provano le leggi del codice citate dallo Schlossmann. Esse dicono esser triste cosa il non poter acquistar per sè, come avveniva ai figli di famiglia; notano tra i benefici della libertà rispetto alla schiavitù quello di poter acquistare per sè; ma

ciò non ha nulla che fare col principio che l'uomo libero *non possa, neppur volendo*, acquistare per altri. Nulla prova il modo com'è concepita la massima *per liberam* ecc. Essendo noto che i servi acquistano sempre per altri, era naturale che la massima avesse riguardo ai liberi, per la semplicissima ragione che i servi non sono liberi.

Onde ha mai tratto lo Schlossmann il significato ch'egli attribuisce al suo *procurator omnium bonorum*? Non è ammissibile che il *litis procurator* non abbia nulla che fare col *procurator* in generale; molti dei giureconsulti (lo confessa lo stesso Schlossmann) trattano del *procurator* in generale appunto a proposito del *procurator litis*.

Non è ammissibile il bando dal nostro autore decretato contro il *procurator unius negotii* o *rei*; può esser che in antico il solo procuratore generale avesse quel nome, ma è certo che ai tempi di Ulpiano era perfettamente riconosciuto il *procurator ad unam rem datus*, e tale era l'opinione prevalente anche ai tempi di Nerazio (fr. 25, § 3, *de aed. ed.*, 21, 1), e anche in tal senso era usata la parola *procurator* nell'editto edilizio (v. leg. cit.), e lo stesso Schlossmann ci dà (pag. 98, nota 2) una lunga serie di testi in cui per *procurator* s'intende quello *unius rei*. Quando si dice *procurator* dunque s'intende forse di preferenza quello generale, ma non s'esclude quello particolare. *Procurator* poi significa anche il *negotiorum gestor* (1). Ora se si pensi a questi diversi sensi della voce *procurator* cade ogni appiglio a voler trovare nei testi la necessità di un *procurator omnium bonorum* come l'ha immaginato lo Schlossmann, che si è il più delle volte nell'esegesi dei testi lasciato trasportare dal preconetto che il *procurator unius rei* o *negotii* non sia un *procurator*. Un'interpretazione più particolareggiata, che qui mi è impossibile fare, dimostrerebbe anzi che alcuni dei testi, sui quali lo Schlossmann si fonda, gli sono contrari esplicitamente, p. es. PAUL., R. S., I, 3, 2 ove la parola *datur* allude al mandato, fr. 47 *de proc.*, 3, 3, ove si discute dell'estensione del mandato, ecc.

Di più l'opinione dello Schlossmann ci condurrebbe alla stranezza di ammettere come tipo dei *procuratores* un *falsus procurator*, poichè tale appunto sarebbe il *procurator omnium bonorum* del nostro autore.

Difficilmente poi vi sarà alcuno abbastanza ardito da accettare la proposta di cancellare *etiam ignorantia* dalla l. 13 pr. *de a. r. d.* e da rigettarne la parte rimanente come ammessa per errore nelle Pandette; tanto più che il suo ardimento non dovrebbe arrestarsi qui, ma dovrebbe cancellare anche le leggi 42, § 1, *de poss.*, 41, 2 e 23 (24) *de neg.*, 3, 5, come dovute a nuove sviste di Triboniano e compagni, e dovrebbe ammettere che Paolo ed Ulpiano, che per un certo tempo credettero necessario il mandato per l'acquisto mediante procuratore, abbiano cambiato parere dopo la const. 1 *de poss.*, 7, 32, di Severo e Caracalla; e questi imperatori avrebbero introdotto una grande innovazione, contrariamente al parere dei principali giuristi della loro età, senza far cenno della novità, anzi riferendola come cosa già ammessa da gran tempo. Non basta; Paolo avrebbe dovuto comporre il libro quinto delle sue *sententiae* prima degli altri, che furono probabilmente scritti sotto Caracalla.

(1) Si noti che i romani usavano assai di rado la frase *negotiorum gestor*. Io non rammento d'averla trovata che una volta sola, nel fr. 24 *de app.*, 49, 1, di Scevola, ove si potrebbe anche dubitare si dovesse leggere *negotiorum gestorum... condemnati*, secondo la legge 64 *de re iud.*, 42, 1, che è la geminazione della legge 24 cit., e conformemente a una correzione fatta da una seconda mano nelle pandette fiorentine. Quando i romani volevano designare, senza usare più lunghe perifrasi, il *negotiorum gestor*, lo chiamavano *procurator* ovvero *voluntarius procurator*, *falsus procurator*.

In verità mi pare che l'invenzione del preteso *procurator omnium bonorum* si debba pagare a troppo caro prezzo; e credo che molti dei lettori concluderanno con me, che il tentativo di spiegazione datoci dallo Schlossmann debba considerarsi come del tutto fallito.

Tuttavia è da augurare che il libro sia letto anche in Italia. In esso sono contenuti molti preziosi materiali, e vi si trovano qua e là buone osservazioni; p. es. v'è dimostrata a pag. 91 e segg. chiaramente falsa la lezione « *pro curatoreve* » in due parole distinte, invece di *procuratoreve* o *procuratorive* in una sola parola, che il Mommsen ha introdotta nella *lex agraria* dell'anno 643, linea 69; lezione, che, ritenuta esatta dai più, fornisce il principale argomento a coloro che fanno derivare il *procurator* dal *curator*.

Ma se lo Schlossmann ha dimostrata inaccettabile l'opinione dominante circa l'acquisto del possesso per mezzo dei terzi, e se l'opinione di lui è anche meno ammissibile di quella dominante, non possiamo contentarci di questi risultati negativi. A me è impossibile svolgere qui la mia opinione su tale problema; ma, rinviando ad altro luogo la dimostrazione, mi contenterò di accennarla brevemente. Io ritengo il concetto romano del *procurator* (comune al *procurator litis*, *omnium bonorum* e *unius rei*, e al *negotiorum gestor*) sia quello di persona che cura i negozi altrui non per un solo momento, ma *prolungatamente*. Perciò il mandato relativo ad un atto unico e non prolungato non costituisce *procurator* il mandatario; mentre invece così vien chiamato il mandatario, il quale debba compiere diversi negozii, o un negozio che richieda una prolungata amministrazione, come la lite e come la ritenzione del possesso. Tutti i testi che non riconoscono l'acquisto del possesso direttamente nella persona del mandante, si riferiscono a mandati per un atto unico e non prolungato; quelli che riconoscono l'acquisto diretto del possesso parlano di *procurator*. Peraltro il *procurator*, per acquistare direttamente pel principale, deve essere unito a questo con vincolo obbligatorio del mandato generale o speciale, ovvero deve essere intervenuta la *rati habitio*; perchè altrimenti, mancando il vincolo obbligatorio, il procuratore (in tal caso semplice *gestor negotii*) possederebbe egli stesso.

Riconosciuto il possesso *animo proprio, corpore alieno*, i romani non ebbero più ragione per non ammettere anche l'acquisto del possesso per mezzo del procuratore. Essi infatti vennero in questo concetto: esservi possesso quando una persona sta in diretta relazione di fatto con una cosa; non esservi possesso per la persona che sta in relazione diretta (obbligazione) con un'altra persona, alla quale attribuisce la propria relazione con la cosa. Ora il *procurator*, il quale ha, e in forza del mandato deve avere, l'intenzione di tener la cosa continuamente e fin dal primo momento per il mandante, ed è a questo legato da vincolo obbligatorio, evidentemente si trova col *dominus negotii* nella stessa posizione così prima, come dopo la conoscenza che quest'ultimo abbia dell'apprensione avvenuta; e per mezzo del procuratore il mandante si trova nella stessa posizione relativamente alla cosa, così prima, come dopo quella conoscenza. Ciò avviene pure riguardo agli acquisti peculiari dei servi e dei figli di famiglia, perchè loro fu delegata l'amministrazione del peculio, e riguardo agli acquisti dei tutori e curatori, perchè in questi casi il vincolo legale produce gli stessi effetti del vincolo obbligatorio volontario.

La regola dell'acquisto *per liberam personam etiam ignorantia*, non si potè estendere agli acquisti fatti dal *procurator* non fornito di mandato (*negotiorum gestor*), perchè prima della *rati habitio*, in tal caso, non si aveva ancora un determinato rapporto obbligatorio tra le due persone, in modo che il *gestor* potesse attribuire alla volontà del principale il proprio acquisto e la propria amministrazione.



## IL COSTITUTO POSSESSORIO NEL DIRITTO ROMANO E NELL'ATTUALE

DI

L. HARBURGER (\*)

*Das constitutum possessorium im römischen und heutigen Rechte. Ein civilistischer Versuch, von dr. ISIDOR HARBURGER. — Erlangen, Druck der Universitäts-Buchdruckerei, von E. Th. Jacob, 1881, in 8°, p. 88.*

È una dissertazione inaugurale per conseguire il dottorato nella università di Monaco.

Il signor Harburger non ci dice nulla di essenzialmente nuovo; ma il suo libretto merita lode per la diligenza, con la quale è scritto, e per l'assennatezza dei suoi ragionamenti e delle sue conclusioni.

Dopo averci data la bibliografia speciale del costituito possessorio, egli in breve ci narra la storia delle opinioni (alcune delle quali piuttosto strane, siccome è noto), che si sono manifestate in proposito dagli scrittori fino al Savigny. Quindi passa a ricercare qual sia il vero concetto del costituito, e quali i requisiti essenziali alla sua validità, concludendo che il costituito è un caso di acquisto di possesso per rappresentante, in cui il rappresentante è colui che fino allora possedeva. Da questa particolarità deriva, che il costituente seguita ad esercitare il possesso senza modificare il suo rapporto corporale con la cosa, ed acquista il possesso pel rappresentato, mutando il proprio *animus sibi habendi* nell'*animus alieno nomine possidendi*. Il rapporto giuridico tra il rappresentante e il rappresentato può essere espressamente diretto all'acquisto del possesso per quest'ultimo, o alla continuazione della detenzione a nome dell'acquirente, o alla concessione di un possesso derivato fatta al tradente. Sempre peraltro è necessario una concreta *causa repraesentationis* così nel costituito, come in ogni altro acquisto di possesso per mezzo di terzi.

Il merito principale dell'Harburger consiste appunto nell'aver fatto convenientemente risaltare l'importanza di tale *causa repraesentationis*, quantunque la distinzione tra costituito possessorio espresso e tacito da lui introdotta (e alla quale attribuisce tanta importanza da trattarne in due paragrafi separati) sia forse superflua, come sono per solito le distinzioni scolastiche. Tale distinzione non corrisponde a quella fatta da alcuni antichi del *const. tacitum* ed *expressum*; ma si fonda sull'essere il rapporto giuridico tra rappresentante

e rappresentato talora un espresso mandato per l'acquisto del possesso, talora invece un contratto diretto alla continuazione della detenzione da parte dell'attuale possessore, contratto cui va congiunta la convenzione relativa alla tradizione del possesso.

Tra le questioni secondarie, che mi sembrano correttamente trattate dall'Harburger, noterò quella (§ 5), se colui, che possiede *solo animo* o per mezzo di rappresentante possa mediante costituito far passare in altri il suo possesso: questione che il nostro autore con la maggioranza dei romanisti risolve in senso affermativo, contro il parere del Merenda tra gli antichi, del Vangerow, del Dernburg senjore, del Ruhstrat e, aggiungerò per uso del lettore italiano, del nostro Ruggieri nel suo bel libro sul possesso.

Qualche altro punto invece andava forse maggiormente approfondito, quello p. es. (p. 55 e segg.) relativo al caso, in cui chi possiede attualmente si faccia concedere la cosa in precario o in pegno da chi non la possiede, muti insomma il suo possesso in un così detto possesso derivato. In qualche interpretazione di testi si può pure dissentire dall'autore, p. e., in quella del fr. 1, § 1, *Pro socio*, 17, 2 (pag. 72 e segg.); ma egli ci può rispondere, che si tratta di un testo, sul quale le divergenze continueranno ancora per un pezzo.

In una breve appendice (pag. 85-88) l'Harburger rende conto del modo come le più recenti legislazioni tedesche hanno considerato il costituito possessorio.

(\*) Recensione in *Cultura*, 1882, pag. 118.



## A PROPOSITO DEL FR. 2 PR. DE LEGE RHODIA

NOTIZIA (\*)

Ultimamente il sig. Negri di Lamporo nell'*Archivio giuridico*, vol. XXVII, pag. 354, a proposito del difficile fr. 2 pr. *de lege Rhodia de iactu*, l. 4, 2, enumerava i principali tentativi d'interpretazione e di correzione, che se ne son fatti finora. Molti ne furono fatti anche prima di quelli riferiti dal signor Negri, ce lo attestano le varie edizioni glossate; e forse anche molti altri se ne faranno. In tanta varietà, non sarà forse discaro ai lettori dell'*Archivio* il conoscere una lezione che io ho trovata in alcune pagine di un antico manoscritto del Digesto, da me rinvenute e possedute.

Queste pagine appartengono ad un foglio di pergamena in cattivissime condizioni. Di esso un legatore di libri dei secoli passati si è servito per coprire la legatura di una copia dello statuto di Fano redatto dal celebre Antonio Negusanzio; sicchè presentemente non se ne possono leggere se non le due facciate esterne, e neppure interamente. Nella prima si trovano, ma incomplete, le ultime leggi del titolo *de exercitoria actione*, la rubrica del titolo *De lege rodiana de iactu (sic)*, la l. 1 e 2 pr., § 1 fino alle parole *metum id* di questo titolo; nell'ultima il § 3 della l. 19, e l. 20 *de instit. actione*, la rubrica del titolo *de tributaria actione* e le l. 1, 2, 3 pr., § 1 di questo titolo fino alle parole *libro VIII epistolarum*.

Il carattere del manoscritto ci rivela ch'esso appartiene al secolo XIV. Il testo va accompagnato dalla glossa accursiana, della quale le note più brevi sono interlineari, le più lunghe scritte in margine.

Tutto questo ci dimostra che il manoscritto non ha un gran valore, e che le varianti da esso portate probabilmente non hanno altro fondamento che in qualche congettura dello scrittore.

Ad ogni modo, senza farci vane illusioni, ecco la variante; io la do per quel che vale, lasciandone ai dotti il giudizio:

« *Seruius quidem respondit ex locato agere cum magistro nauts debere ut uectorum merces retineat donec porcionem dampni prestent immo et si non retineat merces magister ultra ex locato habiturus est uactionem cum uectoribus quod si uectores sint qui nullas sarcinas habeant plane commodius est*

*si sint retinere eas aut si non sint si tamen totam nauem conduxerit ex conducto aget sicut etc.* ».

Ho trascritto in tondo i due punti più importanti. È da osservare che il manoscritto porta parecchie abbreviature, che io nel trascriverlo ho sciolte. Il passo *aut si non sint etc.* è così abbreviato:

« *aut si ñ sint si tñ totam* » etc.

Come si vede, la variante, se è dovuta allo scrittore, non è fatta senz'arte.

Essa è ottenuta replicando in diverso ordine le lettere *s, i, n, t*, le quali senza dubbio dovevano trovarsi assai vicine le une alle altre in questo luogo, nel testo primitivo. Ma il testo primitivo, ricordiamocelo, non doveva portare abbreviazioni.

Siena, 23 marzo 1882.

(\*) Pubbl. in *Archivio giuridico*, 1882, vol. 23, pag. 80.

## LE AZIONI POPOLARI ROMANE

PER

CARLO GIORGIO BRUNS

Traduzione di Vittorio Scialoja con prefazione e note del traduttore (\*).

## PREFAZIONE DEL TRADUTTORE

SOMMARIO. — 1. Opportunità della traduzione e modo tenuto nel tradurre. — 2. Cenni intorno ai più recenti monumenti relativi alle azioni popolari. — 3. Cenni intorno alle principali opposizioni contro la distinzione fondamentale proposta dal Bruns.

## I.

Già da qualche anno a me pareva che fra le più utili innovazioni, che si potessero e dovessero introdurre nella nostra legislazione, fosse questa, di ammettere largamente le azioni popolari, rimodernando tale sapiente istituto del nostro antico diritto latino. Le azioni popolari, io pensava, gioveranno a destar la coscienza giuridica del cittadino, a fargli sentire una unione più intima tra la propria persona e lo Stato, a rendere più strettamente giuridiche le nostre leggi, perchè sarà necessario nettamente definire i limiti della azione anche dei funzionari pubblici. Esse saranno uno dei mezzi più efficaci per ottenere che la legge acquisti il suo vero valore, superiore a qualunque altra volontà, che non si sia ancora trasformata in legge; poichè ogni cittadino potrà chiedere conto della trasgressione o inapplicazione delle disposizioni legali, senza soggiacere all'inerzia o alla ingiustizia di un pubblico funzionario, il quale troppe volte rappresenta non lo Stato, ma la sola maggioranza che lo governa (1).

Certo difficoltà non lievi si possono elevare contro siffatta innovazione. Questa, per esempio, che lo Stato moderno, così come si è venuto formando per la sua storica evoluzione, deve considerarsi come qualche cosa di molto diverso dallo Stato antico. Oggi esso costituisce una persona affatto distinta da quella dei singoli individui; laddove in antico ogni cittadino poteva dirsi parte integrante dello Stato, e a ragione questo poteva chiamarsi anche col

(\*) Pubbl. in *Archivio giuridico*, 1882, vol. 28, pag. 166 e 279.

(1) Il Minghetti nel suo recente libro *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna 1881, tra i rimedi suggeriti per combattere tale ingerenza non parla della istituzione delle azioni popolari. Non credo peraltro che il suo silenzio debba interpretarsi come disapprovazione, perchè le azioni popolari ben corrispondono a due dei rimedi da lui raccomandati, ossia al ridestare l'attività individuale, e al sottoporre al giudizio di magistrati giudiziari e amministrativi molti degli atti oggi lasciati interamente all'arbitrio dell'amministrazione governativa o locale.

nome di *populus*, nome che oggi non gli si converrebbe punto (1). È vero; ma noi dobbiamo domandarci se sia utile che la legislazione, anzichè cercare di estendere la coscienza di una più intima unione fra lo Stato e il cittadino, aiuti sempre più la separazione. Non è facile rispondere a tale domanda; e soprattutto non è facile rispondervi prescindendo dai preconcetti filosofici, che possono indurre ciascuno a risolvere *a priori* il problema in un senso o nell'altro.

A me pare che le idee liberali, che hanno trasformati i governi di quasi tutta l'Europa, includano necessariamente il concetto di quella più stretta connessione. Il popolo tende a identificarsi di nuovo con lo Stato; e questa tendenza deve essere favorita dal legislatore.

I limiti imposti a questa prefazione non mi permettono di insistere su tale argomento, nè di discutere altre possibili obiezioni contro le azioni popolari. Forse potrò farlo in altra occasione; per ora debbo mirare ad un intento assai più modesto.

Persuasos, com'era, della utilità dell'innovazione, appresi con piacere che la commissione della camera dei deputati, incaricata di esaminare il disegno di legge sulla riforma della legge 3 agosto 1863 sulle opere pie, aveva proposto d'introdurvi l'azione popolare (2). Mi sembrò allora che sarebbe stato utile informare il pubblico italiano con la maggior precisione possibile circa la vera natura e circa i particolari dell'antica azione, che si trattava di far rivivere. A tal fine, anzichè seguir l'uso di mettere insieme un lavoro desunto da questo o quello scritto tedesco, al quale ben poco avrei potuto aggiungere del mio, pensai di tradurre lo scritto del Bruns, che è ancora il più completo che si abbia su questa materia.

E questa traduzione m'è sembrata anche più necessaria, perchè tutti coloro; che, dopo il Bruns, si sono occupati di questa materia, citano continuamente il libro di lui, e chi non abbia conoscenza di questo, non può giungere ad intendere pienamente neppur gli altri.

Questo scritto fu dal Bruns pubblicato nella *Rivista per la storia del diritto* (*Zeitschrift für die Rechtsgeschichte*), vol. III, pag. 341-415, nell'anno 1864. La stampa, forse fatta in fretta, riuscì piuttosto errata, sicchè assai numerose vi sono le citazioni sbagliate. Morto il Bruns, il figlio di lui dott. Ivone, colla cooperazione del Mommsen, del Pernice e d'altri, ne riunì tutti gli scritti minori in due volumi col titolo *Kleinere Schriften von C. G. BRUNS*, (Weimar 1881). Nel primo di questi volumi, da pag. 313 a 375, è riprodotta la memoria sulle azioni popolari, con parecchie correzioni e con qualche

(1) Confr. una mia nota sulla proprietà delle cose appartenenti al demanio pubblico nel *Foro italiano*, 1931, I, col. 1116 segg.; [v. III vol. pag. 264] dove ho fatto rilevare io stesso alcune conseguenze del concetto attuale dello Stato in una questione di diritto costituito. Nel presente scritto invece si tratta di diritto costituendo.

(2) V. un breve, ma succoso articolo nella *Rassegna settimanale*, 1881, 15 maggio, p. 307 seg. Confronta pure la notizia datane dal ch. prof. Biagio Brugi nell'*Archivio giuridico*, vol. XXVII, pag. 440 segg.. Io debbo unire i miei elogi a quelli già dati dal Brugi all'onorevole deputato Odoardo Luchini per la sua bella relazione. La parte di tale relazione riguardante l'azione popolare si può leggere riprodotta con leggerissimi mutamenti di forma, nell'*Annuario delle scienze giuridiche*, anno III, Milano 1882, pag. 366-406. Non pare peraltro che il Luchini conosca la scritto del Bruns.

Non posso qui discutere se sia utile incominciare appunto con questa legge sulle opere pie a introdurre le azioni popolari, e se il modo con cui la commissione della camera dei deputati ha voluto introdurre sia il più adatto a renderle vive e vitali. Forse anche di tali questioni potrò parlare in altro luogo.

nota aggiunta dallo stesso autore in margine alla prima stampa. Non tutti gli errori peraltro furono corretti in questa seconda edizione: così p. e. le note 1 di pag. 150 e 1 di pag. 152, le quali senza dubbio debbono leggersi nell'ordine in cui stanno nella seguente mia traduzione, sono tanto nella prima quanto nella seconda edizione tedesca riprodotte nell'ordine contrario. Così pure nella nota 2 a pag. 126 in entrambe le edizioni dell'originale è citata la pag. 298 del vol. I dell'opera del Bethmann-Hollweg, mentre questa pag. 298 non esiste, e si deve certamente leggere pag. 98. Ma basta cogli esempi, che sono d'altronde assai rari.

Io nella mia traduzione ho in generale seguita la seconda edizione, tenendo tuttavia presente la prima e correggendo ciò che mi si appalesava come mero errore di scrittura o di stampa.

## II.

Il Bruns, quando scrisse la sua memoria, non si potè servire di tutti i monumenti, che possono oggi darci qualche notizia circa le azioni popolari romane.

I principali tra i nuovi monumenti relativi al nostro tema sono le tavole di bronzo di Osuna contenenti la *lex Coloniae Genetivae Iuliae* (1) scoperte negli anni 1870-74, ed un'iscrizione di Lucera. La quale, sebbene già pubblicata nel 1861 dal D'Amelis nella sua *Storia della città di Lucera*, pag. 119, venne a conoscenza del mondo giuridico solo quando fu divulgata dal Mommsen nella *Ephemeris epigraphica*, vol. 2, pag. 198, e quindi dal Bruns nella *Zeitschrift für die Rechtsgeschichte*, vol. 12, pag. 127 segg. e nei suoi *Fontes iuris romani antiqui* (3<sup>a</sup> ediz. Tubinga 1876, pag. 42, 4<sup>a</sup> ediz. Tubinga 1879, pag. 44).

Tanto sui bronzi di Osuna, quanto sull'iscrizione di Lucera il Bruns pubblicò, in seguito le sue osservazioni (2), ma questi monumenti non l'indussero a mutare alcuna delle sue opinioni principali circa la natura delle azioni popolari.

Nelle tavole della *lex Coloniae Genetivae* troviamo un numero considerevole di azioni popolari. Non sarà inutile il ricordarle qui brevemente.

Nel cap. LXI è stabilita un'azione popolare per 20 mila sesterzi contro colui che violentemente si oppone a che altri eserciti contro il debitore la *manus iniectio iudicati*, e il consecutivo diritto di *secum ducere* e *iure civili*

(1) È noto quanto siano preziose queste tavole di Osuna. Esse sono quattro. La terza spezzata in due (perciò la terza e la quarta si considerarono come tre tavole) e la quarta rinvenute nell'anno 1870 furono edite da M. R. de Berlanga a Malaga 1873, col titolo *Los bronces de Osuna*; dal Mommsen nel 1874 nell'*Ephemeris epigraphica*, vol. II, pag. 105-151, e poi di nuovo più correttamente ivi, vol. II, pag. 221-232; dal GIRAUD, *Les bronzes d'Osuna*, Paris 1874; dal Bruns nella *Zeitschrift für die Rechtsgeschichte*, vol. XII, pag. 82-127; dal prof. RE, *Le tavole di Ossuna*, Roma 1874. Le tavole prima e seconda, il cui ritrovamento fu annunciato nell'anno 1875, furono pubblicate con commenti dal GIRAUD, *Journal des Savants* 1876-77; *Le nouveaux bronzes d'Osuna*, Paris 1877; HÜBNER e MOMMSEN, *Ephemeris epigraphica*, III, pag. 87-112; BERLANGA, *Los nuevos bronces de Osuna*, Malaga 1876; RE, *Le nuove tavole di Ossuna nell'Archivio giuridico*, XIX (1877), pag. 291-321, 420-445; BRUNS, *Die neuen Tafeln von Osuna nella Zeitschrift für die Rechtsgeschichte*, XIII (1878), pag. 383-391. Vedi il testo della legge completo in BRUNS, *Fontes*, quarta ed., pag. 110-127 e nelle successive edizioni.

(2) Vedi i luoghi citati della *Zeitschrift für die Rechtsgeschichte*, vol. XII, pag. 82-127; 127-143; vol. XIII, pag. 383-391. Riprodotti in *Kleinere Schriften*, vol. II, pag. 282-319.

*vincunt habere* il debitore che non dia un *vindex* o non eseguisca il giudicato (1).

Nei cap. LXXIII e LXXIV sono ordinate due azioni popolari contro coloro che violano le regole relative alla sepoltura e alla cremazione dei cadaveri.

Nel cap. LXXV si dà un'azione popolare contro chi demolisce un edificio senza dar cauzione di ricostruirlo o senza averne ottenuto licenza dai decurioni.

Nel cap. LXXXI l'azione popolare è data contro i duumviri e gli edili che non abbiano fatto prestare il prescritto giuramento ai contabili loro dipendenti.

Nel cap. LXXXII, secondo la probabile restituzione delle ultime parole, si stabilisce l'azione popolare a tutela della inalienabilità dei beni appartenenti al pubblico demanio della colonia.

Altre azioni popolari sono ordinate nel cap. XCII contro colui, che essendo nominato legato, non adempia alla legazione o non nomini in vece sua un *vicarium ex eo ordine, uti hac lege decurionumve decreto dari oportet*; nel cap. XCIII contro i duumviri, o i prefetti nominati dai duumviri a farne le veci, che abbiano in qualche modo ricevuti doni o mercedi *pro loco publico..... ab redemptore mancipie praedeve*; nel cap. XCVII contro i magistrati che non abbiano rispettato i precetti relativi alla nomina dei patroni della colonia; nel cap. CIII contro chi in qualche modo guasti i limiti; nel cap. CXXV contro chi s'introduca senza averne diritto nei luoghi riservati ai decurioni nei pubblici spettacoli; nel cap. CXXVI parimente contro chiunque turbi in qualche modo l'ordine dei posti a ciascuno assegnati negli spettacoli; nel cap. CXXVIII contro chi violi le regole stabilite circa l'amministrazione del culto.

Notevole è il cap. CXXIX relativo all'ubbidienza dovuta dai magistrati ai decreti dei decurioni e degno d'esser qui riferito per intero:

« *Iiviri aediles praefectus coloniae Genetivae Iuliae quicumque erunt decurionesque coloniae Genetivae Iuliae quicumque erunt, ei omnes decurionum decretis diligenter parento optemperanto sine dolo malo faciuntque uti quot quemque eorum decurionum decreto agere facere oportebit ea omnia agant faciant, uti quod recte factum esse volent sine dolo malo. Si quis ita non fecerit sive quit atversus ea fecerit sciens dolo malo, is in res singulas HS CCICJ colonis coloniae Genetivae Iuliae dare damnas esto, eiusque pecuniae qui eorum volet recipatorio iudicio aput Iivirum praefectumve actio petitio persecutioque ex hac lege ius potestasque esto ».*

Il cap. CXXX dà un'azione popolare contro chi non rispetta le regole ivi determinate per la nomina del patrono; il cap. CXXXI contro chi viola i precetti per l'ammissione degli ospiti.

Nel cap. CXXXII si proibisce ai candidati di dar conviti, oltre una certa misura legale, e di far donativi per le elezioni; contro chi contravvenga a tale divieto è data un'azione popolare.

Probabilmente anche nel cap. CXXXIV, del quale ci è rimasta solamente la prima parte, era stabilita un'azione popolare contro chi non osservava le prescrizioni relative alle onoranze da fare col pubblico danaro.

(1) Vedi relativamente a questo capo EXNER, *Zur Stelle über die manus iniectio in der lex Coloniae Iuliae Genetivae*, nella *Zeitschrift für die Rechtsgeschichte*, vol. XIII, pag. 392-398; RE, *op. cit.*, *Archivio giuridico*, XIX, pag. 298-306.



Tutte queste azioni popolari (1) appartengono alla classe delle azioni legali, che il Bruns ritiene non essere le azioni popolari propriamente dette, quelle cioè che i romani consideravano tali. Infatti non è dubbio che il provento di queste azioni andava a vantaggio della colonia e non dell'attore. In alcuni casi (cap. LXI) concorrevano un'azione privata ed una popolare.

Le azioni sopra enumerate si proponevano dinanzi ad un tribunale di recuperatori. Il cap. XCV tratta della composizione di questo tribunale, della citazione dei testimoni, e della decadenza del diritto di agire, quando l'attore non si presentasse, senza legittima scusa (2).

L'iscrizione di Lucera è del seguente tenore (3):

In hoc loucarid stircus  
ne [qu]is fundatid neve cadaver  
proiecitad neve parentatid  
sei quis arvorsu hac faxit [in] ium  
quis volet pro iudicatod n[umum] I  
manum iniect[i]o estod sive  
mag[i]steratus volet moltare  
[li]cetod

Sembra esser questo un decreto dell'autorità pubblica della colonia a tutela di un bosco sacro. Vi si dà alternativamente facoltà a chiunque di eseguire sopra il contravventore la *manus iniectio pro iudicato*, e al magistrato d'imporre ad esso una multa (4).

Il provento dell'azione popolare andrà a vantaggio del pubblico ovvero del privato attore? Il Mommsen ritiene senz'altro che debba andare a vantaggio del pubblico; ma il Bruns (5) solleva qualche dubbio in contrario. Egli nota che, pur ammettendo doversi l'iscrizione ritenere per una legge coloniarica, non ne viene come necessaria conseguenza, che l'azione popolare in essa ordinata debba essere un'azione procuratoria a nome della colonia. Nelle altre leggi, che portano azioni popolari procuratorie, questa loro natura risulta sempre in modo chiaro da formule speciali: *populo*, o *colonis*, o *municipibus*,

(1) Nella *lex coloniae Genetivae* è fatta menzione anche di accuse popolari contro i decurioni indegni *loci aut ordinis decurionatus* (cap. CV, CXXIII). Come premio per l'accusatore, che avesse ottenuto la condanna del decurione indegno, gli si concede di occuparne il posto tra i decurioni. Un premio di simile natura, pel quale l'accusatore poteva subentrare nella cittadinanza romana e nella tribù, in cui si trovava l'accusato colpito da condanna, ci era noto per la *lex Acilia repetundarum* v. 77 segg. Confr. CICERO, *Pro Balbo* XXV, 57.

(2) Relativamente alle controversie circa la natura del procedimento per queste azioni popolari vedi tra le mie note annesse alla traduzione la nota a a pag. 133.

(3) L'iscrizione verosimilmente appartiene alla prima metà del VI secolo di Roma. Non è difficile a tradurre. Ecco l'interpretazione di alcune parole: *loucarid* è *luco*, *fundatid* è *fundito*, *parentatid* è *parentato*, *arvorsu* è *adversus*. La somma per cui è data la *manus iniectio* deve forse correggersi in *n[umum] L* (50.000) secondo Mommsen, o *CJ* (1000) secondo Bruns, nella quarta ediz. dei suoi *Fontes*. Il prof. Re riferisce l'iscrizione nell'*Archivio giuridico*, XVII, pag. 10, nota 2, seguendo il Mommsen.

(4) Riguardo a simili alternative confr. *leges tabulae Bantinae*, *lex osca* v. 10-13, 26-27, *lex latina* v. 8-13; *fragmentum Tudertinum* v. 5-6 secondo la restituzione del Mommsen. Confr. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht* (seconda ed., Leipzig 1876), vol. I, pag. 176 e 142, nota 2.

(5) Nel commento a questa iscrizione, più sopra citato, *Zeitschr. f. R. Gesch.*, XII, pag. 135 segg., *Kleinere Schriften*, II, 311 segg.

o *in publicum dare damnas esto*, e quindi si aggiunge: *eiusque pecuniae qui volet petitio esto*. Nella nostra iscrizione invece nulla di tutto ciò: la formula in essa adoperata è anzi piuttosto simile a quella dell'*actio sepulcri violati*: « *quicumque agere volet ei centum aureorum iudicium dabo* ».

Ma pure ammettendo per vera la distinzione fatta dal Bruns tra azioni popolari procuratorie e azioni popolari in nome proprio, a me non pare che il dubbio sia ben fondato, e ritengo che nell'iscrizione lucerina si tratti di vera azione il cui provento debba andare a beneficio della cassa pubblica, o forse anche di quella sacerdotale. A ciò m'induce l'analogia di un complesso di altre disposizioni di simile natura, ove sempre è stabilito che il provento delle pene per la violazione di boschi o di altri luoghi sacri o religiosi o pubblici vada a beneficio pubblico o della cassa dello Stato o di quella sacerdotale. Così si dispone nella *lex Spoletina* (1), e nelle proibizioni che tanto frequenti si leggono nelle iscrizioni sepolcrali (2). Nè potrebbe, a parer mio, trarsi un valido argomento in contrario dalle disposizioni che stabiliscono un premio per il *delator* in casi simili, poichè appunto premii siffatti provano che normalmente il provento dell'azione va a beneficio del pubblico (3).

(1) Rinvenuta a Spoleto nell'anno 1876. Edita dal Bormann in *Miscellaneis capitulinis etc.* Romae 1879; dal BRUNS, *Fontes*, 4<sup>a</sup> ed., Tubing. 1879, pag. 44. Eccone il testo: « *Honce loucom ne qu[is] violatod neque exvehito neque exferito quod louci siet neque cedito nesei « quo die res deina anua fiet . eod die quod rei dinai causa [f]iat sine dolo cedre [l]icetod. « sei quis violasit Iove[i] bovid piaculum datod, sei quis scie[n]s violasit dolo malo Iovei « bovid piaculum datod ea a[sses] CCC moltai suntod . piaci moltaique dicator[ci] « exactio est[od] ».*

(2) Sul valore di queste proibizioni e delle sanzioni comminate confr. HUSCHKE, *Die Multa und das Sacramentum in ihren verschiedenen Anwendungen*, Leipzig 1874, pag. 315 ssg.; MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, 2<sup>a</sup> ed., Leipzig 1876-77, vol. II, pag. 67 segg. Una raccolta di tali iscrizioni veggasi in BRUNS, *Fontes*, 4<sup>a</sup> ed., pag. 239 segg. In una di queste iscrizioni si dà a qualunque membro della famiglia il diritto di muover querela, ma la pena va a profitto dell'arca collegii. « — *Hoc monumentum — ne quis a nomine nostro alienare audeat « neve in eo corpus extraneum inferri patiat: alioquin sit facultas cuicumque ex familia « nostra adeundi per querellam pontifices cc . vv., quorum de ea re notio est, et poenam « [sestertium] L m[ilium] n[umum] arcae collegii eorum inferendorum exsequendi ».* (La lapide è in Roma nel palazzo Rondanini; fu pubblicata per la prima volta dal MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, 2<sup>a</sup> ed., 1877, vol. II, pag. VII-VIII, nota. E' riferita in parte dal BRUNS, *Fontes*, 4<sup>a</sup> ed., pag. 240, n. 13). In un'altra iscrizione si dà l'azione popolare « *[ei]us rei persecutio cuilibet de populo datur* » (*Corpus inscriptionum latinarum*, vol. V. 1033, n. 8305; MOMMSEN, *loc. cit.*; BRUNS, *loc. cit.*) [v. FERRINI, *Arch. giur.*, vol. 30, pagg. 476 e segg.].

(3) Confr. lo scritto del Bruns che dò qui tradotto, a pag. 144 e segg. e relative note. Agli esempi ivi riferiti aggiungasi *lex rivi incerta*: « *Lex rivi Ul... Si quis in eo « mixerit spurcit[iam] fecerit in tem[plum] Iovis d[omestici?] X. (id est denarios) « I d[ato]. De[!]atoris] pars dim[idia] est. Nesi L. P. V. ».* (Lapide rinvenuta in Savoia presso Echelles sul fiume Gayer nel 1787. MOMMSEN, *Hermes*, IV, pag. 283; WILMANN, *Exemple inscrip. latin.*, n. 2730; RE, *Archivio giuridico*, XVII, pag. 10, nota 2; BRUNS, *Fontes*, 4<sup>a</sup> ed., pag. 128). Similmente nelle iscrizioni sepolcrali « *poen[ae] nom[in]e] dabi] rei p[ublicae] « Aquil[eiensi] HS XX n. delator quart[am] accip[iet]* ». (Lapide in Aquileia, ORELLI-HENZEN, 7337; RE, *loc. cit.*, pag. 13, nota 4; BRUNS, *Fontes*, 4<sup>a</sup> ed., pag. 240, n. 17): « *qui detulerit « accipere debebit sum[mae] s. s. quartas* ». (WILMANN, n. 298; BRUNS, *Fontes*, 4<sup>a</sup> ed., pag. 128, nota 5): « *delatori den. CC. n.* ». (*Corpus inscr. lat.*, III, pag. 125, n. 684; BRUNS, *Fontes*, 4<sup>a</sup> ed., pag. 128, nota 5). Confr. le altre iscrizioni citate dal RE, *loc. cit.*, pag. 13, 14, in nota.

Ciò posto, dobbiamo col Mommsen riconoscere che in questa iscrizione di Lucera abbiamo uno di quei casi, nei quali era ammesso di agire *pro populo* anche colla procedura delle *legis actiones* (1).

Alla *lex coloniae Iuliae Genetivae* e alla *lex Lucerina*, che sono entrambe di grande importanza e senza dubbio relative al nostro argomento delle azioni popolari, potrebbe aggiungersi l'iscrizione sepolcrale, che ho più sopra ricordata nella nota 2 a pag. 113, la quale peraltro è d'un interesse secondario.

Importantissima invece, se si riferisse certamente ad azioni popolari, sarebbe l'iscrizione contenente il così detto *SC. de pago Montano* (2), che riprodurrò qui coi supplementi proposti dal Mommsen, senza però accettarli pienamente:

.... eis que curarent tu[erenturque]  
[ar]bitratu aedilium pleibeium  
[quei]comque essent neve ustrinae in  
eis loceis regionibusve nive foci ustri  
naeve caussa fierent nive sterqus terra[m]  
ve intra ea loca fecisse coniecisseve veli[t]  
quei haec loca ab paago Montano

[redempta habebit. quod si sterqus in eis loceis fecerit terramve in ea]

loca iecerit in.....

.... [uti HS.... ma]nus iniectio pignorisq[ue] ca[pio siet]

Il prof. Camillo Re, commentando dottamente questa iscrizione, ritenne che la *manus iniectio* e la *pignoris capio* in essa contenute fossero due azioni popolari date contro coloro, che in qualche modo insudiciassero il luogo, del quale si tratta. La *manus iniectio* dunque sarebbe qui concessa in un caso perfettamente analogo a quello della legge lucerina; ma di più si avrebbe anche una *pignoris capio* popolare del tutto nuova.

Il Mommsen non tratta di tale questione; ma a proposito della *manus iniectio* si contenta di fare un semplice richiamo alla legge lucerina.

Nell'incertezza del testo cagionata dalla grandissima lacuna tra le parole *Montano* e *loca*, e dall'altra minore tra *in* e *...nus iniectio*, io credo che la opinione espressa dal prof. Re non si possa nè rifiutare, nè accettare. Siamo in presenza di uno di quei casi, pei quali, fino alla scoperta di nuovi dati di fatto, è prudente esercitare l'arte del non sapere. Dubbioso è il Wach nelle note alla 5ª ediz. del KELLER, *Civ. Proc.*, § 92, n. 1149.

(1) Pr. Inst. 4, 10: « cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela ». È noto che il significato di questo *pro populo agere* non è senza controversie: confr. SCHRADER, *ad h. l.*

(2) In un cippo opistografo trovato negli scavi dell'Esquilino il 21 luglio 1875. L'iscrizione fu pubblicata dal LANCIANI, *Bollettino della commissione municipale di archeologia*, 1876, p. 190; dal RE, *Frammento d'iscrizione rinvenuta in Roma nella regione esquilina*, nell'Archivio giuridico, XVII (1876), pag. 6, 7, corredata di un commento giuridico, del quale io mi occupo nel testo; dall'Henzen nel *Corpus inscriptionum latinarum*, VI, pag. 848, n. 3823, con un commento del Mommsen, il quale ne propone anche i supplementi delle lacune; dal BRUNS, *Fontes*, 4ª ed., pag. 151 seg., che riproduce il testo dell'Henzen coi supplementi del Mommsen.

Si noti che il testo dato dall'Henzen, e da me pure qui riprodotto, è più completo di quello, sul quale si è basato il Re, e in qualche punto è diverso. L'Henzen assicura d'averne riveduta da sé l'iscrizione insieme col Dressel; si può dunque accettare la sua lezione.

L'unico argomento a favore della popolarità delle due azioni è l'analogia della *lex Lucerina*. Ma è poi quest'analogia tanto stringente?

Non istarò a rilevare che quella di Lucera è assai probabilmente una vera *lex* della colonia, laddove l'iscrizione esquilina contiene quasi certamente un senatoconsulto, come ci dimostra la forma dei verbi al congiuntivo. Ma osserverò che nell'iscrizione esquilina si trovano contemplate varie persone, alle quali probabilmente potevano esser concesse le azioni menzionate nell'ultima linea: gli edili plebei, e coloro che *arbitratu aedilium pleibeium* dovevano assumere la cura del luogo, forse qualche *redemptor*. A me non sembra punto sicuro che quelle azioni sieno date contro i *redemptores* (se di questi si tratta), anzichè ai *redemptores* contro i terzi contravventori; nè mi sembra certo che non sieno date agli stessi edili. Si pensi per la prima ipotesi alla somiglianza tra *redemptores* e *publicani* e si veda GAIO, IV, 28; per la seconda si consideri l'analogia della *lex Spoletina* da me riferita nella nota 1 a pag. 113, e si pensi alla esazione delle multe affidata ai magistrati.

Di più tra l'iscrizione esquilina e la lucerina vi è la gran differenza, che nella prima accanto alla *manus iniectio* si trova la *pignoris capio*, che non si rinviene invece nella seconda. Ora, se la *manus iniectio* della prima è popolare, dovrà senza dubbio esser tale anche la *pignoris capio*. Io, quantunque non voglia assolutamente negare la possibilità di una *pignoris capio* popolare, pure ritengo che vi sia qualche difficoltà ad ammetterla, se non si abbia una prova di fatto decisiva a favore della sua esistenza.

Gaio ci dipinge la *pignoris capio* come una *legis actio* di carattere eccezionale (IV, 28-29), e non menziona nessun caso, che possa avere qualche somiglianza con quello, che ci presenterebbe la nostra iscrizione esquilina, se contenesse una *pignoris capio* popolare.

S'intende poi che, per contravvenzioni, come sono quelle contemplate nella *lex Lucerina* e nel nostro senatoconsulto, si possa dare una *manus iniectio* popolare, perchè è utilissimo concedere a ciascun cittadino il potere di arrestare sul fatto il contravventore, facendogli pagare la multa. Molto meno idonea invece è la *pignoris capio*, la quale avrebbe il solo scopo della maggior sicurezza dell'incasso, e andrebbe incontro a parecchi inconvenienti. Infatti siccome essa *extra ius peragebatur... plerumque etiam absente adversario* (GAIO, IV, 29), si sarebbe potuto dare il caso, che molti contemporaneamente vi procedessero, aggravando così oltremodo la posizione del contravventore, perchè il fatto della *pignoris capio*, anche se privo di ulteriori conseguenze, costituiva un danno patrimoniale.

Nè a coloro, che simultaneamente e senza aver notizia l'uno dell'altro avessero proceduto alla *pignoris capio*, si sarebbe potuto rimproverare il minimo dolo; sicchè il danneggiato non avrebbe avuto contro di essi alcuna azione (confr. fr. 2, § 20, *de vi bon. rapt.*, 47, 8).

D'altra parte il timore di procedere ad una *pignoris capio* ingiusta, perchè già da altri eseguita, avrebbe anche dovuto trattenere colui che avesse voluto adoperarla; sicchè si sarebbe venuto a perdere il beneficio derivante dalla popolarità dell'azione.

Per queste ragioni a me pare che, se è naturalissima una *manus iniectio* popolare, non sia altrettanto accettabile una popolare *pignoris capio*. Preferisco quindi riferire la *manus iniectio* e la *pignoris capio* della iscrizione esquilina o ai *redemptores* contro i terzi contravventori, o agli edili contro i *redemptores* e i terzi contravventori.



## III.

Rinviando l'esposizione di alcune controversie secondarie alle note, che ho creduto di dovere apporre ad alcuni luoghi dello scritto del Bruns, debbo fin d'ora avvertire il lettore, che il concetto fondamentale di questo scritto, ossia la distinzione tra azioni popolari propriamente dette, o in nome proprio, e azioni popolari in senso lato, o procuratorie, accettata da parecchi autori (1) e sostenuta dallo stesso Bruns anche nei suoi lavori più recenti, non manca di oppositori. Non parlerò di quelli che espressero la loro opinione prima dello scritto del nostro autore, e dei quali non risulta se l'abbiano mutata in seguito; ma riassumerò qui ciò che ha pubblicato il Brinz nella seconda edizione del suo *Trattato delle pandette* (2).

Egli ammette che il provento delle azioni popolari fondate sopra una legale *damnatio* andava a vantaggio del pubblico, e che il provento di quelle istituite dall'editto pretorio si acquistava dall'attore; non crede tuttavia che tale differenza basti a distinguere le azioni popolari in procuratorie e non procuratorie. Il *procurator in rem suam datus*, egli dice, è pur sempre un *procurator*. È indubitato che anche nelle azioni popolari pretorie il diritto che si difende è un diritto del pubblico. S'intende bene che l'attore non è un procuratore costituito secondo le forme della procedura; ma non lo è neppure in quelle azioni legali, delle quali lo stesso Bruns riconosce la natura procuratoria. In queste l'attore è chiamato ad agire dalla legge, in quelle dall'editto. Le disposizioni relative alle azioni popolari si applicano all'una e all'altra specie, e si spiegano nel modo più naturale colla loro indole procuratoria. D'altra parte non s'intende, perchè non debbano considerarsi come popolari vere e proprie quelle azioni nelle quali tutto è popolare, oltre l'attore e il diritto leso, anche la condanna a favore del popolo. Non si trova per esse la denominazione *popularis actio*, ma ciò si spiega, perchè nelle leggi non si doveva usare tale espressione scolastica: la natura dell'azione è ben determinata dalla formula *qui volet actio... esto*. La rubrica delle *Pandette de popularibus actionibus*, che non fa distinzioni, deve riferirsi ad entrambi i generi di azioni, almeno a quel caso di azione legale conservato nei Digesti (fr. 3 pr. *de termino moto*, 47, 21). Il dire che in forza del *populo dare damnus esto*, non si possa dare una vera *actio*, può essere un argomento contro l'espressione *actio* nella frase *popularis actio*, ma non contro la qualità di *popularis*. D'altronde la denominazione di *actio* non si trova solo nelle leggi di Malaga e di Salpensa, ma anche in quella della colonia Giulia Genetiva. L'*actio*, è vero, è *ius persequendi iudicio quod sibi debetur*; ma in questa definizione l'elemento essenziale non è il *sibi debetur*; altrimenti non si potrebbe più parlar di *actio*, quando si agisce *alieno nomine*.

(1) Per esempio JHERING, *Geist des römischen Rechts*, trad. francese di Meulanere, Paris-Gand 1877, vol. I, § 17, nota 145, pag. 202 segg.; MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4<sup>a</sup> ed., Bruxelles 1876, vol. I, pag. 531, nota 12; BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, Bonn, 1865, vol. II, pag. 185 segg.; KUNTZE, *Cursus des römischen Rechts*, 2<sup>a</sup> ed., Leipzig 1879, § 476, pag. 318 seg.; ARNDTS-SERAFINI, *Trattato delle Pandette*, 3<sup>a</sup> ed., Bologna 1879, vol. I, § 100, pag. 195 seg.

(2) BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2<sup>a</sup> ed., Erlangen 1873, vol. I, § 86, pag. 281-285. Anche il CUGINO, *Trattato storico della procedura civile romana*, Palermo 1873, pag. 169 seg., considera tutte le azioni popolari, come procuratorie; ma non so se l'autore avesse allora conoscenza dello scritto del Bruns.

Qual valore hanno questi argomenti del Brinz?

A parer mio, chiunque ammette che in un genere di azioni il provento si acquista dal popolo, nell'altro dall'attore, non può considerare come del tutto secondaria cotesta diversità, che importa una differenza essenziale nella natura stessa dell'azione. Il Bruns ha ben rilevata siffatta importanza. Ciò che l'attore nelle azioni popolari pretorie si fa pagare, non è già qualche cosa che regolarmente spetterebbe allo Stato o al comune, ed è poi da questo rilasciato all'attore; ma qualche cosa ch'egli chiede direttamente per sè; non è un premio all'attore, ma un compenso pel suo diritto leso. Questo diritto è bensì pubblico, spetta all'individuo come membro del popolo; ma è tuttavia un diritto che spetta a lui, e non già al popolo come un ente diverso e totalmente distinto da lui. Se mi fosse lecito parlare figuratamente direi, che si tratta qui non già di un diritto pubblico concentrato, ma di un diritto pubblico diffuso in tutti i membri della comunità.

È necessario tenere in mente questa triplice gradazione possibile: si può avere 1°) un diritto spettante alla comunità, come ente a sè, e da esercitarsi mediante un organo speciale di essa; 2°) un diritto spettante alla comunità come ente a sè, ma da esercitarsi da qualunque suo membro; 3°) un diritto spettante a tutti i membri della comunità, e da esercitarsi perciò da ciascuno di essi. Tutti questi diritti sono pubblici, ma non per questo sono tra loro uguali. Cronologicamente l'ultimo può considerarsi, come primo, ed il primo come ultimo. Le azioni popolari legali o procuratorie, secondo il Bruns, rientrano nella seconda categoria, le azioni popolari propriamente dette o in nome proprio sono comprese nella terza (1).

Certamente tra la seconda e la terza categoria vi è un principio di affinità. Ogni lesione di un diritto della terza categoria offende il pubblico, in quanto costituisce un'offesa a ciascun cittadino; sicchè questi, promuovendo l'azione, difende direttamente sè stesso e implicitamente la comunità. Anche pei diritti della seconda categoria si può dire, che ogni cittadino è autorizzato a promuovere l'azione, perchè si sa ch'egli è interessato al buon andamento della cosa pubblica; ma questo interesse è soltanto indiretto, consequenziale. Se l'affinità è evidente, è pure evidente la diversità.

La relazione, che corre tra queste varie categorie di diritti, si farà anche più chiara, se alle tre sopra enumerate noi ne aggiungiamo una quarta: quella dei diritti privati. Ci rendiamo allora perfettamente ragione di quelle forme intermedie, che servono di collegamento tra l'una e l'altra categoria; e queste forme, così spiegate, sono una conferma della esattezza della classificazione. Tra la quarta e la terza categoria troviamo l'azione concessa alla persona lesa, azione che diventa popolare quando tale persona non ne faccia uso. Tra la terza e la seconda si hanno quelle azioni, delle quali tanto bene ha scritto il Bruns negli ultimi capitoli del suo opuscolo.

Pensiamo al nesso tra le azioni popolari e le private, e vediamo subito quanto sia erroneo il ritenerle come azioni procuratorie.

Nè si dica col Brinz, che in esse l'attore è un *procurator in rem suam datus*. Per essere tale egli dovrebbe agire formalmente a nome del popolo,

(1) Anche oggi, a parer mio, se si vuol far vivere di prospera vita l'istituto delle azioni popolari è necessario incominciare dalla terza categoria, che è quella nella quale la popolarità dell'azione si presenta come più naturale e più affine all'azione fondata sul privato interesse. Ciò sia detto qui di passaggio, in relazione con quanto ho già sopra accennato nella nota 2 a pag. 109.



conservando poi per sè il provento dell'azione, che avrebbe dovuto, in forza del diritto formalmente fatto valere, esser pagato al popolo. Nulla di tutto ciò si verifica in chi promuove l'azione popolare. Leggiamo l'editto *de dejectis et effusis, de positis et suspensis, de sepulchro violato*, vi troveremo sempre uno stesso tipo di azione: « io chiedo tanto al tale perchè ha fatto la tal cosa », donde possiamo trarre la conseguenza che « io ho diritto ad aver tanto dal tale, perchè ha fatto la tal cosa ». Ov'è il carattere procuratorio?

Ben diverso è il caso, quando si tratti di azione legale fondata sulla formula *populo dare damnas esto*. Allora l'attore chiede pel popolo, in forza di un diritto che ha il popolo, che il convenuto paghi una data somma. Sarà talvolta questa somma dal popolo rilasciata all'attore come premio? Egli sarà allora un *procurator in rem suam*.

Non istarò a discutere l'argomento, che il Brinz trae dalle disposizioni relative alle azioni popolari, le quali si spiegano più naturalmente ammettendone la natura procuratoria. Lo stesso Brinz confessa che il Bruns ha spiegati tutti i testj relativi in modo diverso. Si osservi poi che, se nelle azioni popolari pretorie l'attore fosse procuratore del popolo, la spiegazione di quelle disposizioni sarebbe tanto naturale, che sarebbe veramente strano il vedere che i giureconsulti romani le hanno considerate come disposizioni speciali e non le hanno mai collegate colla disposizione generale relativa ai procuratori. D'altronde, ammesso che il provento delle azioni popolari pretorie va a beneficio dell'attore, cade senz'altro la base della interpretazione di alcuni di quei testi data dal Mommsen, sicchè il Brinz dovrebbe darcene un'altra.

Non insisto sull'argomento tratto dal Bruns dalla parola *actio* e combattuto dal Brinz, per istabilire che le azioni legali non si chiamavano *actiones populares*. Credo anch'io che l'argomento non sia molto forte, e rinvio ad una delle mie note la questione della terminologia.

Credo peraltro che le disposizioni del Digesto, contenute nel titolo *de popularibus actionibus*, 47, 23, abbiano riguardo alle azioni popolari pretorie, perchè per azioni procuratorie sarebbero superflue, troppo ristrette, ed alcune anche poco comprensibili (p. es. fr. 7 *eod.*) mancando assolutamente la così detta *ragion di dubitare*. Sicchè anche se qualcheduno voglia sostenere, che i romani chiamavano *actiones populares* tanto quelle legali, quanto quelle pretorie, gli convien pur confessare che per queste erano necessarie particolari disposizioni, considerando che la loro natura non era quella di azioni procuratorie. Tali disposizioni erano inutili per le azioni legali, perchè implicitamente comprese in quelle più generali e più estese relative alle azioni procuratorie. Non poteva dunque nascer dubbio di sorta.

Possiamo così concludere, che le obiezioni del Brinz non invalidano la distinzione proposta dal nostro autore. Per opporsi a questa è necessario negare, che il provento delle azioni popolari pretorie si acquistasse direttamente dall'attore.

## LE AZIONI POPOLARI ROMANE (\*)

Chi acquistava in Roma il danaro, che si chiedeva con un'azione popolare, l'attore o lo Stato? L'antica opinione presso di noi stava quasi senza eccezione per l'attore (1); la più recente sulle orme del Mommsen (2) (a) si determina

(\*) Le note segnate in cifre sono nell'originale; quelle segnate in lettere sono aggiunte dal traduttore.

(1) Così ancora PUCHTA, *Institut.*, II, § 219, nota h., *Lezioni di Pandette (Pandekten-Vorlesungen)*, § 88. Confr. tuttavia CUJAC., *recitt. in Dig.*, II, 1, 1, 7.

(2) *I diritti municipali dei comuni latini di Salpensa e Malaga (Die Stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaga)*, 1855, pag. 463 segg.

(a) Non essendo facile di trovare in Italia l'opera del Mommsen sui diritti municipali di Malaga e Salpensa, credo utile di riassumere qui brevemente gli argomenti addotti da questo scrittore a fondamento della sua opinione.

Egli nota che l'azione popolare è di natura procuratoria; in essa il popolo apparisce come mandante, l'attore come procuratore. Questo ci vien dimostrato non solo dalla definizione: *eam popularem actionem dicimus quae suum ius populo tuetur* (l. 1 *de pop. act.*, 47, 23), ma anche dalle conseguenze giuridiche; poichè l'attore, come ogni altro procuratore, non può costituire un secondo procuratore, l'*exceptio rei judicatae* non è diretta solamente contro l'attore, ma contro qualunque altro rappresentante del mandante, e finalmente chi è escluso dalla procura, è escluso anche dall'esercizio delle azioni popolari. Se dunque il profitto delle azioni esercitate per mezzo di procuratore torna a vantaggio del mandante, perchè non dovrà dirsi lo stesso delle azioni popolari? Forse alcuno obietterà che dopo la *litis contestatio* l'attore è considerato come creditore (l. 12 pr. [erroneamente il Mommsen ha l. 12, § 1] *de v. s.*, 50, 16), e che l'azione passa ai suoi eredi s'egli muore pendente il processo, come ci dimostra la questione sorta per il fedecommissario universale (l. 7 pr. *de pop. act.*, 47, 23), e come ci dice espressamente a proposito dell'*actio de positis et suspensis* la l. 5, § 13, *de his qui eff.*, 9, 3, essendo il *nec* che si legge nella contraria disposizione della l. 5, § 5 *eod.* verosimilmente da ritenersi come interpolato; ma si potrà facilmente rispondere che lo stesso avviene riguardo ad ogni altro procuratore (C. Th. 2, 12, 1).

Nè il trasferirsi dei risultati dell'azione dall'attore ai suoi mandanti trova ostacolo nella forma; perchè anche il *cognitor* e l'*actor* dei municipii esercitano l'azione in nome proprio, ossia con una *condemnatio* posta in nome loro, e tuttavia l'azione in forza del giudicato non è ad essi, ma ai loro mandanti concessa (l. 6, § 3, *Quod cuiusq. univ.*, 3, 4). Similmente allorquando l'attore, che si fa volontariamente a rappresentare il pubblico, ottiene una condanna, il magistrato comunale può curare da sè la riscossione della somma.

Oltre queste ragioni generali non ne mancano altre più speciali. Chi esercita un'azione popolare, non si considera come arricchito dal profitto da essa ricavato (l. 7, § 1, *de pop. act.*, 47, 23: *Qui habet has actiones non intelligitur esse locupletior*); e ciò non ha senso, se non si ammetta che tale profitto non torni a vantaggio di lui.

È notevole che nelle formule delle leggi la condanna si riferisce sempre al popolo (*sestertios — populo [municipibus, colonis] ovvero in publicum dare damnas esto*); e si avrebbe forse un vero *populo dare* o *in publicum dare*, se si pagasse ad un qualunque individuo del popolo?

Finalmente in uno dei più antichi monumenti, nella legge della tavola Bantina (tra gli anni 625 e 636 a. u. c.) si ha nella linea 9 segg.: *eam pecuniam quei volet magistratus exsigit. Sei postulabit quei petet, praetor recuperatores — dato iubetque eum* (ossia il convenuto)

nella maggioranza (1) per lo Stato, fatta eccezione solo per le così dette azioni popolari impure o miste, ossia quelle nelle quali concorre un interesse privato dell'attore (2).

In questi ultimi anni il Geib (3) ha cercato di conciliare storicamente le due opinioni, sostenendo che nei primi tempi lo Stato ottenesse il denaro, nei tempi posteriori invece questo fosse lasciato all'attore per promuovere le azioni popolari.

Ognun vede che la questione concerne l'intima natura delle azioni popolari. Tutto dipende da ciò, se si abbiano da riguardare come azioni per sé stesse pertinenti all'attore, sia in forza di un diritto proprio, sia in forza di un diritto dello Stato, ovvero come azioni procuratorie a nome dello Stato (a); se dunque esse costituiscano una specie di azioni di polizia con popolare rappresentanza dello Stato, come ammette il Savigny (4), ovvero se esse si fondino su qualche altra idea. La questione offre quindi senza dubbio degli aspetti interessanti e importanti per la storia; ma essa ha pure un interesse pratico relativamente alle nuove tendenze, che voglion lasciare un certo campo al comune diritto di agire nella procedura penale anche presso di noi, secondo l'esempio del diritto inglese.

La risposta alla questione deve fondarsi sopra una ricerca dei particolari assai più minuta che non si sia fatta finora. Solo così può ottenersi una solida base per erigervi le teorie generali. Queste perciò si ricercheranno solo in fine della trattazione (§ 9), e vi si unirà allora la comparazione del diritto inglese, nel quale le azioni popolari hanno una grande estensione.

*sei ita pariat condemnari popul[o], facitoque iudicetur. Sei condemnatus [erit, quantei condemnatus erit, praedes] ad q[uestorem] urb[anum] det aut bona eius poplice possideantur facto.*

Quest'azione veramente non è una propria *actio popularis*, perchè i soli magistrati possono agire; però dal fatto, che qualsivoglia magistrato esercita l'azione, ma la condanna vien riferita al popolo e l'esecuzione a favore dell'erario vien curata da un magistrato diverso dall'attore, si può dedurre che lo stesso avvenga quando attore sia qualsivoglia cittadino, poichè la qualità di magistrato non può esser causa di differenze su questo punto.

Anche il *Sacramentum* nella procedura delle *legis actiones* potrebbe qui ricordarsi, perchè esso veniva regolato secondo le norme dell'azione popolare, e, com'è noto, non compete all'attore, ma allo Stato.

È verosimile che la rappresentanza processuale del popolo, che naturalmente è antica quanto il diritto romano (GAL., 4, 82), nei primi tempi fosse concessa soltanto ai magistrati, non ad ogni cittadino. Questo inducono a credere la legge *Silia* (FEST., v. *publica pondera*) e la così detta *lex de inferiis* v. 5, 6.

Fin qui il Mommsen. Il lettore, nel corso della monografia del Bruns troverà via via ribattuti questi argomenti, almeno in quanto si riferiscono alle azioni popolari pretorie, che il Bruns considera come le vere e proprie azioni popolari romane.

(1) L'antica opinione è mantenuta da WALTER, *Storia del diritto romano* (*Gesch. d. röm. Rechts*), II, § 801.

(2) Così: KELLER, *Procedura civile romana* (*röm. Civilproc.*), § 92; RUDORFF, *Storia del diritto romano* (*röm. Rechtsgesch.*), II, § 46.

(3) *Trattato di diritto penale tedesco* (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*), vol. I, § 13, 19.

(a) Confronta più sopra la *Prefazione*, III.

(4) *Diritto delle obbligazioni nel diritto romano attuale*. (*Das Obligationenrecht des heut. röm. Rechts.*), vol. 2, pag. 303 (trad. francese HIPPERT, Paris 1873, vol. 2, pag. 317.

## I,

Nell'esame più particolareggiato delle azioni popolari romane, si debbono anzitutto distinguere l'una dall'altra le diverse sfere, nelle quali esse si muovono. Si debbono così distinguere:

le azioni popolari dirette a pene pecuniarie per delitti pubblici, gli interdetti popolari a difesa dell'uso delle *res publicae*, gli altri diversi rapporti, nei quali si ammettono azioni popolari.

Le pene pecuniarie costituiscono la cerchia della *actio popularis* propriamente detta, per opposizione agli *interdicta popularia*. Per determinare il posto, che qui essa tiene, è necessario studiar più da vicino tutta la sfera d'applicazione delle pene pecuniarie nei delitti pubblici in generale.

È noto che le pene pecuniarie nel più antico diritto romano formavano un mezzo di pena assai favorito ed esteso. Astrazione fatta dalle molte pene private, noi le troviamo anche nei delitti pubblici frequentemente applicate con una quantità di speciali differenze riguardo alla forma dell'imposizione e della esecuzione. La distinzione capitale è tra pene pecuniarie *pretorie* e *legali*, ossia tra quelle imposte dall'editto pretorio e quelle imposte da leggi.

Per tutte le pene pecuniarie pretorie per delitti pubblici vi sono azioni popolari. Ma sono poche: noi conosciamo solo le seguenti:

*l'actio de albo corrupto* per 50 aurei (1),

*l'actio de sepulcro violato* per 100 aurei (2),

*l'actio de positis et suspensis* per 10 aurei (3),

*l'actio de effusis et deiectis* in caso di uccisione di persona libera per 50 aurei, in caso di ferita pel *quantum aequum* (4),

*l'actio de testamento aperto* per 100 aurei (5).

Per tutte queste azioni il carattere popolare è espressamente indicato nelle fonti; ma senza dubbio è da aggiungersi ad esse ancora l'azione edilizia in forza dell'editto *de bestiis*, nel caso di morte di persona libera per 200 aurei, nel caso di ferimento pel *quantum aequum* (6). Non sappiamo se oltre a queste si dessero anche altre azioni popolari pretorie o edilizie dirette a pene pecuniarie. La questione, se ciò sia verosimile, come pure in generale tutta la natura delle azioni nominate, si potrà esaminare soltanto in seguito, quando si saranno prima dichiarate le pene pecuniarie legali con le loro azioni.

## II.

Le pene pecuniarie legali ci si presentano sotto tre forme principali, come *multa*, *poena*, o legale *damnatio*. A ciò si riferiscono le tre formule (a), con le quali esse sono il più delle volte stabilite, ossia le formole:

— *dare damnas esto*,

— *multa esto*,

— *poena esto*.

(1) L. 7 *de iurisdictione* 2, 1.

(2) L. 3 pr., § 12, *de sepulcro violato*, 47, 12.

(3) L. 5, § 6, 13, *de his qui effuderint*, 9, 3.

(4) L. 1, pr. 3, 5, § 5, *de his qui effuderint*, 9, 3.

(5) L. 25, § 2, *de SC. Silianiano*, 29, 5.

(6) L. 40-42 *de aedilicio edicto*, 21, 1.

(a) Contro la distinzione delle tre formule vedi MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4<sup>a</sup> ed., Bruxelles 1876, vol. I, n. 95 nota 78, pag. 184; e *Esquisse historique du droit criminel de*



Tutte tre si trovano, come forme fondamentali di siffatte leggi penali, riunite in un notevole frammento d'un'orazione di Catone il censore dell'anno 587, che Gellio (1) ci ha tramandato. È tratto dal discorso di Catone ricordato anche da Livio (45, 25) a favore dei Rodii accusati d'inimicizia contro Roma dopo la seconda guerra macedonica. Catone dice che il peggio, che si possa rimproverare ai Rodii, è: *hostes voluisse fieri*, ma il semplice volere non è punibile; perchè, egli seguita:

« *Quid nunc? Ecqua tandem lex est tam acerba, quae dicat: si quis illud facere voluerit, mille, minus dimidium familiae, multa esto? Si quis plus D jugera habere voluerit, tanta poena esto? si quis majorem pecuniam numerum habere voluerit, tantum damnas esto? Atque nos omnia plura habere volumus, et id nobis impune est.* »

Manifestamente nelle due ultime disposizioni penali v'è un'allusione alla *lex Licinia de modo agrorum*. Se questa sia presa alla lettera, e se nella legge si siano adoperate per le terre e gli animali le due diverse formule, si può per ora lasciare indeciso. In ogni modo si vede, che Catone menziona le tre formule, perchè eran quelle usate nelle leggi penali dei tempi suoi. A ciò corrisponde anche quel che si trova nelle poche leggi romane più antiche, il cui testo ci è pervenuto.

Per tutte le pene pecuniarie in somme determinate si trova una delle tre formule. Pare che la più frequente sia stata la formula « *dare damnas esto* » e sempre con la designazione della persona cui si deve dare, ossia secondo i casi « *populo* » o « *municipibus* » o « *colonis* » o « *in publicum* », così p. es. *HS. L millia populo dare damnas esto*. Così essa si trova (2) (a):

- nella *lex Iulia municipalis*, c. 1, 6, 7, 8, 10 (3),
- nella *lex Mamilia*, c. 4, 5 (4),
- nella *lex Quinctia* (3),
- nella *lex munic. Salpensana*, c. 26 (3),
- nella *lex munic. Malacitana*, c. 58, 61, 62, 67 (3),
- nel frammento di legge nel *Corpus inscriptionum* n. 207 (5),
- nel frammento fiorentino nel *Corp. inscr.* p. 263 (5).

*l'ancienne Rome*, nella *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, VI (1882), pag. 32, nota 35.

Certo anche se si ritiene giusta la distinzione, non bisogna credere che in ogni caso i romani abbiano usato tali formule, come termini tecnici. Quasi tutti i ragionamenti fondati sull'uso rigoroso di termini tecnici giuridici presso i romani sono falsi.

Veggasi del resto anche MOMMSEN, *Diritto pubblico romano (Römisches Staatsrecht)*, 2<sup>a</sup> ed., Leipzig 1876, vol. I, pag. 177.

(1) GELLIUS, *Noctes atticae*, VI (al. VII), 3, 36 segg.

(2) Per amor di brevità mi sia lecito, per quelle leggi che non si trovano ancora nel *Corpus inscriptionum*, di citare la mia edizione manuale delle *Fontes iuris Rom. antiqui*.

(a) Le cifre delle citazioni nel testo sono spesso errate: ma l'errore è nell'originale tanto nella prima, quanto nella seconda edizione. Nelle note peraltro si troveranno via via le necessarie correzioni; sicchè ogni volta che le cifre del testo sono in contraddizione con quelle delle note, debbono preferirsi quest'ultime.

(3) *Fontes iur. rom. ant.*, ed. IV, pag. 95 seg. (6, 23, 24, 25, 27).

(4) *Fontes*, pag. 109 seg. (54, 55). Che questa legge Mamilia sia la stessa che vien riferita nella l. 3 *de termino* 47, 21 come *lex agraria* di *Caius Caesar*, fu dimostrato dal RUDORFF, *Rivista per la scienza storica del diritto (Ztschr. für gesch. Rechtsw.)*, 9, 393 segg. Quel testo riferisce il *populo d. d. e.* con « *in publicum dari iubet* ».

(5) *Corpus inscriptionum latinarum*, vol. 1. *Inscr. lat. antiquissimae*, ed. MOMMSEN, p. 126; RUDORFF, *ad legem Acilianam*, pag. 534.

Inoltre la si può congetturare:

- nella *lex Licinia* secondo le parole più sopra riferite di Gellio,
- nella *lex Fabia de plagio* secondo la relazione d'Ulpiano: « *jubetur populo HS. L millia dare* » (1),
- nella *lex Iulia ambitus* secondo la relazione di Modestino: « *aureorum centum fisco inferre iubetur* » (2),
- nella *lex Acilia repetundarum* v. 48 alle parole: « [ *quei noluerit ju] dicare is HS. n. CCLXXX* » (3).

Sembra che contengano allusioni a questa formula:

la così detta *lex de inferiis*, secondo la lezione e restituzione del Mommsen (4) delle due prime righe. « [ *De quibus poenis..... cautum jure Qui] ritium comprehensumve est, uti dentur p(opulo) R(omano) id[ti eaedem dentur colonis ejus colonia e....]* »,

la *lex de imp. Vespasiani*: « — *neve quid ob eam rem populo dare debeto* »,

il *SC. Claudianum de naufragiis*: « — *in quantum — actio daretur, tantum et fisco dare debere* » (5),

il *SC. Hosidianum de aedificiis*: « — *duplam pecuniam — in aerarium inferri (debere)* » (6).

La formula « *multa esto* » coll'aggiunta di una determinata somma si trova propriamente solo in due leggi:

- nella così detta *lex de inferiis*, v. 5: « *ei multa esto HS. X. m.* » (7),
- in un *SC. de aquaeductibus* presso Frontino: « *si quis oletarit (aquam), multa HS. X. m. esto* » (8).

Peraltro le parole che due volte si trovano nella legge osca di Bantia « *multo estud n. OO* » da tutti gl'interpreti si traducono così: « *multa esto nummum bis mille* » (9).

Inoltre si trovano pure in due *leges collegiorum*, ossia quelle del così detto *coll. Lanuvinum* e del *coll. aquae*, multe determinate con la stessa formula (10); tuttavia queste non possono fornirci alcuna prova per l'uso nelle pubbliche leggi, come tra poco si dimostrerà. Più frequente si trova la generale applicazione del diritto di multare; così:

- nella *lex Silia*: « *multare liceto* » (11),
- nella romana *lex Bantina*: « *multam inrogare liceto* »,
- nella osca: « *multas multaum licitud* »,
- nella *lex Quinctia*: « *multae dicendae ius esto, — multae dictio esto* ».

(1) *Lex Dei*, 14, 3, 5. Il « *dari iubetur* » corrisponde al « *dari iubet* » della l. 3, n. 16, cit., nella quale è riferito il *d. d. e.* della *lex Mamilia*.

(2) L. un. § 4, *de l. Iul. ambitus*, 48, 14.

(3) Mommsen (*Corp. inscr.*, I, p. 61) supplisce « *multa esto* » e il Rudorff (*Ad leg. Acil.*, p. 479) « *populo debeto* »; ma il primo supplemento pare che non convenga con l'« *is* », e il secondo non è punto una formula usata nelle leggi [confr. l. agr. 25, l. Iul. munic. 125; In tutte le leggi sopra citate si dice: « *is HS. n. — dare damnas esto* ».

(4) *Corp. inscr.*, I, n. 1490, p. 263. Il Mommsen ha dimostrato che questa non è legge del popolo romano, ma solo coloniale o municipale.

(5) L. 3, i. f. *de incendio*, 47, 9.

(6) *Fontes jur. rom.*, p. 159, 12.

(7) *Corp. inscr.*, n. 1409, p. 263.

(8) FRONTINUS, *de aquaeductibus*, c. 97.

(9) Così p. es. LANGE, *tab. Bant.* p. 4, 5; HUSCHKE, *I monumenti della lingua osca (die-ostkischen Sprachdenkmäler)*, p. 65, 95, 96.

(10) *Fontes jur. rom.*, p. 249, 250.

(11) FESTUS, s. v. *Publica pondera*, p. 246.



Naturalmente però non sono state le due leggi sopra ricordate le sole che contenessero multe determinate e la formula « multa esto ». Anche le parole di Catone presso Gellio ce lo dimostrano, e se ne trovano accenni in:

CICERO, *Pro Cluentio* 33.

*Multam petivit. Qua lege? Quod in legem non jurasset (Iunius).*

37. *Uno iudicio multa est ad eo (Oppianico) petita, sicut ab Iunio, quod non suae decuriae munere neque ex lege sedisset.*

CICERO, *In Verrem*, II, 1, 60.

*Petita multa — a Q. Opimio, — quod — intercessisset contra legem Corneliam.*

CICERO, *Brutus*, 34.

*Caesulenus, — cum ab L. Sabellio multam lege Aquilia damni iniuria — petivisset.*

L. 1, § 2, *D. de fugitivis*, 11, 4.

— *multa etiam C solidorum (SC Modestino) in magistratus statuta.* —

Tratteremo più particolarmente in seguito, se anche nella *tab. Bantina* linea 9, come vuole il Mommsen, debba supplirsi la formula « multa esto ». Che nella *lex Acilia* linea 48 essa sembri sconveniente si è già osservato più sopra.

Della formula « poena esto » finalmente noi abbiamo, oltre il passo di Catone presso Gellio, solamente un esempio in un *SC. de aquaeductibus* presso Frontino, ove si dice c. 127:

*si quis adversus ea commiserit, in singulas res poena HS. Xmillia essent.*

Nelle relazioni di altre leggi si trova assai spesso l'espressione *poena*, ma per la generale significazione della parola *poena* è naturalmente sempre dubbio l'indurne l'uso della formula « poena esto » nelle leggi medesime. I luoghi dove ciò sarebbe forse possibile, sono:

ASCONIUS, *In Cornelianam* p. 68.

*Lex Calpurnia de ambitu, — in qua praeter alias poenas pecuniaria quoque poena erat adjecta.*

L. 2 D. 48, 12.

*Legge Iulia de annonae poena — viginti aureorum statuitur.*

L. 3, § 3, D. 47, 15.

— *per SC. quo poena quinque auri librarum in desistentem statuitur.*

### III.

La questione principale è ora se con queste tre diverse formule andavano congiunte anche determinate differenze di sostanza, e quali, specialmente in quanto con esse venivano a fondarsi e il processo civile e più particolarmente le azioni popolari. Il Mommsen (1) e il Rudorff (2) vogliono ammettere l'una e l'altra cosa molto estesamente, e in special modo il primo pensa che per tutte le multe con somme prefisse abbia avuto luogo un'azione popolare per ottenere un giudicato, e che per le multe arbitrarie l'atto stesso del multare abbia avuto valore di giudicato ed abbia fondato un'actio iudicati per i magistrati. Io credo inesatte le due proposizioni. Piuttosto ritengo avessero luogo le seguenti distinzioni.

(1) *I diritti municipali di Malaga e Salpensa*, p. 443; *Rivista per la scienza storica del diritto* (*Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch.*), vol. 15, pag. 322, 323, 351.

(2) *Rivista per la scienza storica del diritto*, vol. 15, p. 230, 242-4, 267; *Storia del diritto romano*, vol. 2, § 125.

Se si considerano anzitutto le multe, se ne trovano tre specie, alle quali corrispondono le espressioni *multam dicere, irrogare, petere* (a).

1. Le multe, che erano arbitrariamente imposte dai magistrati, o come mezzo di coercizione per i loro ordini, o come vere e proprie pene. Esse verosimilmente costituiscono l'origine delle multe in genere e già fin dall'anno 300 a. u. c. colla *lex Aternia Tarpeja* erano state limitate al noto *maximum* di 2 pecore e 30 buoi (*suprema multa*) (1). La procedura per esse è la seguente.

Esse sono imposte immediatamente dai magistrati, secondo il loro libero criterio, senza alcun atto precedente. L'espressione tecnica per ciò è *multam dicere* (2). Si trova più tardi spesso anche l'espressione *multam irrogare* (3); ma questa in origine si usava tecnicamente solo per la seconda specie, che vedremo in seguito. Una formula per la *multae dictio* ci dà Gellio (4):

*M. Terentio, quando citatus neque respondit neque excusatus, est, ego ei unum ovem multam dico.*

Ma la *dictio* non è un giudicato, e può quindi essere ritirata per la susseguente escusazione; e chi n'è colpito ha libera provocazione al popolo (5), più tardi all'imperatore e ai magistrati (6), nei municipi in sul principio dell'impero ai senati dei decurioni (7). Colla provocazione la forza della *dictio* era sospesa, come dice ancora Paolo:

*Multae provocatio est, nec ante debetur quam aut non est provocatum aut provocator victus est* (8).

La procedura innanzi al popolo dicesi *multae certatio* (9). La sentenza definisce, se la multa è *justa* o *injusta* (10). Nell'ultimo caso interviene la *multae remissio* (11). Nel primo, come quando non si fosse provocato, l'esecuzione non avviene mediante un'actio iudicati, ma immediatamente per mezzo dello stesso magistrato multante. Nei tempi più antichi, quando le multe effettivamente consistevano ancora in pecore e buoi, questi erano addirittura tolti

(a) Relativamente a questa tripartizione confronta nota a a pag. 127.

(1) *FESTUS*, v. *Ovibus*, p. 202; *GELL.* 11, 1. Anche nella *lex Acilia* v. 45.

(2) *Multa pecunia quae a magistratu dicta ut exigere posset ob peccatum, quod singulae dicuntur additae [appellatae codd.] esse multae, et quod olim unum dicebat multam. VARRO, de ling. lat. 5, 177 (95). — multa etiam nunc ex vetere instituto bubus et ovibus dicitur. VARRO, de re rust. 2, 1, 9. — ego ei unum ovem multam dico. GELL., 11, 1, 4. — multae dicendae jus potestasque esto — multae dictio coercitioque esto — Lex Quinctia. De multa, quae dicta erit. Lex Malocit. c. 66. — multae dicendae jus — L. 2, § 8, de iudic., 5, 1. — multae indicendae jus — L. 2 C. de modo multarum (1, 54). — Cum autem usus et mos sermonum is sit, ut ita et nunc loquamur, ut plerique veterum locuti sunt: « multam dixit » et « multa dicta est », non esse abs re putavi notare, quod M. Cato aliter dixit —: « ei multam facit » GELL., 11, 1.*

(3) — *si multam, quam irrogavit, ex praesentibus facultatibus eorum, quibus eam dixit, redigi non posse deprehenderit. L. 6, § 9, de off. praesidis* 1, 18.

(4) *GELL., Noct. att.*, 11, 1, 4.

(5) — « *multae dictae — provocatum ad populum est — multa jussu populi ei remissa* ». *LIV.*, 37, 51.

(6) *TAC., Ann.*, 13, 28. *L. 2, D.* 49, 3.

(7) *Lex Malacit.*, c. 66. *MOMMSEN, Diritti munic. di Mal.*, p. 413-13.

(8) *L. 244 de v. sign.*, 50, 16.

(9) « *provocatio esto — per populum multae poenae certatio esto* » *CIC. de legibus* 3, 3. *LIV.*, 37, 51. — *certatum ad populum. LIV.*, 40, 42.

(10) *Quaeque multae non erunt injustae a decurionibus conscriptisque iudicatae. Lex malacit. c. 66. — negaverunt justam videri multam. GELL.*, 11, 1, 4.

(11) *LIV.*, 37, 51; 40, 42. — *pontifex multam dixit, — quam multam populus remisit. CIC., Philipp.*, 11, 8. — *PLIN., Epist.*, 4, 29.

via al multato, condotti in luogo pubblico e probabilmente venduti (1). Come si sia proceduto più tardi, mutata in danaro la multa, non si dice direttamente in alcun luogo (2); solo nella *lex Malacitiana* c. 66 troviamo la disposizione generale:

*Quae multae non erunt injustae — judicatae, eas multas Hvir in publicum — redigunt.*

Difficilmente si può ammettere che in luogo dell'antica esecuzione diretta sia succeduta una *actio iudicati*. L'indole propria di queste multe è manifestamente di polizia e amministrativa, specialmente nei casi, nei quali esse sono semplici mezzi di coercizione per obbligare all'obbedienza. Senza dubbio dunque esse si esigevano *extra ordinem* dai magistrati secondo il principio della l. 3 pr. D. 43, 4:

— *extra ordinem ipsos (magistratus) jure suae potestatis exsequi oportere decretum suum* (3).

Un'allusione a questa immediata esazione delle multe sembra contenere anche la l. 6, § 9, *de off. praes.*, 1, 18:

*Praeses provinciae, si multam, quam irrogavit, ex praesentibus facultatibus eorum, quibus eam dixit, redigi non posse deprehenderit, necessitate solutionis moderetur reprehensa exactorum illicita avaritia.*

I mezzi erano naturalmente la *pignoris capio*, l'arresto, in casi straordinari il sequestro del patrimonio. La *pignoris capio* in particolare viene spessissimo nominata unitamente alla *multae dictio*. È vero che il più delle volte, a quanto pare, essa costituisce un mezzo di coercizione più mite precedente ad essa, ma è facile il pensare, che se si passava dalla *pignoris capio* alla multa, i pegni presi potevano anche adoperarsi, come mezzi di coazione per il pagamento della pena.

LIVIVS, 37, 51 — *ultra citroque et pignera capta et multae dictae.*

LIVIVS, 43, 16 — *censores ad pignera capienda miserunt, multamque — dixerunt — quod in multa pigneribusque — coegisset.*

GELLIUS, 14, 7, 10. — *de pignore quoque capiendo disserit deque multa dicenda senatori, qui — non adesset.*

CICERO, *Philipp.* 1, 5. — *quis — tanto damno senatorem coegit? aut quid est ultra pignus aut multam.*

TACITUS, *Ann.* 13, 28. — *quantum (aediles) pignoris caperent vel poenae irrogarent (i. è. multae dicerent).*

*Lex Quinctia*, 20. — *praetor — multa pignoribus cogito coercito. 22. praetori eo nomine cogendi coercendi, multae dicendae sive pignoris capiendi jus potestas esto. 40. eoque nomine iis pignoris capio multae dictio coercitioque esto.*

(1) — (cum) multa — dicta erat, adigebantur boves ovesque alias pretii parvi, alias majoris, caque res faciebat inaequalem multae poenitionem. GELL., 11, 1, 2. *Peculatum publicum (furtum dicebant) — tum, cum pecore diceretur multa et id esset coactum in publicum, si erat aversum.* VARRO, *De ling. lat.* 5, 95 — *censores multis dicendis vim armentorum a privatis in publicum averterant.* CIC., *de re publ.* 2, 35. — *pecora multatitia incuria corrumpuntur.* FEST., v. *Ovibus*. L'espressione « *multam remittere* » significava forse in origine alla lettera il rimandare gli animali.

(2) Le leggi *Mamilia*, *Quinctia* etc. che si sogliono qui riferire, non parlano di *multae*, ma di pene con la formula *damnas esto*, che, come in seguito si dimostrerà, hanno una diversa natura. Neppure a questo luogo spettano le grandi multe accompagnate da processo criminale e vera e propria condanna, delle quali si parlerà più oltre.

(3) Sopra questa *extra ordinem exsequi* confr. l. 50 *de evictionibus*; l. 23, § 3, *Quod metus causa*.

L. 11 (9), § 6, D. 48, 13, — (*pecuniam*) *is, qui hoc imperio utitur, exigeret id est pignus capiendo, corpus retinendo, multam dicendo.*

L. 1, § 3, D. 25, 4. — *Cogenda igitur erit (mulier) remediis praetoris, — pignoraque eius capienda et distrahenda, si contemnat, vel multis coercenda.*

Basta dare un'occhiata a questi testi, per riceverne l'impressione, che i magistrati, i quali potevano così a volontà pignorare e multare, potessero pure usare del pignoramento per riscuotere le multe (1), e non fossero perciò obbligati a ricorrere alle lungaggini di un'*actio iudicati*.

2. Costituiscono la SECONDA SPECIE DI MULTE le pene pecuniarie per sé stanti maggiori della *multa suprema*, che i magistrati, in caso di delitto non preveduto da alcuna legge penale, potevano secondo la loro libera estimazione richiedere dinanzi al popolo. L'espressione tecnica per ciò è *multam irrogare*. Essa deriva dal fatto che per tali pene non era possibile una *dictio* con la provocazione, ad una semplice *accusatio* o *petitio* in forza di una legge determinata; ma solamente una speciale propria *rogatio ad populum*, secondo il principio della unione particolare nel popolo del potere legislativo e della giustizia criminale (2). L'espressione invero, come già più sopra s'è osservato riguardo alla *dictio*, nei tempi posteriori, quando non s'usavano più siffatte irrogazioni, si confuse con la *dictio*; ma ch'essa abbia avuto in origine questo significato proprio e distinto, lo dimostra la parola stessa, come le più antiche esatte applicazioni di essa. Tali irrogazioni si sono presso di noi il più delle volte confuse con la provocazione nella *multae dictio*.

Lo Schwegler, il Lange (3) (a) ed altri credono che per le multe al disotto della *suprema* avesse luogo la *dictio* senza provocazione, per le multe al disopra della *suprema* invece la *dictio* con provocazione e questa fosse appunto l'*irrogatio*. Ogni giurista peraltro sa, che se una legge stabilisce un massimo di giurisdizione o di pena, ogni disposizione che l'oltrepassi è nulla per sé

(1) Ciò ammette senz'altro il BETHMANN-HOLWEG, *Procedura civile (Civilprozess)*, vol. 1, p. 98 seg.

(2) Vedi su questo punto GEIB, *Storia della procedura penale romana (Gesch. d. röm. Criminalproc.)*, p. 127.

(3) SCHWEGLER, *Storia romana (röm. Gesch.)*, vol. 2, pag. 610-13; LANGE, *Antichità romane (röm. Altertümer)*, vol. I, pag. 456 (3ª ediz., Berlino 1976, p. 621), vol. 2, p. 495 6, EISENLOHR, *La provocatio ad populum*, pag. 9 [sopra irrogare e giudicare vedi ZUMPT, *Diritto criminale (Criminalrecht)*, 2, 185-86. Aggiunta tratta dall'esemplare a mano del Bruns].

(a) In questo senso è da vedere anche lo ZUMPT, *Diritto criminale (Criminalrecht)*. Berlino 1865, vol. I, parte 1, pag. 172 segg., 314 segg. Il Lange nella 3ª ediz. dell'opera *Antichità romane (Römische Alterthümer)*, vol. 2º, Berlino 1879, pag. 576, non solo mantiene la sua antica opinione, ma rimpovera con acerbe parole (« *was nicht hätte bestritten werden sollen* » ossia « *il che non avrebbe mai dovuto esser impugnato* ») il Bruns di averla contraddetta. Il MOMMSEN, *Diritto pubblico romano (Römisches Staatsrecht)*, 2ª ediz., vol. I, Leipzig 1876, pag. 148 seg., 151, 155, vol. II, Leipzig 1977, pag. 106, 485, 501 seg., anch'esso ritiene per fermo che le multe al disotto della massima fossero sottratte alla provocazione.

Contro il Bruns per quanto riguarda la nullità delle multe superiori alla *suprema* vedi pure KARLOWA, *Der röm. Civilprozess zur Zeit der Legis actionem* (Berlino 1872), p. 65, nota I. Per quanto riguarda le frasi *multam dicere, multam irrogare* v. lo stesso pag. 64-66.

Il RE, *Frammento d'iscrizione rinvenuta in Roma nella regione esquilina, nell'Archivio giuridico*, XVII (1876), pag. 15, si conforma all'opinione del MommSEN. Nel medesimo senso si dichiarano il PADELLETTI, *Storia del diritto romano*, Firenze 1878, pag. 95; il WILLEMS, *Le droit public romain*, 4 ed., Louvain 1880, pag. 178.

Invero ove si ponga mente che la legge *Aternia Tarpeia* volle limitare le multe come mezzo di coercizione concesso ai magistrati, è ragionevole il concluderne che le multe



stessa, ed appartiene ai casi « *quando provocasse necesse non est* \* ». Ciò che l'imperatore Caro rescrive nell'anno d. Cr. nella l. 5 C., *Quando provocasse necesse non est* 7, 64:

*Quodsi contra legis modum praeses provinciae mulctam irrogaverit, dubium non est, id, quod contra jus gestum videtur, firmitatem non tenere et sine appellazione posse rescindi*

deve avere avuto valore fin da 700 anni prima in seguito alla *lex Aternia Tarpeja*, e così pure ciò che dice Paolo nella l. 244 *de verb. sign.*:

« *multae provocatio est, nec ante debetur, quam aut non est provocatum aut provocator victus est: nec aliter, quam si is dixit, cui dicere licet* » ove è evidente, che egli non può avere in mente se non le multe lecite, per le quali la provocazione è necessaria, non quelle eccessive illecite e quindi nulle per sè stesse. A ciò corrisponde anche quanto sappiamo dei tempi anteriori. In tutti i casi di provocazione per multe che noi conosciamo, si tratta di piccole multe applicate come mezzo di coercizione, così in LIVIUS, 37, 51; 40, 42; CICERO, *Philipp.* 11, 8; TACITUS, *Ann.* 13, 28; PLINIUS, *Ep.* 4, 29. Per tutte le multe maggiori invece, che contengono pene per sè stanti, non si fa mai parola di provocazione, ma solo di accusa dinanzi al tribunale popolare; quindi vien sempre adoperata o la parola tecnica *irrogare* (1), così in CICERO, *Pro Rabirio*, c. 3; *Pro domo*, c. 22; *Pro Milone*, c. 14; ASCONIUS, *In Scaurianam*, p. 21; GELLIUS, 6, 19, ovvero espressioni più generali, come *ad plebem ferre*, *ad populi iudicium adducere*, *pecunia anquirere* (2), *diem dicere*, *accusare* (3) e simili. Quindi se Livio talvolta in casi indubitati di *irrogatio* adopera l'espressione *multam dicere* (4), ciò si spiega solo con la confusione più recente delle parole *irrogare* e *dicere*.

Quanto poi sieno state frequenti queste irrogazioni e pei reati più diversi è noto. Una esatta raccolta dei casi a noi conosciuti ci dà il LANGE (5).

La procedura per tali irrogazioni, come si vede in molti esempi presso Livio, è quella di un puro processo criminale, gli accusatori sono tribuni o edili, la sentenza è condanna o assoluzione. Perciò pure l'esecuzione di queste sentenze non si fa mediante un' *actio iudicati* colla procedura civile; ma come per le sentenze nei propri *iudicia publica*, mediante richiesta dei *praedes*, eventuale arresto personale o sequestro del patrimonio (*bona possidere*). Una prova diretta, poichè Livio nulla dice dell'esecuzione delle condanne da

al di sotto della *suprema*, essendo un mezzo di coercizione legale, dovevano, come tutti gli altri mezzi di coercizione, andare esenti di provocazione. Gli argomenti addotti in contrario dal Bruns perdono il loro valore, ove si rifletta che si chiamavano multe anche quelle superiori alla *suprema*, e che anche per queste il magistrato doveva emanare una pronuncia, alla quale, come riconosce lo stesso Bruns, si applicava pure la frase *multam dicere*.

Veggansi peraltro ancora BRUNS, *Un'iscrizione di Lucera (Eine Inschrift von Lucera)* nella *Zeitschrift für die Rechtsgeschichte*, XII, p. 142; HUSCHKE, *Die Multa und das Sacramentum*, Leipzig 1874, p. 250 seg.

(\*) [Confr. HUSCHKE, *Multa*, 86, 208. Aggiunta dell'es. a mano del B].

(1) Che questo sia il proprio significato ammette anche il LANGE, vol. 1, p. 599 (confr. 3<sup>a</sup> ediz., I, 621, II, 480, 577). Se anche nella *Tab. Bant.* alle parole « *Sei quis magistratus multam irrogare volet* » sia da ammettere questo senso tecnico, può lasciarsi indeciso.

(2) LIV., 6, 38; 33, 42; 26, 3.

(3) LIV., 3, 31; 4, 40, 41, 44; 5, 11, 12, 29, 32; 7, 28; 10, 13, 23, 31, 47; 35, 10, 41.

(4) LIV., 2, 52; 25, 3. *Epit.*, 19, 47. GELL., 10, 6.

(5) *Antichità romane*, vol. 2, p. 495-510 (3<sup>a</sup> ediz., II, p. 576-593).

lui narrate, ce la dà veramente soltanto un passo di Gellio (1). Tuttavia questo, unito alla generale procedura delle condanne criminali e delle obbligazioni verso lo Stato, è completamente sufficiente. Gellio (2) ci dà in esso un decreto dei tribuni nel famoso processo di peculato contro i due Scipioni, del quale egli § 5 dice: « *ejus decreti verba, quae posui, ex annalium monumentis exscripta sunt* ». Scipione Asiatico era condannato ad una multa e doveva dare i *praedes* o essere arrestato; suo fratello Scipione Africano chiedeva, che i tribuni intercedessero contro la sentenza; questi si rifiutarono a ciò col seguente decreto:

*Quod P. Scipio postulavit pro L. Scipione fratre, cum contra leges — tribunus pl. hominibus accitis per vim inauspicato sententiam de eo tulerit multamque nullo exemplo irrogaverit, praedesque eum ob eam rem dare cogat aut, si non det, in vincula duci jubeat, ut eum a collegae vi prohibeamus, — de ea re nostra sententia omnium ea est: si L. Cornelius Scipio — praedes non dabit, quominus collega sua potestate utatur, non intercedemus.*

Che qui si trattasse non di una *dictio*, ma di una *irrogatio* con *sententia populi*, lo dimostrano le parole da *hominibus* sino a *irrogaverit*. La minaccia d'arresto fatta dal tribuno nel caso che non si dessero i *praedes*, era invero una vessazione, poichè il *bona possidere* era il consueto surrogato dei *praedes*. Perciò anche Gracco intercedeva contro l'arresto e limitava, come narra Livio, l'esecuzione al *bona possidere* (3).

È questa la medesima esecuzione che troviamo nel giudizio *repetundarum* nella *lex Acilia* linea 57 (4):

— *quei ex h. l. condemnatus erit qu(aestori) praedes facito det, — [sei] praedes datei non erunt, bona eius facito puplice possideantur, cong[uaerantur] veneant]*

e nel frammento in MOMMSEN n. 209 (5),

— *[bo]neis praedibusque eius ex [h. l. venditis]*  
e in CICERO, *Pro Rabirio Postumo*, c. 4:

*Sunt lites aestimatae A. Gabinio, nec praedes dati, nec ex bonis, quanta summa litium fuisset, a populo recepta.*

Che essa sia stata applicata anche alle multe irrogate può esser tanto meno strano o dubbio, che noi la vediamo applicata nella *Tab. Bantina* anche alle pene pecuniarie, che si domandano secondo la formula *dare damnas esto* nel processo penale in giudizio dinanzi al popolo.

(1) Tuttavia anche il passo: *apud aediles pro eius factis plurimisque pessumisque dixi causam; — ille — praedes dedit* — in PLAUT., *Menaechm.*, 4, 2, 23-30 sembra doversi qui riferire. Le parole *ut sponsio feret* potrebbero significare il rinvio di un punto da provare ad una procedura per sponsione.

(2) GELL., N. A. 6 (al. 7), 19. Confr. LIV., 38, 60. Le contraddizioni, che si trovano nella rimanente narrazione tra i due scrittori, si possono trascurare da noi, che riguardiamo solo quel decreto. Confr. su ciò: NITZSCH, *I Gracchi e i loro precursori (die Gracchen und ihre Vorgänger)*, p. 117-118; NITZSCH, *Polybius*, p. 44, 129, n. 11; NISSEN, *Ricerche sulle fonti di Tito Livio (Untersuchungen über die Quellen des Livius)*, 14, 10, p. 218.

(3) LIV., 38, 60: *Ti. Gracchus ita decrevit: « Quominus ex bonis L. Scipionis quod iudicatum sit redigatur, se non intercedere, — non passurum, inter hostes populi Romani L. Scipionem in carcere et in vinculis esse ».* — *In bona deinde L. Scipionis possessum publice quaestores praetor misit.*

(4) RUDORFF, *ad legem Acilianam*, p. 494-496.

(5) *Corpus inscript.*, I, p. 127.



*Sei postulabit — pra(etor) recuperatores — dato, jubetoque eum, sei ita pariat, condemnari populo. — Sei condemnatus [erit, — praedes] ad q(uaestorem) urb(anum) det, aut bona eius poplice possideantur facito (1).*

3. La TERZA SPECIE DI MULTE è composta di quelle che sono espressamente minacciate da una legge in somme determinate e quindi vengono richieste solo in forza di questa legge. L'espressione tecnica, secondo i passi di Cicerone già citati (*Pro Cluentio* 33, 37; *In Verr.* II, 1, 60; *Brut.* 34), era in questo caso « *multam petere* ». Non si avevano tuttavia per esse nè azioni popolari, nè processo civile; anzi anche a queste multe si applicava il processo penale, solo con questa differenza, che avendosi qui una determinata legge penale, non era necessaria una propria *irrogatio* del magistrato, ma bastava una semplice *accusatio*, che poteva esser promossa anche da private persone, e quindi invece del *judicium populi* poteva istituirsi una speciale *quaestio* di recuperatori con a capo un pretore.

Una prova se n'ha anzitutto in una delle due leggi, per le quali la formula « *multa esto* » è direttamente accertata, cioè la così detta *lex de injuriis* (2). In essa si dice:

— *multa esto HS. X, eiusque pecuni... populi iudicio petere vel in sacrum iudicare licet*[o].

Comunque possa supplirsi la lacuna (3), il « *populi iudicio petere* » deve pur sempre in qualche modo riferirsi alla multa. Concordano quei luoghi di Cicerone sulla *multae petitio*, i quali trattano tutti di accusa pubblica. Il passo del *Brutus* (c. 34) per intero è così concepito:

*Eodem tempore accusator de plebe L. Caesulenus fuit, quem ego audivi jam senem, cum ab L. Sabellio multam lege Aquilia damni injuria (4) petivisset. Non fecissem hominis paene infimi mentionem, nisi iudicarem, qui suspitiosius aut criminiosius diceret, audivisse me neminem.*

Qui evidentemente aveva avuto luogo un *judicium populi* con un accusatore privato. Semplici *quaestiones* invece si trovano in altri passi. Così nell'orazione *Pro Cluentio* (5):

(C. Iunius) — *ad quaestionem ipse abreptus est. At, quam quaestionem? (Quinctius) neque privatus accusare nec sedata jam invidia volebat. Videtis igitur, non in causa, sed in tempore ac potestate spem omnem accusatoris fuisse. Multam petivit. Qua lege? Quod in legem non jurasset etc.*

Nel passo dell'orazione *In Verrem* (II, 1, 60) Cicerone dice anzitutto:

*Etiam iudicium in praetura publicum exercuit. — Petita multa est apud istum praetorem a Q. Opimio, qui adductus est in iudicium, verbo, quod, cum esset tribunus plebis, intercessisset contra legem Corneliam.*

Quindi egli dipinge la *quaestio* come affatto spregevole, e a ciò rannoda l'osservazione:

*cujus propter indignitatem iudicii saepissime est actum in senatu, ut genus hoc totum multarum et iudiciorum ejus modi tolleretur.*

(1) *Corpus inscript.*, I, p. 45, v. 10, 11.

(2) *Corpus inscript.*, I, n. 1409, p. 263. [Confr. Mommsen al n. 1502, p. 556. Aggiunta dell'es. a mano del B.].

(3) Mommsen restituisce *pecuni[ae qui volet magistratus, petiti] esto... eamque pecuniam vel] populi etc.*

(4) Sopra questa multa nella *lex Aquilia* v. RUDORFF, *Storia del dir. rom.*, vol. I, § 41.

(5) Cap. 33, col quale devono confrontarsi c. 34, 35, 37, 41.

La conclusione che segue poi:

*Iam vero in bonis Q. Opimii vendendis quas iste praedas, quam — improbe fecerit, longum est dicere*  
dimostra, che anche qui l'esecuzione non avveniva con un *actio iudicati* civile, ma, come per l'altre multe, col sequestro e la vendita dei beni.

In conseguenza di tutto ciò, l'intero sistema di multe dei romani con la sua particolare conformazione appartiene solamente ed esclusivamente al diritto pubblico ed alla procedura penale, e conviene distinguere da esso nettamente i concetti delle azioni popolari e del processo civile. Nè circa questo risultato può far nascere alcun dubbio, il trovare nello statuto di una corporazione del tempo dell'impero, la così detta *lex collegii aquae* (1), che per le piccole pene pecuniarie, minacciate ai soci e chiamate *multae*, venga ordinata nella corporazione una procedura che si conforma alle azioni popolari e alla procedura civile dello Stato. Di fronte alle numerose testimonianze sul procedimento per le multe nello Stato, al tempo della repubblica, non si può da quello statuto trarre altra conseguenza, se non che sotto l'impero l'espressione *multa* fosse usata promiscuamente per ogni pena pecuniaria e così introdotta anche nel diritto privato e nel processo civile. La spiegazione di ciò sarà data più oltre a proposito delle pene con la formula « *damnas esto* » (2).

#### IV.

Ora conviene prima esaminare la seconda delle tre formule accennate più sopra, ossia « *poena esto* ». Anch'essa appartiene senza dubbio al processo criminale. Almeno questo si trova in tutti quei casi citati più sopra, o accertati o supposti, di applicazione della formula.

E' fuor di dubbio, che per la pena della *lex Licinia de modo agrorum*, a proposito della quale Catone presso Gellio cita la formula *poena esto* (sia ciò sicuro o no), vi era l'azione penale (3). Che il processo criminale dovesse aver luogo secondo il *SC. de aquaeductibus* presso Frontino, lo dimostrano le parole:

— *poena HS. X millia essent, ex quibus pars dimidia praemium accusatori daretur, cujus opera maxime convictus esset, qui adversus hoc SC. commisisset, pars autem dimidia in aerarium redigeretur* (4).

Non v'è bisogno di provare, che del pari per la *lex Calpurnia de ambitu*, per la *lex Iulia de annona* e per altre, dove si può supporre la formula « *poena esto* », avesse luogo il processo criminale. La parola *poena* in generale significa tutte le pene, in senso stretto e in opposizione alle pene private e alle *multae* significa solo le pene criminali con processo criminale. Manifestamente in questo senso Paolo (5) stabilisce la differenza tra *poena* e *multa*:

*Harum rerum dissimilitudo ex hoc quoque apparet, quod de poena provocatio non est; simul atque enim victus quis est ejus maleficii, cujus poena est statuta, statim ea debetur, at multae provocatio est, nec ante etc.* (6).

(1) *Fontes jur. rom.*, p. 250.

(2) Le pene nella *lex Mamilia*, *Quinctia*, e *Bantina* invece non appartengono a questa categoria, poichè esse non sono *multae*, ma vengono ordinate con la formula *damnas esto*.

(3) *Liv.*, 7, 16; 10, 13; *Val. Max.*, 8, 6, 3.

(4) Circa i particolari di questa divisione della pena vedi più oltre.

(5) Nella l. 244 de v. s., 50, 16.

(6) Vedi più sopra nota 8 a pag. 125.

La differenza tra le *multae* di somme determinate e le *poenae* di somme determinate, quantunque le une e le altre si facessero valere col processo criminale, stava originariamente in ciò, che le vere *poenae* nei *judicia publica* in senso stretto portavano infamia, le *multae* invece no. A ciò devono riferirsi le l. 1, 2, 7 de *publicis iudiciis* 48, 1:

*Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt. — Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia. — Non capitalia sunt ex quibus pecuniaria — poena est. — Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod iudicii publici causam habuit; itaque ex eo crimine, quod iudicii publici non fuit, damnatum infamia non sequetur* (1).

Tuttavia questa differenza non si è sempre mantenuta nel linguaggio usuale, e così si spiega la l. 3, § 3, de *praevaricatione*, 47, 15.

*Si ideo quis accusetur quod dicatur crimen iudicii publici destituisse, iudicium publicum non est, quia neque lege aliqua de hac re cautum est, neque per SC., quo poena quinque auri librarum in desistentem statuitur, publica accusatio inducta est.*

Ed è anche per questo venir meno della differenza tra *poena* e *multa*, che già Labeone potè dire:

*Si qua poena est, multa est, si qua multa est poena est* (2), cui Paolo fa questa « nota »:

*Utrumque eorum falsum est, nam etc.*

egli peraltro porta delle differenze, che non si convengono alle multe di somme prefisse.

## V.

Ci rimane ancora la *terza* delle *formule* suddette, ossia « *dare damnas esto* », quella che ci porta nel campo delle azioni popolari. Essa, com'è noto, non era propria solo delle pubbliche pene pecuniarie, ma si applicava anche alle pene private legali, anzi anche ai negozi privati, come il legato per damnazione e verosimilmente pure il *nexum*. Direttamente ciò noi sappiamo, in quanto alle leggi, solamente della *lex Aquilia* (3); ma poichè la formula sta in correlazione con la *manus injectio*, non è inverosimile, o almeno è possibile, ch'essa sia stata applicata in tutte le leggi, in forza delle quali si dava la *manus injectio*, come la *lex Publilia de depensis*, *Furia de sponsu*, *Furia testamentaria*, *Marcia de foeneratoribus* (4). La differenza tra le pene pubbliche e private naturalmente si manifesta nella designazione della persona di colui, al quale dovevano pagarsi. Nella *lex Aquilia* si dice: « *domino dare damnas esto* », nelle leggi concernenti pene pubbliche « *populo dare damnas esto* » ovvero « *municipibus, colonis d. d. e.* ».

La questione principale è, quale importanza aveva l'applicazione di questa formula in confronto dell'altre due più sopra dichiarate. Nelle pene pri-

(1) Il RUDORFF (*Storia del dir. rom.*, vol. 2, § 125) vuole con ciò spiegare anche la spesso menzionata limitazione della irrogazione delle multe alla *minor pars familiae* (*Tab. Bant.*, v. 12; GELL., 6 (7), 3; FEST. v. *Publica pond.*); tuttavia ciò non è senza difficoltà, la multa di Scipione Asiatico sopra ricordata superò l'intero patrimonio di lui; LIV., 38, 60.

(2) L. 244 de v. sign., 50, 16 (erroneamente la 1ª edizione dell'originale ha l. 131. § 1).

(3) « *Qui servum — occiderit, — tantum aes dare domino damnas esto* ». L. 2 pr. ad leg. Aquil., 9, 2.

(4) GAL., 4, 21-23.

vate, come pure nel testamento e nel *nexum*, la sua importanza originaria era senza dubbio questa, che il *damnas* senz'altro era trattato come un condannato, e doveva quindi andar soggetto alla *manus injectio*; secondo l'antico diritto a quella più rigorosa *pro iudicato*, dopo la *lex Valeria* (412 a. u.) (a) di regola solo a quella più mite detta *pura* (1). In generale questo concetto deve ammettersi anche nell'applicazione alle pubbliche pene. Il delinquente anche qui deve senz'altro essere trattato come un *damnas*. *Damnus* poi qui, come negli altri casi, è colui che vien condannato in un processo civile. Così la formula stabilisce nelle pubbliche pene l'importante principio, che la pena non deve, come col *poena esto e multa esto*, essere richiesta mediante processo criminale, ma bensì in via civile. Si potrebbe veramente domandare, se il « *damnas* », qui per le pene pubbliche, non dovesse significare un condannato in pubblico processo. Ma anche astrazione fatta da ciò, che tale diverso significato della stessa formula determinata è per sè stesso molto inverosimile, sarebbe anche appena immaginabile praticamente il comando di trattare alcuno come *damnatus* criminale. Poichè procedendosi contro costui subito col *praedes dare, bona possidere* etc., e non dandosi alcuna forma per ulteriore difesa, il « *lege damnas* » non avrebbe potuto difendersi contro la accusa del delitto in forma conveniente, il che naturalmente doveva sempre essere almeno possibile. Pel *damnas civile* invece era sempre ammessa una difesa contro la *manus injectio*, sia mediante un *vindex*, sia, dopo la *lex Valeria*, mediante il proprio *manum sibi depellere*, e così anche in tali casi di pena era data la forma della difesa. La *manus injectio* diventava anche qui un'azione diretta al « *populo dare oportet* ». Naturalmente si estese pure a queste pene la mitigazione delle *manus injectio* dopo la *lex Valeria*, e dopo l'abolizione delle *legis actiones* l'azione si convertì naturalmente anche per tali pene in una semplice *conditio ex lege*. D'allora in poi l'importanza della formula *damnas esto* consistè solamente nell'esclusione del processo penale e nella istituzione del processo civile per siffatte pene (b). Essa fu usata per-

(a) Lo Studemund nella sua revisione del manoscritto veronese di Gaio ha constatato che invece di *lege Valeria* nel § 25 del commentario IV deve leggersi *lege Vallia*. Lo Huschke peraltro, nella quarta edizione della sua raccolta *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Lipsiae 1879, pure accettando nel testo *Vallia* invece di *Valeria*, esprime in nota qualche dubbio a tal proposito. Il Bruns nel suo scritto più volte citato, *Eine Inschrift von Lucera* nella *Zeitschrift für die Rechtsgeschichte*, XII (1876), pag. 130 segg., accetta il *Vallia*. Questa osservazione valga anche per gli altri passi ov'è nominata la legge Valeria. Invece di GAL., 4, 21-23 nella nota seguente si legga più correttamente GAL., 4, 21-25.

(1) GAL., 4, 21-23.

(b) Il Bruns ha in seguito modificata la sua opinione su questo punto. Nel suo commento sulle tavole della *lex Coloniae Genetivae, Die Erztafel von Osuna* nella *Zeitschrift für die Rechtsgeschichte*, XII, pag. 123, egli osserva che la procedura ordinata nel capo XCV di quella legge per il tribunale di recuperatori, che deve giudicare delle pene minacciate colla formula *dare damnas esto*, non può essere la comune procedura dei giudizi civili; ma bensì una speciale per i giudizi in forza di quella formula. Essa è dunque una forma di pubblico giudizio penale. Il Bruns perciò si accosta all'opinione dello HUSCHKE (*Die Multa und das Sacramentum*, p. 269-272), il quale ritiene che per le pene stabilite nell'interesse pubblico, si sia sempre applicata la procedura penale, forse anche unita alla forma delle *legis actiones*. La formula *dare damnas esto* si sarebbe in tal caso usata solo per escludere i *carceres* e i *vincula*, che si solevano applicare ai casi di *multa*. Nel suo commento poi alla iscrizione lucerina, *Eine Inschrift von Lucera* nella *Zeitschrift* medesima XII, pag. 139, il Bruns osserva che la *manus injectio* ordinata in quella descrizione (confr. la mia Prefazione II) è una conferma dell'opinione dello Huschke, che la forma delle *legis actiones civili* fu applicata alla



ciò, come lo dimostrano le tavole di Malaga e Salpensa, fino sotto l'impero. Ma che il « *damnas* » non avesse più alcun senso speciale, lo si vede dalle più recenti denominazioni dell'azione. Nella *tab. Bant.* si dice ancora « *exigito* », nella *lex Iul. munic.* « *petitio esto* », nella *lex Mamilia* « *actio petitio esto* », nella *lex Malacit.* « *actio petitio persecutio esto* » (a).

Si può in massima dubitare, quanto fosse estesa l'applicazione della formula per le pubbliche pene al tempo delle *legis actiones*, e specialmente se essa risalga fino al tempo precedente alla *lex Valeria*. Le molte leggi addotte più sopra (v. pag. 122 e seg.), nelle quali si ha direttamente la formula, son tutte solo della fine della repubblica o anche posteriori. Certamente la sua applicazione è anteriore, poichè il discorso di Catone presso Gellio dimostra, che essa era allora (a. 571) già usata. Le sue parole:

*Si quis majorem pecuniam numerum habere voluerit tantum damnas esto* alludono anzi alla *lex Licinia* (a. 387). Tuttavia i singoli casi di condanna per soverchio numero di animali, che si trovano in Livio, sono sempre per cause degli edili dinanzi al popolo (1), cosicchè l'allusione di Catone alla

procedura penale per le pene pecuniarie. La formula *actio petitio persecutio*, egli aggiunge, vale appunto a indicare l'unione dell'azione civile con la procedura criminale.

Invece il MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, 2<sup>a</sup> ed., Leipzig 1876, vol. I, pag. 177 seg., rimproverando lo HUSCHKE di non aver tenuto conto della incompatibilità della multa fissa col *iudicium populi*, ritiene che la multa fissa sia una obbligazione condizionata verso l'erario, paragonabile a un legato per *damnationem*, e che perciò debba per regola generale chiedersi mediante processo civile; al contrario della multa stabilita dal magistrato che deve ottenersi mediante giudizio criminale. Solamente in casi di eccezionale importanza il tribunale dei recuperatori adottava la forma della *quaestio*, cioè il pretore non istruiva soltanto il processo, ma presiedeva e dirigeva il *iudicium*, senz'aver però voce deliberativa (*iudicium exercere*). La parola *petitio*, che si usava tecnicamente per indicare la richiesta di tale multa fissa, indicava appunto la sua natura di azione civile *in personam*.

Io non vorrei dare su tal controversia un giudizio troppo assoluto. Ove si pensi che le *quaestiones* criminali si formarono appunto sul modello dei tribunali di recuperatori civili, è facile il concepire che in alcuni casi le forme del procedimento civile si siano confuse con quelle del procedimento penale dinanzi ai tribunali di recuperatori, specialmente quando si tratti di pene pecuniarie. Quando in un istituto avvengono delle trasformazioni si può esser certi di trovarvi qualche confusione delle antiche forme colle nuove. Il giudizio peraltro dei recuperatori, nei casi di azione popolare in forza della formula *dare damnas esto*, dovette, a parer mio, rimanere essenzialmente un giudizio civile. Le disposizioni legali, che possono richiamarsi per illustrare il capo XCV della *lex Coloniae Iuliae Genetivae*, sono la *lex latina tabulae Bantinae* linea 9 seg. (BRUNS, *Fontes*, 4<sup>a</sup> ed., pag. 51), il capo LV della *lex Mamilia* (BRUNS, *op. cit.*, pag. 110); il *fragmentum Tudertinum*, linea 5, 6 (BRUNS, *op. cit.*, pag. 127); l'*edictum Venafranum*, linea 65 segg. (BRUNS, *op. cit.*, pag. 191). Quest'ultimo indicherebbe la natura civile del giudizio.

Il *fragmentum Tudertinum* è troppo guasto per offrire un argomento sicuro; ma se col MOMMSEN, *op. cit.*, pag. 142, nota 2, lo si deve restituire così: *ei multa esto sestertium (X) eiusque pecuniae [qui volet magistratus petitio esto; aut quantae pecuniae magistratus cum multabit, tantam pecuniam vel] populi iudicio petere vel in sacrum iudicare licet[is]*, allora esso pure diventa favorevole alla natura civile del giudizio per la multa fissa, poichè vien naturale l'argomento a contrario del *iudicium populi* stabilito per la multa arbitraria. In ogni modo ricordiamoci che in questo frammento non si ha la formula *dare damnas esto*.

In quanto alla *legis actio per manus iniunctionem* dell'iscrizione lucerina, sembra abbastanza naturale di mantenerle il suo carattere di azione civile.

(a) Circa queste diverse formule vedi più oltre nota a a pag. 150.

(1) *Aediles — multos pecuarios ad populi iudicium adduxerunt: tres ex his condemnati sunt; ex eorum multatitia pecunia aedem in insula Fauni fecerunt.* — LIV., 33, 42; confr. 10, 23, 47; 35, 10.

legge Licinia non si può prendere alla lettera. La più antica legge, nella quale noi possiamo verosimilmente ammettere la formula, potrebb'essere la *lex Fabia de plagio* (a. 571?) (1).

Questa Ulpiano riporta nella *lex Dei* 14, 3 evidentemente quasi a parola, e riguardo al primo capitolo, che si riferisce alla prigionia di cittadini romani, egli dice dell'autore del reato:

*cui capite primo ejusdem legis poena injungitur HS. C millia* (2) riguardo al secondo, che si riferisce alla sottrazione degli schiavi altrui:

*jubetur populo HS. L millia dare.*

È chiaro che non si tratta qui di un semplice mutamento rettorico di espressione, ma di una diversità della sanzione penale. Il plagio di un cittadino romano era capitale (3) e perciò « *poena esto* »; la sottrazione di uno schiavo era punita semplicemente con pena pecuniaria senza accusa pubblica, e perciò « *populo dare damnas esto* ».

L'altra questione poi circa le pene col *populo dare damnas esto* è, in qual modo si domandavano o esigevano? Il primo punto da risolvere è, chi era autorizzato ovvero obbligato a ciò? Nella maggior parte delle leggi penali a noi direttamente tramandate col *damnas esto*, vi è un'aggiunta alla formula, secondo la quale qualsivoglia cittadino può promuovere l'azione.

Nella *lex Iulia municipalis* essa è concepita sempre ugualmente:

— *eiusque pecuniae qui volet petitio esto*

nella *lex Mamilia* 54 (4)

— *pecuniaeque qui volet petitio hac lege esto*

nelle leggi municipali di Malaga e Salpensa del pari un po' più prolissamente, ma senza variazione nella sostanza:

*eiusque pecuniae deque ea pecunia municipum eius municipii qui volet cuique per hanc legem licebit actio petitio persecutio* (5) *esto* (6).

Si può congetturare una simile formula nel frammento di legge in MOMMSEN, n. 207 (7):

[*damnas esto, eiusque pecunia[e]* —

(1) Vedi RUDORFF, *Storia del dir. rom.*, vol. I, § 37.

(2) Secondo l'emendazione dello HUSCHKE nella *Riv. per la scienza storica del dir.*, vol. 13, pag. 43.

(3) L. 1. 7 *de lege Fabia* 48, 15. « *Si liberum hominem emtor sciens emerit, capitale crimen adversus eum ex lege Fabia de plagio nascitur. — Poena pecuniaria statuta lege Fabia in usu esse desiit* ». Confr. RUDORFF, *Storia del dir. rom.*, vol. I, § 37.

(4) In verità qui la si ha solo nel capo 54, e non anche nel 55. Ma anche in questo debba sottintendersi, può esser tanto meno posto in dubbio, che nel riferimento della legge nella l. 3, *de termino* di Callistrato (confr. n. 4 a pag. 122), dove si ricorda soltanto il capo 55, appunto a questo è opposta l'aggiunta: « *et ejus actionem petitionem ei qui volet, esse jubet* ». O l'aggiunta era nella legge stessa, o Callistrato l'ha desunta, come sottintesa; dal capo 54. A favore della prima ipotesi starebbe la formula *actio petitio* della l. 3, poichè nel capo 54 si ha solo *petitio*. Tuttavia il manoscritto Arceriano di Wolfenbüttel B (Lachmann, pag. 264) ha ivi « *spetitio* »; questo « S » potrebbe avere origine da un « A » = *actio* male inteso. Cfr. più oltre nota a a pag. 150.

(5) Sopra questi tre termini vedi l. 178, § 2, *de v. s.*, 50, 16; l. 28 *de o. et a.*, 44, 7; l. 23, *Ratam*, 46, 8; l. 18, § 1, *de acceptil.*, 46, 4.

(6) Nella *lex Malac.* c. 61 manca l'aggiunta, ma questa pare essere una dimenticanza dell'incisore, perchè si hanno in questo capo anche altre inesattezze. Le lettere « EIS » dopo il *d. d. e.*, che il Mommsen corregge con « *et is* » potrebbero essere state il principio di « *eiusque etc.* », per lo meno l'*eius* è sempre scritto « EUS ». Confr. MOMMSEN, *Diritti municipali*, pag. 462, 457.

(7) *Corp. inscript.*, I, p. 126.



Invece l'aggiunta non si trova nella *lex Quinctia* e nel frammento presso MOMMSEN, p. 263, e negli altri casi più sopra mentovati, i quali almeno verosimilmente debbono qui riferirsi.

Come si deve spiegar ciò? Se il generale diritto d'agire s'intendeva da sè, non si sa vedere perchè nelle altre leggi esso è sempre così precisamente menzionato, e se non s'intendeva da sè, si domanda, chi doveva agire, quando nulla era espresso in proposito? E qual'era la regola? Quale la disposizione originaria? Forse qualche schiarimento si può trarre dalla *tabula Bantina* (del settimo secolo). Ivi, v. 8 segg., si dice:

— *seive adversus hanc legem fecerit... eam pecuniam qui volet magistratus exsigit. Sei postulabit qui petet, pr(aetor) recuperatores — dato, jubetoque eum, sei ita pariat, condemnari populo. — Sei quis mag(istratus) multam inrogare volet — liceto, eiq[ue] omnium rerum etc.*

Si tratta anzitutto del supplemento alla prima lacuna tra *fecerit* ed *eam*. È chiaro che vi doveva essere una disposizione penale; ma colla formula *multa esto?* o *damnas esto?* Il MommSEN pensa *multa esto*. Peraltro, se sono giuste le disquisizioni fatte dianzi circa la procedura delle multe, a ciò non si conforma la procedura qui ordinata, poichè essa è evidentemente civile, come lo mostrano le espressioni « *exsigit — recuperatores dato — si pariat condemnari populo* ». Anche il contrapposto:

— *multa esto X. — Si multam inrogare volet — liceto* sarebbe più che strano. La multa irrogata potrebbe essere solo maggiore di quelle prefisse, e ciò dovrebbe essere in qualche modo accennato. Le difficoltà svaniscono se si ammette, come anche il Rudorff prima propose (1), la formula *damnas esto*. Allora si ottiene facilmente questo senso: Qualunque magistrato può esigere il danaro dal *damnas* (colla *manus injectio*) e, se questi nega il pagamento (*manum sibi depellit*), può promuovere un *judicium recuperatorium*, ovvero può invece di questo, se vuole, appigliarsi alla procedura della multa.

Di particolare in quel passo si ha solo il « *qui volet magistratus exsigit* ». Poichè l'esigere i crediti pecuniari dello Stato era negli altri casi ufficio proprio di certi determinati magistrati. Così si dice nella:

*Lex Papiria* (2).

— *tres viri sacramenta exigunto —*

*Lex Mamilia* c. 55:

— *curator, — cum curator hac lege non erit, tum quicumque magistratus — iure dicundo praeerit, — pecuniam exigit.*

*Lex Malacitana* c. 66:

— *multas IIviri — redigunto.*

L. 11 [9], § 6, D. *ad leg. Iul. pecul.*, 48, 13:

— *eamque (pecuniam) ab eo is, hoc imperio utitur, exigeret.*

Se dunque la *tab. Bantina* lascia libera l'esazione della pena pecuniaria a qualunque magistrato *qui volet*, deve in ciò vedersi una disposizione speciale, che fu stabilita appunto per le pene pecuniarie, in parte per facilitare i magistrati, in parte e forse principalmente per assicurare l'esazione. Si può allora concludere, procedendo più oltre, che fu solo un allargamento, una estensione di questo principio, se in altre leggi il diritto di agire per le pene pecuniarie fu dato addirittura ad ogni cittadino « *qui volet* ». Anche di ciò

può essere stata causa parziale lo sgravio dei magistrati, ma certamente principale la sicurezza dell'esazione della pena, specialmente in quei casi in cui si trattava di pene contro i magistrati medesimi. Ciò si verifica, oltre che nella *tab. Bantina*, in particolar modo nelle leggi municipali, così nella generale *lex Iulia*, come in quelle speciali di Malaga e Salpensa. Dei 10 casi, che qui ci sono noti, 9 riguardano la punizione dei magistrati (a).

Del resto se questa opinione è giusta, s'intende da sè che le azioni di questa specie sorsero soltanto nei tempi più recenti, come pure che la *lex Iulia municipalis* è la più antica legge di questa specie che noi conosciamo. Del pari s'intende da se, che tali azioni popolari si ammettevano solo nei casi espressamente ordinati dalla legge. Non si trova in alcun luogo la benchè minima traccia di un principio generale, per cui nel dubbio ogni credito pecuniario dello Stato o almeno ogni obbligazione penale avesse potuto essere richiesta in giudizio da qualunque cittadino il volesse. Quindi non dovrebbe ammettersi veruna azione popolare nelle leggi, come la *lex Fabia de plagio*, *Iulia ambitus* etc., le quali portano la formula *populo dare damnas esto* senza l'aggiunta *ejusque* etc.

Quale estensione in generale abbia avuto l'intera disposizione nelle leggi, è difficile a dirsi. Noi conosciamo, oltre le leggi municipali, con sicurezza soltanto i casi della *lex Mamilia*.

Lo stesso frammento in MOMMSEN, n. 207, è dubbio: esso poteva anche esser concepito così:

— *eiusque pecunia[e qui volet magistratus etc.].*

Non senza fondamento il Rudorff nello statuto del *collegium aquae* verso 12 congettura le parole:

[*qui volet hac lege actio esto*

che si riferirebbero alle pene pecuniarie stabilite nello statuto col nome di *multae*. Tuttavia non se ne potrebbero trarre grandi conseguenze per le pubbliche leggi, come s'è già più sopra osservato nel testo relativo alla nota 1 di pag. 131.

Al MommSEN poi, il quale anche nell'*edictum venafranum* (1) vuole ammettere tale azione popolare (2) potrebbero opporsi le parole del v. 64:

... cui ex decreto decurionum — *negotium datum erit, agent (aget?)* —

le quali sembrano alludere ad uno speciale mandato d'agire dato dai decurioni. Nelle Pandette finalmente, di queste azioni se ne trova ancora una sola, ossia quella della *lex Mamilia* nella relazione fattane nella l. 3 *de termino moto*, 47, 21.

Si potrà quindi in generale ammettere, che il numero di queste azioni non fosse molto grande, e che forse la loro principale applicazione dovesse trovarsi nei rapporti municipali e coloniali.

Per concludere è ancora da determinare la natura giuridica formale di queste azioni. Naturalmente, se ciò che si è sin qui discorso è giusto, può

(a) La medesima osservazione non si può fare per la *lex Coloniae Iuliae Genetivae*. Veggasi, nella mia *Prefazione* II, l'enumerazione delle azioni in essa concesse ad ogni cittadino *qui volet*. Peraltro, se si considera che i frammenti delle leggi coloniali a noi pervenuti sono soltanto una piccolissima parte delle leggi intiere, facilmente si vedrà che gli argomenti, in qualunque senso, tratti dal numero delle azioni in essi concesse, debbono necessariamente essere molto fallaci.

(1) *Fontes jur. rom.*, pag. 191.

(2) *Rivista per la scienza storica del dir.*, vol. 15, pag. 321.

(1) *Rivista per la scienza del diritto*, vol. 15, pag. 271.

(2) *FEST.*, v. *Sacramentum*.

appena esser posto in dubbio che esse erano procuratorie, e che il provento ne andava a vantaggio dello Stato. Peraltro ciò si può direttamente provare anche in altro modo. La semplice espressione «populo, municipibus dare» non è una prova decisiva. Poichè *populus* e *municipes* significano bensì spesso la cittadinanza nel suo complesso, come stato o città; ma anche talvolta i singoli cittadini, così p. es. appunto nella *lex Iulia municipalis* c. 1 e 2 «populo frumentum dare», «quominus commode populus ea via utatur», e nella *lex Malacit.* c. 53 «terni ex municipibus suffragia custodiant» (1). Sicchè anche la formula «populo, municipibus dare d. e.» coll'aggiunta «eiusque pecuniae etc.» potrebbe significare una specie di obbligazione correa verso ciascheduno. Ciò peraltro non è verosimile, poichè non sarebbe possibile senza quell'aggiunta, dovendo essere, senza di questa, l'obbligazione divisa tra tutti i cittadini. Ora è poco ammissibile che la stessa parola, nella medesima formula certa, abbia avuto secondo l'aggiunta un senso affatto diverso. Di più in due luoghi, nella *lex Mamilia* c. 55 e nella *lex Malacitana* c. 61, invece di «municipibus dare» è detto «in publicum dare». Questo non può avere altro senso, che quello di una obbligazione verso la cassa del municipio; così nella *lex Mamilia* è detto che, dopo la condanna del colpevole, il magistrato deve «exigere» e «in publicum redigere». Per verità sono appunto quei due luoghi, quelli che, come s'è già osservato sopra (note 4 e 6 a pag. 135), non contengono l'aggiunta *eiusque pecuniae etc.*; ma non se ne può indurre che si abbia in essi un contrapposto alla formula *populo dare*, poichè si è già sopra dimostrato, che in quei due luoghi l'aggiunta deve essere supplita e che ciò si è verificato per la *lex Mamilia* anche nella l. 3 de termino, ove è scritto:

*Lex — in publicum dari jubet, et ejus actionem petitionem ei qui volet esse jubet.*

Concorda il fatto, che sotto l'impero in luogo del «populo dare» si ha un «fisco» ovvero «in aerarium inferre» (2); e particolarmente il «populo dare» della *lex Fabia* si ritrova nella l. 6 C. ad leg. Fab., 9, 20 come «poena fisco inferenda». Finalmente una prova decisiva si ha in ciò, che nel c. 67 della *lex Malacitana* la formula «municipibus dare d. e.» coll'aggiunta «eiusque pecuniae etc.» si trova anche nel caso che alcuno non consegna alla cassa municipale i danari municipali, ed ha quindi luogo contro costui o i suoi eredi un'azione pel «tantum et alterum tantum». Il primo tantum è qui la stessa somma dovuta, e l'azione è quindi in parte *rei persecutoria*; se dunque anche qui si trova l'azione a tutti concessa, è chiaro ch'essa può essere soltanto procuratoria.

Del resto la rappresentanza del popolo in queste azioni sembra essere stata considerata alquanto diversamente, che la rappresentanza delle persone private. Mentre per il solito procuratore, com'è noto, nella formula l'intentio era posta pel dominus, la condemnatio pel procurator, e quindi anche l'actio iudicati competeva sempre soltanto al procuratore (3), sembra che qui anche la condemnatio sia stata in favore del popolo, cosicchè l'esecuzione poteva essere compiuta immediatamente per esso anche dai magistrati. Pel caso che un magistrato agisse pel popolo in forza del dare damnas esto, ciò è senza dubbio espresso nella *tab. Bantina*, ove si dice:

— praetor — iubetque eum, sei ita pariat, condumari populo. —

(1) *Sitellam — populo ostendito. Lex Acilia*, v. 53.

(2) Più sopra note 2, 6 e 7 a pag. 123.

(3) *GAL.*, 4, 86; *Fragm. vat.*, 317.

*Sei condemnatus [erit, — praedes] ad q(uaestorem) urb(anum) det, aut bona eius poplice possideantur facito.*

La formula dunque deve essere stata concepita così:

*Si paret N. N. — populo dare oportere, — populo condemna.*

Che ciò sia avvenuto anche nell'azione promossa da un privato rappresentante del popolo in forza di un dare damnas esto è per sè stesso verosimile e viene con sufficiente certezza constatato dalla *lex Mamilia*, c. 55 ov'è detto:

*si is, unde ea pecunia petita erit, condemnatus erit, (magistratus) eam pecuniam ab eo deve bonis eius primo quoque die exigito, eiusque pecuniae quod receptum erit partem dimidiam ei dato, cuius unius opera maxime is condemnatus erit, partem dimidiam in publicum redigito* (1).

Il magistrato aveva dunque anche qui l'esecuzione diretta, in forza della condanna ottenuta dall'attore, nello stesso modo che nella *tab. Bantina*. L'attore non riceveva il danaro direttamente; evidentemente dunque non aveva una propria actio iudicati. Si comprende anche facilmente, che si preferiva di esigere direttamente per lo Stato la somma della condanna, anzichè affidarla alla malsicura riscossione dell'attore. Anche formalmente non si poteva avere nessuna difficoltà in contrario, poichè fin dal tempo delle legis actiones v'era stata l'eccezione del «pro populo agere» (2). La formula nel processo sacramento doveva essere di questo tenore:

*Aio te — populo dare oportere —*

e se il sacramentum era dichiarato «justum», il convenuto doveva necessariamente considerarsi come «populo iudicatus» non come «actori iudicatus», sicchè la manus injectio col suo «Quod tu mihi iudicatus es» — competeva al popolo e non all'attore. È naturale che ciò sia trapassato nel processo formulare.

Forse anche a ciò si riconnette, che più tardi riguardo all'actor delle universitates si disse (3):

*Actor — procuratoris partibus fungitur, et (at?) iudicati actio ei ex edicto non datur, nisi in rem suam datus sit.*

Finalmente si deve ancora esaminare la questione, se sia lecito di designare come azioni popolari tutte queste azioni procuratorie per lo Stato o i municipii, e di riunirle in un sol concetto colle azioni popolari pretorie, come presso di noi è da gran tempo avvenuto senza la minima obbiezione. La risposta a ciò non può darsi che in seguito, quando sarà compiuto il trattato delle azioni popolari pretorie. Qui si può soltanto notare di passaggio, che non vi è neppure un testo, nel quale quelle azioni sieno designate col nome di azioni popolari.

## VI.

Ora noi ci volgiamo a queste azioni popolari pretorie ed alla questione più sopra proposta, se anche queste siano procuratorie per il popolo, o se mirino al vantaggio privato dell'attore. Il Mommsen e gli altri autori sopra nominati non fanno alcuna distinzione tra le une e le altre, ritengono come procuratorie queste come quelle, ed ammettono un'eccezione solo per le così dette azioni popolari impure o miste.

(1) Circa questa divisione della somma penale vedi più oltre i particolari.

(2) *GAL.*, 4, 82.

(3) *L.* 6, § 3, *Quod cuiusc. univ.*, 3, 4.



Contro questa parificazione si deve anzitutto obiettare, che per le pene pecuniarie legali la loro pertinenza al popolo si manifesta certamente ed espressamente nella stessa disposizione legale nel « *populo dare* », mentre per le pretorie non ve n'è parola, e quella pertinenza dovrebbe indursi per interpretazione. Per quelle legali dovrebbero cercarsi le ragioni per convertire l'obbligo verso lo Stato in un obbligo verso l'individuo, per quelle pretorie al contrario dovrebbero indicarsi le ragioni per convertire il diritto di ciascuno ad agire in un diritto dello Stato. Questa differenza ci manifesta chiaramente una fondamentale diversità di principio tra le leggi e gli editti, e questa si trova anche pienamente constatata mediante una più minuta indagine.

Si consideri anzitutto l'*actio sepulcri violati*. L'editto così dispone (1):

*Cuius dolo malo sepulcrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur condemnetur. Si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo.*

Qui dunque si dà, nel caso di violazione di un sepolcro, un'azione pel *quantum aequum* prima a colui che ha un diritto sopra quello (2); se poi non v'è alcuno avente diritto, o colui che vi è non vuol agire, si dà a chiunque voglia agire un'azione per 100 aurei. Nel secondo caso l'azione è senza dubbio penale; ma anche nel primo essa non ha per fondamento e oggetto la proprietà e la sua lesione e risarcimento, ma la « *sanctitas sepulcri* » e la « *poena violationis* » (3). Il diritto sopra un sepolcro, come *locus religiosus*, non è proprietà o altro diritto reale o pecuniario, ma un diritto sacro e quindi pubblico, la cui violazione porta con sè una pena, nella quale l'interesse pecuniario, per le riparazioni etc., è considerato solo come secondario. In questo senso si dice:

« — *haec actio poenam et vindictam (potius) quam rei persecutionem continet* » (4).

« — *haec actio non ad rem familiarem, eiusdem, (sed) magis ad ultionem pertineat* » (5).

« — *neque id capiatur, quod in rei persecutione, sed in sola vindicta sit constitutum* » (6).

Quando invece nella l. 3, § 9, 16 *h. t.* vien detto:

« — *in id quod uniuscuiusque interest agitur* »

l'interesse non deve intendersi nel senso consueto *rei persecutorio*, ma quale valutazione penale del « *quantum aequum* », come prova la l. 3, § 8:

*Qui — iudicant, aestimabunt, quatenus intersit, scilicet ex iniuria — ex lucro — ex damno — ex temeritate.*

(1) L. 3 pr. *de sepulcro viol.*, 47, 12.

(2) Nella l. 3, § 9, si dice « *si ad plures jus sepulchri pertineat* », nella l. 6 « *ad quem res pertinet* » (così pure nella l. 42 pr. *de procur.*, 3, 3), e nel medesimo frammento si parla poi di « *dominus* ». Naturalmente non si deve pensare ad una effettiva proprietà, poichè il sepolcro è *locus religiosus*. L. 2, § 5, *de religiosis*, 11, 7.

(3) *Sepulcrorum autem sanctitas in ipso solo est*. Cic., *Phil.* 9, 6. *Pontificio jure sanctitudo sepulturae*. Id., *De republ.*, 4, 3. — *Quod sacrum est, idem — sanctum esse putat* (Gallus Aelius), *ut violari id sine poena non possit; idem religiosum quoque esse, quoniam sit aliquid, quod ibi homini facere non liceat, quod si faciat, adversus deorum voluntatem videatur facere*. FESTUS, v. *Religiosus*, pag. 278. È noto, che il violare si usa specialmente per la lesione dei rapporti di carattere religioso o morale.

(4) L. 20, § 5, *de a. v. o. h.*, 29, 2.

(5) L. 6, *h. t.*, 47, 12.

(6) L. 10 *h. t.*

Pertanto è fuor di dubbio che l'attore ritiene per sè la pena, ch'egli esige mediante l'azione, nel caso che « *res ad eum pertinet* ». L'editto dice appunto: « *ut ei condemnetur* », la misura della pena secondo il « *quod interest* » solo così può essere intesa, di più per questo caso l'azione è designata come « *quasi privata* » (1), ciò è fatto specialmente rilevare nella l. 10 *h. t.*, dove è detto del *suus* che si è astenuto (2):

*Nec tamen si egerit, hereditarios creditores timebit, cum etsi per hereditatem obtigit haec actio, nihil tamen ex defuncti capiatur voluntate, neque id capiatur, quod in rei persecutione, sed in sola vindicta sit constitutum.*

Che dovrà dirsi se agisce un « *extraneus* »? L'editto dice semplicemente:

*Si nemo erit, ad quem pertineat, aut agere volet, quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo.*

V'è aggiunto poi:

*Si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam.*

Il rapporto dei « *centum aurei* » col « *quantum aequum videbitur* » è determinato dalla l. 3, § 8 semplicemente così che essi costituiscono il minimo della pena anche per l'altro caso:

*Qui — iudicant — numquam minoris debent condemnare [his, quorum interest], quam solent extraneo agente.*

L'azione dunque per la sua intera essenza, pel fondamento e per lo scopo è *unica*, ossia solo quella designata nella l. 3, § 12 in tutto e per tutto come *actio popularis*; in essa v'è solo circa la persona dell'attore la particolarità, che se si presenta uno speciale interessato, questi può agire per una somma maggiore della pena consueta. Donde potrà mai cavarsi un diritto dello Stato alla pena? Le parole « *sive agere nolet, quicumque agere volet* » eguagliano manifestamente le due azioni; come si può dunque scorgere nel semplice « *ei actionem dabo* » per l'*extraneus* che l'attore debba promuovere l'azione soltanto come procurator pro populo? La formola dell'azione secondo le parole dell'editto difficilmente può essere stata concepita altrimenti che *in factum* così:

« *Si paret, dolo malo Ni Ni sepulcrum — violatum esse. Nm. Nm. Ao Ao centum aureos condemna rel.* ».

E se l'attore agisce *suo nomine*, donde si vuol mai inferire, che il popolo abbia l'*actio iudicati*, ovvero possa senz'altro servirsi dell'esecuzione mediante i *praedes* e il *bona possidere*? E se l'attore stesso ha l'*actio iudicati* e l'esecuzione, come si vuole concludere ch'egli sia obbligato a consegnare allo Stato il denaro ricevuto? Siffatto diritto dello Stato ed obbligo dell'attore dovrebbe pure avere un qualche sostegno e fondamento legale e giuridico. Per le azioni popolari legali questo ci era dato fin da principio nella disposizione stessa « *populo dare damnas esto* ». Ma qui per le azioni pretorie manca nelle parole dell'editto ogni appoggio. Si dovrebbe dunque ammettere, che la pena fosse esistita già prima dell'editto, in modo da doversi pagare allo Stato, e che il pretore con le parole:

*quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo,*

non l'abbia introdotta come nuova, ma abbia soltanto ordinato la sua popolare domanda giudiziale per lo Stato, come facevano le leggi col loro « *eiusque pe-*

(1) L. 42 pr. *de procurat.*, 3, 3.

(2) Questi è tra coloro *ad quos res pertinet*, perchè non ostante l'astensione egli conserva il diritto del sepolcro; l. 5, 6, *de religiosis*, 11, 7.



*cuniae qui volet petitio esto* ». Egli è veramente assai verosimile che anche prima dell'editto esistesse qualche pena per la violazione dei sepolcri, poichè senza dubbio questi erano da gran tempo, come *res religiosae* e *sanctae*, sotto la tutela dei sacerdoti (1). E' chiaro peraltro che se l'editto avesse voluto soltanto introdurre l'azione popolare per una pena preesistente, avrebbe dovuto esser concepito diversamente. L'unico argomento più speciale per attribuire tal pena allo Stato potrebbe trarsi in ciò, che in alcune iscrizioni sepolcrali si leggono disposizioni di questa natura:

— *si quis titulum meum violaverit, inferat aerario HS. IX n.*

— *huic monumento manus qui intulerit, dabit in arcam Pontificum HS n. L.*

— *huic monumento si qui manus intulerit, virginibus vestalibus solvat poena HS n. V.*

— *si quis quaeret aut aperire aut aliud corpus invehere, dabit in fiscum. auri p. I.*

— *si quis — detraxerit, inferat c(oloniae) HS. n. L (2).*

Di qui potrebbe alcuno indurre una più generale esistenza di pene *in publicum* ovvero *in sacrum* per la violazione dei sepolcri. Tuttavia è anzitutto assai dubbio, quale importanza giuridica abbiano propriamente avuto tali private disposizioni sui sepolcri (3) (a) e in ogni modo esse sono troppo differenti tra loro, per permettere una sicura induzione di tal genere.

Rimangono dunque per fondamento alla natura procuratoria dell'*actio de sepulcro violato*, solamente le generali espressioni delle Pandette circa le azioni popolari, alle quali si richiama in tutti i modi il Mommsen. Si vedrà peraltro, che neppure queste servono di prova, in seguito, quando si saranno prima esaminate anche l'altre azioni popolari dell'editto pretorio penale.

Anzitutto l'editto *de deiectis et effusis*. Questo, per quanto ora ci riguarda, è così concepito:

*Si eo ictu homo liber perisse dicetur, L aureorum iudicium dabo; si vivet nociturque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo (4).*

Che l'azione sia popolare, non è accennato nell'editto stesso. La persona dell'attore è lasciata affatto indeterminata. Non si può neppur pensare, che appunto questa generale ed impersonale espressione « *iudicium dabo* » racchiuda in sè implicitamente la generalità e popolarità dell'azione, poichè l'espressione attiva impersonale forma la regola generale in tutti gli editti. Vi

(1) — *pontificio iure sanitudo sepulturae* — da Cic., *De republ.*, presso Nonius, p. 118, ed. Gerlach. CICERONE, *De leg.*, 2, 26, dopo aver detto che la maggior parte delle disposizioni delle XII tavole circa i sepolcri erano state tratte dalle leggi di Solone, cita pure una legge di Solone, in cui si stabilisce una « *poena* », se alcuno « *monumentum violavit* ». Ma egli non nota ivi se anche nelle XII tavole si fosse ammesso qualche cosa di simile.

(2) GRUTER, pag. 928, n. 1; REINES, cl. 17, m. 172; MURATORI, pag. 919, m. 13, p. 1427, u. 7; IAHN, *Spec. epigraph.*, p. 28, 68. In GRUTER, p. 825, n. 8, si dice solo: « — *manus qui intulerit dabit HS. XX.* ».

(3) Confr. su ciò MARINI, *Iscrizioni antiche albane*, p. 73-76; VON NISPEN, *De sep. violato*, p. 103-105 (in OELRICHS, *Thes.*, vol. II, tom. III).

(a) Su questo punto sono oggi da vedere specialmente HUSCHKE, *Die Multa und das Sacramentum*, Leipzig 1874, p. 315-336; MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, 2ª ed., Leipzig 1877, vol. II, p. 67 seg. Confr. la mia *Prefazione*, II, nota 2 a pag. 113.

(4) L. 1 pr. *de his qui effuderint*, 9, 3.

sono ben pochi editti, nei quali la persona dell'attore venga designata (1). Anche nell'editto stesso *de deiectis* nella proposizione, che si riferisce al caso del *damnum datum*, dove l'azione non è popolare, nelle parole:

*in eum, qui ibi habitaverit, iudicium dabo,*

è nominata solo la persona del convenuto, non già la persona dell'attore. Sembra che i romani non abbiano tuttavia trovato la minima difficoltà di trattare, conformemente alla loro rispettiva natura, come puramente privata l'azione nel primo caso, come popolare invece negli altri due casi. Però vi si sono fatte le seguenti distinzioni. Nella l. 5, § 5 si dice anzitutto:

*Quae autem de eo competit, quod liber periisse dicetur, — est poenalis et popularis, dummodo sciamus ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere, cuius interest, vel qui affinitate cognatione de-  
functum contingat.*

Si sono dunque stabiliti tre gradi pel diritto d'agire: *is cuius interest, affines et cognati, extranei*. Che colui *cuius interest* sia preferito, è un principio generale (2); ch'egli agisca *suo nomine* e a proprio vantaggio, è fuor di dubbio qui come nell'*actio sepulcri violati*. Pei parenti e gli estranei si potrebbe dubitare qui, come là. Peraltro la differenza tra i vari casi è qui forse anche meno possibile che là. L'editto stesso qui stabilisce una sola azione diretta ad una determinata somma penale; l'interpretazione la considera come azione popolare, e dà soltanto una preferenza nell'agire agli interessati e ai parenti sopra gli estranei; — come si vuol dunque aggiungervi, che l'azione sia completamente diversa secondo la persona dell'attore, ed in un caso sia in proprio nome, nell'altro sia procuratoria per lo Stato? Si può forse pensare che Ulpiano non avrebbe fatta menzione di questa differenza, la quale pure muta nel modo più profondo l'essenza, lo scopo, gli effetti dell'azione?

Nè diverso è in ciò il caso di fermento. Ulpiano dice prima:

*Si libero nocitur sit, ipsi perpetua erit actio, sed si alius velit experiri, annua erit haec actio (3),*

e quindi soggiunge:

*nec hereditibus iure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, num ex bono et aequo oritur.*

Chi può mai pensare, che Ulpiano qui nel parallelo dell'« *ipse* » e dell'« *alius* », e nella speciale disamina degli eredi, non avrebbe fatta rilevare, se fosse esistita, la differenza capitale, che l'« *alius* » e gli eredi non potevano agire per sè, ma solo pel popolo?

Anche la *noxae datio*, che pel *deiectum et effusum* e pel *positum et suspensum* da schiavi era in tutti i casi possibile, può essere proposta come argomento. Se l'azione popolare fosse stata procuratoria, la *datio* avrebbe dovuto farsi a favore del popolo. Ciò veramente non sarebbe impossibile; ma sarebbe un rapporto di natura così particolare, che certamente in qualche luogo se ne sarebbe parlato; eppure non ve n'è traccia.

(1) Per quanto io so, la persona dell'attore è designata solo nell'editto *de sepulcro violato* e in quello *de iniuriis* pei figli di famiglia: « *Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur, — causa cognita ipsi, qui iniuriam accepisse dicetur, iudicium dabo* »; l. 17, § 10, *de iniuriis*, 47, 10.

(2) « *In popularibus actionibus is, cuius interest, praefatur* »; l. 3, § 1, *de popularibus*, 47, 23.

(3) Perchè nell'ultimo caso è meramente penale, nel primo invece nel « *quantum aequum* » sono calcolate le spese della cura e l'indennità per l'inabilità al lavoro. L. 7, h. t.

Tra gli altri editti penali pretorii con azioni popolari, gli editti *de positus et suspensis* e *de albo corrupto*, come pure l'editto edilizio *de bestiis*, non ci danno alcun nuovo argomento a favore o contro la natura procuratoria delle azioni. Queste si potranno dunque senz'altro dichiarare non procuratorie, come negli altri editti sopra studiati. Al contrario l'ultimo editto rimanente, *quellode testamento aperto*, ha un carattere addirittura diverso, che deve qui determinarsi più precisamente per evitare false conclusioni (1).

Il *SC. Silanianum* (dell'a. 10 d. Cr.) vietò di aprire il testamento di persona uccisa, prima che i suoi schiavi fossero sottoposti alla *questio* criminale. Un editto pretorio stabiliva una pena di 100 aurei contro il contravventore. L'editto stesso non ci è conservato, ma nella l. 25, § 3, *de SC. Siliano*, 29, 5 di esso si dice:

*Ex hoc edicto actio proficiscitur contra eum qui tabulas testamenti aperuisse dicitur. — Palam autem est popularem actionem esse, cuius poena in C aureos ex bonis damnati extenditur, et inde partem dimidiam ei, cuius opera convictus erit, praemii nomine se daturum praetor pollicetur, partem in publicum redacturum.*

È chiaro per la semplice lettera del testo, che l'attore non domanda per sé questa pena, anzi che egli non la esige neppure da sé, ma che il pretore stesso la riscuote per lo Stato e ne dà solo una metà in premio all'attore. Ma le parole « *praetor pollicetur* » dimostrano altrettanto chiaramente, che ciò aveva origine da una speciale disposizione del pretore contenuta nell'editto; e comparando questa disposizione relativa al *praemium* con altre disposizioni simili, che si trovano nelle leggi, facilmente ci persuaderemo che questo editto si presenta sotto un aspetto essenzialmente diverso dagli altri editti portanti azioni popolari, e che perciò non si può ammettere alcuna illazione da questo a quelli.

I premi (a), *praemia*, per chi sosteneva un'accusa criminale, nelle leggi penali degli ultimi tempi della repubblica, erano qualche cosa di affatto regolare (2). Il loro contenuto era molto vario: gli schiavi (pei quali naturalmente non era possibile un'accusa, ma solo una denuncia, *iudicium*) ricevevano la libertà, i peregrini la cittadinanza, i cittadini la « *praetoria sententia* e *toga praetexta* », ovvero premi pecuniari in vari modi, o somme prefisse, come nella *lex Cornelia de sicariis* (3), ovvero in caso di pene pecuniarie una parte, specialmente la metà, della somma della pena, come nella *lex Mamilia* e nel *SC. de aquaeductibus* sopra citato. Se, come avveniva per solito, si presentavano insieme più accusatori, il *praemium* spettava a colui, che più aveva contribuito alla condanna del reo, il che veniva determinato con uno speciale *praeiudicium*. A ciò si riferiscono le espressioni tecniche:

*Lex Mamilia* c. 55:

— *cuius unius opera maxime is condemnatus erit* — *SC. de aquaeductibus* (FRONTIN., c. 127):

— *cuius opera maxime convictus esset*. —

*Lex repetundarum. Corp. inscr. nro. 198, 78 e 85:*

*quouis eorum opera maxime unius eum condemnatum esse.*

(1) Già CUIACIO (*recit. in D. l. 7, de iurisd.*) si lasciò indurre da questo editto ad abbandonare la comune opinione circa le azioni popolari.

(a) Relativamente ai premi vedi pure più sopra la *Prefazione*, II, nota 1 a pag. 112 e 3 a pag. 113.

(2) Confr. su questo punto RUDORFF, *Ad legem Acilianam*, p. 523-525, 533.

(3) « *Lege Cornelia cavetur de praemio accusatoris — ut in singulos servos, quos convicerit, quinque aureos — accipiat* »; l. 25 pr. *de SC. Siliano*, 29, 5.

Nel caso di divisione della pena pecuniaria tra l'accusatore e lo Stato, la formula è così concepita nella

*Lex Mamilia* 55:

— *partem dimidiam ei dato, cuius unius opera etc. — partem dimidiam in publicum redigito.*

*SC. de aquaeductibus:*

— *pars dimidia praemium accusatori daretur, cuius opera etc. — pars autem dimidia in aerarium redigeretur.*

Tutte queste espressioni si ritrovano precisamente nell'editto sull'apertura dei testamenti (l. 35, § 2, *D. ad SC Sil.* [29, 5]):

— *partem dimidiam ei, cuius opera convictus erit, praemii nomine se daturum praetor pollicetur, partem in publicum redacturum,*

mentre in tutte le altre azioni popolari pretorie non se ne trova la minima traccia o allusione. Ciò manifestamente non è casuale; ma la ragione ne è, che l'intera disposizione penale con la relativa azione ha qui un carattere giuridico affatto diverso dalle altre. Essa è qui formata secondo l'analogia delle leggi dianzi citate, ed ha il carattere di una pubblica pena, per la quale peraltro, essendo introdotta dall'editto pretorio, non ha luogo l'azione criminale, ma la civile. Paolo (1) menziona la pena, di cui parliamo, non come un'azione civile, ma precisamente come le pene delle leggi criminali:

— *amplius his et centum millia HS. poena irrogatur.*

La spiegazione si ha semplicemente in ciò, che questo editto è recente e del tempo dell'impero, e si appoggia sulle disposizioni penali della *lex Cornelia* e del *SC. Libonianum*. Manifestamente dunque le sue disposizioni circa la divisione della pena non possono servir d'argomento contro la nostra tesi.

Finalmente dobbiamo ancora esaminare le massime generali circa le azioni popolari, colle quali si vuol provare la loro natura procuratoria (2). Anzitutto troviamo le disposizioni simili a quelle relative alla procura, ossia che le persone escluse dalle azioni popolari sono escluse dalla procura, e che l'attore popolare, come il procuratore, non può prima della contestazione della lite costituire alcun procuratore, e finalmente che l'azione popolare una volta esercitata produce l'*exceptio rei iudicatae* contro ogni nuova domanda.

Convieni prima d'ogni altra cosa osservare, che una certa simiglianza delle nostre azioni con la procura non si può negare e sta nel concetto stesso di tali azioni. Poichè, non essendo esse fondate sopra un diritto privato dell'individuo come tale, ma (trattandosi di azioni popolari penali) sopra un delitto pubblico, la cui punizione è d'interesse comune e perciò anche dell'individuo, s'intende bene che chi agisce, quantunque agisca in proprio nome e per sé stesso, agisce pur sempre in sostanza e indirettamente anche nell'interesse del pubblico, ossia dello Stato; e ne rappresenta pertanto l'interesse, sebbene non ne sia *procurator* nel senso formale e processuale. Il contrapposto e per la sostanza e per l'espressione ben si rivela nella l. 43, § 2, *de procurat.*, 3, 3:

*In popularibus actionibus, ubi quis quasi unus ex populo agit, defensionem ut procurator praestare cogendus non est.*

Se si pon mente a ciò, la circostanza che i pupilli, le donne e gl'infami sono esclusi dalle azioni popolari (3), non si può certo far valere come argo-

(1) Nelle *Rec. sent.*, III, 5, 12 a.

(2) MOMMSEN, *Diritti municipali di Mal. e Salp.*, p. 464-465.

(3) L. 4, 6, *de popular.* 47, 23.



mento a favore della natura procuratoria di queste azioni. Essi sono qui esclusi per la medesima ragione che lo sono nelle accuse criminali (1), perchè ad essi in generale non può essere lasciata la tutela dell'interesse pubblico. Perciò pure l'incapacità per le azioni popolari e per la procura non è del tutto uguale. Almeno in niun luogo è scritto che i ciechi e i soldati, che sono esclusi dal postulare e dall'esercitare la procura per altri, non possano neppure promuovere le azioni popolari.

La regola che un attore popolare non possa costituire un procuratore prima della contestazione della lite (2), non si fa in alcun luogo derivare dall'essere egli stesso un procuratore, ma viene presentata come una regola propria dell'azione popolare come tale:

*Actio popularis cognitorem* [procuratoremve non nisi post lite] *m contestatam admittit* (3),

e si fonda semplicemente su ciò, che prima della contestazione della lite l'attore non è ancora *creditor* e *dominus litis* (4), appunto perchè ognuno ha diritto d'agire, e solo con la contestazione della lite il generale diritto si muta in uno speciale diritto privato dell'attore. Gli scolii dei Basilici dicono anzi:

πῶς γὰρ ἔστι δυνατόν τινα κινήσαι ὡς ἐντολέα; εἰ γὰρ τις κινεῖ ὡς ἐντολέος, τίνος ἔνεκεν οὐ κινεῖ ἰδίῳ ὀνόματι, εἰς καὶ αὐτὸς ὢν τῶν πολιτῶν, καὶ ἰδίῳ ὀνόματι κινήσει δυνάμενος (5).

Questo sarebbe anche possibile, ma certo non è molto ragionevole.

Finalmente la massima che l'azione popolare produca l'*exceptio rei iudicatae* contro la domanda di nuovo da altri proposta (6), prova piuttosto contro che a favore della parificazione dell'attore con un procuratore, poichè quest'ultimo, almeno secondo il diritto più antico, non dava origine all'eccezione contro il *dominus* (7). Neppure vi era bisogno di derivare tale regola dalla procura, poichè la consumazione era senz'altro abbastanza giustificata con la massima « *ne bis in idem* » (8). Contro la parificazione sta poi la ben nota eccezione, che, in caso di collusione da parte dell'attore popolare, non ha luogo alcuna consumazione (9).

Un testo speciale, che il Mommsen adduce a favore della natura procuratoria delle azioni popolari, è la l. 7 *de popularibus*:

*Populares actiones non transeunt ad eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatus consulto. Item qui habet has actiones non intellegitur esse locupletior.*

Il Mommsen riferisce questo testo al tempo posteriore alla contestazione della lite, e vede nella prima proposizione una (inesplicata) eccezione alla regola, che le azioni procuratorie dopo la contestazione della lite passano agli eredi e agli altri successori universali; nella seconda, una conferma della sua

(1) L. 8, *de accusationibus*, 48, 2.

(2) L. 5, *de popularibus*; l. 42 pr.; l. 45, § 1, *de procuratoribus*, 3, 3.

(3) *Fragm. vatic.*, § 340 a.

(4) *Quodsi ex populari causa (debeatur), ante litis contestationem recte dicitur creditoris loco non esse, postea esse.* L. 12 *de v. s.*, 50, 16.

(5) i. e.: *Qui enim fieri potest, ut quis agat quasi procurator? Nam si quis agat ut procurator, quam ob causam non agit suo nomine, unus et ipse sit ex civibus, qui possit agere suo nomine?* *Schol. l. ad Bas.*, 60, 32, 9, p. 670.

(6) l. 3 pr. *de popularibus*, 47, 23.

(7) BETHMANN-HOLLWEG, *Ricerche (Versuche)*, p. 179.

(8) BEKKER, *Consumazione processuale (processualische Consumtion)*, p. 160.

(9) L. 30, § 3, *de iureiurando*, 12, 2; l. 3, § 13, *de hom. lib. ex.*, 43, 29.

opinione, che l'attore popolare debba restituire il danaro allo Stato. Ma non è ammissibile che questo testo si riferisca al tempo posteriore alla contestazione della lite. Dappertutto, dove i romani parlano delle azioni in genere e specialmente della loro successione, deve intendersi che parlino di azioni prima della contestazione della lite; poichè dopo di essa non esistono più propriamente come tali, a causa della consumazione, e, in ogni caso, d'allora in poi passano senza distinzione attivamente e passivamente agli eredi. Il fidecommissario universale è sotto questo rapporto interamente pari all'erede (1). Se dunque le azioni popolari in genere sono dichiarate escluse dalla eredità, ciò non si può riferire, anche per esse, altro che al tempo *prima* della contestazione della lite; *dopo* di questa esse passano senza limitazione agli eredi e fidecommissarii, come tutte le altre azioni, che attivamente non fanno parte della successione (2).

La l. 7 dunque nella sua prima proposizione dice in generale soltanto ciò che in particolare per l'*actio de dejectis* così viene espresso:

*neque in heredem datur, neque heredi similibusque personis, nam est poenalis et popularis* (3).

Non si può dubitare, che per le *similes personae* oltre gli eredi, qui, come altrove, e come talora per l'espressione *caeteri successores*, debbano intendersi principalmente il *bonorum possessor* e il fidecommissario universale (4); che poi il testo parli del tempo precedente alla contestazione della lite, lo si ricava da ciò, ch'esso respinge anche la successione passiva, che qui, come in tutte le azioni penali, è pure senza dubbio da ammettersi dopo la contestazione. E neppure si può dire che l'esclusione delle azioni popolari dalla successione, prima della contestazione della lite, sia cosa tanto evidente, da non essere possibile che la si sia notata così particolarmente. Perchè, almeno nei casi di speciali diritti di preferenza ad agire, poteva bene sorgere qualche dubbio; infatti perciò relativamente all'*actio de dejectis* pel ferimento, è detto espressamente, che essa « *jure hereditario ad successores transire non debet* ».

Il Mommsen, in appoggio della sua interpretazione della l. 7, richiama la l. 5 § 13, *de his qui effuderint*, dove si dice dell'*actio de positis*:

*Ista autem actio popularis est, et heredi similibusque competit, in heredem autem non competit, quia poenalis est.*

(1) *Quamvis senatus de his actionibus transferendis loquatur, quae iure civili heredi et in heredem competunt, tamen honorariae actiones transeunt: nulla enim separatio est. Immo et causa naturalium obligationum transit;* l. 40 pr. *ad SC. Trebell.*, 36, 1.

(2) — *poenales actiones, — si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, et heredibus dantur, et contra heredem transeunt,* § 1, *Inst. de perpetuis*, 4, 12 — *post litem contestatam heredi quoque prospicitur, et heres tenetur, ex omnibus causis;* l. 87, *de r. i.*, 42, 1. In nessun luogo veramente si parla espressamente della successione delle azioni popolari; tuttavia dai testi citati e dai principii generali essa deriva per se stessa, anche se quelle si ritengono per azioni procuratorie. Una indiretta conferma ci danno le l. 12 *de v. s.* cessano i diritti di preferenza all'azione. Perciò già i Bizantini non ebbero dubbio su (cit. a pag. 146, n. 4) e l. 3, § 19, *sep. viol.*, secondo le quali con la contestazione della lite questo punto: essi danno l'*actio de dejectis* « τῆ βλαβέντι, καὶ μετὰ προκάταξιν καὶ τῆ κληρονομίᾳ αὐτοῦ τῆ ἐξουσιᾷ » (*Laeso et post litis cont. etiam heredi ejus extraneo*) *Sch. 29 ad Bas.* 60, 4, 5, p. 332. Anche la teoria odierna non ha alcun dubbio, vedi p. es. WÄECHTER, *Dissertationen (Erörterungen)*, III, p. 111, n. 53.

(3) L. 5, § 5, *de his qui effuderint*, 9, 3.

(4) BRISSONIUS, *De v. s.*, v. *Heres*.



Anche questa legge, egli, come già prima di lui il Glück e il Sintenis (1), vuol riferire al tempo posteriore alla contestazione della lite. Ma non s'è avveduto, che qui sono anche nominate le *similes personae* accanto agli eredi, e che così la legge verrebbe a contraddire direttamente alla l. 7. Oltre a ciò anche l'ultima frase dovrebbe necessariamente riferirsi al tempo posteriore alla contestazione della lite, il che è veramente impossibile (2). Certo, se la legge si riferisce al tempo anteriore alla contestazione della lite, nasce la questione, come debba spiegarsi la successione nell'azione. Questa per verità, nel caso proposto, ove, com'è noto, non si presuppone nessun danno e quindi raramente sono possibili speciali diritti di preferenza, è tanto strana, che già gli scolasti dei Basilici si erano appigliati all'estremo, ma irragionevole, espediente di riferire il passo all'*actio de dejectis* pei danni alle cose (3). Accursio fa la glossa non molto migliore: « *non ut heredi, sed ut cuilibet de populo, alioquin contra § 5* ». Il Noodt proprio disperato dice solo « *tu lector cogita* » (4). L'unico scampo sembra essere una emendazione dell'*« et »* in « *nec* », la quale è stata più volte proposta (5), ma che ha decisamente contrario il testo dei Basilici (a). Tuttavia qualunque cosa si pensi su questo punto, non potrà questo testo mai rendere dubbia in alcun modo la concordanza degli altri testi e dei principii generali.

Anche la seconda proposizione della citata l. 7 non può riferirsi al tempo posteriore alla contestazione della lite. La consueta espressione *actionem habere* significa sempre soltanto: avere un diritto d'agire, e quindi *potere* agire, non: *avere* già agito (6). Il frammento dice dunque in generale soltanto,

(1) GLÜCK, *Commento alle Pandette (Pandekt. Comm.)*, X 401. SINTENIS, nella traduzione tedesca del *Corp. iur.*

(2) Perciò non gioverebbe a nulla il cancellare, come propone il Mommsen, il « *nec* » nel superiore § 5 del testo, per renderlo concorde; anche prescindendo da ciò, che siffatta correzione è del tutto impossibile a causa dell'ultima frase *nam est etc.*

(3) Essi dicono riguardo all'*actio de positis*: *αὐτὴ γὰρ περὶ τῆς ἐπιτηρημένης ζημίας ἀρμόζει, καὶ πῶς δοθήσεται διαδέχων τοῦ μὴ ζημιωθέντος (haec anim de danno imminente competit, quo pacto igitur dabitur heredibus nondum laesi?)* Schol. 48 ai Bas. 60, 4, 5, p. 334.

(4) *Comment. in Dig. h. t.* Anche MÜHLENBRUCH, *Cessione (Cession)*, p. 294, n. 107. SCHMIDT, *Interdetti (Interdicte)*, p. 127, n. 6; RUDORFF, *Storia del dir.*, II § 46, n. 15, non trovano altro espediente, che di riferire il passo al caso mentovato nel precedente § 12, il che non concorda con le parole, e inoltre non toglierebbe neppure la contraddizione col § 5.

(5) WACHENDORFF, in *Oelrichs thes. nov.* II, 2, p. 163; SCHMIDT, *Interd.*, p. 127, n. 6.

(a) Se è lecito modificare il testo, contro l'autorità dei manoscritti e quella dei Basilici, il fr. 5 § 13, *de his qui effuderint*, 9, 3 può forse leggersi anche così: « *Ista autem actio « popularis non est, et heredi similibusque competit, in heredes autem non competit quia poenalis est »*. In tal caso esso si riferirebbe all'azione, della quale parla il precedente § 12 data ad exemplum di quella *de positis et suspensis* in caso di danno arrecato ai passeggeri da cosa che non fosse in *suggunda neque in protecto*. Tale azione presupponendo un danno arrecato ad una persona, è naturale dovesse concedersi a questa, senza esser popolare, come l'*actio de positis et suspensis*. Il non facilmente poteva essere tolto da chi avesse riferito il § 13 all'*actio* stessa *de positis et suspensis*. A sostegno di questa congettura si potrebbe anche osservare, che, se è logico il dire di una azione prima che è penale e poi che è popolare, come si fa nel § 5 del nostro testo, è invece per lo meno superfluo il dire prima che è popolare e quindi soggiungere che è penale, perchè le azioni popolari sono una specie delle penali: nell'idea di azione penale non è implicita quella di azione popolare, ma in quella di azione popolare è implicita l'idea di azione penale.

(6) *Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem; habetur enim quod peti potest*. L. 143 de v. s., 50, 16. — *Creditorum accipere debemus, qui aliquam actionem habent*: l. 42, § 1, de o. et a., 44, 7. Confr. l. 14, § 1, de v. s.; l. 15, 204 de r. i.; l. 52 de a. r. d.; l. 11, de fidej.; l. 13 pr. ad l. Aquil.; l. 1, § 1, de Public.

che, mentre le altre azioni appartengono al patrimonio (1), e « *habetur quod peti potest* », ciò non si avvera per le azioni popolari; per queste non si è ancora creditore prima della contestazione della lite (2), esse fino allora non appartengono ancora ai *bona* (3). Il testo peraltro ha verosimilmente anche un significato più speciale. Esso è tratto dal lib. 41 di PAOLO *ad edictum*, cioè da un libro, in cui Paolo trattava dei principii generali della *bonorum possessio*. Esso dunque si riferisce probabilmente alla questione, se le azioni popolari possano esser calcolate tra i *bona*, in modo da essere comprese in un fedecommesso universale e da valer come arricchimento pel possessore dell'eredità nel caso di *hereditatis petitio*. Ciò poteva esser dubbio specialmente nei casi di diritti di preferenza ad un'azione popolare, e soprattutto quando il defunto aveva il massimo diritto, e dopo di lui veniva il possessore dell'eredità come parente o altrimenti. In tal caso, dice la l. 7, egli non può considerarsi come arricchito dall'eredità, perchè egli non ha l'azione « *jure hereditario* », ma, come dicono gli scolii dei Basilici, « *δικαίω δημοτικῶ* » (4). Vale adunque qui per chi sia possessore dell'eredità e attore, ciò che così viene espresso riguardo al *suus* che si astiene e ai creditori dell'eredità a proposito dell'*actio sep. viol.*:

*nec — hereditarios creditores timebit, cum, etsi per hereditatem obtigit haec actio, nihil tamen ex defuncti capiatur voluntate* (5). — *quia nihil ex bonis patris capit* (6).

Il risultato è dunque, che ciò, che si trova nelle Pandette circa le azioni popolari, non ci obbliga ad ammetterne la natura procuratoria. Noi perciò riguardo alle azioni popolari pretorie dobbiamo rimaner fermi nell'opinione fondata sul testo dell'editto pretorio, che cioè l'attore abbia in esse conservata per sé la somma ricavata dall'azione, e che esse fossero quindi azioni dei cittadini in nome proprio dirette alle relative pene (a).

Contro questo risultato si eleverà l'obbiezione, che in tal modo si costituisce una differenza tra le azioni popolari legali procuratorie, e le azioni popolari pretorie in nome proprio, la quale nelle fonti non si trova in alcun luogo; e che quindi o si dovrà ammettere nelle citate leggi delle pandette una incredibile ambiguità, o esse non si potranno applicare alle azioni popolari veramente procuratorie. La confutazione di questa obbiezione ci riconduce

(1) *Bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur*; l. 49, de verb. sign.

(2) L. 12 de v. s., più sopra pag. 146, nota 3.

(3) *Poenales actiones. — exceptis popularibus, in bonis actoris — computandae sunt —*; l. 32 pr. ad l. Falcid., 35, 2.

(4) Sch. 30 ai Bas., 60, 4, 5, p. 332.

(5) L. 10 de sepulcro violato, 47, 12.

(6) L. 20, § 5, de a. v. o. h., 29, 2.

(a) Non so come al nostro autore sia sfuggita l'importanza della l. 7, § 2, *de dolo malo*, 4, 3: *Pomponius autem, etiam si popularis actio sit, cessare de dolo ait actionem*. A me pare che questa legge sia una prova abbastanza forte a favore dell'opinione, che il provento delle azioni popolari andasse a vantaggio dell'attore, e che solo quelle azioni nelle quali ciò avveniva, ossia solo le pretorie, si chiamassero dai romani *populares*. Infatti in questo testo Pomponio ed Ulpiano, che lo cita e lo approva, non possono parlare che di azioni per le quali l'attore possa ottenere ciò, che altrimenti dovrebbe conseguire ricorrendo all'*actio de dolo*: confr. l. 7 pr. eod.: *Et eleganter Pomponius haec verba « alia actio non sit » sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit*. Se l'attore nell'*actio popularis* non ne avesse ritenuto per sé il provento, sarebbe stato assurdo di negargli l'*actio de dolo*.

alla questione più sopra proposta, se i romani abbiano veramente in generale designate quelle azioni legali, procuratorie per lo Stato o pei comuni, come *actiones populares*, e le abbiano poste accanto alle azioni popolari pretorie. Ciò si è presso di noi ammesso come indubitato da gran tempo, ma in fatto deve risolutamente rigettarsi dopo un più accurato esame.

Nulla veramente si oppone a che noi, con l'astrazione moderna, chiamiamo in generale *populares* tutte le azioni, che *quilibet ex populo* possa promuovere, e quindi le distinguiamo in due classi, in nome proprio, e procuratorie. Ma diversa è la questione, se anche i romani abbiano usato di questa generalizzazione. Egli è anzitutto così indubitato che l'espressione *popularis actio* si trova soltanto usata per le azioni pretorie, che non si ha neppure una testimonianza diretta, che si sieno così chiamate anche le azioni legali procuratorie. Nelle pandette, di tutte queste azioni se ne trova una sola, quella tratta dalla *lex Mamilia* nella l. 3 *de termino*, e per essa non si trova l'espressione *popularis actio*. Inoltre a favore della limitazione di questa espressione alle azioni pretorie sta il fatto, che non solo l'intero titolo *de popularibus actionibus* nei suoi 8 frammenti è tratto dai commentari all'editto, ma anche tutti gli altri frammenti delle pandette, nei quali sono nominate le azioni popolari, ad eccezione di due, che ne fanno cenno di passaggio, derivano tutti dai commentari all'editto (1). Se poi si pensa che le azioni popolari pretorie (e specialmente anche gl'interdetti popolari) erano senza dubbio molto più antiche della istituzione di quella, per così dire, popolare procura per lo Stato e i comuni, e che questa non ebbe in generale una grande estensione, essendo forse limitata ai rapporti amministrativi dei municipi e delle colonie, e dipoi, probabilmente assai presto venne anche meno quasi interamente, si può con ragione ammettere, che il concetto di azione popolare, il quale aveva ricevuto dal diritto pretorio la sua antica e certa significazione, non si estese tecnicamente mai a quelle azioni procuratorie. Per *actio* non s'intendeva il processo promosso, ma lo « *ius persequendi iudicio, quod sibi debetur* ». Si può dunque dire dell'attore nelle azioni popolari pretorie, che egli richiede « *quod ex populari causa sibi debetur* »; ma non già di colui che agisce come procuratore in forza del « *populo dare damnas esto* ». Il concetto di *actio* dunque non si conviene a quest'ultimo caso, e però non è certo senza ragione, che nella *lex Iulia municipalis* non viene mai adoperata per esso la parola *actio*, ma solo la parola *petitio*, che significa piuttosto la richiesta di fatto. Naturalmente nulla prova in contrario, il trovarsi adoperata l'inutile ripetizione di *actio petitio persecutio* nelle leggi municipali di Malaga e Salpensa (a). In ogni

(1) Quei due frammenti sono l. 32 pr. *ad Falc.* tratto da MAECIANUS, *lib. fideicom.*, e l. 56, § 3, *de fideiuss.* tratto da PAULUS, *lib. quaestionum*.

(a) Confr. *lex Malac.*, c. 58, 62, 67; *lex Salpens.*, c. 26. Una simile ripetizione si trova nella *lex Malacitana*, c. 65, anche in un caso del tutto diverso: « . . . *praedes socii heredesque eorum i(i)que, ad quos ea res pertinebit, de is rebus agere easque res petere persequi recte possit* ».

Nella *lex Coloniae Genetivae*, che è del buon tempo, si trovano cinque diverse formule. Nel c. 97 si trova: *eiusque pecuniae colonorum eius coloniae qui volet petitio esto*; nel c. 61 si dispone: . . . *eiusque pecuniae cui volet petitio. Huius quive iure dicundo praerit exactio indicatioque esto*; nel c. 73 si legge « . . . *eiusque pecuniae cui volet petitio persecutio exactioque esto*; nei c. 74, 75, 81, 82 (restituito), 92, 93, 97, 104: . . . *eiusque pecuniae cui volet petitio persecutioque . . . esto*; nei c. 125, 126, 128, 129, 130, 131, 132 si trova finalmente la frase più complicata: *eiusque pecuniae qui eorum volet recipatorio iudicio. . . actio petitio persecutioque ex hac lege ius potestasque esto*. A spiegare questa ultima lunghissima ripetizione, conviene rammentare che i c. 123-134 di questa *lex Coloniae*

modo le regole espresse nei commentari all'editto circa le azioni popolari si dovranno riferire soltanto alle azioni popolari derivate dagli editti e non già alle disposizioni delle leggi municipali, che sono simili a quelle sotto un solo aspetto.

*Genetivae* sono contenuti in una tavola assai differente dall'altre tre finora rinvenute anche per la forma della scrittura; sicchè si crede che sia molto più recente e forse posta in luogo di altra più antica, che si fosse guastata.

È notevole che il c. 104 di questa legge riproduce quasi a parola il c. 54 della *lex Mamilia*, ed ha tuttavia la ripetizione *petitio persecutioque* invece della semplice *petitio* di questa. Callistrato poi quando riferisce nella l. 3 pr. *de termino moto*, 47, 21 la disposizione del c. 55 della *lex Mamilia* usa le parole *actionem petitionem*. Confr. la nota 4 a pag. 135, del Bruns.

In una iscrizione sepolcrale da me più sopra citata nella nota 3 a pag. 113, è adoperata la parola *persecutio*.

Certo si è tuttavia che nella *lex Iulia municipalis*, come rettamente osserva lo stesso Bruns, è sempre (linea 19, 97, 107, 125, 141) adoperata nel nostro caso la sola parola *petitio*: la quale si trova anche nel testo della *lex Mamilia* c. 54.

Nei tempi più antichi sono pure talora menzionate insieme l'*actio*, la *petitio* e la *persecutio*, così nella stipulazione aquiliana: *... quarumque rerum mihi tecum actio quaeque abs te petitio vel adversus te persecutio est erit...* (vedi Inst. § 2, *quib. mod. obl. toll.*, 3, 29; l. 18, § 1, D. *de accept.*, 46, 4); nella *cautio amplius non peti* data dal procuratore: *... in stipulatione cavetur non petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio sit...* (vedi l. 23 D.; *Ratam rem*, 46, 8). Anche nella l. 49 D. *de v. s.*, 50, 16, Ulpiano nel definire l'espressione *bona* ci dice: *aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus*.

Papiniano ed Ulpiano stesso ci vogliono spiegare qual sia la differenza tra queste tre espressioni. Papiniano nella l. 28 *de obl. et act.*, 44, 7: *Actio in personam infertur: petitio in rem: persecutio in rem vel in personam rei persequendae gratia*. Ulpiano nella l. 178, § 2, *de v. s.*, 50, 16: « *Actionis* » *verbum est speciale est et generale. Nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit [petitio]: sed plerumque « actiones » personales solemus dicere. « Petitionis » autem verbo in rem actiones significari videntur. « Persecutionis » verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem.*

Come ognuno vede, le definizioni dei due giureconsulti si accordano circa le parole *actio* e *petitio*, ma non già circa la parola *persecutio*.

Non è facile il determinare quale delle due definizioni più si accosti al vero, e nemmeno si può dir con certezza che una delle due necessariamente debba essere giusta.

Il Mommsen nella sua opera sui *Diritti municipali di Malaga e Salpensa* (pag. 463, nota 15) riteneva che l'espressione tecnica per designare le azioni, delle quali qui ci occupiamo, fosse *actio*; ora invece nel suo *Diritto pubblico romano* (2ª ed., vol. I, pag. 178) vuole che fosse *petitio*, dicendo che *petere* era l'espressione tecnica per ogni azione civile *in personam*. Forse nè l'una nè l'altra di queste opinioni è esatta: la seconda poi è in flagrante contraddizione, almeno per ciò che riguarda la ragione addotta, con le leggi di Ulpiano e Papiniano citate or ora.

Non posso chiudere questa nota senza esporre l'importante opinione dal prof. Fridolino Eisele messa innanzi recentemente in un suo maestrevole libro, *Cognitur und Procuratur* (Freiburg und Tübingen 1881) [v. recens. a pag. 170]. Il dotto professore ritiene che le spiegazioni date dai due giureconsulti romani non meritino molta considerazione, perchè essi cercavano di render ragione di una diversità di significato tra quelle tre parole, la quale era propria di un tempo molto più antico. Ammettendo quelle spiegazioni, l'uso delle tre parole cumulativamente nelle leggi municipali, nella stipulazione aquiliana e in quella *amplius non petit* diventa assurdo. Di più sarebbe molto strano il trovare *petitio* in opposizione con *vindicatio*, come avviene in PAOLO, *Sent. rec.*, IV, 1, 18: *Ius omne*



Un dubbio forse potrebbe ancora nascere a causa dell'editto *de tabulis apertis*, poichè in quello il provento dell'azione vien diviso tra l'attore e lo Stato, e tuttavia l'azione è nominata *actio popularis*. Certo si ha qui un riavvicinamento a quello astratto concetto di azione popolare (1), che abbiamo più sopra accennato; ma quest'editto, come s'è già dimostrato, ha una natura tanto speciale e diversa dagli altri editti più antichi, che manifestamente non se ne può trarre alcuna conseguenza generale. Del resto la propria intima cagione dell'origine di queste diverse specie di azioni si potrà assegnare soltanto nella conclusione della presente memoria.

## VII.

La seconda categoria delle azioni popolari è formata dagli interdetti e dall'altre azioni a difesa della *res sacrae* e *publicae* e del loro pubblico uso.

I limiti di tale categoria sono in parte dubbi. Per determinarli conviene anzitutto riunire i vari casi, che vi si possono riferire.

Per le *res sacrae* ci è conservata nel suo testo solo la disposizione dello editto:

*In loco sacro facere inve eum immittere quid veto*, in forza della quale si dava un interdetto proibitorio (2). Ma si formò tuttavia anche un interdetto restitutorio « *ut, quod factum est restituatur* » (3).

Relativamente alle *res publicae* sono da distinguere anzitutto gli interdetti speciali per determinate categorie di cose, e quelli più generali per tutte le *res publicae*.

*fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit*: e il trovare in CICERONE, *Pro Q. Roscio*, § 4, 5, 7, 10, 13, 14, 16, ecc., tecnicamente usata la frase *pecuniam petere* ecc.

Ogni contraddizione invece svanisce se si ammette che la distinzione tra le varie parole nacque al tempo delle *legis actiones*, e che *actio* indichi l'azione prima della contestazione della lite, *petitio* l'azione durante la procedura in *judicio* (confr. l. 15 D. *rat. rem.*, 46, 8), *persecutio* il periodo dell'esecuzione. Così s'intende bene perchè Gallo Aquilio abbia creduto necessario d'introdurre tutti e tre questi termini nella sua formula, e perchè questa sia passata in altre stipulazioni e sia diventata tradizionale in modo da essere accolta nelle leggi. Così s'intende pure perchè GAI, IV, 94, chiami per la prima volta *petitor* l'attore nella *rei vindicatio*, quando già è stata fatta la *stipulatio pro praede litis vindictiarum*, la quale supponeva che già avesse avuto luogo l'antica attribuzione delle *vindictae* ad uno dei litiganti.

Confr. EISELE, *op. cit.*, § 8 e 9; specialmente quest'ultimo paragrafo.

Io non posso fermarmi ad esaminare quest'opinione, nè a proporre alcune gravi obiezioni in contrario. Non ho voluto tuttavia che essa passasse inosservata in Italia, dove pur troppo i libri come quelli dell'Eisele corrono rischio di avere un numero molto scarso di lettori.

(1) Lo stesso dicasi dell'espressione *popularis exceptio*, in *Vat. fr.*, 266, e *popularis accusatio* invece di *publica accusatio* nella l. 20 C. *Theod. de exaction.*, 11, 7.

(2) L. 1 pr. D. *Ne quid fiat in loco sacro*, 43, 6.

(3) L. 2, § 1, *de interdicitis*, 43, 1; l. 2, § 19 D. 43, 8. Gli interdetti per la *res religiosae* nominati nel primo di questi testi, ossia il *de mortuo inferendo* e il *de sepulchro aedificando*, non appartengono in nessun caso agli interdetti popolari. Confr. D. 11, 8.

A. Si danno interdetti speciali:

I. per le vie pubbliche (*viae* e *itinera*), e cioè:

1. Per l'illecito *facere* e *immittere* in esse:

a) un interdetto proibitorio per vietarlo (1);

b) uno restitutorio per ristabilire le cose in pristino, se i fatti sono già avvenuti (2);

2. Per gl'impedimenti frapposti alle riparazioni di esse, uno proibitorio (3);

3. Per gl'impedimenti al loro uso, uno proibitorio (4).

II. per i fiumi pubblici e le rive dei fiumi in modo del tutto analogo:

1. Per le opere illecite:

a) contro gli impedimenti alla navigazione:

a) uno proibitorio (5),

b) uno restitutorio (6);

b) contro l'alterazione del corso dell'acqua:

a) uno proibitorio (7),

b) uno restitutorio (8);

2. Per gli impedimenti alle riparazioni, uno proibitorio (9);

3. Per gli impedimenti all'uso, uno proibitorio (10).

III. per le cloache pubbliche, solo in caso di opere illecite, uno proibitorio ed uno restitutorio, che nell'editto sono insieme congiunti (11).

B. Azioni generali per le *res publicae* sono le seguenti:

1. Un interdetto proibitorio per le opere fatte sul suolo pubblico, a danno di un privato (12);

(1) « *In via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto* ». l. 2, § 20, *ne quid in loco publ.*, 43, 8.

(2) « *Quod in via publica itinereve publico factum immisum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas* ». l. 2, § 35, *eod. tit.*

(3) « *Quominus illi viam publicam iterve publicum aperire, reficere liceat, — vim fieri veto* », l. 1 pr. *de via publ.*, 43, 11.

(4) « *Quominus illi via publica itinereve publico ire agere liceat, vim fieri veto* »; l. 2, § 45, *Ne quid in loco publ.*, 43, 8.

(5) « *Ne quid in flumine publico ripave eius facias — immittas, quo statio iterve navigio deterius sit fiat* »; l. 1 pr. *de fluminibus*, 43, 12.

(6) « *Quod in flumine publico ripave eius fiat, sive — immisum habes, quo statio — deterius sit fiat, restituas* »; l. 1, § 19, *eod. tit.*

(7) « *In flumine publico inve ripa eius facere aut — immittere, quo eliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto* »; l. 1 pr. *Ne quid in flum.*, 43, 13.

(8) « *Quod in flumen publico ripave eius factum sive — immisum habes, si ob id aliter aqua fluit, — restituas* » l. 1, § 11, *eod. tit.*

(9) « *Quominus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae agrive, qui circa ripam est, tuendi causa, liceat — vim fieri veto* »; l. 1 pr. *de ripa mun.*, 43, 15.

(10) « *Quominus illi in flumine publico navem ratem agere — liceat, vim fieri veto* »; l. 1 pr. *Ut in flum.*, 43, 14.

(11) « *Quod in cloaca publica factum sive immisum habes, quod usus eius deterius sit fiat, restituas. Item ne quid fiat immittaturve, interdiciam* »; l. 1, § 15, *de cloacis*, 43, 23. Confr. SCHMIDT nella *Riv. per la scienza stor. del dir.*, vol. 15, pag. 58-76.

(12) « *Ne quid in loco publico facias — immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam etc.* »; l. 2 pr. *Ne quid in loco*, 43, 8. Nella l. 6, *eod.*, si dice « *quod damnum privato detur* ».



2. l'actio de mortuo illato, se « in locum publicis usibus destinatum intulerit quis mortuum » (1);

3. l'operis novi nuntiatio. Questa ha luogo anche « publici iuris tuendi gratia », e in tal modo, che « si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nuntiare possunt » (2). Che lo stesso principio si applichi anche allo interdictum quod vi aut clam, non è detto in alcun luogo (3);

4. finalmente deve ricordarsi anche la generale espressione di Pomponio nella l. 1 de locis publicis, 43, 7:

*Cuilibet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat, veluti vias publicas, itinera publica, et ideo quolibet postulante de his interdictum est.*

La prima questione, che ci si presenta, è, se e fino a qual punto debbano in tutti questi casi riconoscersi azioni popolari? L'espressa denominazione di interdictum popolare si trova soltanto in un caso, cioè per l'interdetto proibitorio contro le opere imprese sulla pubblica via (4). Peraltro si legge a proposito dell'interdetto proibitorio contro l'alterazione del corso delle acque:

*hoc interdictum cuivis ex populo competit* (5);

dell'interdetto per la riparazione delle vie:

*interdictum hoc — dabitur omnibus* (6);

dell'operis novi nuntiatio:

*omnes cives nuntiare possunt;*

e nel testo di Pomponio:

*Cuilibet in publicum petere permittendum est — quolibet postulante interdictur.*

Se si ammettesse l'analogia delle azioni popolari penali, anche qui non si potrebbe trovare un'azione popolare, se non in quei casi, in cui un fatto per sè stesso, come tale, dà luogo ad un'azione per ogni cittadino; non già quando un fatto, come tale, dà luogo ad una azione soltanto per una determinata persona, senonchè, potendo esso accadere ad ogni persona, può per chiunque dar luogo all'azione. Si dovrebbe dunque ammettere un'azione popolare soltanto:

1. negli 8 interdetti contro le opere fatte nelle vie, nei fiumi e nelle cloache;

2. nell'actio de mortuo illato;

3. nell'operis novi nuntiatio;

e non già:

1. nei due interdetti contro gl'impedimenti alle riparazioni delle vie

(1) L. 8, § 2, de religiosis, 11, 7.

(2) L. 1, § 16; l. 3 § 4, de o. n. n., 39, 1. Confr. SCHMIDT, *Procedura degli interdetti (Interdictenverfahren)*, pag. 132, n. 17.

(3) L'interdetto ha luogo anche per un « opus in loco publico », ma però solo per interesse privato, in modo simile all'interdetto *ne quid in loco publico*; l. 3, § 4; l. 5, § 4; l. 11, § 1; l. 20, § 5, *quod vi.*, 43, 26. Confr. Franke nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. 22, pag. 389-394; SCHMIDT, *Interdetti*, pag. 131, n. 17.

(4) L. 2, § 34, *Ne quid in loco publ.*, 43, 8.

(5) L. 1, § 9, *Ne qui in flum.*, 43, 13.

(6) L. 1, § 3, *de via publ.*, 43, 11. Non contraddice ciò che si legge della riparazione delle rive dei fiumi nella l. 1, § 4, *de ripa*, 43, 15, « *dabitur satis vicinis* »; poichè questo *dabitur* non si riferisce all'interdetto, ma alla *satis dato* menzionata nel § 3.

e delle rive dei fiumi; poichè non li può esercitare, se non colui che ha effettivamente voluto fare le riparazioni e ne è stato impedito (1);

2. nei due interdetti contro gli impedimenti all'uso delle vie e dei fiumi; poichè non li può proporre se non colui, che ha voluto effettivamente usarne e ne è stato impedito;

3. nell'interdetto « *ne quid facias in loco publico, quo damnum privato detur* »; poichè lo può proporre solo chi soffre il danno effettivamente.

Tuttavia l'esclusione di queste tre specie d'interdetti dalla categoria delle azioni popolari non è scevra di ogni dubbio; così lo Schmidt (2) vi comprende almeno la prima specie, l'Heimbach e il Geib (3) anche la terza, e lo Jhering (4) tutte tre.

Nella prima specie, quella degli interdetti a tutela delle riparazioni, la azione, anche se compete solo a chi viene impedito, si fonda però sopra un diritto generale dei cittadini ed è introdotta, almeno principalmente, *iuris publici tuendi gratia*. Si potrebbe dunque dire che il diritto è in questo caso popolare, sebbene l'azione compete sempre ad un solo individuo. Ma i romani, com'è noto, non tengono conto della differenza tra diritto e azione, specialmente poi nelle azioni pretorie, ed è quindi abbastanza verosimile che nell'espressione « *hoc interdictum omnibus datur* » essi abbiano avuto in mente l'idea delle azioni popolari (5).

I due interdetti per l'impedimento dell'uso servono propriamente soltanto all'interesse privato di chi è impedito, non al pubblico, ma tuttavia anch'essi non sono fondati sopra un diritto privato, ma sopra un diritto generale dei cittadini, sopra un diritto popolare (6), com'è detto nella l. 2, § 2, *Ne quid in loco*:

*Loca publica privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque.*

Essi possono anche in certe circostanze servire ottimamente all'interesse pubblico, p. es. quando alcuno impedisca a tutti senza distinzione l'uso di una via o d'un fiume, ed un altro agisca facendo valere il diritto generale, ed assicuri così a tutti quel diritto mediante il giudizio proposto. È dunque perciò possibile anche qui il concetto dell'azione popolare.

Assai lontano da questo è l'interdetto « *ne quid in loco publico facias quo damnum privato detur* ».

Si tratta di una causa meramente privata, ma tuttavia anche per questa si dice nella l. 2. § 2:

*Tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc (interdictum) prospicitur, — et tantum iuris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet.*

(1) Poichè occorre appena notare che nel « *Quominus illi — reficere liceat* » per quell'ille deve intendersi l'attore e non un terzo. Basta ricordare « *Unde tu illum dejecisti* ».

(2) *La procedura interdittale*, pag. 131, 136.

(3) HEIMBACH nel *Lessico giuridico (Rechtslex.)*, vol. 5, pag. 592; GEIB, *Diritto penale*, vol. 1, pag. 71.

(4) *Spirito del diritto romano (Geist des röm. Rechts)*, vol. I, pag. 201 sez. (2ª ed.); la lite tra Basilea città e Basilea campagna (*Der Streit zwischen Basel-Stadt und Basel-Land*), pag. 39.

(5) I Bas. 58, 8, 12, dicono qui precisamente come nel c. 7 per l'int. de viis: « τούτο τὸ παράγγελμα — δημοσίον ἐστι ».

(6) Gli scolii dei Basilici hanno l'espressione *δικαιον δημοτικόν* accanto ad *ἀγωγὴ δημοτικὴ*; *Schol. 30. Bas.*, 60, 4, 5.

Il diritto di « *quilibet ex populo* » di proibire nel pubblico interesse le private appropriazioni del suolo pubblico, è dunque anche qui riguardato come il vero e proprio fondamento dell'interdetto.

Cionostante si dovranno pure eliminare tutte queste tre specie dal vero concetto tecnico e pratico delle azioni popolari e dai loro principii regolatori; esse sono tutt'al più azioni popolari in senso lato. Che per esse possa sempre costituirsi un procuratore, è conseguenza dell'aver sempre luogo in esse un interesse privato, ed è espressamente detto per il terzo interdetto nella l. 6 *eod. tit.*; così pure possono sempre promuovere tali interdetti anche le donne e i pupilli, anzi certamente anche gl'infami; inoltre io almeno non vedo alcuna intrinseca ragione per escludere in essi la successione; non può esser parola di concorrenza di più attori e di privilegi ed elezione tra di essi (1); perciò finalmente anche l'*exceptio rei iudicatae* ha qui luogo tal quale come nelle azioni private.

La questione principale è ora anche qui, come per le azioni popolari penali, se gli interdetti popolari fossero azioni procuratorie a nome dello Stato, o se l'attore agisse pel proprio vantaggio. La questione naturalmente può essere proposta soltanto per gli interdetti popolari propri, per gli altri non si può pensare a natura procuratoria a causa dello stesso loro contenuto. La questione peraltro, anche riguardo ai primi, si presenta sotto un aspetto alquanto diverso, che rispetto alle azioni penali; in parte perchè qui non si tratta di pene, ma di determinate conseguenze materiali, in parte a causa delle particolarità della procedura interdittale, almeno nel più antico diritto romano.

Nelle fonti non troviamo circa il risultato degli interdetti popolari nullo altro, che due disposizioni riguardanti gli interdetti contro le opere imprese nelle pubbliche vie, cioè per l'interdetto proibitorio:

*Hoc interdictum — populare est condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit* (2);

per il restitutorio:

— *condemnatio ex eo facienda est, quanti actoris intersit tolli quod factum est* (3).

Precisamente lo stesso si dice riguardo all'interdetto impropriamente popolare per le riparazioni della via:

*Interdictum hoc dabitur omnibus, — et habet condemnationem in id, quod actoris intererit* (4).

Come si deve intender ciò? Poteva forse, in tutti i casi, agir sempre soltanto colui che aveva un interesse privato nella causa? Che di fatto ordinariamente agissero solo tali persone, si può facilmente ammettere. Ma le altre, che volevano agire solo per patriottismo e nel pubblico interesse, erano forse giuridicamente escluse, almeno in quanto non potessero ottenere alcuna condanna del convenuto? In che consiste allora la natura popolare e il potere agire « *quivis ex populo?* ». Significa ciò forse solo *quivis, cuius interest?*

La risposta non si può ricavare, se non dall'antica procedura interdittale. Questa, com'è noto, per tutti gli interdetti in genere consisteva sempre in un

(1) Tutt'al più, se parecchi vogliono fare la medesima riparazione, si può applicare la l. 2 *de popul.*, 47, 23: « *Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem* ».

(2) L. 2, § 34, *Ne quid in loco publ.*, 43, 8.

(3) L. 2, § 44, *eod. tit.*

(4) L. 1, § 3, *de via publica*, 43, 11.

processo per *sponsionem* (1). Il pretore a richiesta dell'attore emanava il suo interdetto, che per gli interdetti popolari era sempre semplice, o proibitorio, o restitutorio. Se allora il convenuto negava la giustizia di questo e non vi si conformava, le parti su questo punto conchiudevano una *sponsio con restipulatio* penale, e quindi si agiva in forza di queste da ambo le parti, e il soccombente era condannato al pagamento della pena.

Sino a questo punto è chiaro che negli interdetti popolari era del tutto indifferente, se l'attore avesse o no un interesse privato nell'azione. Egli poteva, tanto nell'un caso quanto nell'altro, fare la sponsione penale. La differenza era solo in ciò, che nel primo caso in certe circostanze l'ammontare della sponsione poteva determinarsi secondo l'interesse, ed allora la pena comprendeva implicitamente il risarcimento dei danni (2).

Così pure non può andar soggetto a dubbio, che l'attore in tutt'e due i casi doveva fare la sponsione in nome proprio e non in nome del popolo, e che quindi l'azione, che ne derivava, doveva competere a lui e non al popolo. Che poi egli avesse dovuto consegnare al popolo la somma penale, quando l'avesse vinta, sarebbe una supposizione affatto infondata. Come il popolo non gli rimborsava punto la pena della restipulazione, s'egli perdeva il processo, così non poteva punto richiedergli il guadagno della sponsione penale.

Con questa pena della sponsione in parecchi casi era terminato l'intero processo, così specialmente nel caso degli interdetti proibitori, se si trattava solo di un divieto per l'avvenire, come p. es. per le riparazioni impedito per opere appena incominciate. In tutti gli interdetti restitutori invece, il punto principale, ossia l'effettivo ristabilimento delle cose in pristino stato, doveva ancora seguire; le sponsioni non formavano che una questione pregiudiziale a tal fine. Lo stesso dicasi degli interdetti proibitori, se dopo l'*interdictum redditum*, ossia dopo l'emanazione dell'interdetto pretorio, malgrado il divieto l'opera era stata fatta (3).

In qual modo si sia eseguita questa restituzione delle cose in pristino nei tempi più antichi, se direttamente in forza dell'*imperium* del pretore e perciò con una specie di esecuzione effettiva in natura, o mediante nuove sponsioni, o altrimenti, è questione che si può qui lasciare insoluta (4). Più tardi certamente si adoperò il così detto *iudicium secutorium* (5). Questo si fondava sempre sopra una *formula arbitraria*, cioè il *iudex* riceveva dal pretore l'ordine d'imporre al convenuto la restituzione reale, e, in caso d'inadempimento, di pronunciare una *condemnatio quanti actoris interest* (6). Ma qui sorge la questione: che avveniva

(1) La procedura *sine periculo* colla *petitio arbitri* negli interdetti restitutori (GAI., 4, 141, 161-165), è senza dubbio una modificazione posteriore; SCHMIDT, (*op. cit.* a pag. 153, nota 10), pag. 262 segg.; WITTE, *Interd. uti possid.*, pag. 3.

(2) WITTE, *op. cit.* nella nota prec., pag. 14, si oppone a ciò, perchè avrebbe presupposto una troppo lunga indagine circa l'ammontare dell'interesse, ma poichè si trattava insieme di una pena, bastava anche un'approssimativa estimazione dell'interesse.

(3) — « *si quid post interdictum redditum fuerit factum, coercebitur* »; l. 1, § 12, *Ne quid in flum.*, 43, 13.

(4) Confr. WITTE (*op. cit.* sopra, nella nota 1), pag. 10-19.

(5) — *dicitur — hoc iudicium secutorium, quod sequitur sponsionis victoriam*, GAI., 4, 169.

(6) SCHMIDT (*op. cit.* a pag. 154, nota 2), pag. 253-260. La stessa importanza e procedura ha pure naturalmente l'*arbitraria actio*, che ha luogo negli interdetti restitutori, quando la procedura è condotta *sine periculo*.



1. se il convenuto nonostante il comando non restituiva le cose nel pristino stato, ma si lasciava condannare e pagava?

2. se l'attore non aveva alcun interesse, a che poteva esser condannato il convenuto?

Anche nel primo caso l'interesse pubblico non poteva dirsi soddisfatto colla indennità ricevuta dall'attore, ma richiedeva necessariamente l'effettiva distruzione dell'opera illecita. È notevole che le nostre fonti non ci danno alcuna diretta risposta a questa questione.

Il migliore espediente secondo le idee moderne sarebbe stato quello della esecuzione materiale ordinata dal pretore. Non pare però che essa fosse conforme alle idee romane. Più volte essa è stata sostenuta presso di noi (1). Ma i testi che si citano in appoggio, non provano nulla. La l. 68 *de r. v.* secondo la quale nelle rivendicazioni e in tutte l'altre azioni e interdetti *ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur*, sempre *siquidem habeat rem (reus), manu militari ab eo possessio auferitur*, prescindendo dalla sua età e dai dubbi circa la sua integrità, parla soltanto del ritogliere le cose, e manifestamente non se ne può senz'altro trar conseguenza per l'applicazione della *manus militaris* ad un *facere*, qual è la distruzione di opere artificiali nelle vie o nei fiumi. La l. 7 *Ne quid in loco publico*, e la l. 1, § 12 *Ne quid in flumine* dicono poi soltanto, che se il convenuto in un interdetto proibitorio *post interdictum redditum*, nonostante il divieto, abbia fatta l'opera, egli deve distruggerla. Ma del come egli venga a ciò costretto o se il pretore stesso il faccia fare, non ve n'è parola alcuna. All'ammissione di siffatta esecuzione non solo si oppone il principio generale della *condemnatio pecuniaria*, ma specialmente anche un testo, del quale finora non si è tenuto conto nella presente questione, la l. 3, § 13, *de homine libero exhibendo*, 43, 29.

Si potrebbe ben pensare che, nell'interdetto diretto alla esibizione di un uomo libero trattenuto prigioniero, la costui liberazione *manu militari* dovesse essere particolarmente favorita; poichè l'interdetto è ordinato « *tuendae libertatis causa ne homin esliberi retineantur a quoquam* »; e che giova al prigioniero il pagamento della somma della condanna all'attore? Tuttavia qui si dice semplicemente:

*Si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre, quam nominem exhibere, non est iniquum, saepius in eum interdicto experiri, vel eidem sine exceptione, vel alii.*

Se l'avversione contro l'esecuzione forzata giungeva sino al punto, da far preferire di domare il convenuto con ripetute azioni, anzichè liberare con la forza il prigioniero, si dovrà pure andar cauti nell'ammettere quell'esecuzione negli interdetti popolari per le vie ed i fiumi, tanto più che in questi casi concorrono anche alcune altre ragioni.

Gli interdetti popolari per le vie, secondo la l. 2, § 24, *Ne quid in loco publico*, si riferivano in generale soltanto alle *viae rusticae* e non alle *viae urbanae*, « *harum enim cura pertinet ad magistratus* » ossia queste erano sotto a tutela della polizia o amministrazione, la quale si estendeva, almeno per la città di Roma, anche fino al raggio di un miglio intorno a Roma (1).

Lo stesso doveva accadere riguardo ai fiumi, specialmente riguardo al Tevere entro la città di Roma, ed è poco supponibile che le grandi vie dello

(1) Così: SCHMIDT nella *Riv. per la scienza stor. del dir.*, vol. 15, pag. 69-72; *Procedura interdittale*, pag. 135; WITTE (*op. cit.* a pag. 157, nota 1), pag. 10 segg.

(2) — *viae in urbem Romam, propiusve u(rbem) R(omam) p(assu) M.* — *Lex Iul. mun.*, c. 2, C. I. L., n. 206, MOMMSEN nel *Corp. inscr.*, I, pag. 94.

Stato, le *viae consulares* e *regiae*, fossero abbandonate alla incerta tutela degli interdetti popolari e specialmente al diritto popolare di riparazione (a). Per *viae rusticae* debbono dunque intendersi le vie vicinali meno importanti, ed a queste manifestamente si riferiscono anche tutti gli esempi, che si trovano nelle Pandette, quando vi si parla di selciare le vie, o di ararle, impaludarle, dissodarle, restringerle ecc.

Ora s'intende bene ch'era impossibile al pretore di imprendere l'esecuzione di tutte le riparazioni, in parte in luoghi lontanissimi da Roma. Invece il sistema della cauzione indiretta mediante le condanne pecuniarie era qui conveniente in modo speciale e corrispondente ai rapporti romani. Che oltre a ciò i magistrati amministrativi potessero esercitare il loro potere amministrativo, fin dove questo si estendeva, è cosa che s'intende da sè, ma che è da distinguere bene dai risultati della procedura degli interdetti, come già lo stesso Schmidt ha osservato.

Solo questo si potrà ammettere, che, se il convenuto non si sottometteva all'*arbitrus iudicis*, l'attore stesso poteva distruggere le opere e quindi comprendere nella condanna, come interesse suo, le spese sostenute. Così si otterrebbe l'oggetto della condanna anche in quei casi, in cui alcuno avesse adoperato l'interdetto per puro patriottismo senza privato interesse. Veramente questo modo di risolvere la questione non è mentovato espressamente. Ma nel § 31, *Inst. de actionibus* 4, 6 si dice delle *actiones arbitariae* in generale:

*In his enim actionibus — permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

E certamente la più naturale *satisfactio* era, che, se il convenuto non distruggeva da sè l'opera fatta, l'attore lo potesse fare, e il convenuto fosse poi condannato nelle spese. Nel caso che si fosse applicata l'esecuzione materiale il convenuto avrebbe dovuto ugualmente pagarne le spese. Che l'attore avesse diritto a compiere tale distruzione è in ogni modo fuor di dubbio, poichè essa costituisce sempre un ristabilimento dello stato primitivo, ed a ciò ognuno aveva un diritto popolare e a tutela di questo gli interdetti popolari *de reficiendo*. Così si dice nella l. 3, § 40, *Ne quid in loco publico* che se una via viene ingombrata da un albero abbattuto, si può agire contro il proprietario di questo coll'interdetto restitutorio, perchè lo tolga via; s'egli abbandona l'albero, questo interdetto vien meno, ma tuttavia l'attore può almeno ottenere coll'interdetto *de via reficienda* di poter toglier via l'albero a proprie spese. Può credersi dunque mai, che, se nel primo caso il convenuto, malgrado l'interdetto e l'*arbitratus iudicis*, non toglieva l'albero, l'attore non avesse il diritto di toglierlo a spese del convenuto? Similmente nella l. 2, § 43 *eod. tit.* a proposito dell'interdetto restitutorio si fa la generale distinzione: se il convenuto ha fatta egli stesso l'opera illecita « *ipse suis sumptibus debet restituere* », s'egli ne è solamente possessore « *patientiam solam eum praestare* ». Il diritto quindi dell'attore di toglier via a spese del convenuto l'opera illegittima apparisce come una via di mezzo, che si doveva quasi ne-

(a) A conferma di quanto il Bruns scrive in questo luogo si può riferire il seguente passo di SICULO FLACCO, *De condicionibus agrorum* (nella raccolta *Die Schriften der römischen Feldmesser*, Berlin 1848, vol. I, *Gromatici veteres ex recensione C. Lachmanni*, pag. 146): *Quorum (i. e. viarum) tamen non omnium una eademque est condicio. Nam sunt viae publicae, [regales,] quae publice muniuntur et auctorum nomina optinent. Nam et curatores accipiunt, et per redemptores muniuntur etc.*



cessariamente ammettere, se il convenuto malgrado l'*arbitratus* tralasciava o negava di restituire le cose nel pristino stato.

Se si concepisce in questo modo l'antica procedura, si spiega da sè la figura che gli interdetti ci presentano nelle Pandette. Le sponsioni sono venute meno, l'*actio arbitraria* è rimasta, e con essa la *condemnatio, quanti actoris interest*. È possibile che nei tempi seguenti, e specialmente nei bizantini, l'esecuzione reale sia diventata più frequente anche in questi rapporti, come negli altri. Ma sicuramente allora pure la condanna era diretta a toglier via l'opera, la richiesta dell'esecuzione era fatta, come negli altri casi, e condotta innanzi dall'attore, e in questo modo era reso possibile l'esercizio popolare dell'azione anche senza interesse privato. Tuttavia non si trova specialmente dichiarato e neppure accennato in alcun luogo che tali mutamenti sieno accaduti. I Basilici ripetono ancora l'antica *condemnatio, quanti actoris interest* (1).

Checchè sia di ciò, è però chiaro oramai, che gli interdetti popolari hanno il carattere popolare nello stesso modo, che le azioni popolari penali; che anch'essi formalmente non sono azioni procuratorie a nome dello Stato, ma che l'attore in essi come in quelle, agisce formalmente in proprio nome e non come procuratore, quantunque agisca nell'interesse pubblico, e quindi ogni profitto pecuniario ricavato dall'azione compete a lui e non allo Stato.

Più dubbio potrebbe essere il caso dell'*operis novi nuntiatio*, perchè nella l. 8, § 3, de o. n. n. 39, 1 si dice:

*Quod si nuntiavero tibi ne quid contra leges in loco publico facias, promittere debebis, quoniam de eo opere alieno iure contendo, non meo, et tamquam alieni iuris petitor repromissione contentus esse debeo.*

Tuttavia appunto questa limitazione alla *repromissio* invece della *satisfactio*, dimostra che il denunciante non è trattato come procuratore; poichè questi può secondo la l. 5, § 18, 20, eod. chiedere la *satisfactio*, e deve in cambio prestare la *cautio rati*, che il denunciante popolare non è tenuto a prestare. La vera ragione di quella limitazione è controversa. Il Rudorff pensa, « che si possa esigere una cauzione materiale, solo quando si faccia valere un diritto patrimoniale materiale, non già quando si faccia valere soltanto un diritto pubblico » (2). Quest'ultimo dunque sarebbe trattato peggio del primo. Ma secondo la l. 20, § 13, eod. il rapporto tra essi era precisamente il contrario. La *satisfactio* dava diritto di continuare a edificare, ciò non doveva accadere nei luoghi pubblici, « *neque enim permittendum est, in publico aedificare priusquam appareat, quo iure quis aedificet* ».

### VIII.

Presso i romani il concetto di *actio popularis* è rimasto sempre limitato alle due specie di azioni fin qui esaminate, ossia alle azioni popolari penali pretorie, e agli interdetti popolari per le *res publicae*.

Il carattere particolare di entrambe le specie non consiste soltanto nella soggettiva generalità del diritto ad agire; ma anche oggettivamente in ciò, che esse secondo il loro proprio fine legislativo sono state introdotte a tutela dell'interesse pubblico (*iuris publici tuendi gratia, ius suum populo tuentur*), ma che tuttavia nella loro concreta esplicazione sono *actiones*, ossia azioni private, le quali dalla lite contestata in poi appartengono al patrimonio del-

(1) Bas., 58, 8, c. 7, 12.

(2) *Annali del diritto comune tedesco (Jahrbuch des gem. deutschen Rechts)*, IV, p. 145.

l'attore, cosicchè la condanna è tutta a favore dell'attore ed a lui solo reca immediato vantaggio.

Ai nostri giorni, partendo da quella astrazione, di cui s'è toccato più sopra, si è esteso il concetto a tutte le azioni, che *quilibet ex populo* può esercitare, e quindi vi si sono comprese anche le azioni seguenti (1):

l'*assertio in libertatem*,

l'azione *de collusione detegenda*,

l'*interdictum de homine libero exhibendo*,

l'*accusatio suspecti tutoris*,

l'azione pei legati *ad pias causas*,

l'azione per la restituzione dei debiti di giuoco.

S'è già osservato più sopra, che nulla si oppone a formare un tale largo ed astratto concetto dell'azione popolare e a servirsene per l'attuale teoria, ma che è inammissibile di introdurre questo concetto nei testi romani relativi all'*actio popularis*, e di volere stabilire una sola e generale teoria delle azioni popolari per tutti quei casi in tal modo congiunti. Tutt'al più si possono generalizzare le disposizioni riguardanti la persona dell'attore, la sua capacità e scelta tra più concorrenti.

Ciò deve dirsi anche delle azioni sopra mentovate.

Esse hanno, è vero, più o meno somiglianza con le azioni popolari pretorie, ma niuna tuttavia si fonda pienamente sopra i principii, che abbiamo riconosciuti per queste, e sono anzi essenzialmente diverse così tra di loro, come paragonate alle azioni popolari pretorie. I romani perciò non solo non le hanno mai designate come *actiones populares*, ma non si sono neppure giovati mai dell'analogia loro con le azioni popolari. Persino per l'interdetto *de homine libero exhibendo* non è applicata l'analogia di queste, ma solo delle pubbliche accuse criminali (2). Lo stesso dicasi dell'*accusatio suspecti* (3).

In particolare poi:

1) nell'*assertio in libertatem* l'*assertor* anticamente non era che un assistente e rappresentante di colui, che in *libertatem proclamat*, e poteva quindi presentarsi soltanto secondo la costui elezione o almeno col consenso di lui. Più tardi peraltro i pretori ammisero all'*assertio* i parenti di colui, che doveva liberarsi, anche contro la volontà di lui, perchè avevano interesse alla liberazione (4), e Gaio (5) fa su ciò quest'osservazione:

*Benignius autem hoc persequendum est, ut, si furiosus aut infans est, qui in servitatem trahitur, non solum necessariis personis, sed etiam extraneis hoc permittatur.*

Si ha dunque qui una specie di diritto popolare ad agire, ma, come si vede, propriamente solo una rappresentanza popolare di colui, che si deve liberare; non si tratta di un diritto d'agire in proprio nome nell'interesse pubblico.

2) Relativamente all'*interdictum de homine libero exhibendo* è detto nella l. 3, § 9, 43, 29:

*Hoc interdictum omnibus competit: nemo enim prohibendus est libertati favere* (6).

(1) Vedi, per es., KELLER, *Procedura civile*, § 92.

(2) L. 2, § 11, 13, de hom. lib. exh., 43, 29.

(3) L. 1, § 6, de suspectis tut., 26, 10.

(4) L. 1-5, de liberali causa, 40, 12.

(5) L. 6, h. t.

(6) Similmente nella l. 1, § 1, h. t.: *Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam.*

Anche qui dunque si ha un'azione competente ad ognuno, non però nell'interesse dello Stato, ma nell'interesse di colui, che deve liberarsi, quindi non un'azione, *quae populo ius suum tuetur*. Si potrebbe forse dire, che è interesse pubblico, che gli uomini liberi non sieno tenuti prigionieri. Tuttavia l'interdetto non si fonda su questa considerazione; piuttosto a tutela dell'interesse pubblico secondo la l. 3 pr. h. t. serve la pena della *lex Fabia*, la quale sta indipendente allato dell'interdetto. Appunto perciò nell'interdetto, per le questioni circa la capacità dell'attore e l'applicazione dell'*exceptio rei iudicatae*, nella l. 3, § 10-13, h. t., come s'è già notato, non si applicano i principii o anche la semplice analogia delle azioni popolari, ma bensì quelli delle accuse criminali.

Del resto però la questione, se l'attore conservi per sè stesso il profitto pecuniario ricavato dall'azione, può qui anche meno che per le azioni popolari andar soggetta a dubbio. Manca in questo caso qualunque appiglio per pensare ad una procura per lo Stato. Nè la sponsione penale, nè la condanna in forza della *formula arbitraria* o del *iudicium secutorium* possono qui competere ad altri che all'attore. Una condanna al *quantum interest* sarà qui il più delle volte assai difficile a liquidare, ma che i romani la ritenessero possibile, ce lo dimostra la l. 3, § 13, h. t.:

*Si condemnatus malis litis aestimationem sufferre, quam hominem exhibere, non est iniquum, saepius in eum interdicto experiri, vel eidem sine exceptione vel alii.*

3) L'azione *de collusione detegenda* aveva luogo, quando schiavi o liberti mediante collusione coi loro antichi padroni erano dichiarati ingenui (1). Essa si avvicina tanto alle azioni popolari, che non solo può essere esercitata da chiunque, ma è anche introdotta puramente nel pubblico interesse, « *ne dominorum erga servos nimia indulgentia inquinaret amplissimum ordinem* ». Tuttavia essa non è veramente un'azione per sè stante, ma piuttosto un mezzo di promuovere una *extraordinaria cognitio* per la rescissione della prima sentenza d'ingenuità. Certo, se alcuno scopre la collusione relativa ad uno schiavo, lo schiavo deve essergli aggiudicato in premio; questo però non è il vero oggetto dell'azione, ma piuttosto un premio in seguito ad essa.

4) Dell'*accusatio suspecti tutoris* è detto *quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere* (2); ma lo scopo stesso dell'azione, come pure le espressioni *suspecti crimen* e *accusatio* ovvero *postulatio suspecti* dimostrano abbastanza chiaramente, che qui non si tratta di una vera azione, ma piuttosto di una specie di pubblica accusa nell'interesse del pupillo, per modo che, prescindendo dalla universalità del diritto d'accusa, non vi si può vedere un'applicazione del concetto della *popularis actio*.

5) L'azione popolare pei legati *ad pias causas* fu creata da Giustiniano, e si trova soltanto in una costituzione greca edita per la prima volta da Augustino e quindi inserita nel *Codex* come *lex restituta* (3). Ivi, pel caso che i vescovi e arcivescovi trascurino di chiedere il legato, si dispone:

παντὶ τῷ βουλευμένῳ τῶν πολιτῶν (ἀδεια ἔσται) τοῦτο πράττειν, -- καὶ ἀπαιτεῖν τὰ καταλειμμένα πληρῶσθαι (4).

Senza dubbio Giustiniano ha in tal modo incoscientemente introdotta di nuovo un'azione popolare procuratoria del genere di quelle antiche in forza della formula « *eiusque pecuniae qui volet petitio esto* », salvo che l'azione non è a favore dello Stato, ma serve soltanto alla determinata causa pia.

(1) L. 1-5, *de collusione deteg.*, 40, 16.

(2) L. 1, § 6, *de suspectis tutor.*, 26, 10.

(3) L. 45 (46), § 6, C. *de episcopis*, 1, 3.

(4) — *civis civium volenti licentia erit, hoc facere, — et exigere, ut relicta impleantur.*

6) Simile è l'azione popolare della nota legge di Giustiniano sulla restituzione delle perdite di giuoco, nel caso ch'essa sia autentica (1) (a). Noi, com'è risaputo, non abbiamo la legge stessa; ma nell'estratto che si trova in Fozio è detto, che prima d'ogni altro il giuocatore stesso e i suoi eredi possono richiedere il perduto, e quindi:

εἰ δὲ μὴ θέλουσιν ἀναλαβεῖν, ὁ θέλων, καὶ μάλιστα ὁ τῆς πόλεως πατήρ ἢ ἐκδικῶς, ἀπαιτεῖ καὶ δαπανᾷ εἰς ἔργα τῆς πόλεως (2).

Per quello « ὁ θέλων » potrebbe qui, come sopra, intendersi soltanto colui « *qui volet* »; ma nei Basilici (3) e nell'antica traduzione dei glossatori di questa legge (4) sono nominati solo i *patres et defensores civitatis* come pure l'ἐπαρχο τῆς πόλεως, sicchè la relazione di Fozio è alquanto sospetta. In ogni modo l'aggiunta « *καὶ δαπανᾷ εἰς ἔργα τῆς πόλεως* » dovrebbe riferirsi anche all'« ὁ θέλων » e l'azione sarebbe quindi, almeno nel risultato, procuratoria per la città.

## IX.

I principali risultati dei nostri ragionamenti riguardo al concetto delle azioni popolari sono i seguenti:

Si può chiamare azione popolare in generale ogni azione, che *quilibet ex populo* può esercitare: nel senso antico e proprio peraltro i romani intendono solo le azioni, che hanno il loro proprio fondamento e scopo nel pubblico interesse e quindi possono proporsi da ogni cittadino, ma che dopo la contestazione sono considerate come azioni private dell'attore a suo utile e vantaggio.

Si annoverano tra queste soltanto:

- 1) gli interdetti popolari per le *res publicae*,
- 2) le azioni penali popolari pretorie o edilizie.

Prossime a queste sono:

- 1) le azioni penali legali, il cui esercizio è popolare e procuratorio a nome dello Stato o del comune, e che s'incontrano specialmente nei rapporti municipali;
- 2) varie azioni con diritto d'agire popolare in senso lato, ma nel resto di differente carattere giuridico;

3) la *popularis accusatio*, ossia l'accusa popolare nelle cause criminali, anche se dirette a pene pecuniarie e con premi pecuniari.

Solo adesso, stabilito in tal modo il concetto delle azioni popolari, si può rispondere alla questione, quale sia stato in esse il principio e l'idea direttiva. Sono possibili due diversi punti di vista. Se si prendon le mosse dalle azioni penali popolari, il primo punto di vista che ci si presenta, e che è perciò anche accettato ordinariamente ai nostri giorni, è quello di vedere nelle azioni popolari una specie di azioni di polizia, nelle quali, come dice il Sa-

(1) L. 1, C. *de aleatoribus* (3, 43).

(a) Intorno a questa legge di Giustiniano è ora da vedere la nuova edizione del codice curata dal Krüger. Ho trascritto il testo greco del *Nomocanon* com'è riferito dal Krüger scrivendo εἰς ἔργα invece dell'εἰς ἔργον che ha il Bruns.

(2) — *si vero nolint recuperare, quicumque volet, et inprimis pater vel defensor civitatis, repetit et impendit in opera civitatis.*

(3) Basil., 60, 8, c. 5.

(4) Essa si trova nelle più antiche edizioni del Codice come l. ult. *de relig.*, nelle posteriori come l. 2 o 3, *de aleator.*, in quella di Krieger e Hermann come l. 1, *de aleator.*



vigny (1) « ogni cittadino si presentava come un rappresentante dello Stato, che richiedeva nel pubblico interesse una pena pecuniaria, e al quale per ciò era concesso il guadagno della somma domandata, come una specie di compenso per il servizio pubblico prestato ».

Le azioni popolari da questo punto di vista appaiono come se stessero in parallelo col diritto generale d'accusa nelle cause criminali, e propriamente formano soltanto un'applicazione di questo ai delitti più leggieri, i quali vengono puniti solo con pena pecuniaria e con un processo civile. Rimane peraltro strano ed inesplorato, che la pena qui non spetti allo Stato, come avviene per le varie altre pene pecuniarie più sopra esaminate, specialmente per le multe e le azioni popolari legali procuratorie, tutt'al più con un *praemium* per l'attore; ma che invece qui l'attore la richieda per sé precisamente come nel caso di un diritto privato. Qual è la ragione di questo diverso trattamento? Argo che siffatto principio manifestamente non si conviene agli interdetti popolari, specialmente a quelli per le riparazioni o anche per la tutela dell'uso delle vie e dei fiumi.

Se si prendon le mosse da questi interdetti, certo ci si presenta un altro punto di vista, che a mia notizia lo Jhering (2) pel primo ha fatto notare, cioè che questi interdetti si fondono immediatamente sul generale diritto dei cittadini all'uso comune delle *res publicae*; che ognuno d'essi perciò non agisca già come rappresentante ufficiale o procuratore dello Stato, ma agisca semplicemente e immediatamente pel suo proprio soggettivo diritto all'uso di queste cose, uso che appartiene ad ogni cittadino. Il fondamento di ciò è che, come si dice nella l. 2, § 2, *Ne quid in loco publico*, 43, 8:

*loca publica privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque.*

Perciò ogni individuo non ha soltanto un diritto ad agire, se vien direttamente impedito nell'uso; ma nel suo diritto di usare delle vie, dei fiumi etc., è implicito il diritto di fare le riparazioni necessarie, e di difendersi con le azioni contro le turbative, e così pure il diritto di esercitare le azioni proibitorie o restitutorie, se altri con qualche opera ne renda deteriore l'uso.

Egli in ciò fa valere anzitutto e direttamente sempre il suo proprio diritto soggettivo, non quello del pubblico. Ma, poichè egli ha il suo diritto *iure civitatis*, ossia solo come qualunque altro cittadino, avviene che nella sua azione sia indirettamente compresa una rappresentanza dell'interesse degli altri e del pubblico. In questo modo sorge il concetto di un'azione, che *quilibet ex populo ha jure publico*, ma pure per un diritto proprio, e quindi *proprio non procuratorio nomine*, ma tuttavia per vantaggio generale e con rappresentanza dell'interesse universale. Questa è la vera e propria *actio popularis*, « *quae suum jus populo tuetur* ». Il *populus* qui non è lo Stato astratto, ma il popolo effettivo, l'insieme dei cittadini aventi diritto all'uso delle *res publicae*. Questi difendono con le azioni popolari il loro universale diritto di uso; ognuno sempre ad un tempo così per sé, come pei suoi concittadini.

L'interesse pubblico si suddivide così nell'interesse dello Stato, come tale, del *populus* nella sua unità, e in quello dell'insieme dei cittadini, del *populus* nella molteplicità. Noi oggi, colla nostra distinzione astratta dello Stato e dei sudditi, ci raffiguriamo ordinariamente il diritto d'uso dei cittadini sulle *res publicae* in modo che queste cose, specialmente i fiumi e le vie, stieno per

(1) *Diritto delle obbligazioni (Obligationenrecht)*, vol. 2, pag. 314.

(2) *Spirito del dir. rom.*, vol. I, pag. 187; *La lite tra Basilea campagna e Basilea città*, pag. 39. Vedi pure SCHMIDT, *Teorie fondamentali della cessione (Grundlehren der Cession)*, I, pag. 52-54.

se stesse in proprietà dello Stato, e questo le conceda al pubblico per l'uso comune (1) (a); e perciò appunto ognuno, avendo soltanto per concessione dello Stato il suo diritto di uso, in caso di turbativa di quest'uso da parte di altri, non può agire contro costoro in forza del suo generale diritto pubblico; ma lo Stato soltanto, come rappresentante di ogni pubblico interesse, può procedere in via amministrativa, ed un'azione privata non può aver luogo, se non per il vero e proprio privato interesse, che sia stato leso in qualche altro modo. Questa però non è certamente l'antica idea romana. Secondo questa lo Stato e il popolo sono ancora identici, e quantunque si sia già distinto uno speciale *aerarium populi* con interesse ed amministrazione speciali, tuttavia l'intero territorio dello Stato, per quella parte che non è di proprietà privata, è ancora in una specie di proprietà comune del complesso dei cittadini, e perciò ciascun d'essi come *civis* e *iure civitatis* ha immediatamente il diritto di usarne, e quindi anche, in forza di questo suo proprio diritto, l'azione contro le turbative.

Gli interdetti popolari dunque in origine debbono essenzialmente concepirsi non come azioni di polizia dello Stato, ma come azioni derivanti da un diritto proprio. È un'intrusione d'idee moderne il voler considerare l'individuo come ufficiale di polizia o fiscale dello Stato o simili. Quest'istituto deve quindi anche ritenersi antichissimo in Roma. La forma speciale del processo interdittale è naturalmente d'origine più recente, ma il diritto d'agire è certo per sé stesso antichissimo. Noi veramente non ne conosciamo le forme più antiche, ma verosimilmente nell'*imperium* generale dei re e dei magistrati deve cercarsene l'origine nei tempi più antichi, e di qui derivò più tardi anche la forma degli interdetti (2).

Appunto perciò gli interdetti popolari debbono senza dubbio ritenersi co-

(1) Il diritto territoriale prussiano esprime direttamente questo concetto: « Le vie di campagna, i fiumi, il lido del mare e i porti sono comune proprietà dello Stato ». — « E' concesso a tutti l'uso delle vie per viaggiare etc. ». — « La navigazione sui fiumi è permessa a tutti », ecc. Confr. II, 14, 21, 26; 15, 7, 44, 47. Similmente il codice civile austriaco, § 287. L'applicazione del concetto romano al diritto attuale, che lo Jhering ha fatta nel suo parere per la lite di Basilea, mi sembra perciò alquanto arrischiata. Confr. STRYK. *Usus modernus*, I, 8, § 7-15.

(a) Secondo il diritto civile italiano (non soltanto secondo il codice civile, ma secondo varie altre leggi), io ritengo, che lo Stato, e rispettivamente le provincie e i comuni abbiano la proprietà delle cose pubbliche. Questo concetto peraltro non si può dire ammesso dalla maggioranza degli autori. Io l'ho recentemente sostenuto in una mia nota nel *Foro italiano*, vol. V (1881), parte I, col. 1116 segg. [V. vol. III, pag. 264]. Assai probabilmente ne tornerò a scrivere nell'*Archivio giuridico*. In massima lo stesso concetto mi sembra da accettare anche pel diritto romano.

Esso non contraddice punto all'altro concetto di un diritto dei cittadini ad usare di tali cose e a difendere la sicurezza di quest'uso. Un tal diritto può darsi anche sopra cosa appartenente a privati. Confr. *Foro it., loco cit.* Vedi pure l. 1, § 2 D. *de his qui effuderint*, 9, 3: *Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur: semper enim ea loca per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere*. Benchè in questa legge si parli di passaggio semplicemente, non di diritto al passaggio, pure essa vate a dimostrare, che il diritto al passaggio può essere indipendente dal diritto di proprietà. Vedi pure l. 3 pr. D. *de locis et itin. publ.*, 43, 7. Cfr. l. 35, § 3, *de legat.*, 32; l. 41 *de a. r. dom.*, 41, 1; l. 29 *de reb. auct. iud.*, 42, 5; l. 11, § 1, *Quod vi aut clam*, 43, 24; l. 23 *de exc.*, 44, 1; l. 5 *de rer. div.*, 1, 8; l. 30, § 1, *de a. r. dom.*, 41, 1; l. 31 *ad l. Aquil.*, 9, 2. Del resto tornerò a trattare a fondo tale questione.

(2) Più particolari congetture su questo punto vedi in WITTE, *Interd. uti poss.*, p. 8 segg.



me le prime e più antiche azioni popolari. Come le azioni in generale sono d'origine più recente che gli interdetti, così lo stesso avviene rispetto alle azioni e agli interdetti popolari. Di qui si sparge una nuova luce sulle azioni popolari, sul loro contenuto, il loro numero e i loro principii. Esse in origine manifestamente si tennero strette ai principii degli interdetti; così nacquero le azioni a tutela delle strade e vie, l'*actio de positis et suspensis*, l'*actio de effusis et dejectis* e l'azione edilizia dell'editto *de bestiis*. Anche in queste il fondamento consiste nell'immediato interesse, che ogni cittadino ha, che il traffico per le strade sia sicuro e senza pericolo. Ma poichè la difesa qui consisteva in una pena, e nella persecuzione di questa, venne meno l'idea del proprio immediato diritto che si faceva valere. In questo modo da una parte nasceva la possibilità di istituire simili azioni anche per altre pene, nelle quali non v'era il fondamento di un proprio diritto popolare, e d'altra parte doveva sorgere presto il dubbio, se fosse naturale e opportuno di concedere interamente tali pene ai privati anzichè allo Stato; ed essendosi nel frattempo molto esteso il sistema delle pene pecuniarie a favore dello Stato, si veniva così a porre da sè un limite alla ulteriore creazione di tali azioni popolari.

In tal modo si spiegano le tre altre azioni popolari, *de sepulcro violato*, *de albo corrupto* e *de tabulis apertis*. La prima forma una specie di transizione. Non vi si ha più il fondamento in un interesse immediato e generale dei cittadini, come nella difesa del traffico delle vie; ma la violazione dei sepolcri è un delitto, la cui punizione non importa tanto al vero e proprio ordinamento dello Stato, quanto all'interesse di tutti i cittadini minacciati nei loro sepolcri e nella santità di questi. Nell'*actio de albo corrupto* invece manca totalmente ogni interesse degli individui, come tali; è soltanto l'ordine dello Stato, che viene offeso, e la « *contempta majestas praetoris* » (1) è il fondamento della pena. Se dunque anche qui si dà un'azione popolare, effettivamente l'attore vi apparisce come una specie di « procuratore dello Stato, al quale è concesso come compenso il guadagno della somma richiesta ». Ma perciò è questa pure l'ultima vera azione popolare; giacchè l'*actio de tabulis apertis*, che ancora vien così nominata, non è più una azione privata dello attore, ma, come sopra si è dimostrato, è propriamente un'accusa, o almeno un'azione procuratoria col *praemium dimidiae partis*.

Se così si raffigura l'origine e il principio delle azioni popolari, si spiega da sè perchè il loro numero è rimasto tanto piccolo, e perchè alle molte altre pene pecuniarie, che si trovano al tempo della repubblica, si applicava sempre la forma della *poena* o della *multa*; ovvero, se si volevano ammettere azioni private, come avveniva specialmente nei rapporti municipali, si adottava la formula « *populo damnas esto dare* » colla azione popolare procuratoria.

Noi veramente non sappiamo, se oltre le azioni popolari a noi conosciute ve ne fossero anche altre della medesima specie, ma in tutti i modi dall'insieme delle cose si desume con certezza che non possono essere state molte.

Insomma, poichè anche le azioni popolari procuratorie non avevano una grande estensione, si vede che tutto questo grado intermedio tra le azioni puramente private e le pene pecuniarie pubbliche con processo criminale, che era formato dalle azioni popolari in nome proprio e dalle procuratorie, ha un carattere singolare, e si è originato da cause speciali per una limitata sfera di rapporti. La regola era che le pene pubbliche fossero domandate mediante processo pubblico ossia mediante processo criminale. E dal momento che nel processo penale era di regola ammesso l'universale diritto popolare

(1) L. 9 de iurisdictione.

d'accusa, veniva meno ogni ragione per dare una grande estensione alle azioni popolari civili.

Con questo criterio si deve anche oggi giudicare dell'importanza pratica e legislativa delle azioni popolari. È fuor di dubbio ch'esse non sono state accorte nel diritto vigente presso di noi. Gli interdetti per le *res publicae* possono venire ancora applicati, ma solo in quanto servono a tutelare l'interesse privato, ossia in quanto non sono popolari. La tutela dell'interesse pubblico nelle vie e nei fiumi è di esclusiva attribuzione del potere amministrativo, e dovrà anche rimanervi secondo l'attuale organizzazione della vita pubblica, poichè la tutela mediante gli interdetti popolari romani è troppo precaria e soggetta al caso e all'arbitrio.

Diversamente avviene per le azioni popolari penali, specialmente se vi si comprendono anche quelle procuratorie e l'accusa criminale popolare. Qui si può, partendo dal concetto di una giustizia criminale popolare, pensare a far rivivere le idee romane. Ma si debbono nettamente separare l'una dall'altra le seguenti questioni:

1) La richiesta delle pubbliche pene, specialmente delle pecuniarie, deve farsi soltanto dal potere pubblico, o per mezzo di giudici o per mezzo di procuratori dello Stato, ovvero debbono avervi diritto anche i singoli cittadini?

2) La richiesta da parte di questi ultimi deve essere promossa con premi, o deve essere lasciata al puro patriottismo?

3) Nel primo caso deve esser loro attribuita l'intera somma, o ve si tratti di pene pecuniarie, o soltanto una parte?

4) La richiesta deve farsi mediante un processo civile o criminale, o in ambo i modi?

Naturalmente non è questo il luogo, di indagare profondamente la soluzione di queste questioni, e anche di esaminare la questione, se nelle condizioni attuali della vita pubblica in Germania l'introduzione di tali azioni ed accuse popolari possa sperare di ottenere buona accoglienza e diffusione nel popolo, e se esse possano venire effettivamente ed efficacemente esercitate senza un sistema di denunce vessatorie.

Basterà per ora riferire alcune notizie sul diritto inglese, nel quale le azioni popolari esistono in grande estensione, come contributo alla più precisa trattazione dell'intera materia e come raffronto col diritto romano.

La procedura penale inglese si fonda, com'è noto, essenzialmente sul principio di un diritto universale popolare all'accusa. Non vi è pubblico ministero nel senso francese e tedesco; anche i magistrati che propongono accuse, lo stesso *attorney-general*, il quale nei reati contro il re e lo Stato sostiene l'accusa in nome del re, sono considerati come attori privati (1). La possibilità dell'applicazione di siffatto sistema (contro la convenienza del quale si innalzano del resto molte voci nella stessa Inghilterra) (2) deriva principalmente dal vivace sentimento di comunanza e dallo sviluppo della vita pubblica degli inglesi (3); ma tuttavia questi non sono neppure sufficienti. Si sono perciò adottati due mezzi per promuovere le accuse; primo l'obbligo dell'accusa

(1) Mühry nelle aggiunte a H. I. STEPHEN, *Manuale di diritto penale inglese (Handbuch des englischen Strafrechts)*, 1843, pag. 563; MITTERMAIER, *La procedura penale inglese (Das englische Strafverfahren)*, 1851, pag. 134 segg.; 232 segg.; 318 segg.; I. F. STEPHEN, *The criminal law of England*, 1863, pag. 153 segg.

(2) MITTERMAIER (*op. cit.* nota prec.), pag. 232; STEPHEN (*op. cit.* nota prec.), pag. 169 segg.

(3) Di qui derivano, per es., le molte *Societies for the prevention of* — dalle quali si costituiscono accusatori per diversi reati; MITTERMAIER, pag. 80 segg.

cosa, che esiste non solo pei magistrati, ma anche pei privati, ed è spesso molto seriamente adempiuto anche da questi ultimi (1); in secondo luogo il principio del premio all'accusatore.

Questi premi si trovano applicati su larga scala (2).

Essi consistono in parte nella esenzione da certi pubblici pesi (*exemption from parish offices*), in parte in determinate somme di danaro (fino a 40 sterline), e trattandosi di pene pecuniarie nella metà della somma penale. Questo sistema della divisione per metà delle pene pecuniarie, che si trovava già in alcuni casi in Roma, è ammesso in Inghilterra, se non proprio come regola generale, certo in una gran quantità di casi, e come regola poi ogni qual volta si dà un premio per l'accusa di reati colpiti da pene pecuniarie. L'altra metà spetta ordinariamente al re, ossia allo Stato, in alcuni casi per altro anche ai poveri o a determinati istituti. A causa di questa spartizione le azioni son chiamate *actions QUI TAM* perchè in antico nella formula dell'azione si diceva: « *qui tam pro domino rege, quam pro se ipso, in hac parte sequitur* » (3). Che la pena sia richiesta col processo civile o criminale non è causa di differenze sostanziali; non v'è altro di diverso che il tribunale e la forma della procedura. In generale l'attore ha la scelta tra l'uno e l'altro. Il processo penale è in tali casi di regola quello sommario colla così detta *Information* dinanzi a uno o due giudici di pace (4).

Per tutte queste *QUI TAM actions* o *informations* è usata anche l'espressione *popular actions*. Questa propriamente serve a designare tutte quelle azioni civili e criminali che « *are given to the people in general* », ossia per le quali ha luogo un generale e popolare diritto d'agire o d'accusare, in opposizione a quelle, che possono esercitarsi soltanto da singole persone determinate o da magistrati. In questo senso si trova già quest'espressione in una legge di Enrico VII dell'anno 1488 (5). È verosimile che essa derivi dal diritto romano; tuttavia non ho potuto trovar nulla di più preciso a questo riguardo. In senso stretto però essa già da lungo tempo si è riferita più specialmente alle *QUI TAM actions* e *informations*; così nelle *Institutiones juris anglicani* (6) del Cowell dell'anno 1605: « *poenam solam persecuntur illae actiones, quae ad delicti coercionem collineant, cuiusmodi fere sunt illae populares, quas delatores ad fisci et suum compendium contra statutorum violatores suscipiunt* »; e così pure nel *Law dictionary*, ed. Tomlins, dell'anno 1810: « *Action popular, given on the breach of some penal statute, which every man has a right to sue for himself and the King, by information, action etc.* ».

In questo senso più stretto il concetto inglese della *popular action*, per quanto riguarda le azioni civili e la metà spettante all'attore, è abbastanza

(1) RÜTTIMANN, *Sull'amministrazione della giustizia penale in Inghilterra (Ueber die englische Strafrechispflege)*, 1837, a pag. 8 segg.

(2) BLACKSTONE, *Comm. on the law of England*, ed. 15, by Chrystian, IV, pag. 294-295.

(3) BLACKSTONE, III, 161-2. Un formulario per siffatta *qui tam information* si legge in CHITTY, *Criminal law of England*, II, p. 11.

(4) BLACKSTONE, IV, 307-8. H. I. STEPHEN (*op. cit.* a pag. 167, nota 1), p. 111, 438.

(5) 4 *Henr. VII*, c. 20. « *Item that, where actions popular in divers cases have been ordained by many good acts and statutes afore this time, made for the reformation of extorsions, maintenances, oppressions, injuries, exactions, vexations and wrongs used and committed in this realm; which actions been very penal to all misdoers and offenders in such actions condemned, and much profitable as well to the King, as to every of his subjects, — therefore the King has — enacted, that etc.* ».

(6) — « *ad methodum et seriem institutionum imperialium compositae et digestae* » IV, 6, § 16.

simile al romano. Questo si dimostra specialmente nel modo, come si eseguisce la spartizione della somma penale. L'attore, promovendo l'azione, acquista, come nel diritto romano, un diritto così fermo alla propria metà, che da quel momento in poi esclude relativamente a questa metà il generale diritto di grazia del re, che prima vale anche per essa, e che dopo rimane soltanto per la metà spettante al re. Il Blackstone dice perciò: « *by commencing the suit the informer has made the popular action his own private action* » e ne ricava la conseguenza che l'azione: « *is not only the means of recovering but of acquiring property* » (1).

Circa al passaggio dell'azione agli eredi non ho potuto trovar nulla di espresso; è verosimile che, proposta l'azione, sieno applicate le stesse norme che per le *private actions*. La divisione viene spinta alle ultime conseguenze nella prescrizione, poichè secondo 31, *Eliz. c. 5* l'azione per la metà spettante all'attore privato si prescrive in un anno, per la metà spettante al re in due anni (2). È naturale che qui, come nel diritto romano, l'azione proposta una volta non si può più riproporre da altri. Anche qui sono eccettuati dalla legge 4 *Henr. VII*, c. 20 i casi di collusione e di prevaricazione. Quest'ultima è punita secondo la legge 18 *Eliz. c. 5* con pena pecuniaria di 10 lire sterline, colla gogna e l'incapacità a promuovere azioni popolari (3).

I singoli casi di azioni popolari non formano uno speciale sistema e non derivano da un principio generale, ma sono introdotti da singole leggi. Si trovano, e per somme molto diverse fino a 500 sterline, pei giuochi proibiti, l'usura, la trascurata prestazione di giuramento, i reati relativi alle monete, la calunnia (*maintenance* e *champerty*), le contravvenzioni nell'affrancatura postale e nelle dogane, e in diversi altri reati di polizia (4). Sono specialmente importanti per questi ultimi. Formano qui una parte importante di tutto il sistema della giustizia di polizia particolare all'Inghilterra, la cui popolarità, in opposizione alla costituzione burocratica della nostra polizia, deriva principalmente dall'unione del diritto popolare di agire col conferimento popolare, per così dire, dell'ufficio di giudice di pace.

Una più precisa trattazione di questi due elementi ha data lo Gneist, nella sua opera sulla « *Storia e lo stato attuale della costituzione comunale inglese* » (*Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung*) (5) (a).

(1) BLACKSTONE, II, 436-7, IV, 399.

(2) BLACKSTONE, IV, 307; H. I. STEPHEN, (*op. cit.* a pag. 167, nota 1), p. 438.

(3) BLACKSTONE, III, 161; STEPHEN, p. 111.

(4) BLACKSTONE, II, 436-7, IV, 60, 99, 100, 134, 145, 170-173; STEPHEN, p. 72, 86, 114, 116, 153.

(5) Sulla nomina dei giudici di pace pag. 549-67, sulle azioni popolari pag. 569, 621 segg. Lo Gneist ci attiene al concetto più generale delle azioni popolari più sopra accennato, del quale le *qui tam actions* non formano altro che casi particolari.

(a) Riguardo ai giudici di pace in Inghilterra si confrontino: MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione* (2<sup>a</sup> ed.) Bologna 1881, p. 250 segg. E un'altra opera dello GNEIST, *Selbverwahrung Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England* (3 ediz.) Berlin 1871, cap. V, pag. 189 segg.



## COGNITUR UND PROCURATUR

DI

F. EISELE (\*)

F. EISELE, *Cognitur und Procuratur. Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung*. Freiburg und Tübingen, Mohr (Paul Siebeck), 1881, p. VII-252, in-8°.

La materia della rappresentazione ha sempre grande attrattiva per gli studiosi del diritto romano, sia per il contrasto tra i concetti antichi e i moderni, sia per il loro graduale svolgimento storico e per le molte attinenze con altri istituti giuridici.

Il prof. Eisele, il cui nome è ben noto ai romanisti, ci dà nel presente libro i risultati di ricerche storiche circa la rappresentazione in giudizio per mezzo del *cognitor* e del *procurator* dal tempo delle *legis actiones* fino a Giustiniano; e queste ricerche sono condotte con tanta arte e profondità, che la loro conoscenza sarà necessaria ad ogni coscienzioso cultore del diritto romano, quantunque più d'uno dei risultati, cui l'Eisele è pervenuto, sia dubbio e, come vedremo, difficilmente ammissibile.

Contro il Wlassak (*Zur Geschichte der negotiorum gestio*, p. 50 segg.), che crede il *cognitor* più recente che il *procurator* e di origine greca per ragioni invero assai deboli, il nostro autore dimostra l'antichità del *cognitor* in modo convincente; era infatti la *cognitoris datio* un atto formale, che non ammetteva condizioni, per cui la donna aveva bisogno dell'autorità del tutore, ecc. Ma come far risalire il *cognitor* al tempo delle *legis actiones*, se allora non era lecito *alieno nomine agere*? L'autore, seguendo un'opinione molto tempo prima espressa dallo Schmidt in una sua dissertazione (*M. T. Ciceronis pro Q. Roscio Comoedo oratio illustrata edita*, 1839), ritiene che il *cognitor* si desse a quel tempo pel *iudicium*, limitandosi il divieto di *agere alieno nomine* alla sola procedura *in iure*; la costituzione del *cognitor* avrebbe avuto luogo dopo la *litis contestatio*. Il passo dell'*Auct. ad Herennium*, II, 13, § 20, deve riferirsi a quei primi tempi e indica l'obbligo, non già la facoltà, di dar un *cognitor* imposto ai vecchi e agli infermi; esso si collega con un passo delle XII tavole, e significa che l'attore per il *iudicium* non deve *iumentum dare*, ma bensì il convenuto deve costituire un *cognitor*, ove sia impedito da vecchiezza o da malattia. Il passo poi di Cicerone, *Pro Roscio Com.* § 35 (...*iste cum eo litem contestatam habeat*) prova che Roscio prima

di costituire Fannio suo *cognitor* contro Flavio aveva dovuto insieme con lui contestare la lite; *iste* è Fannio, *cum eo* è con Roscio; altrimenti non s'intenderebbe come Flavio avrebbe potuto dalla *litis contestatio* conoscere la società esistente tra Roscio e Fannio. Tale interpretazione è, secondo l'autore, confermata dal c. 18, § 54 dell'orazione stessa, nè vi contraddice il § 32, nè il § 39. Verosimilmente il processo contro Roscio ebbe luogo nella forma delle *legis actiones*; ma se pure dovesse appartenere alla procedura formulare, dimostrerebbe pur sempre che in antico il *cognitor* si limitava al solo *iudicium*. Ciò provano anche la formula in Gaio, IV, 83 « *quod ego a te fundum peto, ecc.* » che dev'essere la più antica. Qui l'autore con una digressione vuol dimostrare che *actio* si riferisce alla procedura *in iure, petitio* a quella *in iudicio, persecutio* poi alla esecuzione.

Questo *cognitor* antico era un rappresentante diretto della parte; la condanna si riferiva al rappresentato. La *cognitoris datio* però non era un contratto di mandato, ma un atto unilaterale, e il *cognitor* anch'esso nell'assumere la lite compiva un atto unilaterale. Il magistrato lo costringeva direttamente, non coll'*actio mandati*, all'adempimento del suo ufficio.

La procura invece, di data molto più recente, sorse col *procurator omnium bonorum* per gli assenti. Ordinariamente, ma non essenzialmente, il rapporto tra il procuratore e il rappresentato consisteva in un mandato. Carattere speciale del procuratore era di non esser limitato al semplice processo *in iudicio*, come il *cognitor*; egli nel processo formulare era ammesso per tutta la procedura e diventava soggetto del rapporto giuridico mediante il *dominium litis*. Quando un procuratore agiva, non consumava l'azione, che rimaneva intatta al rappresentato; la contestazione della lite produceva in tal caso un raddoppiamento dell'azione. Da ciò risulta che la prima forma della cessione non ha potuto essere quella della costituzione di un *procurator in rem suam*, ma bensì quella di un *cognitor in rem suam*.

Nei tempi classici il *cognitor* assunse tutto il processo, e forse il mutamento avvenne con la legge Giulia giudiziaria. Egli non fu più rappresentante diretto; ebbe il *dominium litis* e non semplicemente formale; le regole che possono sembrar a ciò contrarie, come per esempio la consumazione dell'azione per parte del *cognitor* attore, il darsi l'*actio iudicati* a favore e contro il rappresentato, la prestazione delle cauzioni fatta dal rappresentato ecc. ecc., si spiegano mediante l'analogia che corre tra la *cognitoris datio* e il *jussus*, mediante il fatto che la rappresentanza del *cognitor* è ristretta al solo giudizio, ecc. Tale *dominium litis*, simile a quello del *procurator in rem suam*, ebbe il *cognitor in rem suam*, che fu un vero successore nei diritti dell'attore cedente.

Il rapporto tra *cognitor* e *dominus* nel caso normale si venne parificando al mandato.

Anche il rapporto tra il *procurator* e il rappresentato al tempo di Gaio dovè esser generalmente un mandato; peraltro di regola, a quel tempo, l'azione promossa da un *procurator* non aveva ancora forza di consumare l'azione del rappresentato. L'Eisele si trattiene qui lungamente a discutere e combattere la contraria opinione sostenuta prima dallo Huschke e accettata poi dal Keller, dal Krüger e dalla maggioranza degli scrittori. Tuttavia a poco a poco incominciando dai tutori e curatori, e poi sempre più estendendosi la dispensa dall'obbligo della *cautio rati*, la regola della consumazione dell'azione divenne generale per tutti i procuratori muniti di mandato al tempo di Alessandro Severo. Il mandato fu così del tutto parificato allo *jussus*.

(\*) Recensione in *Cultura*, 1883, pag. 81.

L'ultima parte del libro è dedicata allo studio della *exceptio procuratoria* o di quella cognitoria per mancanza di mandato o d'autorizzazione, e alle modificazioni portate dalla c. 3 C. Th. *de cognit. et proc.* I principali risultati cui l'Eisele perviene in questa parte sono i seguenti. Quando il procuratore non consumava ancora l'azione del *dominus*, l'*exc. proc.* serviva sempre ad evitare il pericolo della nuova azione; essa dovè esser concepita in forma positiva (*si Agerio a Titio mandatum est ut peteret*); *exceptio in iure*, la mancanza di mandato impediva il processo, *in iudicio* impediva la condanna; l'*exc. procuratoria* per mancanza di mandato non era dilatoria, nè perentoria; l'onere della prova in essa incombeva all'attore.

Per quanto riguarda la c. 3 cit. si ha che in essa fu comminata la nullità del giudizio, se in principio di questo il procuratore non provava la propria legittimazione allegando il mandato tra gli atti del processo. Così *procurator* e *cognitor* furon quasi identificati; il *procurator* consumava l'azione ed era liberato dalla *cautio rati*. Tuttavia le notizie, che si hanno da altra fonte, differiscono alquanto dai risultati che ci dà la c. 3 cit.

Trovansi ancora la *cautio rati* per render valido il giudizio quando non vi sia unito agli atti il mandato; altrove invece trovansi la *cautio rati* come risarcimento del danno pel convenuto, che litiga in un giudizio nullo; sicchè è supponibile che in pratica si ammise anche un giudizio promosso da un semplice *negotiorum gestor*, parificando la *rati habitio* al mandato.

Trovansi pure che l'inchiesta sulla legittimazione del procuratore si faceva non d'ufficio, ma dietro domanda del convenuto. Così, secondo l'autore, si spiega la strana forma che la c. 3 cit. ha nel Cod. giustiniano nella c. 24 *de proc.* 2, 12 (13), che dovè risultare dalla riunione nella detta c. 3 cit. con un'altra legge, che stabiliva la nullità del giudizio promosso da un *falsus procurator*. Le disposizioni della c. 3 cit. non dovettero applicarsi al *procurator in rem suam*, perchè a questo erano già accordate le azioni utili; sicchè egli doveva provare l'esistenza del proprio diritto, non la sua legittimazione come rappresentante in giudizio.

Questi sono i principali risultati a cui giunge questo libro ricco di nuove ricerche e di nuove idee e profondamente studiato. Io lo raccomando a chi non voglia esporsi a riempire di errori gravissimi i propri libri, come è accaduto pur di recente a un nostro autore.

Con ciò non voglio dire che tutte le idee nuove dell'Eisele sieno accettabili; anzi credo che più d'una delle più importanti non abbia a considerarsi come vera. Così, per esempio, mi pare inammissibile tutta la teoria dell'autore circa il *cognitor* al tempo delle *legis actiones*. Essa è stata già confutata dallo Hölder (*Kritische Vierteljahresschrift f. Gesetzg. und Rechtswiss.*, N. F. V., p. 17 segg.) e dal Lenel (*Zeitschr. der Savigny-Stiftung* IV, 1, p. 149 segg.), sicchè io non istarò ad aggiunger altro, dichiarando di accostarmi piuttosto all'opinione del Lenel.

Così pure credo che gli argomenti dell'autore diretti a combattere l'opinione dello Huschke circa la consumazione dell'azione per parte del procuratore munito di mandato al tempo di Gaio, si possano alla lor volta ribattere, nonostante l'approvazione che hanno ottenuta da altri (HÖLDER, *op. cit.*, p. 24 segg.). La mancanza di spazio m'impedisce di dare una dimostrazione di ciò; mi contenterò di richiamare l'attenzione del lettore sopra alcuni dei punti principali con brevissimi cenni. Concedo che CICERO, *Ad Att.*, 16, 15, non abbia forza probante, e che questa manchi pure all'argomento tratto dall'istituto del *procurator a praesente ad acta constitutus*; concedo che non sia da meravigliarsi se nelle Pandette si trovano molti testi che parlavano del *cognitor* in-

terpolati e modificati; ma tuttavia credo che Gaio, IV, 98, ammetta ottimamente l'interpretazione dello Huschke, confermata oggi da Gaio, IV, 84, secondo la lezione studemundiana; il respingere quest'ultimo passo come glossema è cosa alquanto ardua. Il ragionamento dell'autore (p. 148 segg.) circa il fr. 22, § 8, *rata rem* 46, 8 è poco accettabile; sostituendo in questa legge *cognitor* a *verus procurator* non si ottiene nessun senso; nè ivi *procurator* è usato come opposto di *verus procurator*, ma solo come termine più generale, che comprende così il *verus* come il *falsus procurator*.

Nè mi pare evidente quanto l'Eisele scrive circa la c. 1 *de proc.* 2, 12, che contiene una regola generalissima, che doveva intendersi secondo il caso al quale si applicava.

In quanto poi alla distinzione tra *mandato* e *jussus* e alla parificazione della *rati habitio* al *jussus*, pur riconoscendo la grande abilità e scienza qui dimostrata dall'autore, credo che egli pecchi di esagerazione.

Concedo interamente che il mandato abbia effetto tra mandante e mandatario, e lo *jussus* abbia effetti di fronte ai terzi; ma questi effetti del *jussus* non possono forse appartenere anche ad altri rapporti giuridici e anche al mandato, quando vi si uniscano altre circostanze? Quando l'autore dice che la *cognitoris datio* è un *jussus*, non dà forse a quest'ultimo un senso piuttosto esteso? E in che consisteva il carattere particolare per cui la *rati habitio* produceva l'effetto del *jussus*? E non poteva attribuirsi tale effetto al mandato perdurante e in forza del quale il mandatario contestava la lite? E si dovrà dire molto ben riuscita l'interpretazione data a pag. 139, nota 92, dall'autore al fr. 1, § 14, *de vi*, 43, 16 circa la comparazione della *rati habitio* al mandato fatta da Sabino a Cassio? Non si trattava ivi degli effetti in rapporto ai terzi?

Sopra parecchi altri punti potrebbero farsi obiezioni ed osservazioni. Ciò tuttavia non toglie la grande importanza di questo libro ingegnoso e dottissimo.



SUI NUOVI FRAMMENTI DI DIRITTO ROMANO  
PUBBLICATI DA R. DARESTE (\*)

Nel fascicolo del 1° settembre [1883] della *Cultura*, a pag. 361, si dava una sommaria notizia della pubblicazione di alcuni frammenti relativi al diritto romano, fatta dal signor R. Dareste nella *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, fasc. 4° (*Juillet-Août* 1883). Non prima d'oggi, per varie ragioni, mi è stato possibile prender cognizione di quella pubblicazione; ma questa prima lettura avendomi dimostrato alcune cose di non lieve importanza per gli ulteriori studi di quei frammenti, mi sembra utile farne subito un cenno nella *Cultura* stessa.

Si tratta di quattro pezzi assai laceri di pergamena trovati in Egitto e acquistati dal museo del Louvre nell'anno 1882. Queste pergamene sono opistografe e due contengono resti di due facciate così da una parte, come dall'altra, sicchè in tutto si hanno dodici frammenti di scrittura. Il Dareste li ha pubblicati senza ordine determinato, segnandoli con lettere dall'A alla L. È da notare che i frammenti A e B, G ed H sono scritti quelli da una parte e questi dall'altra del medesimo foglio di pergamena; così pure appartengono ad uno stesso foglio nel medesimo modo i frammenti D, E e K, L; i frammenti C ed I sono scritti l'uno da una parte, l'altro dall'altra di un foglietto, e lo stesso di casi dei frammenti F ed J.

Il Dareste pubblica i testi in tre modi: 1° con una riproduzione in eliopia, non inutile ma quasi indecifrabile; 2° con una riproduzione letterale in caratteri maiuscoli; 3° con una più estesa trascrizione, in cui scioglie le abbreviazioni e propone i supplementi congetturali. Egli si astiene da ogni annotazione, scrivendo di aver voluto soltanto presentare il testo fedele ai romanisti. Crede però che si tratti di un libro del quarto o quinto secolo contenente una raccolta di varii testi, come p. es. i frammenti vaticani.

Ora le osservazioni ch'io voglio fare sono principalmente queste:

Non credo che si tratti di una raccolta a guisa dei frammenti vaticani; ma mi sembra pressochè certo che in questi, come nei frammenti del Fayum, scoperti or non è molto, si abbia una parte dei *Responsa* di Papiniano con le note di Ulpiano e Paolo.

(\*) Comunicazione in *Cultura*, 1883, pag. 101. — La *Cultura* pubblicava la *Comunicazione* con questa nota della direzione:

« Questa comunicazione ci fu fatta sino dal 10 ottobre [1883] ed è solo per il ritardo nella pubblicazione del n. 11 della *Cultura* che appare soltanto in data del 1° novembre ». [V. anche gli scritti a pag. 177 e a pag. 243].

Infatti vi si leggono per lo più brevi osservazioni segnate *Ulp.* e *Paul.* in rosso senz'altro. Questo modo di citare sarebbe strano se si trattasse di una raccolta di scritti diversi. Queste osservazioni per lo più si seguono, e la forma loro ben corrisponde a quella delle Note. Finalmente aggiungerò che gli altri passi intercalati tra questi assai probabilmente (due di certo, come ora dimostrerò) appartengono ai *Responsa* di Papiniano.

I passi, pei quali ho la certezza di ciò, sono il frammento *D* dalla linea 9 alla 20, e il frammento *H* dalla linea 5 alla 10.

La riproduzione letterale data dal Dareste di questi due passi è la seguente:

Fragm. *D* linea 9-20

RSTATULIB  
CONDICIOLIB . TIS EX  
ECULIOQAPUDUEN  
IUMHABUITPCE9D  
FERREN-P'SITADALI  
TIAMUOLUNTASD  
R LUCINPOTUITID RI  
CULIOSERUOSC CRI  
NQI ISERUOS  
RCINUSERITQQ NME  
LIOTN'AP'EMPTOR . PECU  
RUOSNHABUIT

Fragm. *H* linea 5-10

QDIUOMARCOP  
DISOLETLOCUMHABETINRIT  
PACTOSIBONAUENITURASINT'  
ATINUACANTIB'POPULOUIN  
CAT'SNHABERE9STITUTION  
AP ACE

In questa base il Dareste propone parecchie restituzioni che non istarò a riferire perchè inaccettabili.

Non mi par dubbio invece che i due passi vanno letti così (scrivo in corsivo le lettere lette male dal Dareste, e chiudo in parentesi quadre le aggiunte):

Frag. *D* linea 9-20.

[Non videbitur pe]r statulib [erum non stare],  
[quominus] condicio libertatis ex[istat, si de]  
[p]eculio, quod apud ven[ditorem]  
[ser]vos habuit, *pecuniam* cond[icionis]  
[of]ferre non possit: ad ali [enum enim]  
[pecu]lium voluntas d[efuncti]  
*porrigi* non potuit, id[em e]ri[t et si cum]  
[pe]culio servus v[eni]eri[t et]  
[ve]ndi[tor f]ide rupt[a peculium]  
*retinuerit*: quanquam [enim] ex em[pto sit]  
[ac]tio, tamen apud emptorem pecu[lium]  
[ser]vus non habuit.

Fragm. H linea 5-10.

Quod divo Marco p[ro libertatibus conservan]  
dis placuit, locum habet inrit[o testamento]  
facto, si bona venitura sint: [alio]  
quin vocantibus populo vin[di]  
catis non habere constitution[em locum]  
ap[erte c]avetur.

Ora il primo di questi frammenti è per l'appunto la legge 35 Dig. *de statutib.*, 40, 7, e il secondo è la legge 50 pr. Dig. *de manum. test.*, 40, 4, ove soltanto la parola *populo* naturalmente fu mutata in *fisco*. E non è neppure impossibile che l'ultime righe del frammento H contenessero il passo corrispondente alla legge 50, § 1, Dig. *de manum. test.*, 40, 4, perchè vi si legge un

SIDERANTIB.

che potrebbe essere il *desiderantibus* che si trova in quel testo.

Si noti che tanto la l. 35 Dig. *de statutib.* quanto la l. 50 Dig. *de manum. test.* sono estratte dal libro IX dei *Responsa* di Papiniano. La conclusione che i frammenti appartengano a questi libri colle note di Paolo e Ulpiano mi sembra inevitabile.

Ma da questi riscontri risulta pure che non solo le congetture del Dareste sono poco attendibili, ma anche la sua lezione del testo lascia qualche cosa da desiderare. Certo l'originale dev'essere di difficilissima interpretazione, ma forse una seconda lettura fatta partendo da questo dato certo, che ho qui dimostrato, potrebbe servire a fare le necessarie correzioni. Si sa che nel decifrare le difficili scritture molto giova un buon punto di partenza, come molto nuoce un falso preconetto. Siffatta revisione del testo mi sembra indispensabile per gli studi ulteriori, che richiedono una più solida base. Lo stesso Dareste, con l'aiuto di qualche romanista, potrebbe intraprenderla.

Siena, 4 ottobre 1883.

SOPRA ALCUNI FRAMMENTI DEL LIBRO IX DEI RESPONSI  
DI PAPINIANO CON NOTE DI ULPIANO E PAOLO

DI

I. ALIBRANDI (\*)

I. ALIBRANDI, *Sopra alcuni frammenti del libro IX de' responsi di Papiniano con note di Ulpiano e Paolo*. (Estratto dal periodico *Studi e documenti di storia e diritto*, IV) — Roma, 1883.

Avevo già corretto le bozze dell'articolo che il lettore troverà sotto la rubrica *comunicazione* (1), quando giunse a mia notizia lo scritto dell'illustre Alibrandi qui sopra notato. Nella parte più essenziale esso concorda perfettamente con quanto io aveva esposto; sicchè, per la precedenza che gli spetta, toglie a me il merito del ritrovato. Tale coincidenza può essere una prova di più della verità del nostro assunto.

L'Alibrandi ha osservato inoltre che i frammenti di duplice colonna nelle pagine C e I, che appartengono allo stesso foglietto, servono a integrare la scrittura delle pagine B e G. La riunione di I con G non ci dà grandi risultati; invece unendo B con C l'Alibrandi crede di potere ottenere come certa questa lettura di alcune linee, modificando in parte la trascrizione del Dareste:

pag. B.

*Servos ab eo qui non edi  
ante crimen inlatu  
ad libertatem pervenire  
missio[ne pec] ulii eoru[m]  
incensorum crimine  
buntur.*

ULP. *qui a me censu[s]  
non fuerint liberi.*

PAUL. *Si cluso censu  
nec postea census  
sorum poenis non*

pag. C.

*dit censui  
m manumiss[os]  
placuit, sed o-  
patronus  
tenebitur [nec ii tene]*

[t]empore [delati]

[non erunt]

*manumissi sunt  
a[ctu]s est ince[n]  
[tenentur].*

Tale lettura, che ora, salvo pochi punti, in massima si può dire sicura, ci conferma nell'opinione, che già avevamo concepita, che il frammento B non si riferisse alla *manumissio censu*, come crede il Dareste, ma bensì al censimento dei servi.

Varie altre congetture, ma con un grado assai minore di certezza, propone l'Alibrandi. Ogni studioso accoglierà con festa questo nuovo frutto dell'acuto ingegno del nostro sommo romanista.

Siena, 16 ottobre 1883.

(\*) Appunti critici e bibliografici in *Cultura*, 1883, pag. 100.

(1) [V. pag. 174. Cfr. anche pag. 243].



## DELLO SPILLATICO E QUAESTIONES VEXATAE DE DOTIBUS

DI

PIETRO COGLIOLO (\*)

P. COGLIOLO, *Dello spillatico*. — Fano, 1882. (Estratto dal *Foro italiano*, vol. VII) — *Quaestiones vexatae de dotibus in iure romano*. — Bologna, 1882-83 (Estratto dall'*Archivio giuridico*).

Tratto insieme di questi due brevi lavori, perchè entrambi si riferiscono ai rapporti patrimoniali dei coniugi. Nel primo, relativo allo spillatico, l'A., annotando una sentenza della corte d'appello di Napoli, svolge la teoria del contratto pel quale il marito si obbliga a pagare un'annua somma alla moglie, perchè questa provveda alle sue spese minori. Rettamente l'A. distingue due specie di tali contratti; una (da lui detta *spillatico proprio*) in cui la somma annuale non è altro che una parte dei frutti dotali, che la moglie in tal modo ritiene per sè; l'altra (*spillatico improprio*) in cui la somma non si trae dai frutti dotali.

Per diritto romano, secondo l'A., la promessa di uno spillatico (*annuum*) è una specie di donazione tra coniugi che non incorre nella nullità, quando costituisca una *proporzionata* restituzione di parte dei frutti dotali, o abbia per corrispettivo la soddisfazione di alcuni bisogni da parte della moglie. Qui però il concetto dell'A. riesce un poco oscuro; a pag. 12 chiama *patto dotale*, a pag. 15 *quasi patto dotale* il contratto della prima specie; a pag. 12 e 16 dice essere un contratto innominato *do ut facias*, a pag. 15 *quasi un contratto stipulato*, quello della seconda specie. Secondo l'A. il pagamento fatto dal marito dello spillatico improprio era valido e irrevocabile, ma la moglie non aveva azione per ottenerlo. Era ammessa peraltro la compensazione, salva l'eccezione del fr. 22 *de pact. dot.* 23, 4, anche sciolto il matrimonio per divorzio. Morto il marito senz'aver pagate le annualità, la moglie poteva chiederle agli eredi di lui. Ma, se non erro, da tutto ciò non risulta chiaro il vero concetto romano. Convien rigettare interamente l'idea di un contratto *do ut facias* nello spillatico improprio. L'*annuum*, per non incorrere nella nullità, doveva essere un modo di pagamento degli alimenti, che il marito era tenuto a fornire alla moglie; sicchè era donazione, e perciò nullo, se pagato oltre gli alimenti; e la moglie non poteva domandarlo in giudizio, nè compensarlo, se

non quando avesse provveduto del suo agli alimenti dovuti dal marito. Ecco perchè il fr. 22 cit. non è punto da considerarsi come un'eccezione. La promessa dell'*annuum* poi anche contenente donazione si convalidava colla morte del promittente: ma è controverso se perciò fosse necessario che il marito avesse pagata prima qualche rata. L'A. non fa parola di tal questione.

Più chiara e più corretta, salvo qualche punto relativo al carattere dello spillatico improprio, parmi la trattazione secondo il diritto civile italiano, nella quale l'A. esamina l'istituto nei rapporti tra coniugi e verso i terzi. E certo gli va data lode, anche per quanto riguarda il diritto romano, dello studio posto ad un tema non facile e pochissimo trattato dagli scrittori fino ad oggi.

Le *quaestiones vexatae* discusse dall'A. (in italiano nonostante il titolo latino) nel secondo lavoro sono tre. La prima è: se il marito possa agire per evizione contro il costituente la dote nei casi di *datio dotis*. L'opinione comune nega l'azione: il Windscheid (*Pand.*, § 495, n. 5) l'ammette, ricordando che per la riforma di Giustiniano non è più necessaria l'espressa stipulazione per generare l'obbligazione del donante e citando la l. un. § 1, C. *de rei ux. act.*, 5, 13 e la l. 34 D. *de j. d.*, 23, 3. Il Cogliolo viene in appoggio al Windscheid dimostrando che lo svolgimento storico del diritto romano produsse una estensione sempre maggiore dell'azione di regresso, sicchè naturalmente alla fine dovè comprendere anche il caso di *dotis datio*, e si basa specialmente sulla citata const. un. § 1. Egli ha torto peraltro quando afferma che il Windscheid non ha data importanza a questa const., perchè certo questi nel suo trattato non poteva occupare troppo spazio in tale questione; e la semplice citazione per lui doveva bastare. D'altronde il Cogliolo stesso si contenta di trascriverne il testo con poche parole di commento, trascurando due punti, che a me sembrano essenziali, cioè: 1° la possibile interpretazione restrittiva delle parole della const. citata, riferendole ai casi, in cui anche per la const. 1 *de j. d.* 5, 12 era ammessa l'azione per evizione, restrizione conforme al precetto della stessa const. un. § 16 c.; 2° la ricerca delle opinioni dei bizantini, molto autorevoli ove si tratti di riforma portata da Giustiniano. Così meritavano di essere notati i Bas. c. 88 lib. 29, tit. 1 ed il primo scolio ivi (HEIMB., III, p. 431), e il c. 119, § 1 *eod.* (p. 450), e lo scolio 2 al c. 30 *eod.* (p. 371). Non mancano belle e potenti pagine nella parte relativa allo svolgimento storico dell'azione; ma qui pure farò qualche osservazione. Non credo possa dirsi che dalla *mancipatio*, dapprima usata per costituire una dote, sorgesse l'azione di regresso, *actio auctoritatis*, perchè quella *mancipatio* doveva farsi *nummo uno*. Erroneo è quanto l'A. dice dell'applicazione dell'*a. doli* all'evizione della dote, ossia che Papiniano nella l. 69, § 7, *de j. d.* 23, 3 fu il primo ad ammetterla, che Marciano (l. 52 *eod.*) non la conoscesse perchè anteriore a Papiniano, e che finalmente la l. 69 cit. fosse anteriore al rescritto di Severo (const. 1 *de j. d.*) del 201 (non 202, come dice l'A.), perchè tratta dai *responsi* di Papiniano. L'espressione di Papiniano nella l. 69 dimostra invece che l'*a. doli* da gran tempo era già ammessa nel caso di dote evitta, e non v'è ragione per pensare altrimenti. Marciano fu *più giovane* e non *più vecchio* di Papiniano, sui cui libri scrisse delle note: il suo lib. III *Regularum*, onde è tratta la l. 52, fu scritto probabilmente sotto Caracalla, cioè dopo la costituzione del 201 e dopo il lib. IV *Resp.* di Papiniano, onde è tratta la l. 69. E questo libro IV poi è esso stesso posteriore al 201, perchè in esso è annunziata l'*oratio Severi et Antonini* del 206 (vedi l. 23, 32, § 16, 53 pr. *de don. i. v. et u.*, 24, 1).

(\*) Recensione in *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali*, 1883, pag. 164.

La seconda *quaestio vexata* è: chi abbia la proprietà della dote durante il matrimonio. L'A. non ammette nè la proprietà della moglie, nè quella del marito, nè quella di entrambi uniti insieme, ma crede che l'uno e l'altra abbiano tali diritti che senz'essere proprietà escludono qualunque proprietà altrui. Dice che in tali questioni di diritto *lavorato* e non *grezzo* (altri direbbe di *teoria* e non di *pratica*) non bisogna cercare l'opinione dei romani, ma ragionare liberamente con criteri scientifici. Spoglia da un po' di esagerazione, la massima è accettabile e accettata: ma nel caso in questione non parmi che l'A. sia riuscito a dimostrare scientificamente la propria opinione sul dominio della dote. Egli definisce il dominio *un potere di uso* (sic) *indeterminato* e nell'indeterminatezza ne trova la caratteristica, come altri, per esempio il Böcking aveva fatto. Ora, ciò ammesso, come si può pensare che *due diritti determinati* escludano la possibilità dell'esistenza di uno *indeterminato*? O il marito o la moglie hanno un diritto indeterminato, e allora sono l'uno o l'altra proprietari, o l'hanno insieme e allora sono simultaneamente proprietari, o non l'hanno nè l'uno nè l'altra e allora non possono escludere che l'abbia un terzo. La diversa conseguenza tratta dall'A. non è logica. Il problema, come egli se l'è posto, presuppone un'esatta definizione della proprietà e questa è molto più difficile che il sapere chi abbia la proprietà della dote.

La terza *quaestio* riguarda l'esistenza di una *lex Maenia de dote*. L'A. dopo aver riassunti i principali argomenti del celebre lavoro del Voigt, si dichiara per l'esistenza, contro le obiezioni dello Czychlarz, senz'aggiungere peraltro nuove ragioni. Forse per mera dimenticanza non si è occupato di un fatto posteriore al libro dello Czychlarz, ond'è sorta una nuova difficoltà contro uno degli argomenti del Voigt; intendo dire della lezione *lex Minicia* in Gaio I, 78 data dallo Studemund nel suo apografo, la quale farebbe mutare in *Minicia* e non in *Maenia* la legge, di cui parla Ulpiano V, 8. Il Voigt (*Ius nat.*, III, p. 1185) persiste tuttavia nella sua congettura.

Nonostante questi difetti, che da critico severo ho dovuto rilevare, i due lavori del Cogliolo attestano la potenza del giovane autore, dal quale la scienza molto si ripromette.

## L'EXCEPTIO DOLI GENERALIS

DI

FILIPPO MILONE (\*)

FILIPPO MILONE. — *La « exceptio doli generalis »*. Studio di diritto romano. — Napoli, Marghieri, 1882, pag. 239 in-8°.

Il libro è diviso in due parti. Nella prima l'A. ragiona delle eccezioni in genere, nella seconda più specialmente della *exceptio doli generalis* e delle sue varie applicazioni. L'A. si dimostra seguace della opinione che vede in ogni eccezione l'espressione di un diritto per sè stante opposto all'azione; cerca di confutare, ma senza addurre nuovi argomenti, gli avversari, che vanno facendosi sempre più numerosi, in Germania, così da essere oggi la maggioranza. Io penso che questi avversari abbiano ragione, e che le armi contro di loro rivolte dal M. siano deboli e un po' vecchie. Nella seconda parte non vi è grande originalità, sicchè il tema non vi è certamente esaurito; ma tuttavia deve riconoscersi nell'A. una grande diligenza e serietà di propositi non comune. Egli è assai differente da tanti che cercano di dare ad intendere all'ingenuo lettore di saperne mille volte più di quel che realmente ne sanno. I casi, ai quali l'*exceptio doli generalis* si applica, sono studiati con cura, e chi vorrà tornare a trattare il tema, dovrà necessariamente ricorrere alla ricca raccolta di testi fatta dal Milone. E perchè non riprenderebbe egli stesso l'argomento con più coraggio e con qualche nuovo studio? Il suo libro appunto per quel carattere di diligenza, che troppo spesso manca nei meridionali, è cagione di bene sperare delle sue opere future.

(\*) Recensione in *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali*, 1883, pag. 195, e in *Cultura*, 1883, pag. 327.

## I LATINI IUNIANI

DI

LUIGI CANTARELLI (\*)

LUIGI CANTARELLI. — *I latini Iuniani. Contributo alla storia del diritto latino.* — Bologna 1882, pag. 109 in-8° (Estratto dall'*Archivio giuridico*).

L'A., premesse le notizie circa le fonti e la letteratura relativa al suo tema, dimostra qual fosse l'origine dei *latini Iuniani*; quindi con lunga e forte argomentazione, che costituisce la parte principale del suo lavoro, dimostra che la data della legge Giunia Norbana non può essere che l'anno 772 di Roma essendo consoli *M. L. Iunius Silanus* e *L. Norbanus Balbus* (e non *L. Iunius Norbanus*, com'altri ha preteso). Passate in rassegna le prime categorie dei *latini Iuniani*, ossia: 1) quella degli schiavi minori di 30 anni manomessi per testamento; 2) quella degli schiavi manomessi da un padrone bonitario; 3) quella degli schiavi manomessi con le forme private, l'A. ne esamina la condizione giuridica durante la loro vita, e la condizione del loro patrimonio dopo la morte, e studia i vari modi coi quali potevano acquistare la cittadinanza romana (*beneficium principale, anniculi probatio, erroris probatio, iteratio, militia, navis, aedificium, pistrinum, mulier ter enixa*). Vengono poi enumerate le modificazioni introdotte, dagli imperatori prima di Giustiniano, che riconobbero nuovi modi di giungere alla latinità; e finalmente le riforme di Giustiniano, per le quali la latinità fu abolita.

Riserbandomi di esporre altrove alcune osservazioni più particolari e tecniche sopra questo o quel punto, debbo qui dare all'A. la dovuta lode. Il suo libro parmi il migliore che oggi si possa leggere sui *latini Iuniani*: esso è scritto con acume e con diligenza rara presso di noi. La dimostrazione della data della legge Iunia mi sembra assai persuasiva; coi materiali di cui oggi possiamo disporre, difficilmente se ne può dare una prova più sicura.

I lettori della *Cultura* conoscono già la confutazione, fatta dal Cantarelli, di un nuovo ingegnoso opuscolo del sig. Romanet du Callaud sulla data di quella legge. Tale confutazione è da considerarsi come il complemento del libro qui annunciato.

(\*) Recensione in *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali*, 1883, pag. 327, e in *Cultura*, 1883, pag. 326.

## L'ACTIO EX STIPULATU IN CASO DI EVIZIONE PARZIALE E LA L. 64 D. DE EVICTIONIBUS 21, 2 (\*)

Sommario

Introduzione. — I. Prima questione: circa la base del calcolo per l'*actio ex stipulatu* per l'evizione. — II. Seconda questione: circa l'ammissibilità dell'*actio ex stipulatu* in caso di evizione parziale. — III. Varie opinioni relative a tali questioni. La Glossa. — IV. Gli altri autori antichi. — V. Gli autori del secolo presente. — VI. Esame della prima questione. Interpretazione dei fr. 13 e 15 pr. *de evict.* — VII. Esame della seconda questione. Frammenti di minore importanza. — VIII. Interpretazione del fr. 56, § 2, *de evict.* — IX. Ragioni teoriche per l'innammissibilità dell'*act. ex stip.* in caso di evizione di quote indivise. Che debba avvenire, quando si sia o non si sia inserita nella stipulazione la clausola relativa all'evizione parziale. — X. Testi che sembrano ammettere l'*act. ex stip.* per l'evizione di quote indivise. — XI. Interpretazione del fr. 64 pr., § 1, 2, 3, *de evict.* — XII. Risultati generali.

Non è raro il caso che due problemi, i quali, trattati separatamente, presentano gravissime difficoltà, si risolvano in più agevole modo, quando si considerino l'uno in rapporto coll'altro; perchè in ciascuno di essi si trova una parte degli elementi necessari alla risoluzione d'entrambi. Ciò avviene, a parer mio, anche rispetto a due questioni circa il regresso per l'evizione mediante l'*actio ex stipulatu* nel diritto romano.

(\*) Pubbl. in *Archivio giuridico*, 1883, vol. 30, pag. 156 con la seguente avvertenza: Il presente scritto contiene la soluzione da me data ad un problema propostomi da uno dei migliori discepoli, il sig. G. B. Saladino, in una conferenza tenuta al Circolo giuridico annesso alla R. università di Siena. Le notizie bibliografiche, specialmente le più antiche, furono in parte raccolte dallo stesso sig. Saladino, mentre lavorava ad uno scritto sulla evizione nella compra-vendita; esse furono poi da me tutte riscontrate.

[Le questioni sono esaminate sulla base del diritto giustiniano; e qui va notato in generale che i testi dei vecchi giureconsulti si riferiscono al diritto del loro tempo, nel quale il regresso per evizione era regolato con varie norme, onde nella legislazione di Giustiniano parecchi testi dovettero subire variazioni].



## I

È noto che i romani solevano apporre una speciale stipulazione alle vendite di cose di qualche valore, stipulazione con la quale ordinariamente il compratore si faceva dal venditore promettere il doppio del prezzo pagato, pel caso che l'oggetto venduto gli venisse evitto: questo contratto dicevasi *duplae stipulatio*. L'azione che ne nasceva era naturalmente *stricti iuris*, ed in essa non si teneva conto dei mutamenti, che la cosa evitta avesse potuto subire dal momento della vendita a quello dell'evizione. Questa regola, che risulta manifestamente dall'indole stessa dell'*actio ex stipulatu*, è anche scritta a chiare note nel fr. 13 *de evict.* 21, 2 (Paulus, libro quinto *ad Sabinum*):

« *Bonitatis aestimationem faciendam, cum pars evincitur, Proculus recte putabat, quae fuisset venditionis tempore, non cum evinceretur;*

e nel fr. 64 pr. *eod.* (Papinianus, libro septimo *quaestionum*):

... *Si totus fundus quem flumen deminuerat evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio, non magis quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit: nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.*

Ma tuttavia sono, almeno in apparenza, contrarii i fr. 15 pr. *de evict.* 21, 2 (Paulus, libro quinto *ad Sabinum*):

*Sed si quid postea alluvione accessit, tempus quo accedit inspiciendum* e il fr. 64 *eod.* (Papinianus, libro septimo *quaestionum*):

*Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abstulit. Si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta praestabitur: nam quod perit, damnum emptori, non venditori attulit... § 1. Quod si modo terrae integro qui fuerat traditus ducenta iugera per alluvionem accesserunt ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille iugeribus quae tradita sunt fuissent evicta, quia alluvionis periculum non praestat venditor. § 2. Quaesitum est, si mille iugeribus traditis perissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset: pro qua parte auctor teneretur. Dixi consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille iugerum neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta: nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intellegi.*

Nel trascrivere questo secondo testo, ho lasciato una lacuna nel principio, innanzi al § 1, la quale va colmata con le parole del medesimo fr. 64 *de eviction.* da me riferito poco sopra.

Questi due testi sembrano contrari alla regola esposta poc'anzi; perchè nell'uno (fr. 15 pr. cit.) pare che si tenga calcolo dell'alluvione, la quale abbia accresciuto il fondo, nell'altro (fr. 64 cit.) l'evizione del quarto o del quinto si calcola in vario modo secondo gli accrescimenti o le diminuzioni prodotte nel fondo dalle acque che lo bagnano.

Ora se si rifletta che la regola esposta non solo è conforme alla generale teorica dello stretto diritto, non solo risulta esplicitamente dai testi, ma è contenuta in due leggi, le quali non sono altro che il complemento delle due leggi apparentemente eccezionali, la nostra meraviglia si farà sempre più grande! E per vero il fr. 15 pr. cit. ci si presenta come la continuazione del fr. 13 cit., essendo tratti ambedue dal libro quinto *ad Sabinum* di Paolo, ed

essendo divisi soltanto dalle poche parole del fr. 14 (Ulpianus, libro octavo *decimo ad edictum*):

*non in dimidiam quantitatem pretii:*

le quali non formano neppure una proposizione per sè stante. Il fr. 64 poi è tutt'uno, sebbene io l'abbia riferito in due volte.

Qual valore ha dunque quella regola, e come si possono spiegare i testi contraddittorii?

Questo è uno dei problemi, la cui soluzione si deve cercare nel presente scritto.

## II

L'altro problema è: se, mancando nella *stipulatio duplae* una clausola espressa concernente l'evizione parziale, si potesse agire con l'*actio ex stipulatu* dal compratore evitto solo per una parte della cosa comprata.

I testi che si sogliono addurre da una parte e dall'altra in tale questione sono i seguenti:

1) a favore dell'ammissione dell'*actio ex stipulatu*:

il fr. *de evict.* 21, 2 (Ulpianus, libro vicesimo octavo *ad Sabinum*):

*Sive tota res evincatur sive pars habet regressum emptor in venditorem, sed cum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictae partis: quod si certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erit regressus. Quid enim, si quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? aestimabitur loci qualitas, et sic erit regressus.*

i fr. 13, 14, 15 pr. *de evict.*, 21, 2 citati più sopra;

il fr. 39, § 2 *eod.* (Iulianus, libro quinquagesimo septimo *digestorum*):

*Si a me bessem fundi emeris, a Titio trientem, deinde partem dimidiam fundi a te quis petierit: si quidem ex besse quem a me acceperas semis petitus fuerit, Titius non tenebitur, si vero triens quem Titius tibi tradiderat et sextans ex besse quem a me acceperas petitus fuerit, Titius quidem pro triente, ego pro sextante evictionem tibi praestabimus.*

il fr. 45 *eod.* (Alfenus, libro quarto *digestorum a Paulo epitomatorum*):

*Qui fundum tradiderat iugerum centum, fines multo amplius emptori demonstraverat. Si quid ex his finibus evinceretur, pro bonitate eius emptori praestandum ait quamvis id quod relinqueretur centum iugera haberat.*

il fr. 49 *eod.* (Gaius, libro septimo *ad edictum provinciale*):

*Si ab emptore usus fructus petatur, proinde is venditori denuntiae debet atque is a quo pars petitur.*

il fr. 53 pr. *eod.* (Paulus, libro septuagesimo septimo *ad edictum*):

*Si fundo tradito pars evincatur, si singula iugera venierint certo pretio, tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint quae evicta fuerint, praestandum, etiam si ea quae meliora fuerint evicta sint.*

il fr. 64 pr., § 1, 2, 3 *eod.* (Papinianus, libro septimo *quaestionum*): avendo già trascritto più sopra la maggior parte di questo testo, ne riferirò qui solo il rimanente § 3:

... § 3. *Ceterum cum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus iugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis praestatur evictio.*

2) contro l'ammissione dell'*actio ex stipulatu*, salvo clausola speciale:

il fr. 56, § 2 *de evict. ionibus*, 21, 2 (Paulus, libro secundo ad edictum aedilium curulium):

*In stipulatione duplae cum homo venditur partis adiectio necessaria est, quia non potest videri homo evictus, cum pars eius evicta est.*

il fr. 36 *eod.* (Paulus, libro vicesimo nono ad edictum):

*Nave aut domu empta singula caementa vel tabulae emptae non intelleguntur ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor quasi evicta parte.*  
il fr. 42 *eod.* (Paulus, libro quinquagesimo tertio ad edictum):

*Si praegnas ancilla vendita et tradita sit, evicto partu venditor non potest de evictione conveniri, quia partus venditus non est.*

il fr. 43 *eod.* (Iulianus, libro quinquagesimo octavo digestorum):

*Vaccae emptor, si vitulus qui post emptionem natus est evincatur, agere ex duplae stipulatione non potest, quia nec ipsa nec usus fructus evincitur. Nam quod dicimus vitulum fructum esse vaccae, non ius, sed corpus demonstramus, sicuti praediorum frumenta et vinum fructum recte dicimus, cum constet eadem haec non recte usum fructum appellari.*

il fr. 44 *eod.* (Alfenus, libro secundo digestorum a Paulo epitomatorum):

*Scapham non videri navis esse respondit nec quicquam coniunctum habere, nam scapham ipsam per se parvam naviculam esse: omnia autem, quae coniuncta navi essent (veluti gubernacula malus antemnae velum), quasi membra navis esse.*

A queste leggi si aggiunga il fatto che nei contratti di vendita, dei quali ci è conservato il testo nelle tavole cerate di Transilvania, si legge sempre la clausola relativa all'evizione parziale, non solo quando l'oggetto della vendita è uno schiavo, ma anche quando è una casa, in questo modo:

... [e]t si quis eam domum partemve quam quis [e]x [ea] evicerit q(uo) m(inus) Andueia Batonis (e)ive a(d) q(uem) e(a) r(es) p(ertinebit) h(abere) p(ossidere) // u(suque) c(apere) r(ecte) l(iceat) qu[o]d ita licitum n[o]n erit t(antum) / p(ecuniam) r(ecte) d(ari) f(ide) r(ogavit) Andueia Batonis fide promisit / Veturius Valens (1).

### III

Quali soluzioni si sono date finora di questi due problemi?

Cercherò di riassumere nel modo più breve che mi sarà possibile le principali opinioni a me conosciute.

La Glossa e specialmente Azone riferivano le tre leggi 13, 14, 15 *de evict.* 21, 2 citate all'azione *ex stipulatu*, ammettendo il principio che in tale azione non si tien conto delle modificazioni avvenute nella cosa posteriormente alla vendita. Spiegavano il fr. 15 pr., che apparentemente è contraddittorio, rife-

(1) È la clausola inserita nella vendita di una parte di una casa in Alburno nell'anno 159 d. C. È inserita nel *Corpus inscriptionum latinarum*, vol. III, parte 2<sup>a</sup>, pag. 945; in BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, 4<sup>a</sup> ed., Tubinga 1879, pag. 208. Tre atti di vendita nelle stesse tavole di Transilvania si riferiscono a schiavi maschi o femmine e contengono simili clausole per l'evizione anche di una parte: appartengono agli anni 139, 142, 160 d. C. Vedi C. I. L., vol. III, parte 2<sup>a</sup>, pag. 936-943, 959; BRUNS, *op. cit.*, pag. 205-207.

Altri strumenti di vendita meno antichi di questi, ma che pure contengono clausole speciali relative all'evizione parziale, si possono leggere in SPANGENBERG, *Iuris romani tabulae negotiorum solemnium*, Lipsia 1822, pag. 247, 256, 266, 276, 284. Tutte queste vendite hanno per oggetto beni immobili.

rendolo ad un caso speciale, nel quale si fosse stipulata un'indennità anche per gli aumenti futuri (1).

Il fr. 64 fu estesamente interpretato dai glossatori, ma non senza controversie. Dai loro tempi fino ai nostri l'interpretazione di questo testo non ha fatto molti progressi: le questioni allora sollevate sono rimaste, si può dire, sempre le stesse, sicchè non sarà inutile esporre quel che pensavano quegli antichi padri della nostra scienza.

Io ti vendei — dice la Glossa figurando i vari casi (2) — mille iugeri: Tizio ne aveva la quarta parte ossia 250. Prima il fiume te ne portò via 200, poi Tizio ne domandò la quarta parte di mille ossia 250; ma tu per la quarta dei duecento portati via dal fiume e periti, ossia per 50 iugeri, respingi le pretese di Tizio. Agisci contro di me per la quarta parte di 1000, che apparteneva a Tizio: nol puoi, perchè la quarta parte dei duecento iugeri portati via dal fiume, è perita a danno tuo, che sei compratore, non mio, sicchè non puoi agire per l'evizione di essa ed io sarò tenuto solo per la quinta parte di 1000 iugeri, ossia per duecento:

Se il fiume abbia portato via dal fondo 200 iugeri, e poi sia evitto tutto il rimanente, tu poi agire contro di me pel doppio del prezzo dei mille iugeri: perchè se il fondo si fosse in altro modo deteriorato non si diminuirebbe la somma della *dupla*, nè si aumenterebbe se fosse migliorato.

Ma perchè tale diversità di trattamento nel caso che sia evitta una parte *pro indiviso*, e nel caso che sia evitto tutto il fondo?

Azone rispondeva che quando al compratore è stata evitta una parte, egli non deve agire per ciò che il fiume ha portato via, perchè per alluvione gli può ancora essere restituito quanto ha perduto, e il danno spetta a colui, cui spetta il vantaggio. Ma quando sia stato evitto tutto il fondo, il danno spetta al venditore, perchè nulla può più guadagnare il compratore, che non ha più il fondo. Altri diceva invece che la ragione della decisione in caso di evizione totale stava in ciò, che il fondo sarebbe stato evitto tutto anche se il fiume nulla ne avesse distrutto. Ma tale ragione non era approvata: *hoc non placet*.

Pongasi che ai mille iugeri venduti il fiume ne abbia aggiunti 200, in modo che son diventati 1200. Tizio ne evince la quinta parte. Si domanda se si dia azione per tutti i iugeri evitti. Si risponde di no, ma solo per la quinta parte di mille, perchè il venditore non deve prestare il pericolo dell'evizione di quanto è accresciuto per alluvione.

Che se il fiume de' mille iugeri venduti ne abbia portati via 200 da una parte, aggiungendone per alluvione 200 dall'altra, e quindi Tizio abbia evitto il quinto del tutto, ossia 200 iugeri; si domanda se vi sarà azione per l'evizione di tutti i duecento, e si risponde di no, ma solo per la quinta parte degli 800 iugeri rimasti dopo che il fiume ne aveva portati via duecento, ossia per 160 iugeri. Il venditore non è tenuto per la quinta parte dei duecento iugeri aggiunti dal fiume.

(1) Vedi GLOSSA ad l. 13 e ad l. 15 *de evict.* 21, 2 v. *bonitatis e sed et si quid*. È notevole che alcuni glossatori riferivano la l. 15 pr. all'azione *ex empto* la quale, com'è noto, si concedeva per l'*id quod interest* in caso di evizione, e nella quale perciò la domanda si conformava al valore attuale della cosa o della parte della cosa al momento dell'evizione. L'opinione di costoro fu peraltro rigettata: la glossa ordinaria dice: *Quidam dicunt hanc legem loqui in actione ex empto, quod stare non potest*.

(2) Traduco quasi a parola, solo omettendo e riordinando qua e là qualche cosa, la glossa alla l. 64 *de evict.*



Anche qui alla parola *Consequens* la Glossa nota la contraddizione con ciò che si è stabilito per l'evizione totale: *consequens — imo videtur potius contrarium in princ. § si totus. Sed consequens ei quod in alluvione dicitur.*

Quanto si è detto fin qui poi è vero quando sia evitta una quota del fondo. Che se venga evitto un luogo determinato, si agisce per la *dupla* di questo luogo. Può darsi che sia de' luoghi migliori del fondo, e se ne deve tener conto. Ben inteso che il valore relativo delle parti va calcolato tenendo sempre per base, come valore totale, il prezzo pagato e il tempo della vendita.

Queste interpretazioni delle leggi 13, 15, 64 *de evict.* date dai glossatori, mentre rispondono ad uno dei quesiti che ci siamo proposti, dimostrano pure quali fossero le loro idee circa l'altro problema. Essi ammettevano l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale, come regola generale (1). Spiegavano la eccezione del fr. 56, § 2 in vario modo: Giovanni, approvato dalla Glossa, credeva che fosse cosa affatto speciale alla vendita di schiavi a causa dell'eccellenza dell'uomo; altri invece l'estendeva a tutte le cose indivisibili (2). Davano ragione dei fr. 36, 42, 43, 44 osservando che in essi non si tratta di evizione di cose che possono dirsi veramente *parti della cosa venduta* (3).

#### IV

Bartolo in massima approvava la Glossa. Relativamente al fr. 56, § 2 seguiva l'opinione di Giovanni ritenendo che contenesse una disposizione affatto speciale agli schiavi, ma per una ragione diversa da quella dell'eccellenza dell'uomo. Egli pensava che quando fosse evitta una parte dello schiavo il compratore continuava ad averlo *in solidum quoad partem retentam*, perchè lo schiavo acquistava ancora *in solidum* per lui in forza di cosa di lui, o per comando di lui o espressamente stipulando per lui. Per tale ragione la *stipulatio duplae* non si poteva dire *commissa* (4).

Seguiva in genere l'opinione della Glossa anche il Duareno (5), il quale così spiegava l'eccezione fatta dalla l. 56, § 2 relativamente allo schiavo: « *verius est ne partis quidem evictionem illic fuisse, cum pars hominis emptori auferri non possit citra totius corporis interitum, ut vel totum hominem evinci necesse sit vel nullo modo evinci* ».

Francesco Balduino, spirito irrequieto, proponeva due novità a proposito della l. 64. Osservando che negli esempi di evizione parziale riferiti nel § 1 e nel § 2 l'evizione è fatta sempre per una quinta parte, egli ritiene che Papiniano anche nel principio di questa legge abbia dovuto parlare di un'evizione del quinto *pro indiviso*: sicchè il terzo evincente avrebbe chiesto 1/5 di 1000

(1) Confr. GLOSSA ad l. 1 *de evict.* v. *Pars*.

(2) Confr. GLOSSA ad l. 1 *de evict.* v. *Pars*; ad l. 56 § 2 *cod.* v. *non potest*. Tra coloro che estendevano l. 56 § 2 a tutte le cose indivisibili era Martino. Confr. BARTOLO ad l. 1 *de evict.*

(3) Confr. GLOSSA ad l. 1 *de evict.* v. *Pars*; ad l. 36 *cod.* v. *Venditor*; ad l. 42 *cod.* v. *Partus*; ad l. 44 v. *Membra*.

(4) BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In secundam Dig. veteris partem ad l. 1 de evictionibus*. n. 1. Bartolo in questo luogo parla pure dell'opinione di alcuni che riferivano alla sola azione *ex empto* la detta l. 1 e pensavano che per la evizione parziale non si desse l'*actio ex stipulatu*.

(5) DUARENUS, *In Cod. tit. de evictionibus*, cap. 11 ad l. 10 in *Opera omnia*, Lucae 1765 vol. I, pag. 419; cap. 17 ad l. 16 *op. cit.*, pag. 421 seg.

iugeri; ma per essere il fondo ridotto a 300 iugeri ne avrebbe ottenuti 160 (1/5 di 800). Siccome il diritto ad 1/5, che si è fatto valere, tendeva a 200 iugeri del fondo odiginario, poteva dubitarsi se l'azione per l'evizione si dovesse dare per 200 (1/4 di 800) o per 160 (1/5 di 800): Papiniano peraltro rispose doversi dare l'azione solo per 1/5 di 800. Balduino dunque riferisce l'espressione *pro parte quinta, non quarta* al fondo già ridotto a 800 iugeri, e per meglio avvalorare la propria interpretazione propone che invece di *si postea pro indiviso CC evincantur, si legga: ... CLX evincantur* (1).

In quanto poi alla diversità dei criteri seguiti da Papiniano nel risolvere la questione della quantità dell'azione nel caso di perimento di 200 iugeri, secondo che fosse evitto tutto il fondo o solo una parte, il Balduino crede che dipenda dal maggior grado d'imputabilità del venditore che abbia venduto un fondo totalmente altrui, rispetto al venditore che abbia venduto un fondo in parte proprio, in parte altrui (2).

Lontano da modificazioni del testo e da innovazioni nell'esegesi si mantiene il Cuiacio, che sta piuttosto stretto alla Glossa. Nel ricostruire abilmente la formula della *duplae stipulatio* egli vi inserisce la clausola per l'evizione parziale ricordando la l. 56, § 2 (3). Perciò alcuni (4) hanno creduto che il Cuiacio richiedesse sempre quella clausola, e non ammettesse senza di essa l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale. Non vorrei negar ciò troppo recisamente, perchè nell'oceano delle opere cuiaciane non è facile navigare con molta sicurezza. Dirò solo che non ho rinvenuto in alcun luogo del nostro autore chiaramente espressa tale opinione; che l'argomento tratto dalla ricostruzione della formula non ha valore, perchè la formula ricostruita è appunto relativa alla vendita di uno schiavo; e finalmente che lo stesso Cuiacio in altro luogo (5) restringe il significato della l. 56 § 2, dicendo che si riferisce ad ogni animale *nam animalis pars animal non est*.

Nell'interpretazione delle varie leggi relative ai nostri problemi, Cuiacio, come ho detto, generalmente si attiene alla Glossa. Ecco le sole variazioni notevoli. Egli non accetta nè la ragione addotta da Azzone, nè l'altra già rifiutata da Accursio, per spiegare la differenza di trattamento nel caso di evizione totale e nel caso di evizione parziale ammessa da Papiniano nella l. 64. Egli crede che tra il tutto e la parte vi sia una differenza essenziale: il tutto comunque diminuito, è sempre tutto, sicchè, evitto, è sempre evitto il tutto: per la parte invece non si può dire evitta se non quella che è realmente presa dal terzo; di ciò che è perito nulla è evitto. Critica poi Cuiacio l'ipotesi di Accursio là dove dice che il terzo rivendicante, nel primo caso immaginato da Papiniano, chiedesse 250 iugeri e fosse respinto per 50: tale ipotesi è inutile, basta dire che chiedeva, in forza del diritto a 1/4, 200 iugeri degli 800 rimasti (6). Quest'ultima osservazione, come si vede, non ha quasi importanza.

(1) BALDUINUS *ad Papinianum de evictionibus* in HEINECCIUS, *Iurisprudentia romana e antica*, vol. I, pag. 511 segg. Nella prima edizione separata Basil. 1556, pag. 355.

Si noti che anche ai tempi dei Glossatori alcuni riferivano il *pro parte quinta non quarta* agli 800 iugeri. V. GLOSSA ad l. 64, *De evict.* v° *Pro parte quinta*.

(2) BALDUINUS, *loc. cit.*

(3) CUIACIUS, *Tract. ad Africanum*, VI, ad l. 24 *de evict.* in *Opera omnia*, Prato 1836-44, vol. IV, col. 185.

(4) Per esempio LIEBE nell'articolo *Gewährleistung* nel *Rechtlexicon* del WEISKE, volume IV, 2ª ed., Leipzig 1844, pag. 818.

(5) *Comment. ad tit. de usurp. et usuc.* ad l. 23, edizione citata, vol. VI, col. 648.

(6) Veggansi CUIACIUS, *Observat., lib. XXVI*, cap. 37, ediz. citata, vol. I, col. 1178 segg.; *In lib. VII Quaest. Papinian.* ad l. 64 *de evict.*, IV, col. 786 segg.



Donello pure non fece avanzare le nostre questioni. Egli ammetteva l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale e seguiva Bartolo nell'interpretare la l. 56 § 2 *de evict.* (1): si conformava alla Glossa nello spiegare la l. 64 assai diffusamente, solo notava a proposito della famosa differenza di criteri di Papiniano, che quando l'evizione fosse stata totale, benchè il fondo fosse diminuito la somma stipulata per l'evizione doveva pagarsi per intero, perchè doveva dirsi avverata la condizione della *stipulatio duplae*, negozio di stretta interpretazione (2). Per l'evizione parziale Donello formulava la regola seguente: « *id totum praestandum esse quod evictum est, modo id venditum fuerit: si quid evictum non sit, quamvis sit amissum non amplius praestandum quam quod evictum est* » (3).

Il Dumoulin era press'a poco della stessa opinione (4).

Il Wesembecio (5), il Bachovio (6), il Mejer (7), che ritengono l'*actio ex stipulatu* aver per base lo stato delle cose al momento della vendita, e che l'ammettono nel caso di evizione di parti omogenee (*quae totius nomen retinent*), non s'indugiano nella interpretazione dei testi.

Il Cabot, ch'è della medesima opinione, vuole che il fr. 15 pr. si riferisca all'*actio ex emto* non a quella *ex stipulatu* (8).

Il Callet tratta alcuni punti *ex professo*.

Egli interpreta la l. 64, come già avevan fatto la Glossa, Cuiacio, Donello etc., ma della varietà dei criteri usati da Papiniano rende questa ragione, che per l'evizione del tutto abbia dovuto seguire lo stretto diritto (*iure non deminetur etc.; iure = stricto iure*), per l'evizione d'una parte invece abbia seguita l'equità (9). Il Callet vede nella l. 56 § 2 qualche cosa di affatto speciale alla vendita di schiavi, ma non ne intende il motivo — *speciali quadam ratione nobis occulta* — (10). Delle altre leggi dice che non si vi si parla di evizione di vera e propria parte (11).

Il Mangilio, il più celebre dei pragmatici che abbiano trattata la materia della evizione, non si allontana dalla Glossa nel risolvere le nostre questioni: solo nel dar ragione della duplicità di criteri della l. 64, oltre il motivo addotto da Azone, dice che il tutto benchè diminuito deve dirsi sempre lo stesso tutto (12).

Nè alcunchè di nuovo ci porta l'Alteserra, il quale ammettendo l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale anche senza clausola speciale, fuorchè nel

(1) DONELLUS *Comm. ad tit. Dig. de evictionibus*, in *Opera omnia*, Lucae 1776, vol. X. specialmente cap. VI, n. 1, 2, 4, 13-15, col. 1353 segg.; cap. VII, n. 12 segg., col. 1366 segg.

(2) *Op. cit.*, cap. VII, n. 18 segg., col. 1369 segg., specialmente n. 21, col. 1372.

(3) *Op. cit.*, cap. VII, n. 19, col. 1369.

(4) C. MOLINAEUS, *Tract. de eo quod interest*, n. 111 segg., Lugd. 1597.

(5) WESEMBECIUS, *Comm. in Pandectas*, Coloniae Agrippinae 1650, lib. XXI, tit. II, *de evict.* § IX, pag. 372.

(6) BACHOVIVS AB ECHT, nelle note al WESEMBECIO, *loc. cit.*, pag. 372, nota h.

(7) MEJER, *Collegium iuridicum Argentoratense*, Argent. 1616, lib. XXI, tit. II, n. 5, vol. I, pag. 985.

(8) CABOTIUS, *Disputationes*, lib. II, cap. 28, nel Tesoro di MEERMANN, vol. IV, p. 640.

(9) CALLETIUS, *Ad tit. Cod. de evictionibus Commentarius*, nel Tesoro di MEERMANN, vol. II, pag. 328 seg.

(10) *Op. cit.*, cap. V, n. 1, pag. 336.

(11) *Op. cit.*, cap. V, n. 6 segg., pag. 337.

(12) MANGILIUS, *De evictionibus*, Venetiis 1668; *Quaest.* 165, pag. 358; *Quaest.* 195 pag. 422 segg.

caso di evizione di parti non omogenee, dà alle leggi 1, 13, 14, 15 pr., 56, § 2, 64, *de evict.* le spiegazioni già date dai glossatori e specialmente da Azone. Egli erra peraltro, quando, nel riferire la l. 56, § 2 a tutte le cose indivisibili, cita in suo appoggio Giovanni ed Accursio, i quali, come ho detto più sopra, erano anzi di contraria opinione (1).

Il Voet ammette l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale in genere, ma ne eccettua l'evizione di parti eterogenee e l'evizione di parti di cose indivisibili *quae uno spiritu continentur* (2).

E la stessa eccezione per le parti eterogenee facevano il Lauterbach (3), Samuele De Coccei (4), Heineccio (5), Hofacker (6) e moltissimi altri autori, essendo questa l'opinione dominante nel diciassettesimo e nel diciottesimo secolo.

Ma intanto il Noodt, sempre erudito, ma non sempre retto interprete, ammettendo anch'egli l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale, e dicendo ciò risultare persino dall'eccezione fatta nella l. 56, § 2, pretendeva che nella l. 64 pr. invece di *pro parte quinta non quarta praestabitur*, si leggesse *pro parte quarta non quinta praestabitur* (7). In tal modo il calcolo avrebbe per base il fondo ridotto a 800 iugeri. In verità con siffatta modificazione sparisce quella duplicità di criteri, che ha tanto preoccupato gli interpreti: ma pur troppo la modificazione del testo non ha il minimo fondamento nei manoscritti: esso, così corretto, sarebbe in flagrante contraddizione non solo col principio che l'*actio ex stipulatu* ha per base lo stato delle cose al momento della stipulazione non già al momento della evizione, ma anche con l'argomento stesso addotto da Papiniano nella l. 64, cioè che il venditore non presta l'evizione di ciò che è perito — *quod perit damnum emptori non venditori attulit* — poichè, se evitti 200 iugeri sopra 800 rimasti, il venditore fosse tenuto a pagare la quarta parte della *duplae stipulatio* fatta per 1000 iugeri, egli sarebbe tenuto per un quarto di 1000, cioè per 250 iugeri, ossia per 50 iugeri più dei 200 realmente evitti, i quali 50 iugeri rappresentano un quarto dei 200 iugeri periti; il venditore dunque pagherebbe anche per la parte del fondo che è perita. Bene a ragione dunque il Iens (8), il Glück (9) ed altri combatterono la proposta del Noodt, che si può dire totalmente abbandonata.

Criticava il Pothier le ragioni addotte dal Dumoulin per togliere ogni contraddizione tra l'evizione totale e la parziale nella l. 64, osservando aver esse

(1) ALTESERRA, *Recitationes quotidianae*, Tolosae 1679, *ad tit. de evictionibus* ad l. 1, vol. I, pag. 598 seg., ad l. 13-14, pag. 607 seg.; ad l. 15 pr. pag. 608; ad l. 56, § 2, pag. 655; ed l. 64, pag. 666-669.

(2) IO. VOET, *Comment. ad Pandectas* (Coloniae Allobrogum 1759), lib. XXI, tit. II, *de evict.* n. 15, vol. I, pag. 752.

(3) LAUTERBACHIVS, *Collegium Pandectarum*, 6 ed., Tubingae 1784, lib. XXI, tit. II, *de evict.* n. 24, vol. II, pag. 154 seg.

(4) SAM. DE COCCEI, *Ius civile controversum*, 5 ed., Lipsiae 1784, *Pars II*, tom. 1, lib. XXI, tit. II, *Quaest. XVI*, pag. 65 seg.

(5) HEINECCIUS, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum*, part. IV, lib. XXI, tit. 2, § 75, 6 ediz., Genevae 1747, pag. 361 seg.

(6) HOFACKER, *Principia iuris civilis*, Tubingae 1798, tom. III, § 1919, pag. 167 seg.

(7) NOODT, *Comm. ad Digesta*, lib. XXI tit. 2 *de evict.* in *Opera omnia*, Lugd. Batav. 1735, vol. II, pag. 467-470 seg.

(8) IENSIUS, *Strictar. ad Roma. iuris Pandect. et Cod.*, Lugd. Batav. 1764, ad l. 64 D. *de evict.*, pag. 157.

(9) GLÜCK, *Ausführl. Erläuterung der Pandecten*, vol. XX, Erlangen 1819, lib. 21, tit. 2, § 1122, pag. 335.

più di sottigliezza che di solidità; ma egli stesso non sapeva darne migliore ragione, sicchè se la pigliava col povero Papiniano (1).

## V

Ma veniamo al nostro secolo.

Il Westphal fa qualche osservazione sopra talune delle opinioni precedenti, e ammette l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale, e vuole che quest'azione abbia sempre per base lo stato delle cose al momento della vendita. Riferisce la l. 15 pr. *de evict.* all'*actio ex empto*; nulla dice di nuovo circa le l. 56, § 2 e 64 *eod.* (2).

Il Glück spiega a lungo la l. 64 seguendo Cuiacio e Donello, ma non si addentra punto nelle nostre questioni, attenendosi alla solita opinione che ammette l'*actio ex stipulatu* per l'evizione delle parti, purchè non eterogenee (3).

Il Thibaut (4) e lo Schweppe (5) negavano l'azione *ex stipulatu* per l'evizione parziale, quando non si fosse inserita nella stipulazione la clausola speciale, generalizzando così il disposto della l. 56 § 2, e sottintendendo tale clausola nei casi mentovati nelle altre leggi. Ammettevano che il calcolo si facesse in base allo stato delle cose al tempo della vendita.

Il Neustetel (6) estendeva invece la l. 56 § 2 a tutte le cose che non si possono possedere *pro diviso*, e riteneva che nella vendita dell'altre cose la stipulazione per le parti fosse inclusa nella menzione delle parti stesse fatta nel designare il tutto (p. es. un fondo di 1000 iugeri). Egli critica la spiegazione data da Bartolo e Donello di quella l. 56, § 2, e dà della l. 64 la stessa interpretazione di Donello, Cuiacio, e Glück (7).

Il Mackeldey rinvia al Neustetel (8).

(1) POTHIER, *Traité du contrat de vente* (nelle *Oeuvres*, Bruxelles 1829, vol. I) n. 100-102, pag. 308; n. 154-161, pag. 319 segg. Nel n. 157, pag. 321, il Pothier, si propone la questione dell'evizione degli 800 iugeri rimasti in forza di un diritto limitato a questi 800 iugeri, e dice che in tal caso l'*actio ex stipulatu* si dà per soli quattro quinti.

(2) WESTPHAL, *Lehre des gem. Rechts vom Kauf, Pacht a. s. w.*, 2 ed., Leipzig 1807, § 208-209, pag. 137 seg.; § 266-270, pag. 176-179.

(3) GLÜCK, opera citata nella nota 9 a pag. 191, pag. 332-346.

(4) THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, nella 7ª edizione, Iena 1828, § 183. — Confr. BRAUN, *Erörterungen über die bestrittensten Materien des röm. Rechts*, Stuttgart 1831, pag. 204 segg., scritto appunto sulla 7ª ediz. del Thibaut e che riferisce cose dette dal Thibaut nelle sue lezioni. Il Thibaut credeva che la l. 15 pr. *de evict.* trattasse dell'*actio ex empto*.

(5) SCHWEPPE, *Das römische Privatrecht*, 4ª ed., (Göttingen 1831), continuata dal MEYER, III, § 442, pag. 162.

(6) NEUSTETEL, *Ueber theilweise Eviction* nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. VII (1824), n. 10, pag. 211-213. Quest'articolo del Neustetel è specialmente diretto all'interpretazione del § 4 del fr. 64 *de evict.* Io nel presente scritto non mi occupo di questo § 4 perchè non è relativo alle questioni che tratto.

(7) Il NEUSTETEL, *op. cit.*, pag. 213, nota 11, e il LIEBE (*op. cit.* più sopra nella nota 4 a pag. 189) pag. 819, nota 82, citano pure A. FABER, *Ration. ad Pand. ad h. l.*, ossia alla l. 64 *de evict.* Ma i *Rationalia* del Fabro si fermano al libro XIX delle pandette sicchè non comprendono il titolo *de evictionibus*. La citazione del Neustetel copiata dal Liebe è dunque erronea, ma non so in che possa consistere l'errore.

(8) MACKELDEY, *Systema iuris romani hodie usitati*, trad. latina dell'HINDENBURG, Lipsia, 1847, § 370, nota m, pag. 376.

Il Wening-Ingenheim nega l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale, salvo clausola speciale, ma fa eccezione per la vendita di terre (*Ländereien*) (1).

Il Mühlenbruch invece ammette quell'azione (2).

Il Liebe nello spiegare la l. 56 § 2 segue il Neustetel, e così pure nell'interpretare la l. 64 sull'esempio di Donello (3).

Il Göschen pensa che l'*actio ex stipulatu* di regola si debba concedere anche per l'evizione parziale, ma che in certi casi (l. 56 § 2) la forma della stipulazione esclude la prestazione di questa evizione parziale (4).

L'Unterholzner si attiene all'opinione di coloro che negavano l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale, a meno che non si fosse con una speciale clausola preveduto siffatto caso; sottintende questa clausola nella l. 64 *de evict.* e nelle altre che non si spiegherebbero altrimenti (5).

Lo Schilling ammette l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale, eccettuate le cose indivisibili. Vuole che le l. 13 e 15 pr. *de evict.* si riferiscano alla *actio ex empto* (6).

Il Puchta dà l'*actio ex stipulatu* di regola, ma ne eccettua il caso di evizione di parti costitutive (Bestandtheile) (7).

Il Vangerow crede che tutto dipenda dal modo come è concepita la *duplae stipulatio* (8). Rispetto alla l. 64 pr. egli torna a difenderne l'interpretazione del Balduino, la quale era stata fino allora senza altri seguaci che il Kritz (9). Crede peraltro che sia inutile modificare il testo ponendo *CLX evincantur* invece di *CC evincantur*, perchè si può dire che il terzo evincente abbia chiesti 200 iugeri, e ne abbia ottenuti solo 160 a causa della diminuzione del fondo. Il Vangerow peraltro non segue Balduino anche nel dar ragione della differenza dei criteri usati da Papiniano nel caso di evizione totale e in quello di evizione parziale; ma a questo riguardo dice che ciò facilmente si spiega pel modo come era concepita la *duplae stipulatio*, perchè il fondo essendo evitto tutto, benchè diminuito, si verifica la condizione apposta al pagamento della *dupla* (10).

(1) WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, vol. II, § 377 delle prime edizioni; della 5ª ed. curata dal Fritz, München 1837, vol. II, § 360, pag. 433. Simile concetto si trova nello SCHWEPPE *op. cit.*, § 437, nota 4, ma dubito vi sia aggiunto dal Meyer.

(2) MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum*, 3ª ediz., Hal. Saxon. 1831, vol. II, § 101, pag. 349.

(3) LIEBE (*op. cit.* più sopra nella nota 4 a pag. 189, pag. 818 segg. — Il BEKKER, nel suo scritto *Zur Lehre ecc.*, che citerò fra breve (vedi nota 4 a pag. 194), pag. 264, critica il Liebe come oscuro nella interpretazione del fr. 64; ma siccome il Liebe non dice nulla di nuovo, il significato delle sue parole si può desumere da quanto hanno detto gli scrittori da lui seguiti.

(4) GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, Göttingen 1838-39, lib. III, § 400, vol. II, parte 2ª, pag. 95.

(5) UNTERHOLZNER, *Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen*, Leipzig 1840, vol. I, § 144, pag. 294 seg.

(6) SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen*, vol. III, Leipzig 1846, § 296, pag. 399 seg., note i, k, l, γ, pag. 402-404.

(7) PUCHTA, *Pandekten*, 7ª ed., Leipzig 1853, § 362, pag. 518 seg.; *Vorlesungen*, 3ª ed., Leipzig 1852, vol. II, § 362, pag. 203.

(8) VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 7ª ed., ristampa Marb. u. Leipzig 1876, vol. III, § 610, ann. 1, pag. 310 seg.

(9) KRITZ, *Das Pandektenrecht*, Meissen 1835-41, 1ª parte, vol. III, pag. 101 segg., citato dal Vangerow.

(10) VANGEROW, *op. cit.*, pag. 311 segg. Il Vangerow cita tra l'altre una particolare opinione del MEYKOW, *De duplae stipulationis computazione*, Dorpat 1847, criticandola acerbamente, come quella che si fonda sulla stranissima idea che nelle cose fungibili e nei terreni si diano



Il Sintenis dopo avere esposte parecchie delle opinioni anteriori, sostiene quella di coloro che ammettono l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale in genere, eccezione fatta riguardo alle cose indivisibili in forza del fr. 56 § 2 *de evict.* (1).

Il Keller ammette l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale, e ritiene che le disposizioni dei fr. 36 e 56, § 2 *de evict.* dipendano dalla interpretazione letterale della stipulazione (2); egli riproduce dunque l'opinione del Göschen ricordata più sopra.

L'Arndts pure ammette l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale, ma non scende ad ulteriori particolari (3).

Il Bekker, se si tratta di evizione di parti *pro diviso*, ammette senza dubbio l'*actio ex stipulatu*, eccettuate, s'intende, le parti costitutive, i frutti, le accessioni; in quanto alle parti *pro indiviso* ritiene che i suoi predecessori non abbiano trovata una conciliazione pienamente probabile delle l. 56, § 2 e 64. Crede che due sole vie si possano prendere, o restringere la l. 56, § 2 agli schiavi e cose simili, o interpretare la l. 64 in modo da non riferirla ad evizione di parte della cosa venduta.

Siffatta interpretazione il Bekker pensa sia la più corretta e crede con essa chiarire i criteri diversi usati da Papiniano nella l. 64. Egli dunque dice che le decisioni del giureconsulto riguardanti i casi di evizione parziale si fondano tutte sull'idea che la vendita del fondo di mille iugeri si debba decomporre in 1000 vendite di un iugero, sicchè nella stipulazione per i 1000 iugeri si avrebbero pure 1000 stipulazioni per un iugero, e perciò, in caso di evizione sono *commissae* tutte le stipulazioni riguardanti que' iugeri che, tra i venduti (esclusi quindi quelli aggiunti per accessione) sono stati realmente evitti (esclusi quindi quelli periti).

Il Bekker confessa di non sapere spiegare perchè il giureconsulto, che per l'evizione totale aveva considerata come una sola vendita quella del fondo di 1000 iugeri, e quindi come una sola la *duplae stipulatio*, abbia mutata idea per l'evizione parziale: afferma peraltro che tale mutamento è la causa della diversità della decisione (4).

anche delle *partes pro indiviso* in questo senso, che alcuno possa avere la proprietà di una determinata quantità del tutto, senza reale separazione di essa, per esempio di 10 litri di vino di un barile pieno, di 10 iugeri non ancora realmente delimitati di un fondo più grande: di siffatta *pars pro indiviso* dovrebbero intendersi i duecento iugeri *pro indiviso* del nostro testo.

Non avendo potuto leggere l'opuscolo del Meykow, io non conosco della sua opinione altro che questo accenno del Vangerow.

(1) SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, II, 3ª ed., Leipzig 1868, § 116, n. 157, pag. 635 seg.

(2) KELLER, *Pandekten*, 2ª ediz., Leipzig 1866-7, vol. II, § 330, specialmente nota 6, pag. 62.

(3) ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, traduz. italiana del prof. SERAFINI, 3ª ediz., Bologna 1880, vol. II, § 303, pag. 302.

(4) Due sono i lavori del Bekker sulla prestazione dell'evizione. Nel primo, *De evictione citra stipulationem praestanda*, Berolini 1849, che è la sua tesi di laurea, egli tratta la nostra questione nell'Appendice G, pag. 92 segg. Ivi scrive che l'opinione più probabile è quella che l'evizione parziale dia luogo all'*actio ex stipulatu*, eccezione fatta per le cose indivisibili, per le quali è richiesta una clausola speciale: quindi propone la spiegazione, esposta nel testo, della l. 64. Nel secondo lavoro, *Zur Lehre von der Evictionsleistung* nella rivista da lui diretta *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, vol. VI (1863), n. 8, § 12, pag. 263-270, § 13, pag. 273-276, spiega più ampiamente quanto ho riferito nel testo.

Ma poi lo stesso Bekker venendo a parlare del § 3 del fr. 64 e cercando di conciliarlo col fr. 53 pr. *de evict.* nota che quel § 3 male si accorda con la spiegazione ch'egli dà dei paragrafi antecedenti (1).

In quanto ai fr. 13 e 15 *de evict.*, il Bekker li riferisce all'*actio ex stipulatu*, la quale, com'egli osserva, non tien conto dei mutamenti avvenuti nella cosa venduta, dopo la tradizione. Ma come si spiega allora il fr. 15 pr.? Non vi si dà forse l'*actio* per l'alluvione che è una aggiunta posteriore alla tradizione — *si quid postea alluvione accessit* — ? Il Bekker si contenta di notare la difficoltà senza proporre alcuna soluzione (2).

Il Windscheid nega recisamente l'*actio ex stipulatu* per l'evizione di parti costitutive (*Bestandtheile*), si mostra dubbioso rispetto all'evizione di parti vere e proprie *pro diviso*. Dice che in quell'azione non si tien conto di miglioramenti o peggioramenti della cosa venduta; crede peraltro che le l. 64 § 1, 2 e 15 *de evict.* non convengano con questo principio (3).

Tra i romanisti francesi o che hanno scritto in francese, il Molitor ammette l'*actio ex stipulatu* per l'evizione di parti, purchè non eterogenee; dà della l. 64 l'interpretazione antica della Glossa, di Caiacio, di Donello ecc. (4).

Anche il Turpault dà l'*actio ex stipulatu* per l'evizione di parti *pro diviso* o *pro indiviso*, facendo le solite eccezioni, ma senza esprimere in modo ben deciso la sua opinione circa queste ultime (5). Crede che per l'*actio ex stipulatu* non si tenga conto delle modificazioni, o aggiunte o diminuzioni della cosa, posteriori alla tradizione. Interpreta la l. 64 come il Calletius (6). Ritiene che la l. 15 pr. tratti dell'*actio ex stipulatu*, ma in forza di una speciale stipulazione (7).

Il Maynz fondandosi sui fr. 56, § 2, 36, 42, 43, 44 *de evict.* nega recisamente quell'azione per l'evizione parziale, tolto il caso di apposita clausola; spiega la l. 64 e le altre, che sembrano opporsi a tale opinione, sottintendendo in esse la clausola speciale; dice che nell'*actio ex stipulatu* si prende per base da una parte il prezzo e dall'altra la cosa allo stato in cui era al momento della conclusione della vendita, senza tener conto degli aumenti posteriori; crede che la l. 64 pr. § 1, 2, 3 *de evict.* contenga la logica applicazione di tale principio; propone di riferire le leggi 13, 14 e 15 pr. all'*actio ex empto* correggendo nella l. 13 « *quae fuisset evictionis tempore non cum venderetur* » invece di « *quae fuisset venditionis tempore non cum evinceretur* » (8).

(1) BEKKER, *Zur Lehre* etc., citato, § 21, pag. 313 seg.

(2) BEKKER, *Zur Lehre* etc., citato, § 20, pag. 309.

(3) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5ª ed., Stuttgart 1879, vol. II, § 391, nota 29, pag. 477, nota 34, pag. 478. [Cfr. anche HUSCHKE, *Zur Pandektenkritik*, (Leipzig 1875), pag. 70-72: egli respinge l'aggiunta del Mommsen nel § 2 della l. 64; propone invece di leggere *pro diviso* in luogo di *pro indiviso*].

(4) MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, Paris 1853, vol. II, § 463, pag. 7 seg., § 481 seg., pag. 112-114.

(5) TURPAULT, *De la garantie contre l'éviction dans la vente en droit romain et en droit français*, Paris 1867, n. 77 segg., pag. 78 segg. Dei numerosi libri francesi speciali sull'evizione non ho potuto leggere altro che questa tesi del Turpault. Sono dolente di non potere per tal ragione render conto dell'opinione del Labbé e degli altri scrittori ricordati dal prof. Serafini nella nota 1 al § 303 dell'Arndts, *op. cit.*

(6) TURPAULT, *op. cit.*, n. 90 segg., pag. 91.

(7) TURPAULT, *op. cit.*, n. 101, pag. 97.

(8) MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4ª ediz., Bruxelles 1876-77, vol. II, § 212, note 41, 45, pag. 219 seg.



Il Van Wetter anch'esso nega l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale, citando la sola l. 56, § 2 (1).

Tra gli italiani pochi autori trattano le nostre questioni.

Il prof. De Crescenzo ammette l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale: interpreta la l. 64 pr. intendendo il *pro parte quinta* nel senso che si fossero evitto solo 160 iugeri; ritiene che la decisione di Papiniano per l'evizione totale si fondi sull'interpretazione della *duplae stipulatio* (2).

Il prof. Re nell'interpretazione della l. 64 segue il Cuiacio (3).

## VI.

Questa raccolta di varie opinioni, disposte non rigorosamente, ma all'ingrosso, in ordine cronologico, ci prova che almeno quelle relative al problema dell'evizione parziale sono state sempre molto fluttuanti.

Spesso la storia delle dottrine circa ad una questione ci dimostra che nei vari tempi vi sono state certe correnti di opinioni che trascinavano tutti gli autori sotto l'influenza di alcune idee predominanti, per modo che basta conoscere a quale epoca appartenga uno scrittore per indovinare ciò ch'egli può dire. Ma ciò non avviene per la nostra questione. Essa non fu mai trattata in relazione tanto stretta coi principii generali da subire l'influenza dei mutamenti che riguardo a questi avvennero nelle scuole. È essa veramente così indipendente dai principii? Lo vedremo in seguito. Prima è necessario studiare quanto di vero o di falso sia contenuto nei vari pareri che siamo fin qui venuti enumerando.

Incominciamo dal problema circa il calcolo delle modificazioni o aggiunte, posteriori alla vendita, nell'*actio ex stipulatu*.

In sostanza gli autori si possono dire unanimi riguardo a questo problema.

Tutti ammettono che non si debba tener conto di tali modificazioni, sia che trattino esplicitamente la questione, sia che tacendone dimostrino di non aver nulla di nuovo a dire. Le divergenze riguardano soltanto l'interpretazione dei fr. 13, 15, 64 *de evict.*

Se nel fr. 13 non si muta il testo secondo la proposta del Maynz, non è possibile riferirlo all'*actio ex empto*, come ha voluto taluno. È certo infatti che l'*actio ex empto*, è diretta all'*id quod interest rem evictam non esse* (4).

(1) VAN WETTER, *Cours élémentaire de droit romain*, 2<sup>a</sup> ediz., Gand-Paris 1876, vol. II, § 387, pag. 117.

(2) DE CRESCENZO, *Sistema del diritto civile romano*, 2<sup>a</sup> ediz., Napoli 1869 vol. 2<sup>o</sup>, parte 2<sup>a</sup>, § 346, pag. 404 seg., 407.

(3) RE, *Trattato sulla compra vendita*, Roma 1877, pag. 240-248. Nella nota 1 a pag. 245 il Re critica il Troplong per la sua erronea interpretazione dei testi romani e specialmente della l. 64. In verità non so vedere una ragione speciale per criticare il gran giureconsulto francese piuttosto ch'egli altri interpreti. Il TROPLONG, *De la vente*, Bruxelles 1836, n. 489, pag. 261 seg.; n. 519-521, pag. 274 seg., non si allontana neppur molto dall'interpretazione Cuiaciana; solo dice che nel primo caso contemplato da Papiniano si ha un'evizione di una parte divisa di 200 iugeri. Credo che quest'opinione non contenga una grande eresia, quantunque possa dirsi totalmente erronea secondo l'interpretazione che il Troplong dà del resto della l. 64.

(4) Const. 23 *De evictionibus* 8, 44 (45):.... *quanti tua interest rem evictam non esse, non quantum pretii nomine dedisti...*; fr. 70 *de evict.* 21, 2 (PAULUS libro quinto quaestio-

sicchè in essa si tien calcolo necessariamente dello stato del fondo al momento della evizione. Ma il mutamento del testo proposto dal Maynz è inaccettabile. Esso ha contro di sè l'autorità di tutti i manoscritti e quella dei Basilici nei quali il fr. 13 è così riferito:

Ἡ καλλονὴ τοῦ ἐκνικηθέντος μέρους σκοπιῖται, ἥτις ἦν ἐν τῷ καιρῷ τῆς πράξεως, οὐ μὴν τῆς ἐκνικήσεως (1).

Inoltre il fr. inteso riguardo all'*actio ex stipulatu* dà un buonissimo senso, e assai conforme all'indole della stipulazione.

Dovrà riferirsi all'*actio ex stipulatu* anche il fr. 15 pr. ?

Ho già osservato più sopra che esso è tratto dallo stesso luogo di Paolo, ond'è tratto il fr. 13 e che dai compilatori delle Pandette è stato collegato coi fr. 13 e 14 in modo da farci ragionevolmente supporre ch'esso non sia altro che la continuazione del fr. 13: sicchè non solo dovrebbe riferirsi all'*actio ex stipulatu*, della quale tratta il fr. 13, ma non si potrebbe credere neppure che ne trattasse in un caso del tutto particolare, come fu affermato da alcuno.

Tuttavia siffatta supposizione potrebbe anche esser falsa. Il fr. 14, che non offre nessuna difficoltà esegetica nè teorica, ma che non ha nulla che fare col frammento che lo precede, al quale dovrebbe pure essere unito logicamente, com'è unito grammaticalmente, è stato inserito nel luogo ove ora si legge con così poca arte, da autorizzarci a ritenere che i compilatori in quel punto *dormitabant*, e come infelicamente inserivano le parole di Ulpiano, potevano anche infelicamente cancellare qualche importante frase di Paolo.

Certo si è che, nel modo come ci si presenta nelle Pandette, il fr. 15 pr. dovrebbe riferirsi piuttosto all'*actio ex stipulatu* che a quella *ex empto*.

Considerandolo poi in sè stesso, indipendentemente dalla sua connessione coi testi precedenti, esso ci offre gravi difficoltà a qualunque azione lo si voglia riferire.

Perchè, è utile persuadersene, non è punto vero quel che pretendono parecchi autori, che rispetto all'*actio ex empto* esso sia agevolissimo ad intendere. In quest'azione il valore della parte accresciuta per alluvione non dovrebbe calcolarsi secondo il momento dell'avvenuta accessione, ma secondo il momento dell'evizione; eppure il nostro fr. 15 pr. dice: *sed si quid postea alluvione accessit, tempus quo accedit inspiciendum!*

Nè si creda di aver superata la difficoltà dicendo che il calcolo si fa in tal modo, perchè per l'evizione delle accessioni si ha diritto al *simpulum* secondo il fr. 16 pr. *de evict.* (Pomponius, libro nono ad Sabinum):

*Evicta re vendita ex empto erit agendum de eo quod accessit, quemadmodum ea quae empto fundo nominatim accesserunt si evicta sint, simpulum praestatur.*

Anzi tutto è assai probabile che questo fr. 16 pr. non tratti dell'accessione per alluvione, ma bensì di cose che tacitamente o espressamente furono considerate come accessorie nella vendita (2); in secondo luogo, anche volendolo

*num): Evicta re ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendam, sed ad id quod interest competit: ergo et si minor esse coepit, damnum emptoris erit.* Confr. Vat. fragm. 17 e fr. *de evict.* 21, 2.

(1) BAS. cap. 13, lib. 19, tit. 11, (trad. lat.: *Bonitas partis evictae aestimatur, quae erat tempore venditionis non evictionis*) ed. HEIMBACH, vol. II, pag. 318. ZACHARIAE *supplementum*, pag. 283.

(2) Confr. CUIACIO, *In lib. VII quaest. Papinian. ad l. 64*, in *Opp.*, Prato 1837, vol. IV, col. 794 seg.

riferire alle accessioni per alluvione, il diritto al *simplum* non potrebbe mai significare il diritto al valore della terra incolta. Il *simplum* è indicato per opposizione al *duplum*, ma non significa punto il minimo valore che possa avere una cosa.

Possiamo dunque tener per fermo che il fr. 15 pr. si accorda male coll'*actio ex empto*.

Ma non pare che meglio si accordi coll'*actio ex stipulatu*, perchè non solo il fr. 13 ci dice che in quest'azione si tien conto solo dello stato del fondo al tempo della vendita, sicchè delle posteriori accessioni non può essere prestata l'evizione; ma il fr. 64, § 1, 2 chiaramente ci dice che nulla era dovuto per l'evizione della parte aggiunta dall'alluvione. Un frammento incerto come è il 15 non può autorizzarci a porre in dubbio la ragionevolissima disposizione di un testo sicuro come il 64. D'altronde s'intenderebbe sempre male, perchè Paolo ci dica che bisogna prender per base il momento dell'accessione, che non ha nessun rapporto nè col contratto, nè coll'evizione.

Resta dunque la spiegazione già data dalla Glossa e accettata da tanti interpreti posteriori: ammettere cioè nel caso del fr. 15 pr. l'esistenza di una clausola speciale nella *duplae stipulatio* in previsione di future alluvioni. La cosa non è impossibile: ma bisogna pur confessare che nel testo, come ci è stato conservato, non v'è traccia di tale clausola speciale.

A me importa soprattutto constatare che questo difficile fr. 15 pr., per quanto si dimostri oscuro, non deve punto trattenerci dall'accettare la massima scritta nel fr. 13 e nel fr. 64, § 1, 2, cioè che non si debba nell'*actio ex stipulatu* tener conto degli aumenti o delle diminuzioni posteriori alla vendita.

Oserò io proporre anche una nuova interpretazione del frammento? Lo faccio in modo molto remissivo.

A me pare che le parole: *sed si quid postea alluvione accessit, tempus quo accedit inspiciendum* possano avere un significato totalmente diverso da quello che finora è stato loro attribuito.

È necessario ricordarsi che non può darsi una evizione della sola accessione, perchè non si può avere diritto a questa se non a causa di un diritto sopra tutto o sopra parte del fondo qual era anteriormente. All'evizione dell'accessione adunque va sempre unita l'evizione di tutto o di parte del fondo primitivo. Dato un tal caso, si domanda: nel calcolo per l'*actio ex stipulatu* dovrà entrare anche la parte dell'accessione evitta? No, risponde Papiniano nella l. 64. Sicchè, dice Paolo nel fr. 15 pr., bisogna guardare qual era il fondo venduto al momento dell'alluvione e non dopo l'alluvione. Il *tempus quo accedit inspiciendum* significherebbe dunque, secondo questa interpretazione, non già che si debba tener conto dell'alluvione, ma anzi che senza punto calcolarla si debba guardare al fondo antico.

Ma perchè allora Paolo, dirà qualcuno, si è riferito al momento dell'accessione e non al tempo anteriore? Si può rispondere, che il momento, in cui avviene l'accessione, non è un momento in cui l'accessione è già avvenuta, sicchè l'espressione di Paolo può dirsi esatta. Di più Paolo potrebbe averla usata per evitare un errore che facilmente avrebbe potuto nascere da un'espressione relativa al tempo anteriore. Un fondo soggetto ad accrescimenti per alluvione è di solito soggetto anche a diminuzioni per forza delle acque. Ammettasi che il fondo venduto sia prima stato diminuito, poi accresciuto per alluvione: qual'è la terra della quale il venditore deve prestare l'evizione? Quella sola che era rimasta al momento in cui avvenne l'accrescimento per alluvione. Non si deve dire quella anteriore all'alluvione, perchè potrebbe frase siffatta far nascere il dubbio che si dovesse calcolare sopra una quantità di terra

uguale a quella che fu venduta, ammettendo una compensazione fra il diminuito e l'accresciuto.

Paolo, che profondamente aveva studiate le opere di Papiniano, non solo poteva, ma doveva avere presenti alla mente casi di tal natura, poichè li aveva trovati contemplati in quella parte del libro settimo delle questioni papiniane a noi nota sotto il nome di fr. 64 *de evict.* 21, 2.

Se il lettore crede che questa interpretazione non sia da rifiutare, troverà in essa la perfetta conciliazione del fr. 15 pr. col fr. 13 e colla parte del fr. 64 relativa all'evizione dell'alluvione.

Posto per certo che nell'*actio ex stipulatu* non si tien conto delle modificazioni, aggiunte o diminuzioni avvenute dopo la vendita, possiamo dire che è necessario trovare una interpretazione del fr. 64 che lo ponga d'accordo con tale principio.

## VII.

Passiamo ora all'altra questione, se cioè si dia l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale, anche quando nella *duplae stipulatio* non si sia previsto il caso di una clausola apposita. Si può anzi tutto affermare esser cosa assai consentanea all'indole dell'*actio ex stipulatu*, che nulla il venditore sia costretto a pagare per quelle cose, le quali non si possono considerare come vendute da lui, e che non essendo comprese nell'*habere licere* della cosa venduta non possono essere state minimamente considerate nella *duplae stipulatio*. Tali sono il vitello nato dalla vacca venduta, il figlio nato dalla schiava venduta, il materiale di che è composto la casa venduta, ecc. ecc. La sola difficoltà, che poteriale di che è composta la casa venduta, ecc. ecc. La sola difficoltà, che po-costitutive, non è seria; perchè non è solo nella teorica dell'*actio ex stipulatu* per l'evizione, che parti siffatte non sono considerate come tali da seguire la sorte del tutto, ma ciò avviene anche nella teoria del possesso, alla quale quella dell'evizione è in più modi legata. Sarebbe stranissimo davvero che, mentre queste parti costitutive si ritengono non essere possedute nè usucapite da colui che possiede il tutto, si dovesse poi dire che il venditore del tutto è responsabile mediante l'*actio ex stipulatu* dell'evizione di parti siffatte. Veggasi in proposito il fr. 23 *de usurp. et usuc.* 41, 3 (Iavolenus, libro nono *epistolarum*):

*Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere: nam si singulas res possidere intelletur, ipsas, aedes non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit. Accedit eo, quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, ut puta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet (1). § 1. Si autem columna evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum.....*

(1) Il Mommsen nella sua edizione nota: *talita expectamus. « ut potius, cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, universitas aerum possessione temporis immobilium rerum dominum mutet ».*



Per queste ragioni i fr. 36, 42, 43 e 44, citati in principio del presente scritto, si possono dire estranei alla questione circa l'evizione parziale, che dobbiamo qui trattare. Mi meraviglia non poco il vedere un autore come il Maynz farsene forte per negare l'*actio ex stipulatu* nel caso di evizione parziale: mentre quell'azione è in essi negata appunto perchè non si tratta di vera e propria evizione di parti.

I fr. 1 e 49 *de evict.* non ci forniscono prove abbastanza sicure per ammettere l'azione *ex stipulatu* nel nostro caso, perchè potrebbero riferirsi all'*actio ex empto*.

Molto verosimilmente trattano dell'*actio ex stipulatu* i fr. 39 § 2, 45, 53 pr. e sarebbero tutti favorevoli all'ammissione di quell'azione.

Certamente poi riguardano quell'azione il fr. 13, secondo la dimostrazione che ne ho data più sopra, e il fr. 64.

### VIII.

Ma si adduce in contrario il fr. 56 § 2. È necessario dunque studiare prima questo frammento per vedere a quali conseguenze esso ci porti e se tali conseguenze possano accettarsi anche di fronte alla serie di testi citati or ora.

Il significato letterale del fr. 56, § 2 è chiarissimo. Esso nega l'*actio ex stipulatu* per il caso di evizione di una parte di uno schiavo, se questo non sia espressamente preveduto nella formula della *duplae stipulatio*: e ciò perchè *non potest videri homo evictus, cum pars eius evicta est*.

A chi lo legge senza preoccupazione, questo frammento apparisce, come contenente una disposizione speciale, non già la regola generale: sicchè la regola appunto consisterebbe nell'ammettere l'*actio ex stipulatu* per l'evizione parziale. Tale impressione poi si giustifica e si conferma sempre più, quando si ponga mente alla ragione addotta da Paolo, la quale non può avere una portata generale. Il fr. 72 *de verb. sign.* 50, 16 dello stesso Paolo (*libro septuagesimo sexto ad edictum*) ci dice:

*Appellatione « rei » pars etiam continetur.*

Per modo che non si può dire generalmente vero che l'evizione di una parte non sia contemplata nella promessa riguardante l'evizione di tutta la cosa (73). Ma quale estensione si deve attribuire all'eccezione fatta nel fr. 56, § 2? Si dovrà essa restringere alla sola vendita di schiavi, o comprenderà tutta una categoria di cose?

Sarebbe impossibile trovare una valida ragione per restringere quella disposizione ai soli schiavi, perchè nello schiavo non vi ha nulla di tanto particolare da indurci a credere che l'evizione di una parte di esso, la quale evidentemente sarebbe sempre una parte indivisa, dovesse considerarsi in modo diverso dall'evizione di simili parti di tutte le altre cose. Infatti la ragione addotta da Bartolo e accettata da Donello, da me ricordata più sopra, è affatto inaccettabile; perchè, se è vero che in certi casi il servo comune

(1) È notevole che il fr. 72 *de verb. sign.* citato appartiene al libro 76 *ad edictum* nel quale Paolo (come ci dimostrano i fr. 9 *de evict.* 21, 2, fr. 73 *de fideiuss.* 46, 1, fr. 5, *Rem pop. salv. for.* 46, 6 fr. 13 *Ratam rem* 46, 8) trattava di varie stipulazioni. La massima *appellatione rei pars etiam continetur* si riferiva dunque a tali stipulazioni, forse a quella *rem pupilli salvam fore*. Perchè nella *duplae stipulatio*, della quale egli parlava in quello stesso libro, tale massima non avrebbe dovuto valere?

acquistava interamente per uno dei condomini, non era punto questa la regola generale (1), e dall'altra parte l'utile tratto dall'opera dei servi, che era il principale scopo pel quale si solevano tenere gli schiavi, va sempre diviso tra i condomini.

Se però la disposizione del fr. 56, § 2 non si può applicare ai soli schiavi, a quale categoria di cose l'applicheremo noi?

Trattandosi di una questione, nella quale il concetto principale è quello della *parte*, è naturale che si dica doversi il fr. 56, § 2 applicare a tutte quelle cose, per le quali l'evizione parziale può avvenire solo in quel modo, come avviene per gli schiavi. Evidentemente son queste le cose indivisibili.

Ma perchè mai per potere agire *ex stipulatu*, nel caso di evizione di parti delle cose indivisibili, era necessario, che si fosse introdotta nella *duplae stipulatio* una clausola speciale, e non basta la stipulazione relativa a tutta la cosa? Non si può trovare altra ragione, se non che delle cose indivisibili possono essere evitte soltanto parti indivise, e che l'evizione di parti indivise di qualsiasi cosa, o divisibile o indivisibile, non si poteva considerare come tale da far luogo all'azione, *quia non potest videri res evicta cum pars indivisa eius evicta est*. Bisogna persuadersi di ciò. Gli interpreti finora non vi hanno badato abbastanza; ed è forse questa la ragione per cui l'opinione di coloro che alle cose indivisibili riferivano il fr. 56, § 2 non è riuscita ancora ad ottenere vittoria sulle altre.

### IX.

A questo punto si affacceranno alla mente del lettore alcuni testi contrari in realtà o in apparenza. Di questi testi ci occuperemo tra breve. Per ora, facendo astrazione da essi, mi sia lecito esaminare alla luce dei principii generali che governano la *duplae stipulatio*, se sia ammissibile la proposizione che l'evizione di una parte indivisa non sia tale da potere essere considerata come evizione della cosa, quando invece l'evizione di una parte divisa venga reputata tale.

È noto che per avere un'evizione da far luogo all'*actio ex stipulatu* non basta che un terzo abbia accampato qualche diritto sulla cosa, nè che questo diritto sia stato riconosciuto per sentenza, ma è necessario che in forza di siffatto diritto la cosa sia stata tolta al compratore, o che il compratore non ne abbia potuto conseguire il possesso: al primo caso fu poi equiparato il pagamento della *litis aestimatio* fatto dal compratore (2). Fu dunque inteso

(1) Valga in luogo di molti altri argomenti il fr. 5 *de stip. serv.* 45, 3 (Ulpianus, *libro quadragensimo octavo ad Sabinum*): *Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore: et ideo si quid stipulatur vel quaqua alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro parte, qua dominium in eo habent. Licet autem ei et nominatim alicui ex dominis stipulari vel traditam rem accipere, ut ei soli acquirat. Sed (et) si non nominatim domino stipuletur, sed iussu unius dominorum, hoc iure utimur, ut soli ei acquirat, cuius iussu stipulatus est.*

(2) Fr. 16, § 1, *de evict.*, 21, 2 (Pomponius, *libro nono ad Sabinum*): *Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.*



in un senso del tutto materiale il *rem habere licere* garantito mediante la *duplae stipulatio* contro l'evizione. La materia e la parola in questo, come negli altri istituti di antica formazione, sono i fondamenti di tutto l'edificio giuridico.

Non deve farci illusione il vedere che l'evizione dell'usufrutto è considerata come sufficiente per far luogo all'*actio ex stipulatu*. Non è il semplice danno economico che ne riceve il compratore, quello che fa sorgere l'azione (ce lo attesta il fr. 43 *de evict.* 21, 2), ma il fatto che l'evizione dell'usufrutto implica la negazione dell'*habere licere*, in forza della detenzione che spetta all'usufruttuario.

Ora l'evizione di una parte indivisa non fa perdere al compratore né la detenzione, né il possesso della cosa. Non è qui il luogo di discutere circa il concetto di condominio e di parte *pro indiviso*. Io credo che nel condominio si abbia una concorrenza di domini su tutta la cosa, ciascuno dei quali domini, appunto per la concorrenza degli altri, viene limitato nel suo esercizio, e dà diritto soltanto ad una parte di tutto ciò che è divisibile, proporzionale alla quota di condominio (1). Sicché la quota non rappresenta altro che la ragione, secondo la quale si debbono fare le eventuali divisioni di redditi, degli oneri, e del capitale.

Ma anche adottando differenti opinioni su questi concetti, resta sempre vero che l'evizione di una parte indivisa della cosa, o quota di condominio non toglie al compratore il possesso dell'intera cosa e neanche la detenzione, quantunque il diritto del condomino concorrente limiti il libero esercizio di quel possesso e di quella detenzione, e faccia diminuire sensibilmente il valore del diritto del compratore. Materialmente il compratore continua ad *habere* la cosa, e perciò non si può dire che sia avvenuta evizione tale da far sorgere a suo favore l'*actio ex stipulatu*.

Ciascuno dei condomini può quando che sia far cessare quello stato di cose mediante l'*actio communi dividundo*. Allora, se si tratta di cosa indivisibile, essa verrà aggiudicata per intero ad uno, compensando l'altro del valore della sua quota; se si tratta invece di cosa divisibile, ogni condomino ne riceverà una parte divisa proporzionale alla sua quota. Nel primo caso, se la cosa viene aggiudicata al terzo, il compratore avrà l'*actio ex stipulatu* contro il venditore, perchè in forza di un vizio del diritto di costui egli non può continuare a tener la cosa. Ciò evidentemente è conforme ai principii gene-

(1) Per un'opinione simile, quantunque non perfettamente identica, confr. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5<sup>a</sup> ed., Stuttgart 1879, vol. I, § 142, pag. 426 segg., § 169 a, pag. 531 segg.; STEINLECHNER, *Das Wesen der iuris communio und iuris quasi communio*, Innsbruck, I. *Abtheilung: Revision der Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Rechtsgebiete*, 1876; II. *Abtheilung: Das Miteigenthum in seinen principiellen Einzelbeziehungen*, 1878; EISELE, *Zur Lehre vom Miteigenthum nell'Archiv für die civilistische Praxis*, vol. LXIII (1880), pag. 27-71. Quest'ultimo scrittore è quello al quale io maggiormente mi accosto.

Il concetto indicato nel testo fu da me sviluppato con qualche ampiezza nelle mie lezioni di diritto romano nell'università di Siena. Qui non posso renderne ragione per mancanza di spazio. Noterò solo che l'idea della concorrenza di più domini sulla stessa cosa non è contraria alla massima *duorum in solidum dominium esse non potest* [confr. la massima conforme circa l'eredità: fr. 141, § 1, *de r. i.*, 50, 17: *Uni duo pro solido heredes esse non possunt*, e vedi fr. 80 *de leg.* III, 32, *totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri*], perchè questa parla di dominio pieno, illimitato, mentre i domini dei condomini sono limitati nell'esercizio della reciproca concorrenza.

rali e ci viene espressamente confermato nel fr. 34, § 1, *de evict.* 21, 2 (Pomponius, *libro vicesimo septimo ad Sabinum*):

*Si communi dividundo mecum actum esset et adversario servus adiudicatus sit, quia probavit eum communem esse, habebit ex duplae stipulatione actionem, quia non interest, quo genere iudicii evincatur, ut mihi habere non liceat.*

Nel secondo caso pure il compratore dovrà avere l'*actio ex stipulatu*, essendogli tolta una parte materiale della cosa, e logicamente, tenuto conto dei principii relativi a quell'azione da me più sopra dimostrati, avrà diritto di ottenere una parte della somma stipulata proporzionale al rapporto tra la cosa venduta, qual'era al momento della vendita, e la parte materiale evitta dal terzo.

Quando nella *duplae stipulatio* si aveva anche l'avvertenza d'inserire una clausola speciale relativa all'evizione parziale, la posizione del compratore era molto migliore. Infatti, se la cosa venduta era indivisibile, egli non solo poteva agire immediatamente, appena il terzo avesse fatto valere le sue ragioni sulla parte indivisa, ma non correva il rischio, ove nella divisione la cosa fosse stata a lui per intero aggiudicata, di perdere l'*actio ex stipulatu*: rischio pel quale Paolo nel fr. 56 § 2 cit. poteva dire *cum homo venditur partis adiectio necessaria est* (1). Se invece la cosa era divisibile, il compratore aveva il vantaggio di non dovere aspettare la divisione materiale per agire *ex stipulatu* e di potere domandare una parte della somma stipulata proporzionale alla parte indivisa evitta, senza essere costretto a fare il calcolo della parte materiale nel modo più sopra indicato. Ciò poteva talora essere di non lieve utilità pel compratore, perchè se la cosa venduta era stata parzialmente distrutta, il rapporto della parte materiale conseguita dal terzo evincente con la cosa, qual'era al momento della vendita, consisteva in una frazione minore di quella della parte indivisa evitta verso il tutto. Così, per esempio, raffigurando con  $x$  la cosa divisibile venduta, se per forza maggiore sia perito  $\frac{1}{4}$  di  $x$ , e quindi Tizio ne abbia evitto una quota di condominio per  $\frac{1}{3}$ , nel caso che siasi fatta espressa stipulazione per l'evizione parziale, il compratore avrà tosto l'*actio ex stipulatu* per conseguire  $\frac{1}{3}$  della somma convenuta; nel caso invece che tale stipulazione speciale si sia omessa, il compratore dovrà prima aspettare che si faccia la divisione materiale, e poichè in forza di questa Tizio otterrà  $\frac{2/4 x}{3}$  ossia  $\frac{1}{4}$  di  $x$ , il compratore mediante l'*actio ex stipulatu* conseguirà soltanto  $\frac{1}{4}$  della somma convenuta per tutto.

Sono queste le logiche e necessarie conseguenze della massima che per l'*actio ex stipulatu* si prende a base dei calcoli la cosa qual'era al momento della vendita, combinata con gli altri principii della *stipulatio duplae*.

## X.

Tutte le mie argomentazioni e l'interpretazione da me ammessa del fr. 56 § 2 cadrebbero, se nei testi si potesse trovare con certezza affermato che l'evizione di una quota di condominio non prevista con clausola speciale.

(1) Su questo punto potrebbe tuttavia sorgere qualche dubbio, a parer mio, non irragionevole; perchè la somma, che il compratore aggiudicatario sarebbe condannato a pagare al condomino, si potrebbe paragonare al pagamento della *litis aestimatio*, che, come ho più sopra osservato, dava luogo all'*actio ex stipulatu*. Ammisero i romani tale analogia? I testi, ch'io sappia, non danno risposta. Checchè sia di ciò, resta pur sempre giustificata, per l'altra ragione addotta nel testo, la necessità della clausola speciale.

anche prima della divisione materiale, fosse sufficiente a far sorgere l'*actio ex stipulatu*.

Infatti se il fr. 56 § 2 si estende a tutte le cose indivisibili, ciò può essere solo, perchè per l'evizione di quote indivise l'*actio ex stipulatu* non è normalmente concessa; e siccome non vi è distinzione tra quota indivisa di cosa divisibile o indivisibile, non può dirsi che la negazione dell'*actio* si debba avere solo per l'evizione di quote indivise di cose indivisibili. È vero che *in potentia* una certa diversità tra le quote di cose divisibili e indivisibili si deve riconoscere, potendo le prime mediante divisione trasformarsi in parti divise della cosa e non potendolo invece le seconde; ma poichè l'evizione non porta i suoi effetti quando è *potenziale* e non *attuale*, tale differenza non può avere valore alcuno nella nostra teorica.

Parecchi sono i testi, che sembrano ammettere l'*actio ex stipulatu* per l'evizione di parti indivise: il fr. 1 *de evict.* 21, 2; il fr. 39 § 2 *eod.*; il fr. 64 *eod.*

Ho già più sopra osservato che il fr. 1 è concepito in modo da rendere incerto se si riferisca all'*actio ex empto* o a quella *ex stipulatu*. Esso dunque non può offrire un valido argomento contro l'opinione da me sostenuta.

Il fr. 39 § 2 verosimilmente tratta dell'*actio ex stipulatu* ma neppure certamente; sicchè anche a questo argomento io potrei sfuggire. Ma non ho punto bisogno di sfuggire. La *pars dimidia*, di cui parla il frammento, può essere una parte divisa e con ciò si elimina ogni difficoltà. Più ancora, dall'espressione del testo (*bessem, trientem*) risulta che i due venditori, dei quali si tratta, vendettero quote indivise, e allora senza dubbio essi devono essere tenuti per l'evizione di quote indivise, perchè a queste si riferiva la *duplae stipulatio*.

## XI.

Esplicitamente, e quindi indubbiamente, tratta dell'*actio ex stipulatu* [auctoritatis per Papiniano] il fr. 64. Su questo testo, celebre tra i più difficili, conviene trattenerci alquanto.

Abbiamo già notato che è necessario trovare una spiegazione di questo frammento, che non lo ponga in contraddizione alcuna col principio che nell'*actio ex stipulatu* non si tien conto delle modificazioni, aggiunte o diminuzioni avvenute nella cosa dopo la vendita. Se l'interpretazione ch'io sto per darne, oltre al non richiedere alterazioni del testo, corrisponde a questo e agli altri requisiti teorici, si dovrà convenire essere essa la migliore.

Il Thibaut, l'Unterholzner, il Maynz vogliono che nel fr. 64, come in parecchi altri, si sottintenda la clausola speciale, di cui parla il fr. 56 § 2, aggiunta alla *duplae stipulatio*. Quest'opinione è inaccettabile. Nè nel fr. 64, nè in alcuno degli altri v'è la minima allusione a clausola siffatta, sicchè la supposizione sarebbe troppo arditamente. D'altronde dimostrato, come credo d'aver fatto, che per l'evizione di parti divise la clausola non è necessaria, questa dovrebbe sottintendersi per l'evizione delle parti indivise, e perciò soltanto nel fr. 64; ma in questo frammento (lo si vedrà tra poco) la clausola è inutile, perchè non vi è concessa l'azione per la semplice evizione di una quota indivisa, e se vi fosse concessa, lo sarebbe in tal modo da violare la clausola esplicita della *duplae stipulatio*.

Tutti i mutamenti del fr. 64 pr. § 1, 2, 3 (poichè solo di questa parte io intendo occuparmi) sono dannosi o superflui. Quello proposto da Balduino, che voleva si leggesse nel pr. « *si postea pro indiviso centum sexaginta evin-*

*cantur* » invece di « *si postea pro indiviso ducenta evincantur* », fu dichiarato inutile persino dal Vangerow, il quale seguiva Balduino nell'interpretazione del passo. Quello del Noodt che proponeva di cambiare il « *pro parte quinta non quarta praestabitur* » in « *pro parte quarta non quinta praestabitur* » non ha più bisogno di esser confutato.

Il Mommsen (1) propone d'inserire nel § 2 la parola « *octingentorum* » tra « *quarta* » e « *debeatur* » in modo da leggere così: « *ut neque pars quinta mille iugerum neque quarta octingentorum debeatur* ». Tale modificazione sarebbe accettabile; ma può dirsi superflua, perchè Papiniano potrebbe avere ottimamente scritto *neque quarta* senz'altro, dopo quanto aveva spiegato nel principio della legge. La modificazione d'altronde non ha importanza pel significato giuridico di questa.

Accettiamo il testo, quale ci è stato conservato e cerchiamo di spiegarlo (2).

Nel principio Papiniano figura che si sia venduto un fondo di mille iugeri, dei quali in seguito ne sian periti duecento per forza delle acque. Quindi si propone due casi diversi. Nel primo caso, degli ottocento iugeri rimasti ne vengono evitti *pro indiviso ducenta*. Che significa questa frase? Noi conosciamo già le tre diverse interpretazioni che ne sono state date, ossia quella della Glossa con la grande maggioranza degli scrittori, quella del Vangerow, e quella del Bekker. E' strano peraltro che nessuno di questi autori si sia fermato a studiare attentamente il significato di questa frase singolare: « *pro indiviso ducenta evincantur* ».

Quando si parla di evizione, specialmente poi riguardo all'*actio ex stipulatu*, non si può trattare se non di ciò che effettivamente il terzo ha tolto al compratore; sicchè sarebbe contrario all'indole della lingua latina l'interpretare quella frase, come fecero il Vangerow e il De Crescenzo, nel senso che il terzo, avendo accampato un diritto a 200 iugeri, ne avesse poi ottenuti soltanto 160 a causa della distruzione degli altri 200. La ragione che ha mosso questi autori, e prima di loro il Balduino e il Kritz, è veramente assai debole. Perchè nel § 1 e nel § 2 del fr. 64 Papiniano fa il caso che il terzo avesse diritto ad un quinto della cosa, non è punto necessario che nel principio di quel frammento dovesse figurare l'identico caso. D'altronde la correlazione

(1) Nella sua edizione delle Pandette, a questa legge.

(2) Ho già trascritto in principio di questo articolo il fr. 64 § 1, 2, 3, ma in parecchie volte. Per comodo del lettore lo ripeto qui in nota per intero:

« *Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abstulit. Si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte quinta non quarta praestabitur: nam quod perit, damnum emptori non venditori attulit. Si totus fundus quem flumen deminuerat evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio, non magis quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit: nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta. § 1. Quod si modo terrae integro qui fuerat traditus ducenta iugera per alluvionem accesserunt ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille iugeribus quae tradita sunt fuissent evicta, quia alluvionis periculum non praestat venditor. § 2. Quesitum est, si mille iugeribus traditis perissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset: pro qua parte auctor teneretur. Dixi consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille iugerum neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta: nam reliqua quadriginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intellegi. § 3. Ceterum cum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus iugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis praestatur evictio ».*



tra questi casi si ha in ciò, che nel principio il giureconsulto, enunciando quanto il terzo ha ottenuto, ci dice che ha avuto  $\frac{1}{5}$  dei mille iugeri; negli altri casi invece, enunciando la quota cui aveva diritto, ci dice che aveva diritto a  $\frac{1}{5}$ .

L'interpretazione dei citati romanisti pecca poi anche per un altro verso. Secondo essa, la somma dovuta dal venditore al compratore dovrebbe essere quella stessa, che è indicata nel § 2, nel quale Papiniano dice che l'*auctor* è tenuto appunto come se fossero stati evitti 160 iugeri: ma mentre nel principio il venditore deve prestare la quinta parte della *duplae stipulatio*, nel § 2 è detto espressamente che non deve prestare la quinta parte. Nè vale il rispondere che la quinta parte del principio, non deve riferirsi ai mille iugeri, ma agli ottocento rimasti; perchè, siccome la *duplae stipulatio* si riferisce ai mille iugeri, la quinta parte di quella deve necessariamente anche ad essi essere riferita.

Ma se la parola *evincantur* ci obbliga a intendere la frase che commentiamo nel senso, che il terzo abbia effettivamente conseguiti duecento iugeri, le parole *ducenta (iugera)* ci dimostrano che ciò che il terzo ha ottenuto è una determinata misura di terreno e perciò non una quota indivisa del fondo intiero. Tanto se si voglia accettare il concetto, da me più sopra indicato, della natura delle quote indivise, quanto se si rifiuti e se ne segua alcun altro, si dovrà sempre ammettere che una quota indivisa non può consistere in una parte determinata della cosa. Ch'io sappia, sarebbe questa frase della nostra legge l'unico luogo, nel quale una parte indivisa si troverebbe designata con una misura fissa ed assoluta.

Si... *ducenta (iugera) evincantur* non può dunque significare altro che: *se siano da un terzo evitti, ossia ottenuti in seguito a giusto giudizio, duecento iugeri*. Le diverse spiegazioni della Glossa e degli altri giureconsulti violentano tutte il naturale senso delle parole, ritenendo che i duecento iugeri significano una quota indivisa.

Ma Papiniano soggiunge *pro indiviso*: che vorrà dire? La proposizione *ducenta pro indiviso* è per lo meno strana; non così quella *pro indiviso evincantur* la quale ha il senso semplicissimo e ragionevolissimo che l'evizione è avvenuta in forza di un diritto a una quota indivisa, diritto, che si è fatto valere per ottenere una parte divisa di duecento iugeri sul fondo divisibile di mille iugeri.

Questa spiegazione, l'unica conforme alla lettera e allo spirito della legge, parmi riconosciuta, benchè non analizzata, anche dal Bekker (1). Questi per altro non ne trae alcun buon risultato, lasciandosi traviare dall'idea che Papiniano abbia considerata, riguardo ai casi di evizione parziale, la vendita del fondo di mille iugeri, come mille vendite di un iugero l'una. Idea affatto inaccettabile, non solo perchè non ve n'è la minima traccia nel testo, non solo perchè dovrebbe incolparsi Papiniano di avere seguito un concetto per l'evizione totale e uno diverso per la parziale, benchè trattasse promiscuamente dell'una e dell'altra; ma perchè anche riguardo all'evizione parziale vi contrasta in modo irrefutabile il § 3 del frammento (come lo riconosce il Bekker medesimo); questo § 3 verrebbe, secondo quella supposizione, ad essere in assoluta contraddizione col fr. 53 pr. *de evict.* 21, 2.

Dimostrato il vero senso delle parole *si postea pro indiviso ducenta evincantur*, riesce facile intendere il primo caso figurato da Papiniano nel fr. 64 pr.

(1) BEKKER, *Zur Lehre von der Evictionsleistung* (cit. più sopra nella nota 4 a pag. 194), pag. 275.

Il terzo evincente, in forza di un diritto ad una quota di proprietà del fondo, ne ottiene 200 iugeri, poichè il fondo da 1000 era ridotto a 800 iugeri, ciò significa che la quota dell'evincente era di  $\frac{1}{4}$ . Nasce perciò la questione: il diritto del compratore contro il venditore sarà per  $\frac{1}{4}$   $\frac{200}{800}$  o per  $\frac{1}{5}$   $\frac{200}{1000}$  della *duplae stipulatio*?

La risposta è conforme ai principii da me alcune pagine più innanzi sviluppati. Il calcolo per l'*actio ex stipulatu* deve farsi in base allo stato della cosa venduta, qual'era al momento della vendita, senza tener conto degli aumenti o delle diminuzioni posteriori, i quali sono a vantaggio o a danno del compratore (*nam quod perit damnum emptori non venditori attulit*). D'altra parte la garanzia non si presta per l'evizione della quota di diritto, ma per quella della parte materiale. Deve dunque farsi il rapporto della parte materiale evitta (200 iugeri) con la cosa al momento della vendita (1000 iugeri). Questo rapporto è  $\frac{1}{5}$ : dunque il venditore deve prestare  $\frac{1}{5}$  della *duplae stipulatio*.

Nel secondo caso proposto da Papiniano, dopo il perimento di 200 iugeri il fondo viene evitto tutto. Il venditore dovrà pagare tutta la somma della *duplae stipulatio*, per la ragione stessa detta più sopra, ossia perchè nel calcolo per l'*actio ex stipulatu* non si tien conto degli aumenti o diminuzioni della cosa (*iure non deminetur evictionis obligatio... nam et e contrario non augetur... si res melior fuerit effecta*). Lungi dall'essere in contraddizione con la precedente, la soluzione di questa questione è dunque l'applicazione esatta degli stessi principii.

La contraddizione, che vi hanno fin qui veduta gl'interpreti, e che hanno cercato di spiegare in modo sempre poco soddisfacente, dipende dall'aver creduto che nel primo caso il venditore fosse tenuto per l'evizione di una quota indivisa. Evidentemente se la prestazione per l'evizione totale rimane inalterata, qualunque diminuzione o aumento abbia subito il fondo dopo la vendita, anche quella per l'evizione di una quota deve rimanere inalterata: perchè se di fronte alla teorica dell'*actio ex stipulatu* il tutto è sempre uguale al tutto, sebbene diminuito, anche il quarto, verbigrazia, del tutto deve logicamente considerarsi uguale al quarto di questo tutto, comunque diminuito. Il concetto del tutto e quello di una quota sono della stessa natura. Invano si cerca una scusa per giustificare il contrario.

Non così invece, se si ammetta che l'*actio ex stipulatu* non sia concessa per la semplice evizione di una quota, ma richieda che si sia proceduto all'evizione di una parte materiale. Questa parte materiale è una grandezza assoluta, che, staccata, si misura indipendentemente dalla grandezza del tutto. Dato perciò che il tutto si consideri inalterato, per quanto diminuito nel fatto, non perciò deve considerarsi sempre uguale anche la parte materiale evitta, la quale in fatto è minore. Per conseguenza la frazione che segna il rapporto tra il tutto e la parte materiale evitta sarà sempre minore per quanto minore sarà questa parte materiale; la quale, se risulta da una divisione operata in forza del diritto a una quota di condominio, sarà sempre a sua volta minore, per quanto minore in fatto sarà ridotto il tutto.

Queste cose già più innanzi noi avevamo accennate come deduzioni a priori dei principii, che avevamo supposti veri. Ora le troviamo splendidamente confermate dai testi. Ciò non ci maraviglia punto; ma ci conferma la verità di quei principii e ci persuade che non abbiamo errato nell'interpretazione dei testi. Papiniano, l'esattissimo tra i giureconsulti, non ha errato nel calcolare, nè nello scegliere i criterii del calcolo, e nemmeno si è lasciato

guidare da una inesplicabile duplicità di criteri (1); un errore non avrebbe mancato di essere osservato da Ulpiano, o Paolo, o Marciano, gli annotatori non sempre benigni di Papiniano, e dietro le osservazioni di costoro i compilatori delle Pandette se ne sarebbero certamente avveduti.

Ma continuiamo la nostra interpretazione. Nel § 1, Papiniano, invece di supporre diminuito il fondo, lo immagina accresciuto per alluvione di 200 iugeri. Tizio ne evince la quinta parte. Che significa ciò? Questa volta l'espressione è ambigua, perchè può indicare tanto una parte materiale, quanto una ideale. Se non ci fossero altri argomenti per deciderci a favore dell'una o dell'altra spiegazione, basterebbero, parmi, le ragioni teoriche più volte accennate per farci preferire la prima. Ma lo stesso fr. 64 ci fornisce argomenti tali da non permetterci di dubitare. Il caso immaginato nel § 1 è senza dubbio parallelo a quello di parziale evizione figurato nel principio: deve dunque essere della medesima natura. Di più quando Papiniano viene a determinare tale *pars quinta* per vedere quanto il venditore debba pagare al compratore, ne fa il calcolo a iugeri, così nel § 1, come nel § 2, ove pure si tratta di una *pars quinta*; ora non può farsi il calcolo a iugeri di una parte ideale.

Tizio dunque, riprendendo il discorso interrotto, evince, in forza del suo diritto a un quinto, la quinta parte dei 1200 iugeri del fondo accresciuto, ossia 240 iugeri. Siccome  $240:1000::6:25$ , potrebbe credersi che la *duplae stipulatio* fosse *commissa* per  $\frac{6}{25}$ , dovendosi prendere a base del calcolo il fondo di 1000 iugeri, qual'era al tempo della vendita. Ma qui interviene una nuova considerazione. Dei 240 iugeri evitti, 40 appartengono all'alluvione, sicchè per essi non fu prestata la *duplae stipulatio*, la quale doveva riferirsi soltanto alla terra effettivamente venduta. Non deve perciò farsi il rapporto di 240 a 1000, ma di 200 a 1000; sicchè la *duplae stipulatio* è *commissa* per un quinto.

Nessuna difficoltà può presentarci adesso il § 2. In esso Papiniano, complicando i due casi già studiati, figura che dei 1000 iugeri venduti ne siano periti 200, e quindi ne siano accresciuti in altra parte per alluvione 200. Il fondo rimane dunque di 1000 iugeri; ma di questi, 800 soli sono della terra effettivamente venduta. Tizio, in forza del suo diritto a un quinto, evince 200 iugeri. Quanto dovrà il venditore al compratore? Potrebbe credersi un quinto della *dupla*, perchè  $200:1000::1:5$ ; potrebbe anche credersi un quarto, secondo il dubbio proposto nel principio della legge e ivi risoluto. Ma invece non è dovuto nè il quinto nè il quarto, perchè dei 200 iugeri evitti soli 160 appartengono al fondo effettivamente venduto, gli altri 40 appartengono all'alluvione, per la quale non si presta l'evizione; e poichè  $160:1000::4:25$  saranno dovuti  $\frac{4}{25}$  della *dupla*.

A questo punto peraltro potrebbe alcuno sollevare qualche difficoltà. Come può dirsi con certezza che nella porzione del fondo attribuita al terzo evincente vi sieno proprio 160 iugeri del vecchio terreno e 40 del nuovo? E se, come può facilmente accadere in una divisione, tale proporzione non è serbata, che si dovrà dire? La soluzione non viene mutata. Considerandosi la divisione come una reciproca alienazione tra le parti, il terzo evincente nella

(1) Papiniano tanto encomiato da tutti fu spesso accusato dai moderni interpreti di errori di calcolo. A tutti son note le controversie circa il fr. 7, § 1, *Solutio matrimonio*, 24, 3, ove Ulpiano riferisce ed approva appunto un calcolo di Papiniano. Anche per questo frammento l'errore probabilmente non è commesso dal giureconsulto romano, ma da' suoi interpreti.

sua parte riceverà sempre una certa quantità di iugeri corrispondente ai 40 dell'alluvione. Perciò Papiniano esattamente dice: « *nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intelligi* ».

Fin qui si è trattato di *evictio pro indiviso*, che sappiamo oramai che cosa voglia dire. Nel § 3 Papiniano parla dell'*evictio pro diviso* ossia dell'evizione di una parte materiale, avvenuta in forza di un diritto sopra una determinata parte del fondo. In tal caso, potendo questa parte determinata essere per la sua qualità di un valore rispetto al tutto assai superiore alla sua quantità, dovrà tenersi conto di siffatto suo valore (1) calcolato (Papiniano non lo dice, ma si deve intendere per il fr. 13 più sopra spiegato) qual'era al tempo della vendita.

Tale squilibrio di valore rispetto alla quantità non può aversi quando la evizione avviene in forza di un diritto *pro indiviso*, perchè nella divisione si bada di ripartire equamente la quantità e il valore.

Per questo riguardo Papiniano ha dovuto distinguere l'evizione *pro indiviso* da quella *pro diviso*, e non già perchè nella prima si trattasse di quote indivise senz'altro, nella seconda di parti divise.

Ora che mediante l'attento studio del fr. 64 abbiamo imparato il significato della frase *pars pro indiviso evinci*, possiamo dire che anche volendo riferire il fr. 1 *de evict.* all'*actio ex stipulatu* (cosa non necessaria) esso non contraddice neppure al principio che la semplice evizione di una quota indivisa, se non si sia proceduto alla divisione, non possa far sorgere l'*actio ex stipulatu*, salvo il caso di convenzione speciale.

Il fatto poi di trovare in antichi contratti la clausola speciale relativa all'evizione di una parte anche per le vendite di cose divisibili non può costituire per noi il minimo ostacolo: anzitutto perchè non si può far molto fondamento sopra formule tradizionali, le quali spesso sono inutili e prive di determinato contenuto; in secondo luogo poi perchè realmente nel caso nostro, riferendo, come si può e deve fare, quella formula all'evizione di quote indivise, essa poteva riuscire molto utile al compratore. Abbiamo veduto infatti che spesso la stipulazione per la parte poteva recargli il vantaggio di agire immediatamente senza aspettare la divisione, e di ottenere una parte della *dupla* corrispondente alla quota evitta, senza correre il rischio di vedersela diminuita per diminuzione della cosa comprata.

## XII.

Giunti a questo punto parmi si possano con sicurezza fissare i seguenti principali risultati delle nostre ricerche:

1.º nel calcolo per l'*actio ex stipulatu* si prendeva a base lo stato della

(1) Questa è la regola generale: s'intende bene che in casi speciali le norme possono essere diverse. Così, per es., se il prezzo si era nella vendita determinato a un tanto per ogni misura, bisognerà tener conto di tale convenzione, e si prenderà a base del calcolo per l'*actio ex stipulatu* solo la quantità evitta. Confr. fr. 53 pr. *de evict.*, 21, 2, già più sopra citato.



cosa al momento della vendita, senza tener conto degli aumenti o delle diminuzioni avvenute nel tempo posteriore;

2.° l'*actio ex stipulatu* era sempre concessa nel caso di evizione di parti materiali della cosa (eccettuate le così dette parti costitutive);

3.° l'*actio ex stipulatu* non era concessa per l'evizione di quote indivise tanto di cose indivisibili, quanto di cose divisibili, se prima non si era eseguita la divisione (salvo beninteso il caso di speciale stipulazione).

Siena, maggio 1882.

## L'EXCEPTIO REI IUDICATAE NELLE AZIONI POPOLARI

Studio esegetico (\*).

SOMMARIO. — 1. La teoria dominante e le obiezioni del prof. Cogliolo. — 2. Confutazione degli argomenti teorici del Cogliolo. I cittadini attori nelle azioni popolari sono uniti tra loro da un vincolo sufficiente a giustificare l'*exc. rei iudicatae* contro i terzi. — 3. Confutazione degli argomenti testuali del Cogliolo. Interpretazione del fr. 3 *de pop. act.* 47, 23. — 4. Continua l'interpretazione del fr. 3 *de pop. act.* (*Vulgaris exceptio e vulgaris actio*). — 5. Continua l'interpretazione del fr. 3 *de pop. act.* (I Basilici). — 6. Continua l'interpretazione del fr. 3 *de pop. act.* (Rapporto tra *denegatio actionis* ed *exceptio*). — 7. Interpretazione del fr. 30 § 3, *de iureiur.* 12, 2. — 8. Continua l'interpretazione del fr. 30 § 3, *de iureiur.* (Di nuovo sul vero rapporto tra *denegatio actionis* ed *exceptio*). — 9. Interpretazione del fr. 6 *de sep. viol.* 47, 12. — 10. Interpretazione del fr. 45 § 1, *de proc.* 3, 3 (Varie opinioni). — 11. Continua l'interpretazione del fr. 45 § 1, *de proc.* (*Exceptio doli-Cognitio* del pretore per la scelta dell'attore e suoi effetti). — 12. Interpretazione del fr. 3 § 13, *de hom. lib. exhib.* 43, 29. — 14. Digressione: sulle eccezioni nella procedura degli interdetti. — 15. Continua la digressione: l'*exc. rei iudicatae* negli interdetti. — 16. Si riprende l'interpretazione del fr. 3 § 13, *de hom. lib. exhib.* 43, 29 (Gli interdetti popolari e la cosa giudicata). — 17. Conclusione.

1. Un egregio cultore degli studi nostri, il prof. Pietro Cogliolo, ha pubblicato nel vol. XXX, pag. 225 segg. dell'*Archivio giuridico*, alcune sue piccole ricerche sulla *exceptio rei iudicatae* nel diritto romano. Non è mia intenzione di esaminar qui tutte le interpretazioni e le idee esposte in quei brevi articoli; ma desidero soltanto dir poche parole sul sesto ed ultimo (pag. 243-247) relativo alla *exceptio rei iudicatae* nell'*actio popularis*. Penso che l'aver io tradotto e accresciuto di alcune note il classico lavoro del Bruns sulle azioni popolari (1) mi faccia un obbligo di non lasciar passare senza risposta un attacco, che, se si dovesse ritener giusto, ci costringerebbe a modificare in parte le idee fin ora accettate. La teoria dominante, divisa anche dal Bruns ed alla quale io pure mi sottoscrivo, sostiene che l'*exceptio rei iudicatae* era concessa a colui, che fosse stato convenuto con un'azione popolare, contro chiunque volesse intentare di nuovo la medesima azione. Il prof. Cogliolo

(\*) Pubbl. in *Archivio giuridico*, 1883, vol. 31, pag. 213.

(1) [Vedi pag. 108] Debbo anche ringraziare il Cogliolo e gli altri che hanno dato benevolo giudizio di questa mia traduzione.

Mentre correggo le bozze di stampa del presente scritto, trovo nel volume edito or ora dal prof. COGLIOLO, *Trattato teorico-pratico della eccezione di cosa giudicata*, vol. I (Torino, Bocca, 1883), riprodotti gli articoli dell'*Archivio*. Quello relativo all'eccezione nelle azioni popolari si legge a pag. 358-362.

Naturalmente io qui debbo astenermi da qualunque giudizio circa l'intera opera del Cogliolo.

invece pensa che l'*exceptio* non si poteva opporre ad altra persona, che agisse per la stessa causa, « imperocchè la differenza delle persone, tra di loro non « aventi alcun vincolo legale, è tale da escludere l'eccezione della cosa giudi- « cata: la seconda persona potrebbe sempre rispondere che a lei non nuoce « la *res inter alios acta*, e che i casi in cui una *res inter alios* nuoce sono mo- « tivati da un rapporto comune o di interesse o di condizione giuridica con « la persona attrice nel primo giudizio ».

Tuttavia non per questo il Cogliolo crede che l'azione popolare si potesse poi rinnovare all'infinito da qualunque terzo. « Intentata l'azione », egli scrive, « il popolo è per così dire soddisfatto, il diritto contro il violatore « spento, e un'altra persona non ha più azione, perchè non c'è più diritto. « Contro le pretese della seconda persona, il convenuto del primo giudizio « non ha bisogno di opporre la *exceptio rei iudicatae*, ma può opporre l'ine- « sistenza della pretesa, estinta *ipso iure*, ed il pretore denega l'azione ».

Avvertirò subito il lettore, che non fosse molto esperto del diritto romano, che ridotta a questi termini la questione non ha un'importanza sostanziale; si tratta solamente di forme processuali, perchè in tutti i modi si viene alla conseguenza che, chi è stato una volta convenuto con un'azione popolare, può per regola generale efficacemente opporsi contro il rinnovarsi dell'azione tanto per parte della stessa persona, quanto per parte dei terzi. È dunque disputa tutta storica ed esegetica.

Gli argomenti addotti dal Cogliolo a sostegno della sua tesi sono di doppia natura. Prima un argomento *a priori* dedotto dalla mancanza di sufficienti vincoli legali tra i diversi attori; in secondo luogo l'interpretazione di quattro leggi delle Pandette (fr. 3 pr. *de pop. act.* 47, 23; fr. 45 § 1, *de procur.* 3, 3; fr. 30 § 3, *de iureiur.* 12, 2; fr. 3 § 13, *de hom. lib. exhib.* 43, 29), che sono dal Keller (1) citate a dimostrazione della opponibilità dell'*exceptio rei iudicatae* anche contro i terzi nelle azioni popolari.

2. In verità io non riesco a intendere il primo argomento di indole teorica; e mi nasce il sospetto di versare in grave errore o circa il concetto delle azioni popolari, o circa il pensiero che il Cogliolo ha voluto esprimere con le parole, che ho più sopra testualmente riferite. Poichè se accettiamo la formula che « i casi in cui una *res inter alios* nuoce sono motivati da un rapporto « comune o di interesse o di condizione giuridica con la persona attrice nel « primo giudizio », mi pare per lo meno strano il negare che tale rapporto esista tra i vari cittadini nell'azione popolare, che *ius suum populi tuetur* (2). O in forza di che cosa, se manca ogni rapporto tra i cittadini, l'uno esclude l'altro (3), il più idoneo e il più interessato sono agli altri preferiti? (4) ecc. In forza di che cosa avviene, ciò che il Cogliolo ammette, che « intentata « l'azione il popolo è per così dire soddisfatto, il diritto contro il violatore « è spento, e un'altra persona non ha più azione, perchè non c'è più diritto? » E se il rapporto che corre tra un cittadino e l'altro è tanto forte che l'esercizio dell'azione da parte dell'uno estingue nell'altro la facoltà di esercitarla, perchè dovrà esso venir meno di fronte all'*exceptio rei iudicatae*? Se il rapporto c'è, ci dev'essere pure per l'*exceptio*; se manca, deve mancare anche

(1) Confr. KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil*, Zürich 1827, § 48, nota 1, pag. 409.

(2) Confr. fr. 1 *de pop. act.*, 47, 23.

(3) Confr. fr. 6 *de sep. viol.*, 47, 12.

(4) Confr. fr. 2 *de pop. act.*, 47, 23; fr. 3, § 1, *eod.*; fr. 5, § 5, *de his qui eff.*, 9, 3; fr. 3, § 12, *de hom. lib. exhib.*, 43, 29; fr. 3 pr. *de sep. viol.*, 47, 12; fr. 6 *eod.*

per la consumazione del diritto e consecutiva *denegatio actionis*. Nell'argomento del Cogliolo abbiám dunque trovato fin qui due contraddizioni: una col concetto della *popularità* delle azioni, l'altra collo stesso concetto del Cogliolo circa la denegazione dell'azione. Ma ve n'è pure una terza che risulterà dallo studio del fr. 3 pr. *de pop. act.* 47, 23; poichè è tempo di passare all'esame delle leggi dal Cogliolo interpretate.

3. Il fr. 3 pr. *de pop. act.* 47, 23 è quello da tutti citato per dimostrare avere i romani ammessa l'*exceptio rei iudicatae* anche contro i terzi nelle azioni popolari. E dico da tutti, perchè non è esatto ciò che scrive il Cogliolo, avere il Keller per il primo posta come inconcussa questa eccezione alla regola che richiede l'identità delle persone.

Il fr. 3 pr. cit. è di questo tenore:

Ulpianus, libro primo ad edictum. Sed si ex eadem causa saepius agatur, cum idem factum sit, *exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur*.

Il Cogliolo dice che qui si tratta di un'azione di nuovo promossa dalla stessa persona: « il *saepius agatur* non implica mutamento della persona attrice ». E sta bene: la parola *agatur* è impersonale, sicchè non implica mutamento, ma non indica neppure che si tratti della stessa persona. Perciò bisogna guardare se nel testo si trovino altri elementi d'interpretazione.

Ulpiano nota espressamente che l'*exc. rei iudicatae* si dà *si ex eadem causa agatur, cum idem factum sit*, perchè dunque non aggiunge il requisito dell'identità della persona, se anche questo è essenziale? trattandosi di azione popolare, che poteva esser promossa da tutti i cittadini, non era forse necessario di rilevare espressamente tale elemento, se davvero si fosse richiesto?

I compilatori delle Pandette hanno collocato il nostro testo in modo da dimostrare chiaramente che, almeno secondo la loro interpretazione, esso si riferisce ai terzi. Infatti il frammento di Ulpiano, collocato tra due di Paolo, è grammaticalmente unito al fr. 2 precedente mediante un *sed*. Nè si creda che questo *sed* non abbia valore; perchè anche ammettendo ch'esso si trovasse già nel testo originale di Ulpiano, i compilatori l'avrebbero certamente cancellato, se non vi avessero dato importanza. Ora il fr. 2 è così concepito:

Paulus, libro primo ad edictum. Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem.

In esso dunque si tratta dei rapporti tra le varie persone che vogliono promuovere la stessa azione popolare. Non è quindi naturale il ritenere che, almeno secondo i compilatori, anche il fr. 3 pr. si riferisce al caso di azione promossa da diverse persone? E se questa fu la mente dei compilatori, dobbiamo concludere che per diritto giustiniano certamente così era, nè abbiamo ragioni per credere che così non fosse anche per diritto antegiustiniano.

4. (1) V'ha di più: Ulpiano chiama *vulgaris* l'*exceptio rei iudicatae* nel fr. 3 pr. del quale ora ci occupiamo. Tale denominazione indica che nelle azioni popolari la si adopera anche coi terzi senza che perciò essa perda o modifichi la sua natura, poichè tra i diversi attori corre un vincolo tale da autorizzarne perfettamente l'applicazione. Questa interpretazione, che fin dal primo momento ci si presenta, viene confermata anche da un più maturo esame.

Ulpiano ha dovuto servirsi di quell'epiteto per escludere la lontana possibilità che l'*exceptio* si dovesse credere avere nel nostro caso ricevuta una

(1) [Vedi a pag. 234, l'aggiunta a questo § 4].



estensione del tutto anormale. In altri termini, alla sua mente o conscia o inconscia ha dovuto presentarsi questa idea: l'*exceptio* nell'azione popolare si applica anche contro i terzi, ma ciò non è strano, perchè ogni attore rappresenta coll'interesse generale anche quello dell'altro attore; non si tratta dunque di *exceptio* di nuovo genere, ma bensì della solita *vulgaris exceptio rei iudicatae*, la quale è *vulgaris* in questo caso come negli altri analoghi menzionati nei fr. 9 § 2, *de exc. r. iud.* 44, 2; fr. 11 § 3, 9, 10 *eod.*; fr. 28 *eod.*; fr. 29 § 1 *eod.*; fr. 3 *de pign.* 20, 1; fr. 25 § 8, *Fam. exc.* 10, 2; fr. 42 § 3, *de iurei.* 12, 2; fr. 4 § 3, 4, *Si serv. vind.* 8, 5; fr. 30 (31) § 7, *de neg. gest.* 3, 5, e in tutti gli altri nei quali intercede alcun vincolo fra i vari attori. L'epiteto *vulgaris* in altro modo non si spiegherebbe, nè s'intenderebbe perchè Ulpiano a proposito delle azioni popolari reputasse necessario espressamente menzionare la *exceptio rei iudicatae*.

Nè si dica in contrario che il *vulgaris* sta appunto a denotare che l'eccezione si poteva adoperare soltanto contro l'attore stesso e non contro i terzi. Il suo significato presso i romani non è così preciso e tecnico da potersi usare a tal fine. Ulpiano in questo frammento medesimo ce lo dimostra, perchè se l'aggettivo *vulgaris* avesse avuto tal forza, egli non avrebbe certo fatta espressa menzione dell'*eadem causa* e dell'*idem factum*.

Il fr. 3 *de pop. act.* è il solo, se non erro, ove si trovi ben accertata la frase *vulgaris exceptio*. Nel fr. 30 *de pact. dot.* 23, 4 si leggono queste parole:

Tryphoninus, libro decimo disputationum... pacti quidem vulgaris exceptionem etiam heredi proficere.....

sicché vi si tratterebbe di un *pactum vulgare*, frase che si trova anche in altri testi, come nella *const. 4 de pign. act.* 4, 24:

Alexander, *Pactum vulgare, quod proposuistis, ut si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret*.....

Ma poichè il patto menzionato nel fr. 30 *de pact. dot.* 23, 4, a differenza di quello relativo alla vendita della cosa data in pegno ricordato da questa *const. 4 de pign. act.* 4, 24, non può considerarsi come un patto ordinario (1); poichè d'altra parte l'essere *vulgare* il *pactum* non serve punto a rafforzare la regola enunciata da Trifonino, *pacti exceptionem etiam heredi proficere*; poichè finalmente siamo in presenza di un testo senza dubbio guasto, nel quale appunto prima della parola *pacti* manca tutta una lunga proposizione come ci dimostrano i Basilici (2): tutto ci induce a correggere il testo anche per questa parte. Il Mommsen nella sua edizione propone di leggere:

..... *pacti quidem vulgare esse exceptionem etiam heredi proficere*.....

Tuttavia non senza qualche probabilità, penso, potrebbe leggersi anche

..... *pacti quidem vulgarem exceptionem etiam heredi proficere*.....

In tal caso l'uso dell'epiteto *vulgaris* annesso ad *exceptio* indicherebbe nel fr. 30 cit., con significato analogo a quello del nostro fr. 3 *pr. de pop. act.* 47, 23, che l'eccezione accordata all'erede non è altra che quella solita, non portando alcuna sostanziale modificazione il mutamento della persona.

(1) Ecco infatti il patto, di cui tratta il fr. 30 cit.: *Baebius Marcellus Baebio Marullo dotis filiae suae nomine centena promiserat et convenerat inter eos, ne ea dos constante matrimonio peteretur vel [et Mommsen] si post mortem patris in matrimonio sine liberis filia decessisset, ut dimidia dos apud Marullum remaneret, dimidia fratri mulieris restitueretur; eaque etiam in stipulationem deducta erat.*

(2) Confr. Bas., lib. 29, tit. 5, cap. 28 (ed. HEIMBACH, vol. III, pag. 477). Vedi pure l'edizione dei Digesti del Mommsen al fr. 30 cit.

E poichè sto parlando del significato di *vulgaris*, mi sia lecito aggiungere ancora alcune parole sull'*actio vulgaris*. In più d'uno dei compendii, che vanno per le nostre scuole, la frase *actio vulgaris* è indicata come tecnica denominazione di un certo genere di azioni: in alcuni come opposto delle *actiones in factum*, in altri come opposto delle *utiles*. Anche qui, a parer mio, si cade in un errore assai comune attribuendo significato tecnico a parole che non l'avevano. *Actio vulgaris* non significava altro che l'*azione solita, consueta, comune, ordinaria*, che dir si voglia; e perciò talora le *actiones in factum*, l'*actio praescriptis verbis* si oppongono alle *vulgares actiones*, e *vulgaria actionum nomina* come nei fr. 1 *pr. de praescr. verb.* 19, 5 e fr. 2 *eod.* (1); talora invece contrapposta all'*actio vulgaris* viene l'*utilis*, come nel fr. 47 (46) *de her. inst.* 28, 5 (2); altre volte l'*actio vulgaris* indica l'azione, che nel maggior numero dei casi si applica ad un determinato rapporto giuridico, in confronto con un'*actio adiecticiae qualitatis*, che si deve usare in un caso speciale (3); altre volte finalmente l'*actio* o *formula vulgaris* in modo simile serve a designare l'azione tipica che si adopera nei casi normali, ed alla quale in un determinato caso è necessario fare qualche aggiunta (4).

(1) Fr. 1 *pr. de praescr. verb.*, 19, 5; Papinianus, libro octavo quaestionum. *Nonnunquam evenit, ut cessantibus iudiciis prodiis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur.* — Fr. 2 *eod.*: Celsus, libro octavo digestorum. *Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.*

(2) Fr. 47 (46) *de her. inst.*, 28, 5; Africanus, libro secundo quaestionum... *sed nec filio vulgarem competituram, verum utilem*... (intendi *mandati actionem*).

(3) Questo punto e il seguente sono per lo più trascurati, o esposti non senza mistura di veri errori. Nel § 102 dei *Vaticana fragmenta* si legge: *...Paulus respondit, patrem etiam postea nuptiis consentientem et matrimonium filii sui et dotem efficere; et ideo ex persona filii rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse, in qua[m] actione[m] peculii quantitas deducitur. Tamen (tantummodo Mommsen) in proposito fuit respondere, ex persona filii eum conveniri posse, qui solus contraxerat; etsi alia placeat, patrem, quo contentiente filius dotem accepit, rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse.* Le parole *et ideo ex persona filii rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse* sono senza dubbio guaste, e vanno corrette secondo quel che segue. Il Buchholtz nella sua edizione (1828) corregge (« *suaudente Hollwegio* », com'egli dice): *et ideo tam ex persona filii, quam rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse: in qua actione nec peculii quantitas deducitur.* Nella edizione dello stesso Bethmann-Hollweg, inserita nel *Corpus iuris romani anteiustiniani* di Bonn (1833), si trova in nota proposta questa congettura del Savigny: *et ideo et rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse et ex persona filii, in qua etc.*, e quest'altra del Boecking: *...filii reive*... Il Mommsen (1860) cancella la parola *vulgari*. Lo Huschke (*Iurisp. antejust.*, 4<sup>a</sup> ed., 1879) segue la congettura del Savigny. Checchè sia di ciò l'ultima parte del frammento almeno ci assicura che l'*actio rei uxoriae vulgaris* vi è opposta a quella *ex persona filii*; ed è ciò, di cui ora c'importa.

(4) Fr. 42 *pr. de furtis*, 47, 2; Paulus, libro nono ad Sabinum. *Si servus navem exercent non voluntate domini, de eo, quod ibi perit, vulgaris formula in dominum danda est, ut quod alter admisit « dumtaxat de peculio », quod ipse exercitor, adiciatur « ut noxae dederet » (aut noxae dedere).* Così almeno parmi si debba intendere questo frammento spesso male spiegato dagli interpreti. Il seguito del frammento stesso e il libro, cui esso appartiene (IX *Pauli ad Sabinum*, confr. fr. 3, 5, *de cond. furt.*, 13, 1; fr. 4, 6, 11, 18, 20, 22, 24, 26, 28, 32, 34, 38, 40, 47, *de furt.*, 47, 2; fr. 1, 5, *Arb. furt. caes.*, 47, 7) ci assicurano che la frase *de eo quod ibi perit* allude ad un furto (vedi pure fr. 1, § 3, *furti adversus nautas* 47, 5). La *vulgaris formula* perciò deve essere quella dell'azione *furti adversus nautas* etc. Questa peraltro presupponeva un diretto rapporto tra gli autori del furto e il convenuto (fr. 1 *pr. Furti adv. naut.*, 47, 5: *In eos, qui naves... exercent, si quid a quoquo eorum quosve ibi habebunt, furtum factum esse dicetur*), rapporto o d'identità o d'impiego, che mancava si

*Vulgaris*, per la costanza dell'uso, ha acquistato un significato tecnico soltanto riguardo alla *vulgaris cretio* e alla *vulgaris substitutio* (1).

Dunque, tornando al nostro argomento, se *vulgaris actio* non ha significato preciso, molto meno può averlo *vulgaris exceptio*, che si trova tanto più di rado. Questa frase perciò non può essere stata adoperata da Ulpiano, se non per allontanare il dubbio che l'eccezione accordata contro i terzi fosse qualche cosa di strano: il legame che univa i cittadini nell'*actio popularis* ne era naturalissima spiegazione. Ma la possibilità di siffatto dubbio non poteva neppure sorgere, se l'*exceptio* non si fosse data contro i terzi (2).

5. I Basilici e i loro scolasti ci confermano nella nostra interpretazione. Il nostro fr. 3 pr. *de pop. act.* vi è reso così (lib. 60, tit. 32, c. 7):

Ἐὰν δὲ πολλάκις ἐκ τῆς αὐτῆς ὑποθέσεως κινήται, ἀντίθεται ἢ περὶ τῆς γενομένης καταδίκης παραγραφή (3).

Alle quali parole si legge questo scolio:

Ἡ ῥέει ἰουδικαταε, εἰ μήπου κατὰ συμπαιγίαν ἢ προδοσίαν ἐγένετο (4).

Ora se l'*exceptio rei iudicatae* veniva infirmata nel caso di collusione, ciò significa ch'essa era concessa contro i terzi; poichè solo nel caso che il secondo attore fosse diverso dal primo, si poteva far quistione circa la collusione del primo.

6. Un ultimo punto è finalmente da notare riguardo al nostro fr. 3 *de pop. act.* 47, 23; ed è qui che trovo negli argomenti del Cogliolo la terza contraddizione, cui più sopra ho accennato. L'egregio professore sostiene che il pretore denegava l'azione a chi volesse agire in seguito, anzichè dar contro di lui l'*exceptio rei iudicatae*. Ma il fr. 3 *de pop. act.*, anche inteso come il Cogliolo vorrebbe, dimostra certamente che l'*exceptio* era data almeno contro lo stesso attore che tornasse ad agire. Se ne dovrebbe concludere dunque che l'esercizio di un'azione popolare estingueva il diritto in tutti fuorchè nella stessa persona dell'attore; poichè su quell'estinzione del diritto era, secondo il Cogliolo, basata la *denegatio actionis*, laddove contro lo stesso attore sarebbe occorsa l'*exceptio rei iudicatae*. E questo effetto dell'azione più forte contro i terzi che contro l'attore stesso, dovrebbe ammettersi, perchè tra l'attore e i terzi mancava un sufficiente vincolo giuridico!

Pongasi mente poi che la *denegatio actionis* doveva aver luogo *in iure* dopo una *cognitio* del pretore, sicchè essa in generale presupponeva un giudizio semplice e non intralciato di prove ecc. Ma certo assai più semplice era

*servus navem exercent non voluntate domini*. In questo caso l'azione contro il *dominus* non poteva fondarsi che sulla *potestas*, ed era perciò un'azione nossale o ristretta al peculio, secondo la varia qualità dell'autore del furto. Perciò si rendevano necessarie le aggiunte alla *vulgaris formula*. Diversamente si sarebbe deciso, se il *servus navem exercent voluntate domini* (arg. fr. 1 § 19-23, *de exerc. act.*, 14, 1; fr. 6 pr. *eod.*; arg. fr. 7, § 6, *Nuatae caup. stab.*, 4, 9). Si potrebbe forse soltanto dubitare che la *vulgaris formula* fosse addirittura quella dell'*actio furti*, a causa del titolo in cui il fr. 42 è inserito. Io non lo crederei: ma in ogni caso ciò non altererebbe la conclusione, che qui m'importa maggiormente.

(1) Per la *vulgaris cretio* confr. GAL., II, 171, 172, 173, 190; ULP., XXII, 31, 32. Per la *vulgaris substitutio* confr. GAL., II, 181; Inst., lib. 2, tit. 15; Dig., lib. 28, tit. 6.

(2) [Vedi avanti, pag. 234, l'aggiunta al presente § 4].

(3) Così tradotto dallo HEIMBACH (vol. V, pag. 670): *Sed si saepius ex eadem causa agatur, obstat exceptio factae condemnationis*.

(4) Tradotto dallo HEIMBACH, loc. cit.: *Rei iudicatae, si non per collusionem vel proditionem condemnatio facta sit*.

il giudicare circa l'identità dell'azione proposta dal medesimo attore, che circa quella da altri promossa: tanto più che quando il nuovo attore era diverso dal primo poteva, come già s'è visto, sorgere questione sulla possibile collusione del primo, questione che non doveva facilmente risolversi. La *denegatio* dunque avrebbe dovuto ammettersi piuttosto nel caso, in cui anche il Cogliolo riconosce l'*exceptio rei iudicatae*, che nell'altro, in cui egli la nega. Ma della *denegatio actionis* torneremo a ragionare fra breve.

Questi argomenti presi singolarmente o nel loro complesso parmi debbano persuaderci, che il fr. 3 pr. *de pop. act.* 47, 23 è per sè solo prova sufficiente dell'opinione da noi difesa. Esso infatti è quello che in generale si cita a sostegno di tale opinione. Il prof. Cogliolo può aver ragione quando osserva che alcuni altri dei testi addotti dal Keller provano poco: ma l'esuberanza dei testi citati da uno scrittore non deve nuocere alla verità della tesi da lui e dagli altri sostenuta. E gli altri scrittori dalla Glossa (1) a Cuiacio (2), e da Cuiacio al Bruns (3), si appoggiano specialmente sul nostro fr. 3 pr.

7. Tuttavia non sarà inutile esaminare anche gli altri testi, poichè non tutti mancano di forza probante e da alcuni di essi potremo trarre qualche conseguenza atta ad illuminarci maggiormente circa la nostra questione.

Affine all'*exceptio rei iudicatae* è l'*exceptio iurisiurandi*, com'è ben noto; sicchè facilmente si può argomentare dall'una all'altra. Ora ecco quel che si legge relativamente al giuramento nel fr. 30, § 3, *de iureiur.*, 12, 2:

Paulus, libro octavo decimo ad edictum. In popularibus actionibus iurandum exactum ita demum adversus alios proderit, si bona fide exactum fuerit: nam et si quis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit.

Il giuramento prestato nell'azione popolare giova dunque anche contro i terzi che volessero rinnovare l'azione, a quel modo che giova la *contestatio* o la sentenza, eccettuato il caso di collusione. In qual modo? Il prof. Cogliolo scrive che « quel giuramento che può *prodesse adversus alio* indica che « un *alius agens* viene respinto dal pretore *ipso iure* », ma non ci dice punto perchè debba ciò indicare. Io non lo so vedere. O che forse il potere essere opposto mediante eccezione non è un *prodesse*? In verità io aveva anzi creduto sempre che i romani adoperassero volentieri il verbo *prodesse* per indicare il vantaggio che si trae dal potere opporre un'eccezione, e penso ancora che basti uno sguardo gettato sulle Pandette per farne persuaso chiunque. A citare tutti i testi ove *prodesse* è usato in questo senso ci sarebbe da empire parecchie pagine; ma basterà il guardare nel solo titolo *De pactis* Dig. 2, 14 le seguenti leggi: fr. 2 § 2 — *profuturamque ei conventionis exceptionem* —; fr. 7 § 28 — *non profuturum pactum — an doli ei prosit exceptio — doli exceptionem profuturam*; fr. 10, § 2 — *exceptio doli mihi proderit — sicuti pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse*; fr. 14 *Item magistri societatum pactum et prodesse et obesse constat*; fr. 15 *Tutoris — pactum pupillo prodest*; fr. 17, § 3, 4, 5, 6 *Si quis paciscatur ne a se petatur, sed ut ab herede petatur, heredi exceptio non proderit. Si pactus sim — non pro-*

(1) Vedi la GLOSSA ad l. 3 pr. *de pop. act.*, 47, 23, v. *opponitur*.

(2) Vedi CUIACIO, *Comm. in lib. IX Pauli ad edictum*, ad § *qui ita*, l. 45, *de proc.*, 3, 3 (*Opp. Prati* 1837 segg., vol. 5, col. 193 seg.); confr. in *lib. 1 Pauli ad edictum*, ad l. 2, *de pop. act.* (*ibid.*, col. 28).

(3) BRUNS, *Popularklagen*, nota 117. [Cfr. nota 6 a pag. 146].



*derit Titio — Pactum — emptori prodest — Cum possessor alienae hereditatis pactus est, heredi, si evicerit, neque nocere neque prodesse —; fr. 19, § 1 Item si filius familias pactus fuerit ne a se petatur, proderit ei, et patri quoque, si de peculio conveniatur; fr. 21, § 1, 2, 5 — si in rem paciscatur proderit — pacti conventi exceptio — exceptio — doli prosit — alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio —; fr. 23 Fideiussoris — conventio nihil proderit reo; fr. 25, § 2 — quamvis fideiussoris pactum reo non prosit, plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam —; fr. 27, § 1, 2, 3, 5 — pactio — neque reo neque fideiussori prodest — prodesse fideiussori exceptionem — fideiussoribus prius pactum prosit — quod pactum proderit — prodesse tibi pacti conventi vel doli exceptionem —; fr. 32 — non prodesse exceptionem —; fr. 40, § 3 — ea conventio — per exceptionem doli proderit. Di questi testi, tratti da un sol titolo, nove appartengono a Paolo che è l'autore del nostro fr. 30, § 3, *de iureiur.*, 12, 2. Si osservi in essi l'uso promiscuo delle frasi *exceptionem prodesse* e *pactum* o *conventionem prodesse* collo stesso significato.*

Ma perchè tante parole? Leggansi proprio a proposito del giuramento i testi seguenti:

Fr. 9, § 6, *de iurei.*, 12, 2:

Ulpianus, libro vicensimo secundo ad edictum. *Iusiurandum defensoris vel procuratoris ei ab adversario delatum prodesse exceptionemque domino parere Iulianus scribit.*

Fr. 11, § 3 eod.:

Ulpianus, libro vicensimo secundo ad edictum... *Quod si ego ex eadem hereditate possiderem tuque coepisses petere eam a me, cum adversus te iurassem, exceptione me uti debere iurisiurandi. Plane si alius a me hereditatem petere coeperit, dubium non erit, ut et Iulianus scribit, nihil mihi iusiurandum prodesse.*

Fr. 1, § 3, *Quar. rer. act. non d.*, 44, 5:

Ulpianus, libro septuagesimo sexto ad edictum. *Si fideiussor iuravit, si quidem de sua persona tantum iuravit, quasi se non esse obligatum, nihil reo proderit: si vero in rem iuravit, dabitur exceptio reo quoque.*

V'è poi nello stesso titolo *De iureiurando* delle Pandette un frammento dello stesso Paolo, tratto dallo stesso libro 18 *ad edictum*, cui appartiene il fr. 30, e che può darci ancora un po' di luce. È il fr. 28, § 1-4:

§ 1. *Quod reus iuravit, etiam fideiussori proficit. A fideiussore exactum iusiurandum prodesse etiam reo Cassius et Iulianus aiunt: — § 2. Si ei, qui debitorem meum in iudicium exhibere promisit, iusiurandum detulerim isque iuraverit se omnino exhibitionem eius non promisisse, prodesse debitori meo id non debet: si vero iuraverit se nihil mihi praestare oportere, distinguendum sit (est Hal.) et replicatione emendandum utrum ideo iuraverit an quia post promissionem exhibuerit an vero quia solverit: quod et in fideiussore[m] debiti distinguendum est. § 3. Ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniae alter iuravit: alteri quoque prodesse debet. § 4. Exceptio iurisiurandi non tantum si... etc.*

Evidentemente qui il *prodesse* significa giovare coll'eccezione. E poichè nei due ultimi testi citati si parla del vantaggio che il fideiussore trae dal giuramento del debitore principale, non sarà forse inutile ricordare che per questo caso appunto viene in altro luogo fatto un parallelo tra il giuramento e la cosa giudicata, in modo analogo a quanto abbiám visto nel fr. 30, § 3.

Veggasi il fr. 42, § 2, 3, *de iureiur.*, 12, 2:

Pomponius, libro octavo decimo epistolarum... *Eadem ratio est et si fideiussoris defensor iuraverit: reo enim detur exceptio. § 3. Item si reus*

*iuravit, fideiussor tutus sit, quia et res iudicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret.*

Risulta da tutto ciò che la frase *iusiurandum adversus alios proderit* del fr. 30, § 3, *de iureiur.*, 12, 2 molto naturalmente si spiega come se dicesse *exceptio iurisiurandi proderit*, sicchè anche per la seconda parte di quel testo si deve pensare ad una *exceptio rei iudicatae adversus alios*.

8. Tuttavia alcuno potrebbe forse opporre il fr. 9 pr. *de iureiur.*, 12, 2:

Ulpianus, libro vicensimo secundo ad edictum. *Nam posteaquam iuratum est, denegatur actio: aut, si controversia erit, id est si ambigitur, an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est*

traendone la conseguenza che il modo più ordinario con cui si dimostra l'efficacia del giuramento è appunto la *denegatio actionis*, alla quale perciò deve piuttosto riferirsi il *proderit* del fr. 30, § 3.

Per rispondere a questa obbiezione debbo toccare quello che credo essere l'errore latente fondamentale di tutto il ragionamento del prof. Cogliolo: dico credo, perchè non ne son ben sicuro a causa delle contraddizioni più sopra notate. L'egregio professore nelle parole: « Contro le pretese della seconda « *ceptio rei iudicatae*, ma può opporre la inesistenza della pretesa, estinta « *ipso iure*, ed il pretore denega l'azione » dà a divedere che secondo lui la *denegatio actionis* differisce dalla *exceptio*, in quanto che si fonda sull'estinzione *ipso iure* del diritto (1). Più sopra io ho già dimostrato, che tale idea applicata, come vuole il prof. Cogliolo, al nostro caso dell'azione popolare produrrebbe gravi contraddizioni: ora aggiungo che l'idea stessa deve rigettarsi come falsa.

La differenza tra la *denegatio* e l'*exceptio* (fatta astrazione da quanto osservo più oltre nella nota 1 a pag. 220) consiste solo nella semplificazione della procedura. Il pretore denegava l'azione quando gli appariva evidente l'ostacolo che contro ad essa si elevava, p. es. l'esistenza di un giuramento contrario o di una contraria sentenza, accordava invece l'*exceptio* quando credeva meglio rinviare al giudice la cognizione di quell'ostacolo. Perciò *denegatio* ed *exceptio* si trovano menzionate promiscuamente nelle fonti a proposito dei medesimi casi. Il fr. 9 pr. *de iureiur.* 12, 2 or ora citato ne è un esempio. Altri chiarissimi ce ne forniscono il fr. 21, § 9, *de rec.*, 4, 8:

Ulpianus, libro tertio decimo ad edictum... *si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari aut exceptione tutum fore,* il fr. 7, § 6. *de SC. Mac.*, 14, 6:

Ulpianus, libro vicensimo nono ad edictum. *Non solum ei qui mutuam dedisset, sed et successoribus eius deneganda est actio* comparato con tutti gli altri ove si parla della *exceptio SC. Macedoniani*; il fr. 2, § 1, *ad SC. Vell.*, 16, 1:

Ulpianus, libro vicensimo nono ad edictum... *ne eo nomine ab his petitio [sit] neve in eas actio detur....*

(1) Sono ora confermato nell'opinione espressa qui nel testo dalla lettura del libro del Corliolo citato più sopra nella nota 1 a pag. 211. In questo libro a pag. 12 e in parecchi altri luoghi, pag. 24, è ripetuto questo concetto della *denegatio actionis*, che io combatto. Pare anzi che il Cogliolo creda nuovo tale concetto, poichè scrive: « e questo concetto processuale dell'*ipso iure*, dagli scrittori non avvertito, ecc. ».

Naturalmente tutte le deduzioni che l'autore trae da quell'idea sono anch'esse, a parer mio, senza fondamento.

confrontato con tutti i testi ove è menzionata l'*exceptio SC. Velleiani*; il fr. 34 *Sol. matr.*, 24, 3:

Africanus, *libro octavo quaestionum*.... *patri, nisi probet filiam non solum in sua potestate esse, sed etiam consentire sibi, denegandam actionem, sicuti denegaretur etiamsi constaret eam in potestate esse* posto a riscontro col fr. 40 *eod.*:

Papinianus, *libro vicesimo octavo quaestionum*.... *si... filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quo minus ex stipulatu agat: viva autem filia si agere vult, exceptione summovendus erit.* il fr. 1, § 3, *de his quae in test.*, 28, 4:

Ulpianus, *libro quinto decimo ad Sabinum*. *Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero non repelluntur, sive legi possunt sive non possunt, quoniam si totum testamentum non exstet, constat valere omnia quae in eo scripta sunt. Et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore, non denegabuntur.*

il fr. 1, § 2, *ad SC. Treb.*, 36, 1:

Ulpianus, *libro tertio fideicommissorum*.... *actiones, quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari*.... confrontato col § 4 dello stesso fr.:

*Quamquam autem senatus subventum voluit heredibus, subvenit tamen et fideicommissario: nam in eo, quod heredes, si conveniantur, exceptione uti possunt, heredibus subventum est: in eo vero, quod, si agant heredes repelluntur per exceptionem quodque agendi facultas fideicommissariis competit, procul dubio consultum est fideicommissariis.*

Perciò troviamo adoperate come equivalenti le frasi *actionem non dari* o *per exceptionem summoverti*, come p. es. nel fr. 12 *de min.* XXV ann. 4, 4:

Gaius, *libro quarto ad edictum provinciale*. *Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summoverti debet* (1).

Luminosissimo esempio pure ce ne dà il titolo delle *Pandette Quarum*

(1) Altri testi si possono trovar citati in KELLER, *Il processo civile romano* (trad. ital. FILOMUSI-GUELFI, Napoli 1872), § 36, nota 390, pag. 119. Ivi è erroneamente indicato come sostenitore dell'opposta opinione il BEKKER, *Processualische Consumption*, pag. 280. Bene perciò nell'ultima edizione del KELLER (5 *Auflage bearbeitet von A. WACH*, Leipzig 1876) tale indicazione è stata tolta. Confr. pure, nel senso da me sostenuto, RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, II, § 70, n. 9, pag. 231; A. PERNICE, *Kritische Vierteljahresschrift*, V, pag. 416; SCHLESINGER, *Götting. gelehrte Anzeige*, 1869, pag. 898; BEKKER, *die Aktionen*, II, cap. 25, n. 26, pag. 21 seg. Certo la *denegatio actionis* ha luogo anche quando l'azione manchi *ipso iure*, per es., per avvenuto pagamento del debito, ed i fatti che ne dimostrano la mancanza sono evidenti fin da principio: ma ciò non altera punto la esattezza di quanto ho esposto nel testo circa la relazione tra *denegatio* ed *exceptio*. Nè si può dire che la *denegatio* sia il solo modo per far valere la mancanza di azione *ipso iure*: anzi il più delle volte, a causa della prova dei fatti, il pretore manda le parti dinanzi al giudice, e perciò dà l'azione, non la denega; soltanto in tal caso non v'è bisogno di *exceptio* nella formula. Al rapporto tra la mancanza d'azione *ipso iure* e la invalidazione mediante eccezione si riferisce il fr. 112, *de reg. iur.*, 50, 17:

Paulus, *libro octavo ad edictum*. *Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur*

il quale perciò non deve citarsi a proposito del rapporto tra *denegatio actionis* ed *exceptio*, come a torto fanno alcuni autori, tra i quali recentissimo il LEONHARD, *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen*, 2 *Theil*, Berlin 1883, pag. 478, nota 2.

*rerum actio non datur* 44, 5, nel quale secondo la rubrica dovrebbe trattarsi della *denegatio actionis*, e ove invece quasi tutti i testi parlano di eccezioni.

Possiamo dunque con sicurezza affermare che quando una legge parla di *denegatio actionis*, ciò non significa punto che in quel caso non possa darsi eccezione; anzi assai meglio può in molti casi argomentarsi dalla *denegatio* all'ammissibilità della *exceptio*. Perciò il *proderit* del fr. 30, § 3, *de iureiur.*, 12, 2, in conformità di quanto leggiamo nel fr. 9 *pr. eod.*, deve riferirsi così alla *denegatio*, come all'*exceptio iurisiurandi*.

Tuttavia chi percorra attentamente il titolo *De iureiurando* 12, 2 facilmente si avvedrà che, quando si tratta di giuramento prestato da terzi, in generale i testi parlano piuttosto di *exceptio* che di *denegatio*: i frammenti da noi più sopra riferiti lo dimostrano anch'essi.

La ragione di ciò è chiara; perchè in casi di tal genere le prove e le questioni, che possono nascere, sono più complicate, e perciò il pretore s'induce a rinviare le parti dinanzi al giudice.

Il fr. 30, § 3, che illustriamo, accenna a siffatte questioni colle parole « *ita demum... si bona fide exactum fuerit* » che si riferiscono al giuramento, e colle parole « *si non per collusionem actum sit* » che si riferiscono alla cosa giudicata. Molto naturalmente dunque esso va applicato piuttosto alle eccezioni di giuramento e di cosa giudicata, contro le quali talora si oppongono delle repliche; ed è così novella e forte prova della verità della teoria, che noi sosteniamo, circa l'eccezione di cosa giudicata nelle azioni popolari.

9. Le osservazioni, che abbiamo fatte sul rapporto tra la *denegatio actionis* e l'*exceptio*, mentre respingono qualunque obbiezione contraria alla nostra interpretazione del fr. 30, § 3, *de iureiur.*, 12, 2, valgono pure a spiegare meglio il fr. 6 *de sepulchro violato* 47, 12:

Julianus, *libro decimo digestorum*. *Sepulchri violati actio in primis datur ei, ad quem res pertinet. quo cessante si alius egerit, quamvis rei publicae causa afuerit dominus, non debet ex integro adversus eum, qui litis aestimationem sustulerit, dari. nec potest videri deterior fieri condicio eius, qui rei publicae causa afuit, cum haec actio non ad rem familiarem eiusdem (sed) magis ad ultionem pertineat.*

Certamente questa legge dev'essere sfuggita al prof. Cogliolo, perchè altrimenti egli non avrebbe mancato di citarla a sostegno della sua opinione, con maggiore apparenza di buon fondamento, che per le altre. Si sa che l'*actio sepulchri violati* è popolare, e vien concessa di preferenza *ei ad quem pertineat* (fr. 3 *pr. de sep. viol.* 47, 12). Ma se il preferito non agisce, chiunque può agire. *Quid iuris se*, dopo esercitata da altri l'azione, il preferito, che era *absens rei publicae causa*, ritorni? Giuliano nel nostro fr. 6 risponde che non gli si deve dare l'azione, il che è quanto dire che gli si deve denegare. Ma ciò tuttavia non prova nulla a favore del Cogliolo. Abbiamo già veduto che il *non dari actionem* non significa che in casi simili non possa darsi l'azione con una contraria eccezione: abbiamo anzi osservato che talora quella frase si adopera per indicare che contro l'azione si concede dal pretore un'eccezione. Bene dunque Giuliano ha potuto scrivere *actio non debet dari* per comprendere i due casi di *denegatio* e di *exceptio* nelle stesse parole. Ma v'ha di più. La specie studiata da Giuliano riguarda la restituzione in intero dell'assente, il quale domanda l'azione, pure ammettendo ch'essa sia stata da altri esercitata prima, facendo valere il danno che gli è derivato dal non avere potuto promuoverla. Il pretore deve guardare se sia il caso di concedere la restituzione, e secondo Giuliano, deve negarla perchè l'azione di violato



sepulcro *non ad rem familiarem sed magis ad ultionem pertinet* (1). Ciò, come ognuno vede, non significa punto che non si dia l'*exceptio rei iudicatae* contro i terzi anche nell'*actio sepulchri violati*. Se p. es. l'*absens reipublicae causa* si fosse proposto di provare la collusione del primo attore, senza dubbio il pretore gli avrebbe data l'azione, concedendo al convenuto l'eccezione, e all'attore di nuovo la replica per causa della collusione.

10. Passiamo al fr. 45, § 1, *de proc.*, 3, 3:

Paulus, libro nono ad edictum. Qui ita de publico agunt ut et privatum commodum defendant, causa cognita permittuntur procuratorem dare, et postea alius agens exceptione repellitur.

Questa legge presenta maggiori difficoltà d'interpretazione, che le altre. Non già ch'essa appaia contraria alla nostra opinione, che anzi a primo aspetto essa ci si dimostra favorevole, nè può, per quanto si faccia, minimamente appoggiare la tesi contraria sostenuta dal Cogliolo. Ma il presente scritto non ha soltanto per iscopo di combattere la nuova tesi del dotto professore, ma anche di esaminare minutamente e profondamente quanto riguarda l'*exceptio rei iudicatae* nelle azioni popolari romane; sicchè l'esegesi vi dev'essere condotta nel modo più imparziale e spregiudicato.

Una prima interpretazione, che dalla Glossa in poi è stata da molti accettata, consiste nel riferire le parole « *et postea alius agens exceptione repellitur* » alla *exceptio rei iudicatae* che si può opporre a chi voglia agire di nuovo dopo condotta a termine dal procuratore della parte lesa l'azione popolare. Tale interpretazione confermerebbe pienamente quanto abbiamo già dedotto dal fr. 3 pr. *de pop. act.*, 47, 23 e fr. 30, § 3, *de iureiur.*, 12, 2. Tuttavia varie difficoltà vi si oppongono. La sentenza ottenuta genera l'*exceptio rei iudicatae* contro i terzi, qualunque sia stato l'attore, come già abbiamo avuto luogo di vedere a proposito del fr. 6 *de sep. viol.*, 47, 12; sicchè non si saprebbe intendere perchè Paolo abbia notato ciò a proposito dell'azione esercitata dal procuratore, quasi fosse una particolarità del caso. Inoltre il *postea* sarebbe poco preciso, perchè il fatto menzionato prima è soltanto la costituzione di procuratore e non la sentenza ottenuta. Aggiungasi che nei Basilici lib. 8 tit. 2 c. 45 il nostro testo è così tradotto:

Ἐὰν συνῆπται τῷ δημοσίῳ καὶ ἰδιωτικῇ λυσιτέλεια, καλῶς ὁ κινῶν διδῶσι τῆς αἰτίας διαγνωθείσης ἐντολέα καὶ κινῶν ἕτερος μετὰ ταῦτα ἐκβάλλεται δόλου παραγραφῆ (2).

La semplice *exceptio* del testo latino vi è dunque riferita come *exceptio doli*. Perchè? Era forse così scritto anche nel testo latino? O fu un'aggiunta dichiarativa del greco traduttore? Nulla si può rispondere con certezza a queste domande; tuttavia non si può negare una qualche autorità ai Basilici, specialmente quando è confermata da altre ragioni, come avviene nel caso presente.

Cuiacio (3), appoggiandosi appunto ai Basilici, ritiene che nel nostro

(1) Sul fr. 6, *de sep. viol.*, 47, 12, veggasi, a preferenza d'ogni altro, CUIACIO, in lib. X *Digestorum Salvii Iuliani ad h. l.* (in *Opp.*, Prati 1837, tom. 3, col. 781 segg.).

(2) Edizione dello HEIMBACH, vol. 1, pag. 387: *Si cum publico commodo privatum coniunctum sit, recte, qui agit, causa cognita procuratorem dat; et postea alius agens doli exceptione repellitur.*

(3) Veggasi CUIACIO, *Observ.*, lib. 22, cap. 12 (in *Opp.*, Prati 1837, vol. 1, col. 1004); *Comm. in lib. IX Pauli ad edictum, ad h. l.* (*ibid.*, vol. 5, col. 193 seg.).

fr. 45 § 1 si parli dell'*exceptio doli*, la quale dal convenuto si oppone ai terzi dopo contestata la lite col procuratore dell'attore preferito.

Il prof. Cogliolo, che si dimostra in questo punto interprete sagace, propone diverse spiegazioni. Nella prima riferisce anch'egli il nostro testo all'*exceptio doli*, e ritiene, seppure ho bene inteso il suo pensiero, che quando al danno pubblico sia unito il privato, la persona lesa sia preferita alle altre per modo che nessun altro possa esercitare l'azione opponendole l'*exceptio doli*. Come effetto di quella preferenza si nota pure che la persona lesa può nominarsi un procuratore. Se tale è il senso delle parole del Cogliolo, la sua interpretazione va certamente respinta, perchè non basta l'esistenza di una persona lesa per impedire agli altri di agire: è necessario pure ch'essa dimostri (vedremo poi in qual modo) di voler promuovere l'azione prima, non solo della sentenza (fr. 6 *de sep. viol.*, 47, 12 già citato), ma della contestazione della lite per parte d'altri, come ci attesta il fr. 3, § 10, *de sep. viol.*, 47, 12:

Ulpianus, libro vicensimo quinto ad edictum praetoris. Si is, cuius interest, sepulchri violati agere nollet, potest paenitentia acta, antequam lis ab alio contestetur, dicere velle se agere et audietur.

È per questa ragione che Cuiacio spiegava il *postea* del fr. 45, § 1 *de proc.* 3, 3 come *post litem contestatam*.

La seconda interpretazione proposta dal Cogliolo non è che la riproduzione di quella di Cuiacio, salvo che l'*exceptio* invece di esser *doli* sarebbe *rei in iudicium deductae* (1).

Io credo che anche l'interpretazione cuiaciana non sia accettabile. Se nel fr. 45 § 1 *de proc.* non si parla della sentenza, non vi si fa cenno neppure della *litis contestatio*, non potendosi in alcun modo dal *procuratorem dare* arguire che la lite doveva essere contestata. D'altronde, ammessa tale interpretazione, manca pure il legame logico tra la prima e la seconda parte del paragrafo.

La *litis contestatio* esclude il rinnovamento dell'azione in qualunque caso, e non solo in quello in cui sia stata fatta dal procuratore della parte lesa; perchè dunque notare qui tale effetto quasi fosse cosa particolare? Figurato poi il caso in tal modo, è più ragionevole il vedere nell'*exceptio* quella *rei iudicatae* o *in iudicium deductae*, come vuole il Cogliolo, che quella *doli*, come vogliono Cuiacio e i Basilici. Resterebbe perciò da spiegare il δόλου παραγραφῆ, che in questi ultimi si legge.

11. L'interpretazione, ch'io proporrei, mi sembra la più semplice e concordante con tutte le parole del testo. Nella *exceptio* io vedo coi Basilici l'*e. doli*; e ritengo ch'essa possa opporsi contro i terzi attori, quando la persona lesa e perciò preferita abbia, prima della contestazione della lite da parte dei terzi, dimostrato al pretore di volere agire. Tale dimostrazione deve aver luogo nella *cognitio*, con cui il pretore determina, ad esempio della *divinatio* dei pubblici giudizi, quale debba essere l'attore preferito per ragioni di particolare interesse o di qualità personali. Una *cognitio*, di siffatta natura è necessaria anche per poter *dare procuratorem*, poichè non può costituire procura-

(1) Se, come il LENEL, *Das edictum perpetuum*, § 275, pag. 403 segg. (Leipzig 1883), ha verosimilmente congetturato, l'*exceptio rei in iudicium deductae* e quella *rei iudicatae* fossero tutta una eccezione, il Cogliolo si sarebbe fatta in questo luogo da sè la più solenne confutazione! Ma anche a volere accettare la distinzione, io non so vedere in che consista il criterio differenziale per ammettere l'*exceptio rei in iud. ded.* contro i terzi nelle azioni popolari, e non ammettere invece l'*exceptio rei iudicatae*.

tore per un'azione popolare se non chi unisca un privato interesse al pubblico e debba perciò essere agli altri preferito (fr. 5 *de pop. act.* 47, 23; fr. 42 *pr. de proc.* 3, 3; fragm. Vat. 340). Tutto questo ci attesta la nostra legge 45, § 1 con le parole *causa cognita permittuntur procuratorem dare*. E poichè in seguito non è menzionato nessun fatto nuovo, è necessario ammettere che il *postea* si riferisce alla *causae cognitio*, in cui è concesso di costituire il procuratore.

Tale interpretazione viene anche mirabilmente confermata dal fr. 3, § 10, *de sep. viol.*, 47, 12 poc'anzi citato, ov'è detto che « *is cuius interest,..... potest..., antequam lis ab alio contestetur, dicere velle se agere et audietur* ». Che significa ciò infatti, se non che il preferito, promuovendo la *cognitio* del pretore per far conoscere i suoi titoli di preferenza (*dicens velle se agere*), può impedire che altri efficacemente promuova l'azione (*antequam lis ab alio contestetur, audietur*)? E quale sarà il mezzo per impedire l'esercizio efficace dell'azione, se non un'eccezione? Ma nè l'*exceptio rei iudicatae*, nè quella *rei in iudicium deductae* sono in tal caso applicabili, non avendo ancora avuto luogo nè sentenza, nè contestazione di lite; si fa perciò uso della più comune *exceptio doli*, senza escludere perciò, secondo quanto più sopra abbiamo dimostrato, la *denegatio actionis*.

Così interpretato il fr. 45, § 1, *de proc.*, 3, 3 non conferma, bisogna confessarlo, direttamente la nostra opinione circa la opponibilità della *exceptio rei iudicatae* contro i terzi nelle azioni popolari; ma tuttavia non solo non vi è contrario, ma indirettamente viene ad appoggiarla. E per vero, se il semplice fatto d'aver dimostrato di voler agire, promuovendo la *cognitio* del pretore, basta a far sorgere contro i terzi un'eccezione, non si dovrà a molto maggior ragione concludere che dalla sentenza ottenuta mediante l'azione popolare debba contro i terzi nascere l'eccezione di cosa giudicata?

12. Ho per ultimo riserbata una legge sulla quale il prof. Cogliolo ha fatta un'acuta, sebbene inesatta osservazione.

Parlo del fr. 3, § 13, *de hom. lib. exhib.*, 43, 29:

Ulpianus, libro septuagesimo primo ad edictum. Si tamen posteaquam hoc interdicto actum est, alius hoc interdicto agere desideret, palam erit postea alii non facile dandum, nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dici. itaque causa cognita amplius quam semel interdictum hoc erit novendum. nam nec in publicis iudiciis permittitur amplius agi quam semel actum est [praeter Mommsen] quam si praevaricationis fuerit damnatus prior accusator, si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere, non est iniquum saepius in eum interdicto experiri [permitti Pothier] vel eidem sine exceptione vel alii.

Acutamente il prof. Cogliolo nota che nell'ultima parte di questo testo è detto, che, perseverando il convenuto a detenere l'uomo libero, si può rinnovare contro di lui l'interdetto tanto dalla stessa persona senza l'eccezione di cosa giudicata, quanto da altri: e a proposito di questi altri non si ripete la frase *senza l'eccezione*. Se ne può dunque concludere che questi altri in nessun caso dovrebbero temere l'eccezione di cosa giudicata. Questo sarebbe l'unico argomento tratto dai testi a favore dell'opinione del Cogliolo; poichè le interpretazioni da lui date degli altri frammenti, anche se fossero esatte, gli servirebbero solo a togliere gli ostacoli, non già a fornirgli un valido e positivo sostegno. Ma qual debole appoggio è anche il fr. 3, § 13, *de hom. lib. exhib.*! Chi può mai fondare tutta una teoria contraria alle resultanze degli altri testi

sopra la collocazione di due parole, che potrebbe essere casuale o fatta in grazia della miglior armonia del periodo?

La risposta al Cogliolo, come si vede, potrebbe essere molto semplice: pur tuttavia io preferisco ammettere che le parole *sine exceptione* siano state collocate là, dove sono, a bella posta, e che l'argomento *a contrario*, che il Cogliolo ne trae, sia ben fondato. E che perciò? Se ne deve forse concludere che nelle azioni popolari non è concessa contro i terzi l'*exceptio rei iudicatae*? No davvero.

Chi vorrà seguirmi nell'esegesi del nostro frammento si persuaderà, spero, ben presto della verità di quanto io dico.

13. Ho fatte molte ricerche, ma non ho trovato in nessun luogo una interpretazione del tutto soddisfacente di questa legge. I migliori autori o non ne parlano o ne fanno appena un cenno alla sfuggita, che non ispiega nulla. Anche il gran Cuiacius qui ci abbandona, e gli altri scrittori citati nell'*Hommel redivivus* sono affatto inutili. Il solo che ci dia qualche cosa di buono è lo Schmidt nel suo classico libro *Sulla procedura degli interdetti presso i romani* (1), che da trent'anni resta sempre il migliore scritto su questa materia: ma tuttavia io credo che si debba tenere una via diversa dalla sua e giungere a diverse conseguenze.

A parer mio la spiegazione completa del fr. 3 § 13 non può ottenersi, se non considerando che in esso si tratta di un interdetto anzichè di una solita azione popolare.

14. Per quanto si sia scritto e sugli interdetti e sulle eccezioni e più particolarmente sull'*exceptio rei iudicatae*, il tema delle eccezioni negli interdetti non può dirsi ancora studiato in modo definitivo. Anche qui il miglior trattato trovasi nello SCHMIDT, *op. cit.* (2), il quale in verità ha poste le fondamenta di qualunque ricerca ulteriore. Strano a dirsi: gli scrittori, che hanno dopo di lui più particolarmente trattato degli interdetti, come p. es. il Machelard (3), se la cavano con due leggerissime parole, nelle quali non sono nemmeno espressi tutti i risultati delle ricerche dello Schmidt! Eppure lo studio di questo punto potrebbe ancora presentare qualche aspetto interessante.

Io certo non posso qui intraprenderlo: ma mi contenterò di pochi cenni a modo di digressione su quella parte, che può avere attinenza con l'interpretazione del nostro fr. 3, § 13, *de hom. lib. exhib.*, 43, 29.

Astrazione fatta da quelle clausole che contengono eccezioni permanenti e fanno sempre parte della formola dell'interdetto, come il *nec vi nec clam nec precario*, che trovasi in parecchi interdetti, è cosa oramai indubitata (4) che nella procedura interdittale si danno eccezioni in modo simile a quello della procedura per azioni. Ma in qual punto della procedura si dava l'eccezione? La *lex Rubria* c. 19, a proposito dell'interdetto *de opere restituendo* oggi detto *demolitorium*, ci attesta espressamente che l'eccezione poteva aver luogo nell'interdetto stesso, nella *sponsio* consecutiva o nel giudizio:

(1) K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer*, Leipzig 1853. Vedi specialmente pagg. 133 segg., 231.

(2) Veggansi, nell'opera citata dianzi dello Schmidt, le pagg. 95-115.

(3) MACHELARD, *Théorie générale des interdits en droit romain*, Paris 1864. In questo libro, a pag. 13, si danno pochi cenni imperfettissimi sull'*exceptio* nell'interdetti. — Esiste anche un'opera italiana del Tagliacarne sugli interdetti, ma chi la conosce comprenderà facilmente, perchè io non ne parli qui.

(4) L'aveva negato lo HUSCHKE, *pro Tullio*, pag. 155: ma egli stesso ha in seguito mutata la propria opinione. Confr. SCHMIDT, *op. cit.*, pag. 104 segg., nota 13.



... quodque quisque quomq(ue) d(e) e(a) r(e) decernet interd[e]ictve seive sponsonem fieri iudicareive iubebit iudicium quod d(e) e(a) r(e) dabit, is in id decretum interdictum sponsonem iudicium exceptionem addito addive [iu]beto: Q(ua) d(e) r(e) operis novi nuntiationem Ilvir IIIvir praefectusve eius municipi non remiserit (1).

Gli esempi di tali eccezioni non mancano (2). Per gli interdetti proibitori sono da vedere i fr. 4 pr., § 1, *Ne vis fiat ei*, 43, 4; fr. 1, § 16, *de flumin.*, 43, 12; fr. 1, § 6, *Ne quid in flum. publ.*, 43, 13. Per i restitutori CICERO, *Ad fam.* VII, 13; fr. 1, § 10, *de op. nov. nunt.*, 39, 1; arg. fr. 1, § 3, *Quod vi aut clam*, 43, 24; fr. 3, § 2, 3, 4 *eod.*; fr. 7, § 3, 4 *eod.*; fr. 22, § 2 *eod.*; arg. fr. 12 pr. *de precar.* 43, 26; oltre alla legge Rubria c. 19 or ora citata. Per gli esibitori arg. fr. 3, § 13, *de hom. lib. exhib.*, 43, 29; fr. 1, § 3, 4, 5, *de lib. exhib.*, 43, 30.

Ora a noi importa di sapere, se le eccezioni mentovate in queste leggi si diano nella stessa formula dell'interdetto, o abbian luogo solo nella susseguente procedura; e specialmente se eccezioni di un determinato contenuto, come p. es. l'*exceptio rei iudicatae*, si trovassero più di frequente nell'interdetto o nella formula del giudizio.

Lo HUSCHKE (3) e lo SCHMIDT (4) hanno già osservato acutamente che riguardo ai fr. 1, § 16, *de flumin.*, 43, 12 e fr. 1, § 6, 9, *Ne quid in flum. publ.*, 43, 13 si può dire con certezza, che le eccezioni ivi contemplate dovevano trovarsi l'una nella formula del giudizio, e l'altra in quella dell'interdetto stesso.

Infatti il fr. 1, § 16, *de flumin.*, 43, 12 è così concepito:

Ulpianus, libro sexagesimo octavo ad edictum. Labeo scribit non esse dandam exceptionem ei, qui interdicto convenitur: « aut nisi ripae tuendae causa factum sit », sed ita excipiendum ait: « extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit ».

E siccome l'interdetto, cui tale eccezione dovrebbe riferirsi, è quello proibitorio

*Ne quid in flumine publico ripae eius facias neve in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit, fiat* (5).

evidentemente il passato *factum sit* dell'eccezione mal si concilierebbe col divieto dei fatti futuri; per la qual cosa è necessario ammettere doversi la eccezione riferire alla formula rilasciata dal pretore per il giudizio consecutivo all'interdetto (6).

Tuttavia il contenuto dell'eccezione non impedirebbe di accoglierla anche nell'interdetto stesso: che anzi un'eccezione di simile contenuto era perpetuamente inserita in un altro interdetto di ugual natura, quello cioè *ne quid in loco publico* che era così formulato nell'editto:

(1) Vedi BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, 4ª ed., Tubingen 1879, pag. 91.

(2) Questi esempi trovansi raccolti dallo SCHMIDT, *op. cit.*, pag. 96-101. Ivi è per errore (a pag. 100) indicato il fr. 5, § 4, *quod vi aut clam* anziché il fr. 7, § 4. Manca anche il fr. 3, § 13, *de hom. lib. exhib.*, ma questo è indicato come sopra si è accennato, in altri luoghi. Non vi sono menzionati il fr. 1, § 3, *Quod vi aut clam* e il fr. 12 pr. *de precario*, i quali in verità non hanno molta importanza.

(3) HUSCHKE, *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius* nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, XIII, pag. 321 segg.

(4) SCHMIDT, *op. cit.*, pag. 104.

(5) Confr. fr. 1 pr. *de flumin.*, 43, 12.

(6) Confr. pure LENEL, *Das edictum perpetuum*, Leipzig 1883, pag. 369, nota 1. [3ª edizione 1927, pag. 460, nota 19].

*Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatusconsulto edicto decretove principium tibi concessum est* (1).

Il fr. 1 § 6, *Ne quid in flum. publ.*, 43, 13 è del seguente tenore:

Ulpianus, libro sexagesimo octavo ad edictum. Sunt qui putent excipiendum hoc interdicto « quod eius ripae muniendae causa non fiet », scilicet ut, si quid fiat, quo aliter aqua fluat, si tamen muniendae ripae causa fiat, interdicto locus non sit. sed nec hoc quibusdam placet: neque enim ripae cum incommodo accolentium muniendae sunt. hoc tamen iure utimur, ut praetor ex causa aestimet, an hanc exceptionem dare debeat: plerumque enim [publica Momm- sen] utilitas suadet exceptionem istam dari.

Qui il verbo al futuro nell'eccezione ci persuade che essa non può aver luogo se non nell'interdetto proibitorio stesso; poichè si tratta appunto dell'interdetto

*In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto* (2).

Del resto che tale interdetto ammettesse anche eccezioni del genere di quella or ora veduta per l'interdetto precedente, si può desumere dal § 9 di questo stesso fr. 1 *Ne quid in flum. publ.*, 43, 13:

*Hoc interdictum cuius ex populo competit, sed non adversus omnes, verum adversus eum qui id egit [deneget Fl.] ut aliter aqua flueret, cum ius non haberet.*

Maggiori difficoltà sorgono relativamente alle altre eccezioni, tra le quali sono pur quelle che più c'importano. Lo SCHMIDT (3) pensa che non si possa dire a qual luogo della procedura esse appartenessero. Nondimeno io credo che qualche altra ricerca in proposito si possa fare con frutto.

Parmi, ad esempio, che l'eccezione, cui allude il fr. 4, § 1. *Ne vis fiat* 13, 4 possa ragionevolmente riferirsi al giudizio, anzichè all'interdetto. Il testo dice:

Ulpianus, libro sexagesimo nono ad edictum. Poena autem eius qui non promittit vel satis non dat, haec est, ut in possessionem mittatur adversarius. Sive ergo promittat, sive per eum non fiat, quo minus promittat, non tenebit interdictum repulso per exceptionem eo qui experitur.

La formola dell'interdetto qui menzionato non ci è stata conservata (4). Non possiamo da essa perciò trarre valido argomento in nessun senso; ma la frase *non tenebit interdictum* dimostra che l'interdetto mancherà della sua efficacia nella procedura susseguente; la frase *repulso per exceptionem* indica che il mezzo procedurale per togliere quell'efficacia sarà un'eccezione, che dovrà perciò essere inserita nella *sponso* e nella *formula* pel giudizio; e la stessa ultima frase *eo qui experitur* conferma, se non erro, la verità di tutto ciò, perchè il verbo *experiri* di preferenza si riferisce all'effettivo esercizio e allo svolgimento della procedura di un'azione o di un interdetto nel giudizio (5).

(1) Confr. fr. 2 pr. *Ne quid in loc. publ.*, 43, 8.

(2) Confr. fr. 1 pr. *Ne quid in fl. publ.*, 43, 13. Veggansi in questo senso anche LENEL, *op. cit.*, p. 369, n. 9. [3ª ediz., p. 460].

(3) SCHMIDT, *op. cit.*, p. 104.

(4) Vedi LENEL, *op. cit.*, p. 377, § 246. [3ª ediz., p. 469].

(5) Questa almeno è l'impressione che fa in me l'uso frequente di questa parola nelle fonti. Essa significa sempre far uso di un'azione o di un interdetto nel processo. Non istarò a citare testi relativi alle azioni: noterò soltanto la frequenza della frase *experiri iudicio, iudicium, ad iudicem*: confr. fr. 65 *de proc.* 3, 3; fr. 8 *de nox. act.* 9, 4; fr. 30 *or. eod.*; fr. 18 § 7, *Fam. erc.* 10, 2; fr. 25 pr. § 5 *eod.*; fr. 3 § 7 *ad exhib.* 10, 4; fr. 23 *Depos.*

Tuttavia, se per queste ragioni l'eccezione cui allude il fr. 4, § 1, *Ne vis fiat* 43, 4 deve riferirsi alla *sponsio*, o più probabilmente al giudizio, ciò non significa che essa, o un'altra simigliante, non si potesse trovare anche nell'interdetto stesso. Anzi il fr. 7 pr. *de damn. inf.* 39, 2 (confr. fr. 9, § 4; fr. 15, § 11; fr. 38, § 1 *eod.*) rende la cosa abbastanza probabile; e noi sappiamo d'altra parte (*lex Rubria* c. 19 cit.) che la medesima eccezione poteva, e talora doveva, inserirsi tanto nell'interdetto quanto nella *sponsio* e nella formula dell'azione susseguente.

Per tal modo la mia opinione si concilia benissimo con quella del LENEL, *Das edictum perpetuum*, § 246, p. 377, nota 3, che ritiene essere costante nell'interdetto *Ne vis fiat ei qui damni infecti in possessionem missus erit* l'eccezione « *Si eo nomine ex edicto meo promissum satisve datum non est et per te stat, quominus ita promittatur satisve detur* (1).

L'*exceptio conventionis*, di cui parla il fr. 1, § 10, *de op. nov. nunt.* 39, 1:

Ulpianus, libro quinquagesimo secundo ad edictum. *Inde quaeritur apud Celsum libro duodecimo digestorum, si post opus novum nuntiatum conveniat tibi cum adversario, ut opus faceres, an danda sit conventionis exceptio? et ait Celsus dandam, nec esse periculum, ne pactio privatorum iussui praetoris anteposita videatur: quid enim aliud agebat praetor quam hoc, ut controversias eorum dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debebit id ratum habere* (2)

doveva aver luogo tanto nell'interdetto oggi chiamato *demolitorium*, quanto nella formula del consecutivo giudizio. Essa infatti è analoga a quella che abbiamo già veduta nella *lex Rubria* c. 19 (3).

Il fr. 1, § 3, *Quod vi aut clam*, 43, 24:

Ulpianus, libro septuagesimo primo ad edictum. *Denique est quaesitum, an hoc interdico utenti exceptionem possit obicere: « quod non iure meo receperim [fecerim Vulg.] ».* Et magis est, ne possit: nam adversus vim vel quod clam factum est nulla iusta exceptione se tueri potest

esclude, come ognuno vede, l'eccezione; sicchè non è necessario parlarne (4). Tuttavia si può dire che Ulpiano ne ragiona come di eccezione che si sarebbe

16, 3; fr. 1 § 3, *de usur.* 22, 1; fr. 43 § 10, *de r. n.*, 23, 2; fr. 58 § 1, *de admin. et per.* 26, 7; fr. 1 § 4, *de contr. tut.* 27, 4; fr. 3 § 5, *de Carb. ed.* 37, 10; fr. 4 § 23, *de fideic. libert.* 40, 5; fr. 12 § 5, *de lib. caus.* 40, 12; fr. 30 *de reb. auct. iud.* 42, 5; fr. 18 i. f. *de exc.* 44, 1; fr. 28 *de exc. r. iud.* 44, 2; fr. 2 § 1, *Vi bon. rapt.* 47, 8; fr. 17 § 9, *de iniur.* 47, 10; fr. 12 *de quaest.* 48, 18; fr. 24 § 1, *de app.* 49, 1; fr. 28 § 2 *eod.*; fr. 2 § 1 *Quando app.* 49, 4; fr. 1 *apud eum a quo* 49, 12; const. 1 *Fam. erc.* 3, 36; const. 3 *eod.*; const. 8 *eod.* Tra i molti testi, in cui trovasi *interdicto* o *per interdictum experiri* veggansi specialmente: GAL. 4. 163; fr. 12 *Comm. div.* 10, 3; e fr. 1 § 3, *de mort. inf.* 11, 8; fr. 31 § 4, *de usurp.* 41, 3; fr. 3 § 2, *Ne vis fiat* 43, 4; fr. 3 § 12, *de tab. exh.* 43, 5; fr. 6 *Ne quid in loc. publ.* 43, 8; fr. 13 pr. *Quod vi aut clam* 43, 24; fr. 3 § 12, 13, *de hom. lib. exh.* 43, 29; fr. 2 § 1, *de accus.* 48, 2.

(1) Non ammettevano questa eccezione, come perpetuamente inserita nell'interdetto, parecchi gravi autori, quali lo SCHMIDT, *op. cit.*, p. 96; il BURCKHARD, *Die cautio damni infecti* (continuazione delle *Pandecten* del GLÜCK, *Serie der Bücher 39 und 40 Zweiter Theil*, Erlangen 1875. p. 575, 577 segg.) i quali ritenevano che l'interdetto *ne vis fiat* etc. fosse lo stesso per tutti i casi di *missio in possessionem*. V. contro tale opinione LENEL, *loc. cit.*

(2) Confr. pure il fr. 7 § 14, *de pactis* 2, 14.

(3) Su questa e su altre possibili o pretese eccezioni nell'*int. demolitorium* veggasi specialmente il BURCKHARD, *Die operis novi nunciatio* (continuazione delle *Pandecten* del GLÜCK, *Serie der Bücher 39 und 40 Erster Theil*, Erlangen 1871, p. 191 segg., 250 segg., soprattutto 255 segg.).

(4) Per la medesima ragione non discorrerò neppure del fr. 12 pr. *de precario* 43, 26.

voluta introdurre nel testo dell'interdetto; poichè ne tratta subito appena enunciata la formula dell'interdetto ed il commento di essa; e d'altra parte la stessa frase: *quod non iure* etc. ottimamente, solo che dalla prima persona si muti nella seconda, è adatta ad essere inserita nell'interdetto *quod vi aut clam*. La formula in prima persona si converrebbe solo alla *sponsio* e alla *restipulatio*.

Incerte, ma forse da inserirsi tanto nell'interdetto, quanto nell'azione (sebbene per il caso speciale considerato nei testi l'allusione all'azione sia in più di un luogo manifesta), sono le eccezioni ricordate nel fr. 3, § 2, 3, 4, *vi aut clam* 43, 24:

Ulpianus, libro septuagesimo primo ad edictum, § 2. *Sed si permiserit, adversus eum, qui utatur interdico, exceptio erit necessaria.* § 3. *Non tantum autem si ego permiserit, sed et si procurator meus vel tutor qui tutelam administrat vel curator pupilli [pupilli vel curator Mommsen] furiosi sive adolescentis, dicendum erit exceptioni locum fore.* § 4. *Plane si praescus vel curator rei publicae permiserit in publico facere, Nerva scribit exceptionem locum non habere, quia etsi ei locorum, inquit, publicorum procuratio data est, concessio tamen data non est, hoc ita verum est, si non lex municipalis curatori rei publicae amplius concedat. Sed et si a principe vel ab eo, cui princeps hoc ius concedendi dederit [permisum erit ins. Mommsen] idem erit probandum.*

e nel fr. 7, § 3, 4, *eod.*:

Ulpianus, libro septuagesimo primo ad edictum, § 3. *Bellissime apud Julianum quaeritur, an haec exceptio noceat in hoc interdico « quod non tu vi aut clam feceris? » ut puta utor adversus te interdico quod vi aut clam, an possis obicere mihi eandem exceptionem: « quod non tu vi aut clam fecisti? » (1) et ait Julianus aequissimum esse hanc exceptionem dare: nam si tu, inquit, aedificaveris vi aut clam, ego idem demolitus fuero vi aut clam et utaris adversus me interdico. hanc exceptionem profuturam, quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa: alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet.* § 4. *Est et alia exceptio, de qua Celsus [Gallus Mommsen] dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercedi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat (2) an excipi oporteret « quod incendii defendendi causa factum non sit? » Servius autem ait, si id magistratus fecerit, dandam esse, privato non esse idem concedendum: si tamen quid vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli [simpliciter Schmidt] litem aestimandam (3): si pervenisset, absolvi eum oportere, idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequo perituris aedibus. quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait.*

Anzi accanto al fr. 7, § 3 cit. può ricordarsi anche il fr. 22, § 2 *eod.*:

Venuleius, libro secundo interdictorum. *Si ad ianuam meam tabulas fixeris et ego eas, priusquam tibi denuntiarem, refixero, deinde invicem interdico quod vi aut clam egerimus nisi remittas mihi, ut absolvar, condemnandum*

(1) Il Mommsen, seguendo lo Schmidt, vuol cancellare tutte le parole da *ut puta utor a clam fecisti?*

(2) Il Mommsen vuol cancellare le parole *Gallus enim dubitat*.

(3) Il Mommsen propone la seguente restituzione di questa parte del testo: *neque ignis usque eo pervenisset, [eum quocum agatur quod vi aut clam damnandum in id quod interest vel si damni iniuria cum eo actum esset,] simpli litem aestimandam*, ovvero vuole che si segua lo Schmidt mutando il *simpli* in *simpliciter*.



te, quasi rem non restituas, quanti mea intersit, aut certe exceptionem mihi profuturam « si non vi nec clam nec precario [aut clam Mommsen] f c-ris ».

Queste eccezioni, che si fondano sul fatto che l'attore è incorso nello stesso vizio che il convenuto, ci richiamano alla mente l'eccezione che in antico era inserita nell'interdetto *unde vi*, secondo che ci attestano la *lex agraria* dell'anno 643, v. 18:

[Sei quis eorum, quorum age]r s(upra) s(criptus) est, ex possessione vi eiectus est, quod eius is qui eiectus est possederit, quod neque vi neque clam neque precario possiderit ab eo, qui eum ea possessione vi eiec[erit...] ..... facito, uti is, qui ita vi eiectus e[rit, in eam possessionem unde vi eiectus fuerit restituatur..] (1)

e CICERONE. *Pro Tullio*, XIX, 44:

Fuit illud interdictum apud maiores nostros de vi, quod hodie quoque est: « Unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti ». Deinde additur illius iam hoc causa, quicum agitur: « quum ille possideret », et hoc amplius: « quod nec vi nec clam nec precario possideret ».

Cfr. pure CICERO, *Pro Tullio* 45; *Pro Caecina* XXXII, 92; *GAL.*, 4, 154; *PAUL.*, R. S. V, 6, § 7. E a proposito di una simile eccezione nell'interdetto *de vi armata* confr. CICERO, *Ad fam.* VII, 13, § 2.

Tale analogia ci conferma nell'opinione che le eccezioni vedute, relative all'*int. quod vi aut clam*, dovessero introdursi anche nella formula stessa dell'interdetto; quantunque, come già ho più sopra accennato, vi siano qua e là tracce tali da persuaderci che specialmente nei fr. 7 e 22 riferiti si trattasse veramente dell'eccezione introdotta nell'azione consecutiva. Tracce di tal natura sono l'« *alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet* » del fr. 7, § 3, l'*aestimatio litis* cui allude il fr. 7, § 4, le frasi *interdicto egerimus, remittas ut absolvar* del fr. 22 § 2 e più ancora quella *condemnandum tibi, quasi rem non restituas, quanti mea intersit* che in quest'ultimo testo chiaramente allude alla formula arbitraria per il *iudicium*.

A proposito dell'interdetto *de liberis exhibendis* sono pure menzionate parecchie eccezioni, di alcuna delle quali non si può dire con certezza se siano state inserite nell'interdetto o soltanto nella formula del giudizio. Tali sono quelle di cui tratta il fr. 1, § 2, 3, 5, *de lib. exhib.*, 43, 30:

Ulpianus, libro septuagensimo primo ad edictum, § 2. In hoc interdicto praetor non admittit causam, cur anud eum sit is, qui exhiberi debet, quemadmodum in superiore interdicto, sed omnimodo restituendum putavit. si in potestate est. § 3. Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima scilicet causa) et divus Pius decrevit et a Marco et a Severo rescriptum est, aequè subveniendum ei erit per exceptionem.... § 5. Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere? et certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur. quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acrius patriam potestatem exerceat.

Quest'ultima frase potrebbe essere argomento per persuaderci che almeno l'eccezione contemplata nel § 5 del fr. dovesse essere inserita nell'interdetto; poichè evidentemente il pretore doveva fare, prima di dare l'interdetto, la

(1) BRUNS, *Fontes*, 4ª ed., p. 71.

raccomandazione al padre di procedere con umanità, e poi in ogni caso doveva con l'eccezione elidere gli effetti dell'interdetto.

La conclusione più generale di quanto abbiamo potuto raccogliere finora di certo o probabile può essere così formulata: erano accolte nell'interdetto stesso tutte quelle eccezioni, che si riferivano a circostanze, che concorrendo con le altre, sulle quali era fondato il comando del pretore, venivano a modificarlo od escluderlo.

15. Ma che dovrà dirsi della cosa giudicata? Tre testi, se non erro, si sono voluti riferire all'*exceptio rei iudicatae* negli interdetti, e sono i fr. 15, § 12, *Quod vi aut clam*, 43, 24; fr. 1, § 4, *de lib. exhib.*, 43, 30 e il nostro fr. 3, § 13, *de hom. lib. exhib.*, 43, 29.

Lo Heimbach (1) ha veramente creduto vedere nel primo di questi frammenti un'applicazione della eccezione di cosa giudicata, ma a me pare che se ne possa ragionevolmente dubitare. Esso è così concepito:

Ulpianus, libro septuagensimo primo ad edictum. Quia autem hoc interdictum id quod interest continet, si quis alia actione fuerit consecutus id quod interfuit opus non esse factum, consequens erit dicere ex interdicto nihil eum consequi oportere.

Si riferisce dunque alla estimazione dell'interesse nella condanna nel giudizio, e alla mancanza di tale interesse, quando già si sia ottenuto il risarcimento in altro modo. Esso dunque non dice nulla più di quanto si legge anche nel fr. 11 *Arb. furt. caes.* 47, 7. L'assoluzione del convenuto avviene per mancanza di oggetto dell'azione.

Restano così i due altri frammenti. Il fr. 1, § 4, *de lib. exhib.*, 43, 30 dice:

Ulpianus, libro septuagensimo primo ad edictum. Pari modo si iudicatum fuerit non esse eum in potestate, etsi per iniuriam iudicatum sit, agenti hoc interdicto obicienda erit exceptio rei iudicatae, ne de hoc quaeratur, an sit in potestate, sed an sit iudicatum.

Trattasi dell'interdetto

Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est, quominus apud te esset, ita eum eamve exhibeas.

Si richiedeva dunque che colui al quale doveva farsi l'esibizione avesse la potestà. Nel giudizio consecutivo all'interdetto il giudice doveva perciò esaminare se tale requisito esisteva: ma se su questo punto già si era giudicato, l'*exceptio rei iudicatae* doveva impedire che lo si riponesse in questione.

Nulla di più evidente. Da ciò logicamente si desume che l'*exceptio* in tal caso doveva aver luogo soltanto nell'azione pel giudizio. Prima non ve n'era bisogno; bastava che il pretore dicesse *qui in potestate est*; con ciò egli non poteva riferirsi che alla verità legalmente accertata; ed è appunto relativamente a questioni di stato che fu detto *res iudicata pro veritate accipitur* (fr. 25 *de stat. hom.*, l. 5; fr. 207 *de r. i.*, 50, 17). Che il nostro testo si riferisca al giudizio ci vien confermato dalle parole *agenti hoc interdicto, e ne de hoc quaeratur*, che vi si leggono.

16. Ed è ormai tempo di chiudere la troppo lunga digressione per tornare al fr. 3, § 13, *de hom. lib. exhib.*, 43, 29 onde abbiamo preso le mosse.

Anche in esso trattasi dell'*exceptio rei iudicatae*, non però relativa ad uno dei requisiti necessari per l'efficacia dell'interdetto, come quella del fr. 1, § 4, *de lib. exhib.* or ora studiata, ma relativa all'esercizio dell'azione sus-

(1) HEIMBACH, nel *Rechtslexikon* del WEISKE, alla voce *Interdicto*, vol. V, pag. 615 (Leipzig 1844).

seguito all'interdetto, quando già altra volta si sia esercitata. Anche in tal caso naturalmente l'eccezione doveva, quando era ammessa, essere inserita nella formula del giudizio.

Era infatti naturale che, emanato un interdetto, l'azione fondata su di esso non si potesse muovere più di una volta, almeno nei casi normali. Che se poi dopo l'azione del primo interdetto per avventura se ne fosse per lo stesso fatto e fra le stesse parti emanato un secondo uguale, questo evidentemente non poteva aggiungere nuova forza al primo; e al giudizio derivante dal secondo si opponeva l'eccezione della cosa giudicata, anche senza bisogno che tale eccezione si fosse inserita nella formula del nuovo interdetto.

Tutto ciò nei casi normali. Che diremo dei casi d'interdetti popolari? La questione era più grave. È necessario rammentarsi che negli interdetti il magistrato *principaliter auctoritatem suam interponit* (Gai., IV, 139), che il diritto dell'attore si fonda tutto sul comando del magistrato stesso, che finalmente *interdicta omnia licet in rem videantur concepta vi tamen ipsa personalia sunt* (fr. 1, § 3 *de interd.* 43, 1). Da questi principii derivava che, se il magistrato avesse creduto di dover concedere a più d'una persona l'interdetto successivamente, non si sarebbe contro il secondo attore potuto opporre l'*exceptio rei iudicatae*, fondandosi le due azioni sopra basi diverse. Certo in molti casi l'esercizio della prima azione interdittale poteva far sì che mancasse l'oggetto per la seconda (p. es. in caso d'interdetto restitutorio, se la restituzione era fatta dal convenuto); ma ciò non toglieva di mezzo tutti i pericoli del rinnovamento dell'azione. D'altra parte non sempre conveniva negare il secondo interdetto, il nostro fr. 3, § 13, *de hom. lib. exhib.* ce ne porge un esempio. Se il primo interdetto e la prima azione non avevano tolto di mezzo ciò che ledeva il pubblico, non doveva forse permettersi ad altri di ritentare l'azione?

L'ammissione dell'*exceptio rei iudicatae* contro i terzi nelle azioni popolari (propriamente dette) dovette essere molto più naturale che negli interdetti popolari. Erano quelle vere e proprie azioni, tendenti ad ottenere il pagamento di una certa somma di danaro a titolo di pena; somma stabilita dall'editto, che doveva pagarsi una volta sola e per la quale non doveva perciò concedersi che un solo giudizio. Il diritto era prestabilito ed unico, bene vi s'adattava dunque l'idea della consumazione processuale. Gli interdetti invece costituivano ognuno un nuovo diritto e tendevano a far cessare uno stato di fatto lesivo degli interessi o dei sentimenti di ciascun cittadino (int. restitutori ed esibitori) e a impedire fatti parimente lesivi per ciascun cittadino (int. proibitori): il giudizio non portava alla condanna all'*id quod interest*: veniva dunque abbastanza ragionevole la conclusione che ogni cittadino potesse chiedere l'interdetto e la soddisfazione del proprio interesse.

In brevi parole: negli interdetti il concetto della rappresentanza del pubblico, onde derivava l'opponibilità dell'*exceptio rei iudicatae* contro i terzi, era molto meno accentuato che nelle azioni popolari.

Tuttavia si sentì pure la necessità di non rivolgere più d'una volta lo stesso interdetto contro la stessa persona per il medesimo fatto. Anche questi interdetti avevano un carattere penale (di polizia); non si doveva ad essi forse applicare l'istessa regola che governava gli altri giudizi penali?

Il nostro fr. 3, § 13, *de hom. lib. exhib.*, 43, 29 ben ci dimostra lo svolgimento di queste idee presso i giureconsulti romani. Infatti Ulpiano per stabilire la massima che *posteaquam hoc interdicto actum est... postea alii non facile dandum. nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dici* invoca l'analogia dei pubblici giudizi: *nam nec in publicis iudiciis permittitur amplius agi,*

*quam semel actum est, quam praevaricationis fuerit damnatus prior accusator.* Ov'è da notare che il rinnovamento dell'accusa per parte dei terzi nei pubblici giudizi diede luogo anch'esso a qualche controversia prima di venire universalmente negato (1).

Il modo per applicare quella regola agli interdetti popolari era facile. Il magistrato dava l'interdetto *causa cognita*: e nella *cognitio*, se più erano i richiedenti contemporaneamente, determinava quale dovesse essere il preferito (fr. 3, § 12, *de hom. lib. exhib.*, 43, 29); se invece alcuno domandava l'interdetto, di cui altri già si era valso, esaminava se era il caso di rinnovare l'interdetto o se piuttosto lo si doveva negare (fr. 3, § 13 *eod.*).

Si può lasciare in sospenso la questione, se per un ulteriore progresso dello stesso diritto classico l'*exceptio rei iudicatae* fosse accolta nell'interdetto.

Quanto abbiamo sin qui dimostrato ci spiega perchè nel nostro fr. 3, § 13, *de hom. lib. exhib.* 43, 29 sia detto:

*Non est iniquum, saepius in eum interdicto experiri vel eidem sine exceptione vel alii.*

Tale frase è così concepita perchè si tratta di un interdetto, non di una azione popolare: le parole *sine exceptione* riguardo all'*idem actor* si riferiscono alla ripetizione del *iudicium* in forza dell'interdetto emanato.

Nel diritto giustiniano, parificata la procedura interdittale a quella delle azioni, senza dubbio l'*exceptio rei iudicatae* contro i terzi si ammise comunemente per gli interdetti popolari, e il nostro frammento secondo lo spirito della compilazione dovette semplicemente spiegarsi sottintendendo il *sine exceptione* anche dopo l'*alii*. Spiegazione che, come ho già detto più sopra, chi non credesse di accettare le idee da me esposte circa gl'interdetti popolari e l'eccezione di cosa giudicata, potrebbe ottimamente accettare anche per i tempi di Ulpiano.

17. Il risultato generale di queste nostre ricerche si è che tanto per ragioni astratte teoriche, quanto per le conclusioni che si traggono dall'esegesi delle fonti, è necessario ammettere che nelle azioni popolari romane l'*exceptio rei iudicatae* si opponeva contro il rinnovarsi dell'azione anche per parte di terzi attori.

Le obiezioni mosse in contrario sono prive di ogni fondamento e persino ogni più lontano appiglio è distrutto, se si faccia la debita distinzione tra interdetti popolari e azioni popolari propriamente dette.

Il lettore troverà facilmente nei diversi paragrafi i particolari risultati, ai quali ci ha talora condotti l'interpretazione di questo o quel testo.

Siena, luglio 1883.

(1) Veggasi su tale questione da una parte PAUL, R. S., I, 6 b, § 1, 3, dall'altra fr. 7, § 2, *de accus.* 48, 2 (Ulpiano); const. 11 *de accus.* 9, 2 (Diocletiano); const. 1 *de adv. div. iudic.* 2, 7 (Antonino); fr. 3 § 1, *de praevar.* 47, 15 (Macer); *lex Aclia repetundarum* v. 56 (BRUNS, *Fontes*, 4<sup>a</sup> ed., pag. 62: [*Quei ex h. l. condemnatus*] *aut absolutus erit, quom eo h. l. nisei quod post ea fecerit, aut nisei quod praevaricationis causa factum erit au[t] nisei de litibus*) *aestumandis aut nisei de sanctioni hoiusee legis, actio nei es[to]*). Veggansi pure fr. 4, § 2, *ad leg. Iul. de adult.* 48, 5 (Ulpiano); CICERO, *Pro Coelio*, c. 23, 56; 31, 76; 32, 78; — *ad Quintum fratrem*, II, 6, 6; DIO. CASSIUS, 58, 14; SUTONIUS, *Domitianus*, c. 8; PLINIUS, *Epist.*, VII, 6.

Si confronti per le diverse opinioni MITTERMAIER, *Deutsches Strafverfahren*, II, pag. 645; PLANK, *Mehrheit des Rechtsstreitigkeiten*, pag. 27; GEIB, *Criminalprozess*, pag. 669, nota 494; e soprattutto DERNBURG, Recensione del Bekker *prozessualische Consumption* nella *Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft* di Heidelberg, II, pag. 358-362.



## ANCORA SUL SIGNIFICATO DI VULGARIS EXCEPTIO

(Aggiunta al § 4 dell'articolo su "L'exceptio rei iudicatae nelle azioni popolari,") (\*).

Nel § 4 del mio articolo sulla *exceptio rei iudicatae* nelle azioni popolari (1) mi sono trattenuto a lungo sulla frase *vulgaris exceptio*, determinando il significato ch'essa, a parer mio, deve avere nel fr. 3 pr. *de pop. act.* 47, 23. Non sarà forse inutile aggiungere qui ancora due parole su tale argomento, rammentando un'opinione, che per parecchi anni fu accolta anche da chiarissimi scrittori, sebbene oggi sia quasi del tutto dimenticata.

A. G. De Schroeter (*Observationes iuris civilis*, Ienae 1826, *Observatio V, de popularibus seu vulgaribus exceptionibus ad legem Cinciam*, pag. 87-102, specialmente pag. 97 segg.) ragionando in particolar modo del § 266 dei Frammenti vaticani, ove l'*exceptio legis Cinciae* è chiamata da Ulpiano *quasi popularis*,

.... *contra legem Cinciam obligatus.... semper exceptione Cinciae uti potuit, nec solam ipse, verum, ut Proculeiani contra Sabinianos putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio*, sostiene che l'espressione *popularis exceptio* è sinonima dell'altra *vulgaris exceptio*, che si legge nel fr. 3 pr. *de pop. act.* Ecco le sue parole: « *Talis exceptio quae cuique opponi potest vulgaris dicitur. Ex diverso Fragmenta « menta Vaticana eam popularem dicunt, qua quivis uti potest. Quibus co- « niunctis id stare videtur: popularem et vulgarem eandem, talemque esse, « quae vel contra quemcumque vel cuique competit ».*

Tra le eccezioni così definite egli conta anche l'*exceptio rei venditae et traditae*, l'*exceptio metus*, l'*exceptio rei iudicatae* nelle controversie di stato.

Seguì tale opinione il Buchholtz nelle sue note ai Frammenti vaticani (*Iuris civilis anteiustiniani vaticana fragmenta*, Regimonti Borussiae 1828, pag. 218).

Lo Zimmern (*Geschichte des römischen Privatrechts*, vol. III, Heidelberg 1829, § 94, pag. 294) ammise anch'egli che l'*exceptio rei iudicatae* nel fr. 3 *de pop. act.* fosse detta *vulgaris* per indicare che si poteva opporre a chiunque; ma tuttavia lasciò in dubbio se le espressioni *vulgaris* e *popularis exceptio* fossero sinonimi (avendo quella un significato passivo e questa attivo), e se fossero termini tecnici.

Ma nonostante i dubbi di nuovo espressi dallo Hugo (*Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, 11 Aufl., Berlin 1832, pag. 666), ritennero la sinonimia tra *vulgaris* e *popularis exceptio*, seguendo lo Schroeter, anche il

Thibaut (*Systeme des Pandekten-Rechts*, 8 Aufl., Iena, 1834, vol. I, § 74, pag. 62); e il Wening-Ingenheim (*Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes*, 5 Aufl., München 1837, vol. I, § 45 [53], nota e, pag. 115), che fa in questo punto una gran confusione.

Lo Heimbach (*Rechtslexikon del Weiske v. Einrede*, vol. III, 2 Aufl., Leipzig 1844, pag. 689) si contenta di riferire le idee dello Schroeter, senza dire se le accetta o le rifiuta.

Oggi, come ho già notato, tale interpretazione di *vulgaris exceptio* non è più sostenuta da nessuno a mia notizia, e in generale si conviene che l'espressione *quasi popularis* del § 266 *Vat. fragm.* non deve considerarsi come tecnica.

Evidentemente se l'interpretazione dello Schroeter fosse giusta, sarebbe sempre più confermata la spiegazione da me difesa del fr. 3 pr. *de pop. act.* 47, 23; ma tuttavia credo che il solo vero significato di *vulgaris exceptio* sia quello da me dimostrato nel citato mio scritto.

L'analogia tra *vulgaris* e *popularis exceptio* manca di ogni fondamento, poichè quest'ultima espressione indicherebbe secondo il § 266 *Frag. vat.* una eccezione che si può opporre da tutti, la prima invece un'eccezione che si può usare contro tutti; e tra queste due idee non v'è alcun legame. Che anzi a esaminar la cosa più dappresso, il § 266 *Frag. vat.* dovrebbe piuttosto valere a favor mio, che dello Schroeter. Esso appartiene ai libri di ULPIANO *ad Edictum*, come il fr. 3 pr. *de pop. act.*, e ci dimostra che questo giureconsulto chiamava *popularis* l'eccezione per analogia con le azioni popolari: non dobbiamo dunque conchiuderne che, quando parlava di *vulgaris exceptio* lo faceva anche per analogia con le azioni *vulgares*?

Infatti nulla di più naturale che il dare all'epiteto *vulgaris* lo stesso senso così per le eccezioni come per le azioni; e certamente in nessun luogo, ove si riferisca ad azioni, esso ha il significato che lo Schroeter vorrebbe attribuirgli relativamente alle eccezioni.

Che dire poi dell'estensione data dallo Schroeter alla categoria delle *vulgares exceptiones* senza il minimo appoggio nei testi?

Queste ragioni mi sembrano sufficienti a rigettare l'opinione dello Schroeter e dei suoi seguaci, anche senza citare il fr. 30 *de nact. dot.* 23, 4. perchè l'argomento che si potrebbe trarre da questo, basandosi sopra una congettura, per quanto probabile, non sarebbe per sè stesso di gran forza.

Siena, settembre 1883.

(\*) Pubbl. in *Archivio giuridico*, 1883, vol. 31, pag. 495.(1) Vedi *Archivio giuridico*, vol. XXXI, pag. 213 e segg. [retro, pag. 211].

## SVOLGIMENTO E CONCETTO DEL POSSESSO GIURIDICO DEL DIRITTO ROMANO

DI

H. DERNBURG \*)

H. DERNBURG. — *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts*. Halle, Buchhandlung des Waisenhauses, 1883; pag. VIII-70, in 8°.

Questo libretto l'illustre A. dedica all'Università di Zurigo (ove giovanissimo egli incominciò la sua splendida carriera), in occasione del cinquantesimo anniversario della fondazione di essa. È una difesa della famosa ipotesi del Niebuhr circa l'origine degli interdetti possessorî, e un tentativo di collegarla con l'intera teoria del possesso in modo più stretto e organico, che non abbia fatto il Savigny, presso il quale si può dire che quella ipotesi storica stia come un semplice ornamento, e forse anche stia in opposizione con la sua teoria.

Benchè io ammiri la dottrina, l'ingegno, la splendida limpidezza della forma, che fanno prezioso questo scritto, non posso tuttavia dirmi persuaso della verità della tesi in esso sostenuta. Concedo all'A. che le obiezioni del Puchta contro l'ipotesi niebuhriana sono assai deboli; ma credo tuttavia che altre e più forti ragioni vi si oppongano e giustificino l'abbandono, in cui oggi quell'ipotesi è lasciata sempre più dai giuristi, se non dagli storici.

Naturalmente non è qui il luogo di dimostrare la mia opinione; mi contenterò di tratteggiare a sommi capi il ragionamento dell'A. proponendo qua e là qualche obiezione, su cui lascio il giudizio all'esperto lettore.

Il concetto del possesso distinto dalla proprietà sorge, secondo l'A., dalla *possessio* dell'*ager publicus*. Questo possesso era precario; ecco perchè anche in tempi posteriori il precarista era ritenuto possessore. Io già altrove ho posto in dubbio quest'assimilazione della *possessio* dell'*ager publicus* col *precarium* (1); qui posso dir soltanto che per le ulteriori riflessioni quel dubbio lungi dal venir meno si è in me sempre più rafforzato. I rapporti tra i diversi possessori, prosegue l'A., ebbero bisogno di una speciale difesa. Ad essi non potevano adattarsi le azioni di proprietà; perciò furono creati gli interdetti possessorî. *L'uti possidetis duplice*, con un processo tanto complicato e similissimo a quello della *legis actio sacramento* per la rivendicazione, non

poteva essere destinato a risolvere una controversia provvisoriamente e preliminarmente all'azione petitoria. Esso fu la rivendicazione del possesso dell'*ager publicus*. L'interdetto *Utrubi* non si oppone a tale opinione, perchè esso pure, riferendosi non al possesso presente, ma al più lungo possesso passato, presenta i caratteri di una rivendicazione fondata sopra un relativo *plus iuris*, anzichè quelli di una controversia preliminare a quella petitoria. A ciò si può replicare che la procedura dell'*uti possidetis* si può spiegare semplicemente con la sua antichità, che anzi parte della lunga procedura a noi nota fu senza dubbio aggiunta dopo (p. es. il giudizio Cascelliano), e che la somiglianza con la *legis a. sacr.* reale non induce necessariamente una indentica funzione. A ciò si aggiunge che il Dernburg in una interessante digressione sull'antica rivendicazione duplice, ammette che, quando nessuno dei contendenti aveva provata la sua proprietà, la sentenza dovesse sempre esser favorevole a colui che avesse dimostrato il suo maggior diritto relativo, e giunge sino a portar l'esempio di una controversia tra due ladri (pag. 45). Ma tale rivendicazione non avrebbe potuto adattarsi anche alla controversia circa l'*ager publicus* senza inventare di sana pianta gl'interdetti?

A favore della sua opinione l'A. cita i seguenti testi: FESTO, *v° possessio*; GIAVOLENO nel fr. 115 *de v. sign.*, 50, 16; CICERONE, *De leg. agr.*, III, c. 3, § 11; e per dimostrare l'attinenza dell'interdetto *Unde vi* coll'agro pubblico, la *lex agraria a. 643 v. 18*. Ma il fr. 115 cit., in qualunque caso poco esatto, difficilmente può servir di base a una dimostrazione; il passo di Festo, a parer mio, prova più contro che a favore dell'ipotesi niebuhriana per chi ben consideri la ragione ivi addotta, per cui il possessore deve esercitare l'interdetto anzichè l'azione petitoria; il passo di Cicerone e quello della *l. agraria* si spiegano facilmente ricordando che gl'interdetti si applicavano anche al possesso dell'*ager publicus*, e che nella proposta di Rullo, come nella *l. agr. a. 643* si trattava di trasformare in proprietà il possesso attuale, sicchè era necessario definire prima le controversie possessorie. Contro questi testi senza forza probante molti poi se ne potrebbero addurre: veggasi per esempio e si studi spregiudicatamente FRONTINO, *De contr.* (ed. Lachmann, p. 36); si consideri il modo come concepiva il possesso Q. Muzio Scevola (fr. 3, § 23, *de a. v. a. p.*, 41, 2); si rammenti la teoria di Paolo; e si consideri la stranezza che nessuno dei giureconsulti antichi a noi noti abbia tenuto conto di quella origine, la cui memoria difficilmente avrebbe potuto perdersi, poichè l'*ager publicus* esisteva ancora. Ciò dico senza insistere sopra GAIO, IV, 148, e Ulpiano fr. 1, § 2, 3, *u. p.*, 43, 17. Strana pure sarebbe la tarda nascita della teoria del quasi-possesso delle servitù nel modo a noi conosciuto (confr. per es. fr. 20 *de serv.*, 8, 1): non avrebbe forse dovuto sorgere anch'essa dalle quasi-servitù dell'*ager publicus* in epoca più remota?

Ma torniamo al Dernburg. Egli osserva che solo quando la rivendicazione diventò semplice, gl'interdetti furono adoperati per il regolamento delle parti in giudizio. I giureconsulti degli ultimi tempi della repubblica e quelli posteriori cercarono di formare un'unica teoria per l'antica *possessio* e per il nuovo concetto di possesso esteso ai beni di proprietà privata, e distinsero nettamente il possesso dalla detenzione. Il criterio distintivo peraltro non consiste nell'*animus domini* della teoria del Savigny: vi si oppongono tutti i casi del così detto possesso derivato. La distinzione non si basa sopra una differenza di criteri astratti, ma risulta dallo svolgimento storico in forza dei bisogni economici e sociali. Perciò il precarista possiede, perchè la teoria del possesso nacque appunto dalla precaria *possessio* dell'agro pubblico: l'in-

(\*) Recensione in *Riv. crit. delle scienze giuridiche e sociali*, 1884, p. 4.

(1) [V. pag. 1 segg.].



quilino e il colono invece non posseggono, perchè essi presso i romani appartenevano alle più povere classi sociali e si volevano perciò tenere in continua soggezione del proprietario locatore. Oggi, conclude, il D., che queste condizioni sociali sono mutate, conviene concedere il possesso al conduttore. Gran parte di quest'argomentazione cade, se si rigetta l'ipotesi niebuhriana; ma anche considerata isolatamente vi si possono fare alcune obiezioni. Riconosciuto il possesso nel precarista, persona più d'ogni altra soggetta al concedente, perchè non riconoscerlo anche nel conduttore, certamente meno soggetto? E perchè non riconoscerlo nell'usufruttuario, se l'antica *possessio* era assimilata in certo modo all'usufrutto? (GAIO, II, 7). È proprio vero che non possa trovarsi una distinzione logica? L'*animus possidendi* dei romani non vi allude forse? A me pare di sì, benchè io convenga, anzi forse appunto perchè io convengo con l'A. nell'ammettere che l'*animus possidendi* si venne svolgendo dalla *causa possidendi*. Ma di ciò ho parlato e riparlerò altrove (1). Qui aggiungerò soltanto che credo anch'io che le odierne condizioni sociali ci spingano ad ammettere il possesso anche nel conduttore; ma ciò è conseguenza della tendenza a riconoscere come diritto reale il rapporto del colono e dell'inquilino col fondo e colla cosa locata. V'è dunque uno svolgimento logico corrispondente a quello economico e sociale.

(1) [V. pag. 79 segg. e 97 segg.].

## STATO E DIRITTO AL TEMPO DEI RE DI ROMA IN CONFRONTO A DIRITTI ANALOGHI

DI

F. BERNHOFT (\*).

F. BERNHÖFT. — *Staat und Recht der römischen Königszeit im Verhältniss zu verwandten Rechten.* — Stuttgart, Ferdinand Enke, 1882, p. IV-252 in 8°.

L'A. di questo libro è uno dei direttori della *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, la quale rappresenta in Germania quel movimento a favore del metodo comparativo applicato agli studi giuridici e specialmente storico-giuridici, che ha il suo centro in Inghilterra, ma che si va a poco a poco estendendo dappertutto. Benchè più d'una volta questi studi comparati, per colpa dei loro cultori, abbiano meritato la scettica freddezza, con cui sono stati accolti dai giuristi della scuola storica propriamente detta, pur tuttavia è innegabile che moltissimo frutto se ne può trarre, e che dalla gran copia dei fatti bene accertati e sottoposti ad un rigoroso esame comparativo si potrà con maggior chiarezza scientificamente conoscere la natura del diritto e del suo svolgimento. Ciò che richiederà però ancora maggiore studio e attenzione si è, a parer mio, la connessione intima e necessaria dei fatti giuridici con gli altri fatti fisici e sociali che ne sono causa, perchè forniscono la materia che viene regolata dal diritto. Lo studio di fenomeni isolati, per esempio, di una determinata forma di proprietà, per quanto comparativamente fatto, non può condurre che ad erronee conseguenze, oscurando il punto più prettamente scientifico, che consiste nel rapporto tra causa ed effetto.

Al libro del Bernhöft va data lode per questo lato. Egli studia tutto il complesso dei fatti giuridici, appartenenti così al diritto pubblico, come al diritto privato, nel primo periodo della storia romana. Contro il metodo prevalente, col quale l'antica storia si ricostruisce coi dati dell'epoca repubblicana, l'A. esamina la tradizione conservataci dagli scrittori, confrontandola coi diritti consimili e cercando in tal modo di scernere il vero dal falso. Tra Livio e Dionisio egli preferisce il primo, come quello, che avendo attribuita meno fede ed importanza alla storia dei primi tempi, ha potuto conservarci più genuina la tradizione popolare: questa, nonostante tutte le aggiunte e

(\*) Recensione in *Cultura*, 1884, pag. 10.

le inverosimiglianze, doveva contenere un maggior fondo di vero, che le più dotte disquisizioni di Dionisio.

Io non posso qui neppure riassumere il contenuto di tutto il libro, ma mi contenterò di accennarne i risultati principalissimi. Dopo aver parlato nelle due prime parti delle fonti e dei fattori dello svolgimento del diritto romano, determinando l'importanza che ebbero le idee primitive indogermaniche e quelle di origine posteriore, tra le quali notevolissima per la sua influenza sui rapporti politici interni quella del modo diverso di considerare l'omicidio, l'A. nella parte terza tratta del sovrano dello Stato. Paragonata la tradizione circa i re con le altre monarchie primitive indogermaniche, ne conclude che la forma della successione al trono non era ben determinata, oscillando tra il dritto ereditario, l'elezione da parte del popolo o del senato e simili; il principio elettivo così pienamente riconosciuto come nei tempi repubblicani non può ammettersi per i re. Indeterminata pure era l'estensione del potere regio, e dipendente più che altro dall'energia e dalla capacità della persona del monarca. Nè ben definite erano le attribuzioni dell'assemblea popolare.

Nella parte quarta l'A. si occupa del popolo e anzi tutto della classe dominante. *Patres* erano i capi delle famiglie in questa classe; essi costituivano il senato per elezione regia, ma il re era dalla necessità delle cose costretto ad eleggere tutti i *patres* principali, che nel senato perciò rappresentavano anche le loro famiglie. Anche le attribuzioni del senato non erano ben determinate; ad esso era però riservata l'approvazione (*auctoritas*) delle leggi, che deve distinguersi dalla loro preparazione.

Mentre eran *patres* i capi delle famiglie, *patricii* erano i membri di esse nella classe dominatrice; ed erano così chiamati perchè in questa parte della popolazione vigea il principio agnazio fondato sulla parentela per linea maschile, mentre invece nella classe più bassa si aveva il predominio del principio cognazio con la parentela femminile e il matrimonio libero secondo il costume dei più antichi abitanti del paese di razza diversa da quella dei patrizi.

Le assemblee popolari si componevano così dei patrizi come dei plebei. Le votazioni prima fatte per acclamazione da tutti gl'individui insieme, si fecero poi secondo le divisioni delle curie, centurie etc.

La parte quinta del libro è dedicata al diritto privato. La proprietà sorse dal possesso ottenuto in modo lecito ossia non furtivo: il primo possessore può ritogliere la cosa al possessore presente che l'abbia male acquistata. L'obbligazione ebbe il carattere di ampio potere del creditore sulla persona e su tutto ciò che appartiene al debitore. Anche i rapporti di famiglia si fondavano sul potere del padre sulla moglie e i figli. Il matrimonio si modificò rendendo sempre più libera la moglie, in forza del principio plebeo che faceva della donna il fondamento della famiglia.

La parte sesta ed ultima riguarda la difesa dei diritti. Nei tempi primitivi questa era tutta fondata sulla forza privata. Un altro principio fu quello di rimettere la decisione delle questioni all'arbitrio di un terzo. Da questi due principii combinati insieme derivò la procedura delle *legis actiones*, nelle quali tuttavia, e specialmente nella *l. a. sacramento*, è palese anche la influenza del diritto greco.

Tale a sommi capi il contenuto dell'opera. Grande novità nei risultati, come si vede, non c'è, e forse i più nuovi, o i meno conosciuti dai giuristi fino ad oggi, sono anche quelli che possono sollevare maggiori dubbi. In ogni modo una parte di vero non credo si possa negare. Tale mi pare l'incertezza

dei poteri nel primitivo diritto pubblico; la irregolarità delle successioni al trono; la stretta connessione tra i rapporti di fatto, di potenza individuale, e i rapporti di diritto privato etc. Forse però si può notare, anche per quanto riguarda il diritto privato, che il Bernhöft non tiene sufficiente conto dello svolgimento storico durante il periodo dei re, ed il quadro ch'egli ci offre rappresenta troppo esclusivamente lo stato del diritto al principio di quel periodo. E' anzi possibile che da tale modo di raffigurarsi quel diritto dipenda il dubbio forse esagerato che l'A. esprime circa la legislazione attribuita da Dionisio a Servio Tullio.

Tralasciando però la critica di ciascuna delle varie tesi sostenute dal Bernhöft, il che ci condurrebbe troppo in lungo, noterò ancora che generalmente l'elemento economico è da lui un po' troppo trascurato.

In un'appendice, con cui il libro si chiude, sono raccolte le disposizioni di parecchi antichi diritti sopra alcuni dei punti più importanti.



## LE LIMITAZIONI LEGALI DELLA PROPRIETÀ FONDIARIA NEL DIRITTO ROMANO

DI

F. FREUND (\*)

F. FREUND. — *Die gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigentums im römischen Recht.* — Berlin, Bahr; pag. 38 in 8°.

La proprietà è per una parte sottoposta alle esigenze dell'ordine pubblico, per l'altra a quelle della coesistenza della proprietà altrui; sicchè essa è regolata da norme di diritto pubblico e di diritto privato; ma in entrambi i casi non si tratta nè di vere *limitazioni legali*, nè di *servitù legali*. Nel primo caso deve parlarsi solo di limiti che la proprietà ha per sua natura come prodotto dell'ordine giuridico; nel secondo caso di limiti provenienti da ciò, che la proprietà consiste in un potere sulla cosa propria e non sull'altrui. Questi limiti dunque non sono restrizioni portate alla proprietà, ma conseguenze del suo stesso contenuto.

Tali sono i risultati generali di questo interessante libretto; risultati ai quali l'A. perviene mediante una critica in parecchi punti ben fatta del noto scritto del Bekker (*Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, V, 124 segg.). Egli si è servito solo degli autori tedeschi più recenti, e si è appoggiato, anche più di quanto egli stesso creda, allo Jhering (*Jahrbücher für die Dogmatik*, etc, VI).

Il difetto principale di quest'opuscolo, a parer mio, consiste nell'aver troppo trascurato il fatto che le facoltà, che il proprietario ha in forza del suo diritto, non si possono determinare se non in modo negativo.

(\*) Recens. in *Riv. crit. delle scienze giuridiche e sociali*, 1884, pag. 64.

## ANCORA SUI NUOVI FRAMMENTI DI DIRITTO ROMANO PUBBLICATI DAL DARESTE (\*)

- 1) R. DARESTE, *Textes inédits de droit romain.* (Nel periodico *Nouvelle Revue historique de Droit*; Paris, 1883; vol. VII, pagg. 361-385).
- 2) ALIBRANDI, *Sopra alcuni frammenti del libro IX de' Responsi di Papiniano con note di Ulpiano e di Paolo, recentemente scoperti.* (Nel periodico *Studi e documenti di storia e diritto*, Roma, 1883, pagg. 125-142).
- 3) V. SCIALOJA, *Sui nuovi frammenti di diritto romano pubblicati da R. Dareste. Comunicazione.* (Nel periodico *La Cultura*, Roma, 1883, anno III, vol. 5, pagg. 101-103).
- 4) F. BUONAMICI, *Sopra alcuni frammenti di diritto romano trovati di recente in Egitto.* (Nel periodico *Archivio giuridico*, Pisa, 1883, vol. 31, pagg. 333-338).
- 5) A. ESMEIN, *Quelques observations sur les nouveaux textes de droit romain publiés par M. Dareste.* (Nel periodico *Nouvelle Revue historique de Droit*, Paris, 1883, VII, pagg. 479-502).

I presenti cenni sono destinati soltanto a riassumere brevissimamente i principali risultati fin qui ottenuti circa i nuovi frammenti pubblicati dal Dareste (1).

Quattro pezzi di pergamena lacera e in cattivo stato, scritti sulle due facciate con lettere unciali, furono scoperti in Egitto e acquistati dal museo del Louvre nell'anno 1882. Il Dareste li ha pubblicati senza ordine determinato, segnando i frammenti di scrittura, che egli conta per dodici, con le lettere dall'A alla L.

E' da notare che i frammenti A-B e G-H sono scritti quelli da una parte, e questi dall'altra del medesimo pezzo di pergamena, e lo stesso deve dirsi dei frammenti D-E e K-L. I frammenti C ed I sono scritti sulle faccie opposte dello stesso pezzo, come pure i frammenti J e L. La pubblicazione fu fatta in tre modi: 1° con una riproduzione in eliotipia; 2° con una riproduzione letterale dei caratteri maiuscoli; 3° con una più estesa trascrizione, in cui sono sciolte le abbreviazioni e proposti i supplementi congetturali.

Il Dareste si è astenuto da ogni annotazione, lasciandone la cura ai romanisti; solo ha espressa l'ipotesi che il libro, al quale i frammenti appartengono, fosse del quarto o quinto secolo e contenesse una raccolta di vari testi, come, p. es. i frammenti vaticani; ed ha segnalato il fr. B come il più

(\*) Notizia bibliografica in *Studi senesi*, vol. I (1884), pagg. 97 e 327. [V. pag. 174 e pag. 177].

(1) [V. pag. 246].

importante, perchè relativo alla *manumissio censu*, di cui si hanno così scarse notizie.

Gli altri quattro lavori, tutti basati sulla lezione data dal Dareste, furono pubblicati a breve distanza l'uno dall'altro, e certamente furono scritti ciascuno senza aver conoscenza degli altri. Credo che l'ordine della pubblicazione sia quello in cui li ho disposti nel riferire il titolo: è necessario però avvertire che lo scritto dell'Alibrandi fu stampato prima degli altri in estratto (1), ma il fascicolo del periodico, nel quale è contenuto, fu pubblicato dopo, sicchè pochissimi ne ebbero notizia da principio. L'Esmein poi ci avverte in una nota (p. 481, n. 1) che dei risultati dei suoi studi fu data comunicazione dallo stesso Dareste alle accademie francesi delle iscrizioni e delle scienze morali nei giorni 17 e 18 agosto 1883; egli dunque precederebbe gli altri.

Il prof. Buonamici, accettando in massima le ipotesi del Dareste, si limitò a commentare colla consueta diligenza il fr. B, riferendolo alla *manumissio censu*.

L'Alibrandi, l'Esmein ed io dimostrammo invece tutti cogli stessi argomenti che i testi appartengono al libro IX dei *Responsi* di Papiniano con le note di Ulpiano e Paolo. Infatti vi si leggono parecchie brevi osservazioni segnate *Ulp.* e *Paul.* in rosso senz'altro; modo di citare che sarebbe strano se si trattasse di una raccolta di scritti diversi. Queste osservazioni per lo più si seguono, e la forma loro ben corrisponde a quella delle *Note*. Finalmente il fr. D. v. 9-20, se si lascia da parte la restituzione del Dareste e se ne adotta un'altra migliore, corrisponde al fr. 35 *de statulib.*, 40, 7; e il fr. H. v. 5-10 al fr. 50 pr. *de manum. test.*, 40, 4. Entrambi questi testi delle *Pandette* appartengono al libro IX di Papiniano (2).

Partendo da questo dato così assicurato, l'Esmein pensa che il manoscritto è probabilmente anteriore all'anno 426 d. C., poichè la legge di citazione in quest'anno tolse valore alle note di Paolo e Ulpiano, sicchè difficilmente si sarebbero continuate a trascrivere.

Anche per questi testi l'Alibrandi doveva ripetere una scoperta simile a questa fatta dall'acuto suo ingegno per gli altri frammenti di Papiniano con le note di Ulpiano e Paolo provenienti dall'Egitto, come i presenti, e ora conservati a Berlino.

Nel fr. C ed I si trovano i residui di due colonne, nelle quali era diviso il testo scritto di una pagina.

(1) Confr. il mio cenno bibliografico nella *Cultura*, vol. 5, pag. 100. [V. pag. 174].

(2) Una sola diversità tra le *Pandette* e i nostri testi è certa: là dove nel fr. 50 pr. *de m. test.* si legge: «... *vacantibus fisco vindicatis*», nel fr. H v. 8 sta scritto «*vacantibus populo vin[di]catis*», differenza facile a spiegare. Le altre varianti sono incerte. Così nelle *Pandette* al luogo stesso si ha: «...*alioquin vacantibus*» etc. Il Dareste fr. H v. 8 legge «...*atinuacantib*» e con lui l'Alibrandi «*at in vacantibus*». L'Esmein ed io, credendo piuttosto ad un errore di lettura, conserviamo *alioquin*. Perchè i compilatori avrebbero qui fatto un mutamento? Lo *At* del Dareste non potrebbe essere invece un *al* con la *l* tagliata per abbreviazione di *alio*? Nel fr. 35 Dig. *de statulib.* si ha: «... *quod apud venditorem servus habuit*» nel fr. D v. 12-13 il Dareste legge: «... *qapuduen*...  
...*ium habuit*». L'Esmein spiega: «*q(uod) apud ven[ditorem mancip]ium habuit*». L'Alibrandi ed io abbiamo piuttosto creduto ad un errore di lettura e conservato il *servus* delle *Pandette*. È certo che la lettura del Dareste è in più luoghi inesatta pel cattivo stato del manoscritto.

L'Alibrandi, riuniti i margini dei due maggiori pezzi di pergamena, osservò che la prima colonna del fr. C va a formar parte del fr. B, e nel rovescio i residui della seconda colonna del fr. I rendono le parole o sillabe iniziali a parecchie linee del fr. G. Da quest'ultima restituzione non si può trarre molto profitto; ma la prima ci completa assai bene parte del fr. B in questo modo:

<i>Servos ab eo qui n[on e]d</i>	<i>id[it] cen[sui]</i> (1)
<i>ante crimen inlatu</i>	<i>m m(anu)miss[os]</i> (2)
<i>ad lib(erta)tem p(er) uenire</i>	<i>placuit s(ed) o-</i>
<i>missi[one peculii eorum]</i>	<i>patronus</i> (3)
<i>incensorum crimine</i>	<i>teneb(itur) [nec ii tene]</i>
<i>bunt(ur).</i>	
ULP. <i>Q(ui) a me census</i>	<i>[tlem[p]ore [delati]</i>
<i>n(on) fuerint liberi.</i>	<i>[non erunt]</i>
PAUL. <i>Si cluso censu</i>	<i>[manu]missi sunt</i>
<i>nec p(os)tea census</i>	<i>a[ctus est] ince[n]</i>
<i>sorum poenis n(on)</i>	<i>[tenentur]</i>
PAUL. <i>Quare ipsi si cluso</i>	<i>[censu liberi fiant recte]</i> (4)
<i>[manu]missi sunt.</i>	
<i>Apud u[et]eres a(utem) anteq(uam)</i>	<i>[in]censu[s]</i>
<i>do[min]us indicaret(ur) [liberta]</i>	<i>te ob-</i>
<i>tine[r]e constitit</i>	
.... <i>p.... etali....</i>	.... <i>p. x x x</i>
.... <i>com.....</i>	..... <i>eru</i>
.... <i>mis.....</i>	

Questa felice restituzione, non ostante l'incertezza di alcuni punti, ci assicura che nel fr. B non si parla propriamente della *manumissio censu*, ma degli effetti delle operazioni censuarie sulle manumissioni, e specialmente degli effetti delle pene per la mancata denuncia al censo sia dal padrone stesso, sia degli schiavi prima o dopo la manumissione. Convien dire che lo Esmein, sebbene non si avvedesse della relazione del fr. B col fr. C, pure dava già del fr. B una spiegazione molto prossima al vero: il suo commento e quello dell'Alibrandi in proposito si completano l'un l'altro.

Questi sono i risultati che si possono dir certi.

L'Alibrandi, l'Esmein ed io abbiamo anche ritenuto che l'ultima parte del fr. H corrisponde al fr. 50, § 1, *de man. test.* Ciò è probabile, perchè vi si legge un «*siderantib(us)*», che ben corrisponderebbe al *desiderantibus* che si trova nel passo del Digesto. Siccome poi la prima parte del fr. H contiene il fr. 50 pr. *de man. test.* è naturale che la seconda parte contenga il fr. 50 § 1. Converrebbe però ammettere parecchi errori di lettura nelle linee

(1) In questa trascrizione segno in parentesi tonde ( ) i complementi delle abbreviature; chiudo in parentesi quadre [ ] e scrivo in tondo i supplementi congetturali e i luoghi, in cui il testo dato dal Dareste è diverso.

In luogo di *dit censui* il Dareste legge *ducenti*.

(2) Il Dareste ha *mmssi*.

(3) Così vuol leggere questo verso l'Alibrandi, appoggiandosi sulla riproduzione eliografica; il Dareste invece «*missiqq similiter ui / patronus*». Fino a una nuova lettura del manoscritto, sarebbe più prudente astenersi da congetture troppo ardite.

(4) Questa restituzione è del Dareste. L'Alibrandi la ritiene probabile, almeno per quanto riguarda il senso.



superiori a quella contenente il *siderantib(us)*. L'Alibrandi spiega bene, a parer mio, questi errori. Solo un dubbio mi resta circa l'ipotesi, ch'egli fa, che nel Digesto la parola *Declaravit* sia posta in luogo di *responderunt*, di cui si trova un residuo nel testo primitivo di Papiniano. Forse anche qui si tratta di un semplice errore di lettura.

Tutte l'altre congetture dell'Alibrandi e quelle più numerose dell'Esmein sono molto meno sicure. Non starò a discuterle, contentandomi di ricordare brevemente solo le principali.

L'Alibrandi nel fr. L in fine, a causa della posizione della parola *ratio* vorrebbe, ma dubitativamente, trovare riprodotto il fr. 23 *de fid. lib.*, 40, 5 appartenente al lib. IX dei *Responsi* di Papiniano. In due linee rosse, che si trovano nel fr. J v. 7, 8, anzichè l'argomento di un titolo, come voleva il Dareste, crede si debbano leggere le parole testuali di qualche disposizione testamentaria. Finalmente vuole supplire le prime linee del fr. I press'a poco così:

[Cognato qui bonorum possessionem petere omisit  
cum Defuncti haereditas teneretur a  
natura]li fratre manumisso, respondi contra: po(ssessorum  
action)em utilem dandam quoni(am  
per ignorantiam iuris lapsus videb[atur]).

L'Esmein trova una certa somiglianza tra il fr. D v. 1-7 e il fr. 15 *pr. de statulib.* 40, 7 di Africano. Sugli ultimi versi dello stesso fr. D, a causa del *sep* che vi si legge e ch'egli spiega *separatim*, fa l'ipotesi che si tratti dei due servi manomessi per testamento *sub conditione rationum reddendarum*, distinguendo il caso di *si separatim rationes gesserunt* da quello della gestione comune. A proposito del fr. A richiama l'opinione di Papiniano riferita da Ulpiano nel fr. 20, § 4, *de a. v. o. h.*, 29, 2.

Commenta acutamente il fr. C riguardo alla manumissione testamentaria e fidecommissaria. Tratta a proposito del fr. 1, il caso di statulibero che può pagare la somma impostagli anche all'erede premorto; e nelle linee 17 segg. il caso della manumissione *sub conditione rationum reddendarum*. Nel fr. F ritiene trattarsi della *causae probatio* e di un senatoconsulto ad essa relativo, e in ultimo forse dell'*actio de peculio* annale. Finalmente, riferendo il fr. I dell'*anniculi probatio*, crede che i v. 7-8, scritti in rosso, dovessero contenere il testo della legge Elia Sentia e del senatoconsulto di cui parla GAIO, I, 31.

Chiuderò questi cenni bibliografici invocando un'altra volta una nuova revisione del manoscritto.

G. KRÜGER, *Die Pariser Fragmente aus Papiniane responsa*, Weimar, 1884. (Dalla *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. V. *Rom. Abtheilung*, 3) \*

E. HUSCHKE, *Die Pariser Papinians fragmente*. (Dalla *Zeitschrift medesima*, 4). \*

Sono due nuovi scritti relativi a quei frammenti del libro IX dei *Responsi* di Papiniano, dei quali ho già parlato negli *Studi senesi*, 1 fasc., pagina 97 segg. (1). Il prof. Krüger dopo aver reso conto della scoperta dei fram-

(\*) Notizia bibliografica in *Studi senesi*, vol. I (1884), pag. 327.

(1) [V. pag. 243].

menti e dei principali risultati degli studi altrui in proposito, constatata inoltre l'identità del manoscritto nuovo con quello di cui furono scoperte già anni sono altre piccole parti. Ma la maggiore importanza del lavoro del Krüger consiste nella lettura più completa da lui con grande abilità tentata sulla riproduzione eliotipica dei frammenti parigini. Questa lettura, spesso differente da quella del Dareste, colma parecchie lacune, sebbene con essa non siano ottenuti grandi risultati circa il significato dei frammenti più monchi. Noterò intanto che ne viene confermata l'unione, dall'Alibrandi proposta, del fr. B con C ed E con A, sebbene la lettura non sia in tutto conforme a quella dell'Alibrandi stesso. Di più il Krüger ha riunito anche i fr. I con G e H con K. Ne risultano così 10 frammenti di colonna (essendo le pagine divise in due colonne), che il Krüger ordina così, mettendole in corrispondenza con le lettere con le quali il Dareste indicò i vari frammenti: I. (Dareste B); II. (Dareste E-A); III. (Dareste B-C); IV. (Dareste C); V. (Dareste I); VI. (Dareste I-G); VII. (Dareste H-K); VIII. (Dareste L); IX. (Dareste F); X. (Dareste J).

Convien però notare che nell'apografo del Dareste furono confusi K con L; confusione corretta dal Krüger.

Si conferma con la nuova lettura anche l'identità di H con K (Krüger VII) verso 20-27 col fr. 50, § 1, *de man. test.*, 40, 4.

La nuova lettura non toglie però il bisogno della revisione diretta della pergamena, che il Krüger non potè fare essendo lontano da Parigi.

Il breve scritto dello Huschke contiene la prefazione latina da lui preparata per la pubblicazione dei nuovi frammenti in una quinta futura edizione della sua *Jurisprudencia anteiustiniana*. Egli espone succintamente i risultati degli studi precedenti (tra i quali peraltro non va annoverato il lavoro del Krüger, che dallo Huschke non poteva conoscersi); ne accetta i principali risultati, ma non approva la proposta dell'Alibrandi relativa alla unione dei frammenti; riferisce finalmente i frammenti principali (B, C, D, H) secondo la lezione del Dareste, che dichiara tuttavia sospetta; propone quindi i supplementi, e li arricchisce di annotazioni illustrative. In questi supplementi e in queste note sta il pregio principale dello scritto dello Huschke; ma è probabile ch'egli stesso vi farà qualche mutamento in base alla nuova migliore lezione. Colgo intanto quest'occasione per esprimere la mia profonda reverenza per questo glorioso veterano degli studi romanistici, il quale in età così provetta sta sempre sulla breccia combattendo per il progresso della scienza.

## IL FR. 33, § 1, DE SERV. PRAED. RUST., 8, 3 E LA REGOLA SERVITUS SERVITUTIS ESSE NON POTEST <sup>(1)</sup>

FR. 33, § 1, de serv. praed. rust., 8, 3:

Africanus, libro nono quaestionum. Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute; nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuius neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest.

La traduzione di questo frammento non offre difficoltà.

L'ultima frase, per noi molto importante, ha dato luogo a qualche variante congetturale.

Infatti nel fr. 1 de usu et usufr. leg. 33, 2 (Paulus, libro tertio ad Sabinum) la regola, alla quale evidentemente allude Africano nel nostro testo, si trova invece formulata così: « *servitus servitutis esse non potest* ». Questa formula proverbiale ha fatto ritenere alla maggior parte degli scrittori, che la regola tradizionale dovesse essere appunto in tal modo concepita; sicché A. FABER, *Coniecturae*, lib. V, c. 11 (Colon. Allobr. 1615, pag. 115 seg.) propose di mutare il *neque servitutis fructus constitui potest* in un *neque servitutis servitus constitui potest*. Non v'è dubbio che in tal modo il testo diventa più semplice e meglio rispondente nella forma al suo significato; vi si parla infatti di un *haustus* sopra un acquedotto, e non si sa intendere perchè poi venga ad esser considerato quasi come un *fructus* (ossia usufrutto) *servitutis*.

Forse Africano volle con ciò dimostrare che il diritto da lui ammesso era un diritto personale obbligatorio, anziché una servitù personale? Niente altro nel frammento stesso vale a corroborare questa supposizione: l'altro adagio giuridico menzionato dal giureconsulto « *nullum praedium ipsum sibi servire potest* » è anzi concepito in modo da render certo che si tratta di un diritto paragonabile a una servitù prediale. Vedremo in seguito che anche altre ragioni escludono l'ipotesi del diritto personale.

Credo che si possa seguire soltanto una di queste tre vie:

1) o ammettere col Fabro un errore di scrittura, e leggere *servitus* invece di *fructus*; lo scambio non doveva essere molto difficile;

2) o ritenere che la forma più antica della regola fosse veramente *servitutis fructus esse* ovvero *constitui non potest*, sicché Africano, anteriore a Paolo, non avesse creduto di doverla modificare;

3) o finalmente ricostruire nel modo seguente l'andamento del pensiero di Africano: il diritto di *haustus*, concesso sull'acquedotto e ritenuto valido, è bensì un diritto reale, ma non può dirsi una vera servitù: non una servitù prediale, perchè *nullum praedium sibi servire potest*, e nemmeno servitù personale, perchè *servitutis fructus constitui non potest*.

Ciò premesso, passiamo all'esame del contenuto della nostra legge.

Le questioni, alle quali essa ha dato luogo, si riferiscono specialmente a questi due punti: di qual natura è il diritto che *pacto vel stipulatione intervenientibus* si può concedere ai proprietari dei fondi attraversati dall'acquedotto? Tale concessione contiene forse una eccezione alla regola *servitus servitutis esse non potest*? Le due questioni sono intimamente collegate tra di loro, poichè se il diritto concesso deve qualificarsi come servitù, e se questa ha per oggetto la primitiva servitù di acquedotto, evidentemente si viene ad ammettere una *servitus servitutis*.

Una retta interpretazione del testo non ha dunque soltanto lo scopo di soddisfare a quel bisogno che ognuno sente di vincere una difficoltà e di giungere a intendere chiaramente ciò che a prima vista ci si dimostra oscuro; ma serve specialmente a determinare il valore della regola sopra enunciata, a definire il carattere di un diritto poche volte menzionato nelle nostre leggi, a illustrare una volta di più l'arte dei giureconsulti romani nella trattazione dei rapporti giuridici; arte alla quale, com'è noto, si debbono quasi tutte le regole che governano l'istituto della servitù, che nei diritti moderni vive ancora qual fu in antico dai romani formato (1).

Varie naturalmente furono le interpretazioni date fino ad oggi del nostro fr. 33, § 1, de s. p. r., 8, 3. Ricorderò soltanto le principali.

Accursio (Glossa ad h. l. v.º Solet) pensava che, in forza del patto prestabilito, il proprietario del fondo dominante potesse concedere ai proprietari dei fondi attraversati dall'acquedotto una vera e propria servitù sul fondo, onde l'acqua è derivata, poichè il proprietario di questo fondo vi aveva acconsentito. Perciò, benchè si trattasse di costituzione di servitù, erano salve le regole *nullum praedium ipsum sibi servire potest* e *servitus servitutis esse non potest*. Tale interpretazione, che a me pare una delle migliori tra quante furono date finora, non conta più oggi molti seguaci. Fu accettata dai commentatori italiani, come Bartolo e Baldo nelle loro note alla nostra legge, e riprodotta in Francia dal DUARENO, ad h. l. (*Opera omnia*, Lucae 1765, vol. I, pag. 360). Tra i moderni io l'ho ritrovata nel MOLITOR (*La possession, la ré- vendication, la publicienne, et les servitudes*, 2 ed., Paris 1868, pag. 302 segg.). Contro di essa si può osservare che, se si trattasse soltanto di un rapporto tanto semplice tra il primo fondo e gli altri, dovendosi la concessione fare fin da principio, mentre si costituisce la servitù, come c'insegna il fr. 2 de rivis, 43, 21, troppo chiaramente appariva essere la servitù a favore dei fondi attraversati un diritto per sè stante, costituito dallo stesso proprietario, che concedeva la servitù a favore dell'ultimo fondo; laddove Africano invece pone

(1) Si può ricordare che, riguardo ai giureconsulti romani, il fr. 33 de s. p. r., 8, 3 si può considerare non solo come opera di Africano, ma è probabile che abbia relazione con lo stesso Giuliano. Veggasi BURL, *Africans Quaestiones und ihr Verhältniss zu Julian* (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, II (1881), Rom. Abth., pag. 180 segg.).

(1) Pubbl. in *Studi senesi*, 1884, p. 109. [Cfr. a pag. 429 la nota all'articolo del prof. S. Perozzi « *Fructus servitutis esse non potest* ».]



in maggior rilievo il rapporto tra il fondo dominante e i fondi attraversati, e fa quasi intendere che il diritto dei proprietari di questi ultimi non è indipendente dalla servitù principale di acquedotto: di qui il dubbio che si potesse trattare di una *servitus servitutis*, dubbio altrimenti non giustificato. Non era infatti la comunione dell'acquedotto a servizio di più fondi cosa nuova, nè rara pei romani (1). Rispetto al primo fondo serviente, il diritto concesso ai fondi intermedi avrebbe avuto poi carattere di *aquaeductus*, anzichè di *haustus*.

CUACIO (*Ad Africanum tract. IX ad h. l., Opera omnia*, Prati 1837, vol. 4, col. 381 segg. — *Comment. in tit. III, lib. VIII Dig. ad h. l.*, vol. 7, col. 703) e con lui parecchi autori, tra i quali ricorderò come più recenti il GLÜCK (*Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, Erlangen 1808, vol. 10, pag. 53, nota 23), lo SCHWEPPE (*Das römische Privatrecht*, 4. ediz., Göttingen 1828, vol. 2, § 286, pag. 168), il LUDEN (*Die Lehre von den Servituten*, Gotha 1837, § 7, pag. 18, n. 3), l'HOFFMANN (*Die Lehre von den Servituten nach römischen Rechte*, Darmstadt 1838, vol. 1, § 7, pag. 12 seg.), CHR. FR. ELVERS (*Ueber das Recht des Wasserlaufs* nella *Themis*, N. F. I., pag. 458), il VANGEROW (*Lehrbuch der Pandekten*, 7<sup>a</sup> ediz., ristampa Marburg und Leipzig 1876, vol. 1, § 338, *Anm.* 2, n. 3, pag. 694 seg.) definirono come diritto semplicemente personale, e per conseguenza non trasmissibile ai successori a titolo particolare, quello costituito col contratto, al quale allude la nostra legge. In questo modo senza dubbio si spiega come tale concessione non urtasse contro le due regole mentovate da Africano, ma si va incontro a nuove difficoltà altrettanto gravi.

Le espressioni *haustum ex rivo cedere, hoc concedi solet* sono proprie della costituzione di un diritto reale, non di una semplice obbligazione: e che Africano pensasse a un diritto reale, lo dimostra la natura stessa delle obiezioni, ch'egli si propone, le quali altrimenti non avrebbero ragion d'essere. D'altronde, anche all'ammissione del diritto di obbligazione osta l'inalienabilità delle servitù, come chiaramente risulta dal fr. 44, *Locati*, 19, 2:

Ulpianus, libro septimo ad edictum. Locare servitutem nemo potest; e dal fr. 24 de s. p. r., 8, 3:

Pomponius, libro trigensimo tertio ad Sabinum. Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem [partem mei Mommsen] fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti [duci Mommsen] ea possit. Proculi sententia verior est.

O dovremo noi credere che Africano, seguace di Giuliano della scuola di Sabino, volesse attenersi alla sentenza di Labeone combattuta dallo stesso Proculo? Avrebbe mai Giuliano, che in altri luoghi si è giovato dei libri di Pomponio ad Sabinum (2), deviato dall'opinione da Pomponio riconfermata? D'altronde anche sul significato della massima di Labeone potrebbe nascere

(1) Vedi fr. 2, § 1, 2, de s. p. r., 8, 3 (Neratius, libro quarto regularum); fr. 16 Quem. serv. am., 8, 6 (Proculus, libro primo epistularum); fr. 1, § 26, de aq. quot., 43, 20 (Ulpianus, libro septuagesimo ad edictum). fr. 3, § 5 eod. (Pomponius, libro trigensimo quarto ad Sabinum); fr. 4 eod. (Julianus, libro quadragesimo primo digestorum); Paulus, R. S., V, 6, 9; confr. fr. 3, § 3, de rivis, 43, 21 (Ulpianus, libro septuagesimo ad edictum); fr. 19, § 4, Comm. div., 10, 3 (Paulus, libro sexto ad Sabinum); fr. 52, § 12, Pro socio 17, 2 (Cassius et Ulpianus, libro trigensimo primo ad edictum); Gellius, Noctes atticae, XIV, 1, 4, ect.

(2) Vedi FITTING, Ueber das Alter der Schriften römischer Juristen, Basel, 1860, pag. 8 segg.

qualche dubbio, trovando noi citato lo stesso autore relativamente all'acqua già introdotta nel fondo dominante (1).

Il MARANO (*Paratitla Digestorum*, lib. VIII, tit. 4, *Opera omnia*, Trajecti ad Rhenum 1741, pag. 138) pensava che si trattasse di concessione di una vera servitù, avente per oggetto l'acqua che corre nel rivo: acqua che appartiene al fondo dominante, sicchè sono salve le due regole addotte da Africano. Così, come è formulata e proposta, non possiamo accettare neppure questa opinione.

E' noto che la questione circa la proprietà dell'acqua corrente in un acquedotto si può dire ancora pendente; ch'io sappia, non esiste alcun testo, che la risolva direttamente in modo assoluto e definitivo. E poichè non è grande il numero degli scrittori, che di questo interessante problema si sono occupati, non sarà inutile sottoporlo ad un nuovo esame. Nel breve studio che verrà dopo il presente, il lettore troverà esposta la mia opinione in proposito. Mi sembra però che si possa dire fin d'ora, che difficilmente i romani avrebbero mai ammessa una servitù sull'acqua, come tale, anche se avessero riconosciuta su di essa la proprietà del padrone del fondo dominante.

Ma poi, qualunque opinione possa aversi su questo punto, l'interpretazione del Marano, è sempre inammissibile, per la ragione dell'inalienabilità dell'acqua, della quale abbiamo già più sopra parlato. Infatti sia o non sia il padrone del fondo dominante proprietario dell'acqua, è pur sempre certo che, una volta ch'egli la ottiene a titolo di servitù, non può, prima di essersene servito pel proprio fondo, alienarla in nessun modo; e la costituzione di una servitù di *haustus*, si dovrebbe senza dubbio considerare come un atto di alienazione assai più grave che la locazione o il comodato, che sono tuttavia proibiti.

Non mancano coloro, che reputano esser la regola *servitus servitutis esse non potest* un vecchio adagio della giurisprudenza romana, che a poco a poco venne perdendo l'antica forza; e sostengono perciò che il nostro fr. 33, § 1, de s. p. r. contiene una vera pretoria eccezione a quella regola.

Di tale opinione sono A. FABER, *Rationalia ad Pandectas* (1619 apud S. Crispinum) ad h. l., vol. II, pag. 201 (2); il NOOYT, *Probabilium iuris civilis*, lib. I., c. 3, § 5 (*Opera omnia*, Lugd. Bat. 1735, vol. 1, p. 8), lo SCHRADER, *Civilistische Abhandlungen* (Weimar 1816) V, *Wie kann man auf die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten?* § 7, pag. 319 segg.; A. SCHMIDT (VON ILMENAU), *Die Bestellung der iura in re aliena durch Vertrag und durch Tradition* nel *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* del BEKKER, vol. III (1859) n. 9, pag. 259 segg. (3); lo SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts*, vol. II (Leipzig 1837) § 186 n. c., pag. 615. Ma neppure questa è opinione accettabile. Senza occuparci qui degli altri argomenti, che si adducono per dimostrare che la regola *servitus servitutis* etc. cadde a poco a poco in desuetudine e rimase senza pratica applicazione (4), basta esaminare attentamente la nostra legge per convincersi del contrario. Infatti la

(1) Fr. 1, § 16, de aq. quot., 43, 20 (Ulpianus, libro septuagesimo ad edictum).

(2) Questi peraltro invoca anche l'interpretazione della Glossa, quasi a sostegno della propria.

(3) Questi non fa menzione del nostro fr. 33, § 1, de s. p. r.; ammette in generale che la regola andò perdendo il suo valore, basando il suo ragionamento sopra altre leggi.

(4) Confr. VANGEROW, loc. cit., pag. 695.

nostra regola vi è collegata con l'altra *nullum praedium ipsum sibi servire potest* in tal modo, che anche per questa dovrebbe ammettersi una deroga-zione, se si ammettesse per quella. Ma la massima *nullum praedium etc.* è fondata sulla essenza stessa del diritto di servitù, sicchè è impossibile di derogarvi: neppure i più decisi fautori dell'opinione, che combatto, vorrebbero sostenere il contrario (1).

Come si spiegherà dunque il nostro testo? (2)

In un modo molto semplice, quando lo si studi comparandolo con altri analoghi, e non si trascuri nessuno degli elementi, che sono in esso menzionati in modo più o meno esplicito. Il diritto accordato ai proprietari dei fondi attraversati dall'acquedotto non è punto una servitù, nè un diritto d'obbligazione; ma bensì un allargamento del diritto di proprietà in confronto alla consueta restrizione più grave, che è conseguenza della servitù d'acquedotto. In altre parole, l'*haustus* concesso non è altro che una modalità della servitù d'acquedotto, modalità stabilita a favore dei fondi servienti.

Saranno utili alcuni schiarimenti per prevenire le possibili obiezioni.

Bisogna tener presente il fr. 2 *de rivis*, 43, 21:

Paulus, libro sexagensimo sexto ad edictum. *Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus vel hauriendi aquam: quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione quam ex iure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset.*

Questa legge è assai meno controversa che il nostro fr. 33, § 1, *de s. p. r.*, eppure contiene precisamente la stessa regola di diritto. Quando nulla si sia stabilito in proposito al momento della costituzione della servitù d'acquedotto, il proprietario del fondo serviente attraversato dal rivo non ha diritto di attingervi acqua; ma questo diritto può essergli concesso, come modalità della servitù, come allargamento della *libertas fundi* di fronte alla *servitus*. Il *commodum hauriendi* del fr. 2 *de rivis* non è altro che l'*haustus* del fr. 33, § 1, *de s. p. r.*

Ma si noti bene: questo *commodum hauriendi* deve concedersi *ab initio in imponenda servitute*. Per qual ragione? Appunto perchè non è altro che una modalità della servitù. Questo *haustus* fa sì che dal primo fondo, onde l'acqua si deriva, se ne debba prendere una quantità maggiore di quella che deve pervenire al fondo dominante: è necessario quindi il consenso del proprietario del primo fondo, oltre quello del proprietario del fondo dominante. Nè ciò basta; dovranno acconsentirvi anche i proprietari degli altri fondi superiori attraversati dall'acqua. E' cosa ben nota che la servitù di passaggio, di acquedotto ecc., che debba continuarsi attraverso parecchi fondi,

(1) Vedi infatti SCHMIDT VON ILMENAU, *loc. cit.*, pag. 258. Confr. fr. 5 pr., *Si ususfr. pet.*, 7, 6; fr. 26 *de s. p. u.*, 8, 2; fr. 19 *Comm. praed.*, 8, 4.

(2) Quantunque l'idea di questa interpretazione mi sorgesse la prima volta spontaneamente, noterò tuttavia che nel VOET, *Commentarius ad Pandectas* (Colon. Allobrog. 1769) lib. 8, tit. 4, *Communia praediorum*, n. 14, vol. 1, pag. 412 seg., ritrovai una interpretazione similissima a questa nella sostanza. Lo stesso può dirsi dell'ELVERS, *Die römische Servitutenlehre* (Marburg, 1856), p. 132. Ciò tuttavia non mi distoglie dal pubblicare questo lavoretto, non solo perchè manca in quegli autori lo svolgimento di alcuni punti secondari, ma perchè presso di noi quell'opinione è pressochè dimenticata, e non sarà quindi male risuscitarla e confermarla con qualche nuovo argomento.

si considera come tutt'una servitù complessiva, per la quale è necessario il consenso di tutti i proprietari dei fondi servienti, e la quale si costituisce solo quando non soffra alcuna interruzione (1).

Non è necessario dimostrare che una modalità, del genere di quella di cui trattiamo, non costituisce alienazione di parte della servitù: questa nasce già minorata. E' probabile che in pratica il più delle volte questa diminuzione sia anzi una condizione, senza della quale essa non nascerebbe, essendo quella modalità imposta, come patto essenziale, dal proprietario del fondo serviente attraversato.

Io credo che Africano nel nostro fr. 33, § 1, *de s. p. r.* abbia parlato di patti e stipulazioni fatti *ab initio in imponenda servitute*. Oltre alla forte analogia del fr. 2 *de rivis* citato, a ciò mi spinge la stessa frase *nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est*. E' possibile che il non aver posto mente a ciò, abbia spinto la maggior parte degli interpreti in diverse sentenze. Forse la parola *subsecuta* ha fatto essa stessa pensare ad una stipulazione posteriore; ma erroneamente.

Io non dirò che il verbo *subsequi* significhi esclusivamente una *immediata successione* di un atto ad un altro, ma certamente esso ha pure tale significato, così nel latino classico, come nelle fonti giuridiche (2). Qui poi tale significato risulta chiaro dall'*etiam*, che è aggiunto a *subsecuta*: poichè questo *etiam* non ha ragion d'essere, se non allude ad altri patti e stipulazioni, che sono certamente quelli per mezzo dei quali fu costituita la servitù d'acquedotto. Nè si oppone il modo come la legge incomincia: « *Per plurium praedium aquam ducis quoquo modo imposita servitute* », perchè Africano vuole principalmente negare la possibilità della concessione dello *haustus*, e perciò non distingue tra i vari modi di costituzione dell'acquedotto; ma quando, come eccezione, ammette quella possibilità, usa invece parole, che dimostrano trattarsi di casi, nei quali l'acquedotto fu costituito per patto e stipulazione.

Tuttavia, se per tali ragioni io sostengo che Africano, nel caso in cui ammetteva la concessione del *commodum hauriendi*, alludeva a patti e stipulazioni avvenuti *ab initio in imponenda servitute*, non voglio con ciò negare che tale concessione possa farsi anche per un acquedotto preesistente. Solo è necessario che allora abbia luogo un contratto simile a quello di costituzione della servitù stessa d'acquedotto; sicchè la primitiva servitù più larga e piena si riduca ad una nuova più ristretta. Il nuovo contratto pertanto avrebbe per effetto quasi l'estinzione di una servitù e la costituzione di una nuova in suo luogo. Sarà dunque anche qui richiesto l'intervento di tutte le parti interessate (3).

Un dubbio resta ancora circa l'interpretazione del nostro fr. 33, § 1, *de s. p. r.*: dubbio difficile a risolvere. Che Africano ammetta la concessione dello *haustus* ai proprietari dei fondi attraversati, è cosa evidente; ma, quando egli afferma la regola generale dell'impossibilità della concessione, scrive:

(1) Vedi fr. 18 *de s. p. r.*, 8, 3; fr. 31 *eod.*; fr. 17, § 3, *de aq. et aq. pl. arc.*, 39, 3; fr. 6, § 1, *Quem. serv. am.*, 8, 6. Confr. fr. 25, § 1, *de s. p. u.*, 8, 2; fr. 7, § 1, *Comm. praed.*, 8, 4; fr. 5 *Si serv. vind.*, 8, 5.

(2) Esempi classici in gran copia nel FORCELLINI-DE VIT, *Totius latinitatis lexicon*, v.º *Subsequens* e *Subsequor*. Per le fonti giuridiche vedi fr. 7, § 5, *de pactis* 2, 14: *Ulpianus, libro quarto ad edictum..... - ut si quidem ex continentis pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint; si ex intervallo non inerunt etc.* Dove il *subsecuta* è appunto adoperato propriamente pel caso dei patti fatti *ex continentis*.

(3) In tal modo l'opinione da me qui espressa viene a coincidere con quella dello ELVERS, *Servitutenlehre*, loc. cit.



« neque eorum cuius, neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere »; si dovrà dire perciò che *pacto vel stipulatione intervenientibus* la concessione si possa fare non solo *eorum* (sc. *praediorum dominorum*) *cuius*, ma anche *alii vicino*? Non bisogna credere che le parole della legge ci costringano a ciò: l'eccezione infatti può ottimamente concepirsi come ristretta alle persone dei proprietari dei fondi servienti. Dimostrata poi, come abbiamo fatto, la natura del patto e della stipulazione, cui allude Africano, tale restrizione diventa sempre più probabile.

Non sarebbe peraltro assurdo il ritenere che la facoltà di attinger l'acqua appartenendo al proprietario del fondo attraversato precisamente come conseguenza della proprietà, egli potesse cederla ad altri, o per diritto d'obbligazione, o per servitù. Questa servitù non avrebbe mai per oggetto la prima servitù d'acquedotto, ma bensì il fondo serviente stesso. Tuttavia contro l'ammissibilità di tale servitù di *haustus*, e più ancora contro l'idea che Africano vi avesse pensato nello scrivere il fr. 33, § 1, *de s. p. r.*, si potrebbe non senza ragione citare il principio della l. 9, *de s. p. r.*, 8, 3:

Paulus, libro primo sententiarum. *Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte contitui non potest: hodie tamen ex quocumque loco constitui solet.*

Relativamente a quest'ultima frase di Paolo, si pensi che egli scriveva circa settanta od ottanta anni dopo Africano, sicchè è piuttosto difficile che l'*hodie* possa riferirsi anche ai tempi di quest'ultimo.

Meglio è dunque attenersi al risultato più sicuro, e parlar soltanto della concessione dello *haustus* al proprietario di un fondo attraversato dall'acquedotto.

Quali saranno i mezzi a lui concessi per difendere il suo diritto di *haurire*?

La sua posizione di diritto e di fatto è molto favorevole. Egli per attinger l'acqua non ha bisogno di uscire dal proprio fondo, sicchè difficilmente può incontrare ostacoli. Se il proprietario del fondo dominante volesse impedirlo, egli avrà per difendersi tutte le azioni derivanti dalla sua proprietà per opporsi agli atti e alle pretese contrarie (1).

Ma come si dovrà considerare il suo diritto di fronte ai proprietari dei fondi servienti superiori? Forse come una servitù?

Ho detto già più sopra che veramente l'*haustus* rende un po' più grave la posizione dei proprietari dei fondi superiori, sicchè il loro consenso è assolutamente necessario alla concessione; ma ciò non significa che di fronte a loro il *commodum hauriendi* debba riguardarsi come vera servitù. Esso si esercita in forza della proprietà, ed ha per oggetto l'acqua, che passa nel fondo. Se l'acqua più non viene a passare, anche il *commodum hauriendi* cessa. Modalità della servitù d'acquedotto, esso non è un diritto per sè stante, ma accessorio e secondario: il suo esercizio dipende da quello della servitù d'acquedotto stesso.

Questa è la caratteristica per cui il *commodum hauriendi*, del quale qui si tratta, si distingue da una servitù in comunione sullo stesso rivo, del genere di quelle menzionate più sopra (alla nota 1 a pag. 250).

Giunti a questo punto, possiamo domandarci: qual'è l'importanza del fr. 33, § 1, *de s. p. r.* per la regola *servitus servitutis esse non potest*?

Questa certamente, che in esso non si può minimamente vedere un'eccezione a tale regola, e che questa regola, come quella *nullum praedium ipsum sibi servire potest* sembra fondata sulla natura stessa del diritto di servitù.

(1) Riguardo alla proibizione di coprire il rivo, vedi anche fr. 1, § 11, *de rivis*, 43, 21 (Ulpianus).

Non possono risolversi con la sola guida del nostro testo alcune questioni più particolari. Così non si può da esso trarre argomento per decidere se, per esempio, la problematica disposizione del fr. 15, § 7, *de usufr.*, 7, 1 possa, come alcuni vogliono, considerarsi come un'applicazione della nostra regola; o se la massima dell'antico diritto, secondo cui l'acquedotto non poteva costituirsi, *nisi ex capite vel ex fonte*, nascesse anch'essa dalla impossibilità di ammettere una *servitus servitutis* (1); e se, a differenza dell'altre servitù, fosse almeno possibile l'usufrutto di usufrutto (2).

Si potrà forse determinare la vera ragione della regola *servitus servitutis esse non potest*, per mezzo della legge da noi studiata? È noto esser questo un punto piuttosto controverso. In antico la ragione si cercava in un principio filosofico, e si diceva che essendo la servitù una qualità del fondo (fr. 86, *de v. s.*, 50, 16) non era possibile ammettere una qualità di qualità: « *Aristoteles ita τὸ συμβεβηχὸς οὐ συμβεβηχότι συμβεβηχὸς* » (3). Oggi tre opinioni principali si contendono il campo. Alcuni credono che l'impossibilità derivi dall'essere la servitù una limitazione o un frazionamento del diritto di proprietà, sicchè non possa essere limitazione di un'altra servitù, nè da altri possa concedersi che dal proprietario (4). Alcuni invece ritengono che la qualità stessa di diritto reale è causa che la servitù debba avere per oggetto una cosa corporea, non un rapporto incorporale, come sarebbe un'altra servitù (5). Altri finalmente pensano che la qualità di diritto reale non basti a spiegare

(1) Vedi fr. 9 *de s. p. r.*, 8, 3 (Paulus); fr. 1, § 7, 8, *de aq. quot.*, 43, 10 (Ulpianus); fr. 16, *Quem. serv. am.*, 8, 5 (Proculus). Confr. le allusioni in CIGERONE, *Topica*, 8, 33; *Pro Caelio*, 8, 19. È probabile che quella massima riguardasse la *causa perpetua* (confr. fr. 1, § 4, *de fonte*, 43, 22, Ulpianus), e non vi fossero estranee ragioni tecniche, poichè (come è noto, ma pure poco ricordato a tal riguardo) massime simili erano sanzionate anche per le derivazioni dai pubblici acquedotti. Confr. LANCIANI, *I comentarii di Frontino intorno le acque e gli acquedotti* (*Atti della R. Accademia dei Lincei*, 1880, Memorie della classe di scienze morali, storiche e filologiche, vol. IV), pag. 596 seg., cap. XVII, tit. 2.

(2) Confr. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5ª ediz., Stuttgart, 1879, vol. 1, § 202, n. 10, pag. 657. La questione però è strettamente connessa con quella della ragione, che giustifica la regola *servitus servitutis esse non potest*, sicchè il nostro testo può giovare a chiarirla almeno indirettamente, come vedremo tra breve.

(3) CUIACIUS, *Ad Africanum tract.*, IX ad l. 33 *de s. p. r.* (Prato, 1836 segg.), vol. IV, col. 381; in lib. XVII *Quaest. Papin. ad l. 8 de usufr. ear. rer.*, vol. IV, col. 1221; *Comm. in tit. III de s. p. r. lib. VIII Dig. ad l. 33, § 1*, vol. VII, col. 703; *Comm. in tit. II, de usu et usufr. leg. lib. XXXIII Dig. ad l. 1*, vol. VII, col. 2131 segg. — FORNERIUS, *Selectionum*, lib. III c. 14 in *Thesaur. Ottonis*, vol. II, col. 100 seg. — D'AVEZAN, *Servitutum liber*, pars VI, cap. I, in *Thesaur. Meermannii*, vol. IV, p. 194 — ed altri.

(4) GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, lib. II, § 287 (Göttingen, 1839), vol. 2, p. 201. — DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain*, 3ª ed. (Paris, 1876), vol. I, p. 504. — DOVERI, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed. (Firenze, 1866), vol. I, p. 552 [quest'ultimo peraltro combina questa ragione con quella dell'essere la servitù un diritto reale] — ed altri.

(5) MARANUS, *op. cit.*, lib. VIII, tit. 4, pag. 138. — THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, 8ª ed., Jena, 1834, II, § 750, pag. 267 seg. — MACKELDEY, *Systema iuris romani hodie usitati* (trad. lat. Hindenburg), Lipsiae, 1847, § 276, pag. 280. — LUDEN, *Die Lehre von den Servituten*, Gotha, 1837, § 7, pag. 17 segg. — BÖCKING, *Pandekten des röm. Privatrechts oder Institutionen des gemeinen Civilrechts*, 2ª ed., vol. II, (1855) § 162, 2, pag. 228 seg. — DERNBURG, *Das Pfandrecht*, Leipzig, 1860, vol. I, pagg. 487, 490. — SCHÖNE-MANN, *Die Servituten*, Leipzig, 1866, § 7, pag. 24. — DOVERI [confr. nota precedente]. — WINDSCHEID, *op. cit.*, vol. I, § 200, nota 5, pag. 639; confr. però § 206, nota 10, pag. 657, ove sembra avvicinarsi anch'esso alla ragione della inalienabilità.

perchè non fossero ammesse per la servitù sopra altri rapporti giuridici estensioni analogiche, come furono pure riconosciute relativamente al pegno, anch'esso diritto reale, ammettendo per esempio il *pignus pignoris*. Credono perciò necessario ricorrere anche ad un altro principio, ossia a quello della inalienabilità delle servitù (1).

L'antica spiegazione del Cuiacio, sopra mentovata, si può facilmente considerare come una formula scolastica e poco giuridica, corrispondente alla prima e alla seconda di queste opinioni più recenti.

Dal nostro fr. 33, § 1, *de s. p. r.* non si può trarre nessun argomento assoluto e indiscutibile a favore o contro di alcuna di queste opinioni. A me sembra tuttavia ch'esso appoggi piuttosto la seconda, purchè s'intenda in una certa maniera, che forse non sempre risulta chiara dalle espressioni per essa adoperate dagli scrittori.

Ho parlato tante volte dell'inalienabilità delle servitù nel corso del presente scritto, che forse alcuno si maraviglierà ch'io non mi dichiarassi piuttosto partigiano dell'opinione, che dà appunto il maggior valore alla inalienabilità. Sarà dunque utile qualche spiegazione.

Io non intendo punto negare il principio dell'inalienabilità: credo soltanto ch'esso non sia espresso nella massima *servitus servitutis esse non potest*. Infatti nel nostro fr. 33, § 1, *de s. p. r.*, Africano parlando della cessione dello *haustus* fatta nell'atto stesso della costituzione della servitù d'acquedotto, aveva già tolto di mezzo, con questo stesso presupposto, l'ostacolo dell'inalienabilità, a cagione della quale aveva prima formulato il più generale divieto di fare concessioni di acqua. Se dunque egli ricorda in seguito due obiezioni apparentemente possibili, queste debbono esser fondate sopra altri principii, che quello dell'inalienabilità. Una di queste obiezioni è così chiara, che toglie ogni dubbio a tal riguardo. La regola *nullum praedium ipsum sibi servire potest* citata da Africano, dimostra che queste obiezioni non nascevano dall'essere la concessione dello *haustus* un atto di alienazione; ma dal carattere di servitù, che alcuno avrebbe potuto attribuire allo *haustus* medesimo.

(1) Un accenno si trova, ma poco chiaro, in SCHWEPPE, *Das römische Privatrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Göttingen, 1828, § 286, vol. II, p. 168. — Più chiari BÜCHEL, *Civilrechtliche Erörterungen*, 2<sup>a</sup> ed., Marburg und Leipzig, 1847, vol. I, p. 293 segg., 423 segg. — SCHILLING, *loc. cit.*, — PUCHTA, *Pandekten*, 7<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1853, § 178 n. e; *Vorlesungen*, § 178. — HOFFMANN, *Die Lehre von den Servituten*, Darmstadt, 1838, vol. I, § 7, pag. 11 seg. — VANGEROW, *loc. cit.* — MOLITOR, *loc. cit.* — DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1869, vol. I, § 176, pag. 508. — ELVERS, *Servitutenlehre*, pag. 224. — SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, 3<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1868, § 57, vol. I, p. 561. — VAN WETTER, *Cours élémentaire de droit romain*, 2<sup>a</sup> ed., Gand-Paris, 1875, § 224, vol. I, pag. 320. — MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4<sup>a</sup> ed., Bruxelles, 1876, vol. I, § 124, p. 806, nota 10. — KUNTZE, *Cursus des römischen Rechts*, 2<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1879, § 525; *Excuse*, 2<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1880, pag. 496. — WACHTER, *Pandekten*, Leipzig, 1881, vol. II, § 150, p. 217. — BARON, *Pandekten*, 4<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1882, § 156, n. 4, pag. 256 — ed altri.

Molti autori non parlano neppure della ragione della regola *servitus servitutis esse non potest*, contentandosi di enunciarla semplicemente.

Non manca pure qualche isolata opinione diversa da quelle fin qui ricordate: così p. es. il THIBAUT, *Ueber possessio civilis* nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 18 (1835), pag. 321 seg., che deriva quella regola dall'avversione, che i romani avevano per la divisione soverchia e l'aumento del numero delle azioni. Quest'idea si può dire completamente dimenticata oggi, e non è necessario confutarla. Lo stesso autore la espone dubitativamente con un *forse* (*vielleicht*).

Se dunque Africano soggiunge senz'altro: *neque servitutis fructus constitui potest*, non dovrà ritenersi come probabilissimo, se non certo, che anche questa massima sia adottata a causa dello stesso supposto carattere di servitù dello *haustus*? (1).

La massima *servitus servitutis esse non potest* è formulata in modo, che dà a vedere non essere la *servitus*, di cui si parla, menzionata solo per dare un esempio di alienazione in genere; ma bensì perchè la sua stessa natura di servitù si oppone ad aver per oggetto un'altra servitù. Il testo, nel quale quest'adagio giuridico è riferito nella forma più semplice, cioè il fr. 1 *de usu et usufr. leg. 33*, 2 ne è, a parer mio, una riprova.

Esso è così concepito:

Paulus, *libro tertio ad Sabinum*. *Nec usus nec usus fructus itineris actus viae aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest: nec erit utile ex senatus consulto, quo cavetur, ut omnium quae in bonis sint usus fructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit. Sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi agendi ducendi facultatem praestet aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut, si decesse- rit legatarius vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituitur.*

Non è mia intenzione di esporre qui, nè di risolvere le molte controversie, alle quali ha dato luogo questo testo; eccederei, se ciò facessi, i limiti del presente articolo; e d'altra parte il lettore troverà molto facilmente altrove tutte le notizie, che vorrà, su questa legge. Se, come credo, Paolo parlava di un legato di uso o di usufrutto sopra una servitù non ancora costituita (2), è evidente che non poteva sorgere l'obiezione della inalienabilità di questa: e perciò la massima *servitus servitutis esse non potest* doveva necessariamente contenere un principio diverso. Ma, anche a volere ammettere l'opinione contraria, che riferisce questa legge all'usufrutto di servitù già costituita, il modo, come Paolo risolve il problema, resta sempre valida prova a dimostrare che egli voleva salvare la volontà del testatore senza urtare contro l'impossibilità di costituire un usufrutto avente per oggetto una servitù: tale impossibilità vien superata mutando quel voluto usufrutto in un diritto personale di obbligazione, o in una servitù di passaggio, acquedotto ecc. costituita in modo da estinguersi in quegli stessi casi, nei quali si sarebbe estinto l'usufrutto. Paolo cerca insomma di ottenere mediante rapporti giuridici possibili l'effetto pratico, che il testatore aveva dimostrato di volere ottenere con mezzi inammissibili in diritto. Ma se l'usufrutto di una servitù, impossibile come tale, si risolve in una servitù modificata in un certo dato modo, ciò significa che l'ostacolo consisteva nell'assurdità, che si trovava nel ritenere come oggetto dell'usufrutto la servitù, anzichè il fondo, sul quale il legatario doveva passare. Si tratta dunque di una absurdità teorica dipendente dalla costruzione scientifica, come oggi si direbbe, dell'istituto della servitù. Non si ammette la *servitus servitutis*, perchè essa si riduce real-

(1) Relativamente alla parola *fructus* usata nel fr. 33, § 1, *de s. p. r.* si veggano le ipotesi esposte in principio di questo articolo.

(2) Confr. in questo senso CUIACIUS, *Comm. in tit. II de usu et usufr. leg. lib. 33 Dig. ad h. l. (op. cit., vol. 7, col. 2131 segg.)*. — DONELLUS, *Comm. iur. civ.*, lib. IV, c. 5, § 4 (Lucae, 1762, vol. I, col. 677 seg.). — HILLIGER, *ad Donellum, loc. cit.* — GALVANUS, *De usufructu*, cap. III (Tubingae, 1788, pag. 17). — LUDEN, *op. cit.*, pag. 18. — PUCHTA, *Institutionen*, § 252, nota x, 9<sup>a</sup> ediz., Leipzig, 1881, vol. II, pag. 274). — SCHMIDT, *Ueber die Verpfändung der Rechte an fremden Sachen* (nella *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess* N. F., vol. 5 [Giessen, 1848, pag. 338 seg.]). — DERNBURG, *op. cit.*, pag. 491 seg. — WINDSCHEID, *op. cit.*, § 206, n. 10, vol. I, pag. 657.



mente ad un diritto sopra la cosa corporale, e perciò ad una servitù sola, ancorchè talvolta qualificata in questo o quel modo.

Il parallelismo tra la regola *servitus servitutis esse non potest* e l'altra *nullum praedium ipsum sibi servire potest*, si spiega così ottimamente. A quel modo che quest'ultima regola non esclude che il proprietario goda di una data facoltà, che potrebbe essere il contenuto di una servitù; ma esclude solo che tale facoltà, già compresa nel diritto di proprietà, abbia il carattere di servitù: nello stesso modo la prima regola significa che non può darsi servitù di servitù, perchè a voler costruire tale rapporto si ricade pur sempre in una unica servitù.

Ciò spiega perchè non si sia per la *servitus servitutis* ammessa un'estensione analogica simile a quella accettata pel *pignus pignoris* etc. Senza discuter qui se anche nel caso di pegno tali rapporti, piuttosto che essere veri pegni sopra diritti incorporali, si risolvano in pegni qualificati sopra cose corporali (1), resta pur sempre vero che rispetto alla servitù, anche quando l'inalienabilità non vi si opporrebbe, come nel caso del fr. 1 *de usu et usufr.*, 33, 2 citato, la *servitus servitutis* non è possibile, perchè si riduce ad una unica servitù.

In tal modo mi pare d'aver provato non solo che la regola *servitus servitutis esse non potest* non esprime il carattere dell'inalienabilità, bensì un altro derivante esso pure dalla natura della servitù; ma anche che delle tre opinioni espote più sopra sia vera la seconda, purchè rettamente intesa, e non la prima, la quale è priva di ogni intrinseco valore e si riconnette alla assai dubbia teoria, che vede nella servitù essenzialmente un frazionamento della proprietà da non potersi concedere che dal proprietario (2).

D'altronde questa teoria esaminata più da vicino, se vuole avere un significato pratico e vero, deve ridursi a quella da me qui esposta e difesa.

Se tale veramente è il valore della massima *servitus servitutis esse non potest*, si può forse dire che anche l'usufrutto di usufrutto non è ammissibile. Questa inammissibilità non ha il significato che non possa darsi un rapporto giuridico avente le pratiche conseguenze di un usufrutto di usufrutto, ma vuol dire semplicemente che questo si riduce ad una cessione dell'esercizio dell'usufrutto per un dato tempo e con certe determinate regole: il rapporto però del preteso secondo usufruttuario con la cosa è quello stesso, che per la cessione dell'usufrutto ci viene indicato dai testi.

(1) In questo senso vedi soprattutto EXNER, *Kritik des Pfandbegriffes*, Leipzig, 1873. — in senso contrario, oltre al SOHM, *Die Lehre vom subpignus*, Rostock, 1864, e al BREMER, *Das Pfandrecht und die Pfandobjecte*, Leipzig, 1867, e agli altri scritti citati dal WINDSCHEID, *op. cit.*, § 227, n. 7, pag. 730 seg., vedi, tra gli italiani, GUCINO, *Concetto del diritto di pegno*, Palermo, 1878. — A me par difficile ammettere per tutti i pegni una unica e identica costruzione giuridica; ciò che in essi vi è di comune è lo scopo e il modo di conseguirlo, quale si presenta alla mente della generalità degli uomini. Ma non è qui il luogo di discutere tale questione, accennata solo in via incidentale.

(2) Confr. WINDSCHEID, *op. cit.*, § 200, n. 3, pag. 637 seg. — Io accetto pienamente le conclusioni di questo scrittore su questo punto. — Confr. pure PICCINELLI, *Il pegno di servitù prediali*, Appunti, Firenze, 1884, pag. 16 n. 38: non tutte le ragioni peraltro addotte da questo giovane e valente autore (p. es. la citazione del fr. 25, § 1, *de v. s.*, 50, 16 ecc.) si possono ammettere.

## INSTITUTIONUM GRÆCA PARAPHRASIS THEOPHILO ANTECESSORI VULGO TRIBUTA

DI

C. FERRINI (\*)

E. C. FERRINI. — *Institutionem graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa, pars prior, libros I et II et prolegomena continens cum epistola C. E. Zachariae a Lingenthal.* — Berolini, Calvary, 1884; pag. XXII-256, in-8°.

Un lieto saluto ed un applauso cordiale accoglierà certamente in Italia questa nuova pubblicazione del giovane e valoroso prof. Ferrini. Da lungo tempo le fonti del diritto romano non avevano più trovato un critico ed illustratore italiano, sicchè il Ferrini è il primo a riaprire la serie interrotta; a questo merito si unisce l'altro d'essere il solo cultore forse, presso di noi, degli studi del diritto greco-romano.

Il volume, del quale parliamo, incomincia con una breve lettera latina dell'illustre Zachariae di Lingenthal, nella quale egli esorta fiducioso il F. a pubblicare la nuova aspettata edizione di Teofilo. Seguono i Prolegomeni, nei quali l'A. tratta dell'origine della Parafraasi, dei codici che ne hanno serbato il testo, dei sussidi usati e del modo tenuto nella edizione. Egli nega che Teofilo sia l'autore della Parafraasi, come vuole l'opinione da molto tempo dominante; i motivi principali del dubbio sono la mancanza del tempo a scrivere opera siffatta, essendo Teofilo morto probabilmente pochi mesi dopo la promulgazione delle Pandette e delle Istituzioni, ed essendo allora occupato a redigere un indice greco delle Pandette, che rimase esso stesso interrotto; il fatto che niuno prima dell'XI e del XII secolo attribuiva la Parafraasi a Teofilo; i troppo gravi errori giuridici, in cui questo dotto scrittore sarebbe caduto, se fosse autore della Parafraasi stessa.

Il F. spiega poi con probabile congettura come potè nascere l'opinione oggi ancora universalmente accettata; e crede che debba la Parafraasi essere stata fatta ai tempi di Giustiniano nella scuola di Berito, ove già era in uso una traduzione delle Istituzioni di Gaio, della quale si è valso l'autore di questa Parafraasi. Il F. modifica così l'opinione da lui altra volta (*Rendiconti del R. Ist. Lombardo*, 16, 559 e segg.) sostenuta, che Teofilo avesse fatto la traduzione di Gaio.

(\*) Recensione in *Riv. crit. delle sc. giur. e soc.*, 1884, p. 193.

Dei tredici codici noti, i principali sono il messinese, di cui il F. potè riscontrare la copia del Cario nella biblioteca di Berlino, due laurenziani, e due parigini, i quali portano una lezione evidentemente più antica, e quindi più sincera degli altri. Questa lezione forma la base del testo edito dal F. alla cui correttezza hanno contribuito i diligenti riscontri con le altre fonti latine e greche e con le edizioni anteriori; in nota sono riferite le principali varianti dei codici e delle edizioni. Le rubriche dei titoli sono dal F. riferite in latino, segnando in nota le diverse versioni greche. Di fronte al testo greco si legge poi la versione latina che il F. ha fatta di nuovo senza riprodurre alcuna delle precedenti.

Basta anche il riscontro di poche pagine per persuadersi della superiorità di questa edizione su quella del Reitz. Nella brevità dello spazio concesso a questi cenni bibliografici è impossibile addurre esempi speciali, ma il lettore potrà facilmente persuadersene da sè prendendo il libro. Ricorderò intanto solo un punto più interessante. Nelle precedenti edizioni il tit. 1 del lib. 1, che manca nei codici teofilini, è dato secondo la versione che probabilmente fu fatta dallo stesso Viglio Zuichemo per la sua edizione; il F. giustamente non fa neppure menzione di quella, ma ci dà invece dei frammenti di uno scolio del cod. laurent. LXXX, 1, che contengono parte di una versione, che forse poteva essere o avvicinarsi alla primitiva.

La traduzione latina è in generale assai buona. In cose di tal natura molto conviene lasciare all'arbitrio e al gusto personale; io tuttavia sottoporrei al F. qualche osservazione in proposito. Una traduzione è utile a tutti, ma veramente necessaria solo a coloro che non intendono o intendono male il greco. Costoro cercheranno nella traduzione soprattutto l'esatta riproduzione a parola del testo, perchè questa occorre ai loro studî; una riproduzione pedantesca, per così dire, senza aggiungere neppure una parola, ma senza trascurare neppure una parola sola, benchè minima e inutile fosse. La eleganza invece non sarà chiesta da nessuno. Ora questa così stretta versione in qualche caso non ci è data dal F., benchè la sua sia sempre molto fedele e esatta. Inoltre parmi che ogni qual volta è possibile sia preferibile usare il linguaggio delle fonti giuridiche latine stesse; ciò fu fatto dal F. il più delle volte, ma forse non sempre dove era possibile. Ripeto però che son tutte questioni minime e di gusto personale.

Sarebbe stata desiderabile nel latino una maggiore correttezza tipografica; il greco mi sembra molto più corretto. La cosa si spiega facilmente per la lontananza del tipografo berlinese; ma in una seconda edizione sarebbe utile provvedervi; certo gli errori sono molto più numerosi di quelli indicati a pag. XXII, n. 2.

Finalmente alcune altre raccomandazioni vorrei fare relativamente alla parte, dirò così, esterna del libro. Sarebbe utilissimo indicare al sommo di ogni pagina il libro e il titolo; la mancanza di ciò è molto incomoda per le ricerche. Desiderabile sarebbe pure, per noi che ci serviamo delle fonti greche in relazione alle latine, un indice finale contenente l'indicazione dei testi estranei alle Istituzioni giustiniane tradotti o altrimenti riferiti nella parafrasi greca.

Non posso chiudere quest'articolo senza tornare a dichiarare che il Ferrini ha bene meritato della scienza e specialmente degli studi italiani.

## L'EDITTO PERPETUO

DI

OTTO LENEL (\*)

OTTO LENEL. — *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung.* — Leipzig, Tauchnitz, 1883, pag. XXIV-455, in-8° grande.

Il signor prof. Lenel già prima aveva dato ottimi attestati della sua singolare perizia negli studi del diritto romano in opere minori, tra le quali noteremo quella « *Sull'origine e gli effetti delle eccezioni* » (*Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg, 1876); l'altra « *Contributi alla conoscenza dell'Editto pretorio* » (*Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts*, Stuttgart, 1878); un lungo e notevole articolo su « *La intenzione delle parti e le conseguenze giuridiche* » (*Parteilsicht und Rechtserfolg* nei *Jahrbücher für die Dogmatik* etc. dello Jhering, vol. 19 (1881), pagg. 154-253); una nuova serie di « *Contributi alla conoscenza dell'Editto e dei commentari all'Editto* » (*Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare* nella *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. II (1881), *Rom. Abteilung*, pagg. 14-83); « *Ricerche nei commentari dell'Editto* » (*Quellenforschungen in der Edictcommentaren* nella stessa *Zeitschrift*, vol. III (1882), *Rom. Abth.*, pagg. 104-120, 177-197, vol. IV (1883), *Rom. Abth.*, pagg. 112-125), oltre varî lavori di minore entità. Con questa preparazione eccellente egli si accinse alla ricostruzione dell'intero editto, concorrendo al premio a tale scopo assegnato dall'Accademia delle Scienze di Baviera a nome della Fondazione Savigny, nell'anno 1880; e l'opera sua giustamente ottenne quel premio con lode universale.

L'ultima e più importante opera della stessa natura era quella ben nota del RUDORFF, *De iurisdictione edictum* (Lipsiae, 1869), la quale sebbene di molto superiore a tutte le altre precedenti, non rispondeva tuttavia interamente alle esigenze scientifiche, essendovi stati troppo trascurati i commentari all'editto dei diversi giureconsulti romani, ed avendo l'autore lasciato troppo libero campo alla sua fantasia nella ricostruzione delle formule.

L'*Edictum* del Lenel ci dà invece tutto quanto era desiderabile, ed è tale che nessuno studioso del diritto romano potrà fare a meno non solo di tenerlo nella sua biblioteca, ma di consultarlo continuamente. Il lavoro è tutto fondato sui commentari più sopra accennati. Questi hanno servito a stabilire l'ordine delle materie, questi hanno rivelato all'occhio critico dell'autore le parole dell'editto nella loro forma genuina, questi lo hanno guidato nelle restituzioni ipotetiche, delle quali però egli non manca mai di esprimere il grado maggiore o minore di probabilità. A ciascun paragrafo dell'editto sono in nota citati tutti i testi dei diversi commentari, che ad esso

(\*) Recensione in *Studi senesi*, vol. I (1884), pag. 219. [V. anche pag. 269].



si riferiscono; in modo che se ne ottiene una completa palingenesia di questi scritti, ordinata logicamente, a differenza di quella dello Hommel. Avendo in un corso libero di esegesi delle fonti romane in quest'anno seguito l'ordine di quelle citazioni, io posso per esperienza attestarne la grandissima esattezza.

Il libro, oltre la prefazione, due pagine di aggiunte e correzioni, uno specchio di tutta la serie dei paragrafi dell'editto con l'indicazione dei libri di Ulpiano, Paolo, Gaio e Giuliano, che ne trattano, ed oltre una nota delle leggi, delle quali è proposta qualche correzione nell'iscrizione, e un indice per materie, si divide in due parti principali. La prima, molto più breve (pagg. 1-38), tratta della natura dell'editto, e della disposizione delle singole sue parti. La seconda poi (pagg. 39-446) contiene paragrafo per paragrafo la ricostruzione ragionata dell'editto e delle formule. Le illustrazioni, che accompagnano e spiegano tale ricostruzione, diventano spesso ricchi per quanto concisi commenti, nei quali il lettore lietamente meravigliato trova spesso acute interpretazioni di testi, osservazioni nuove ed esatte, proposizioni di nuovi problemi, insomma mille cose da imparare, mille argomenti da ripensare.

Non mi è possibile senza dilungarmi soverchiamente notare qui, come avrei desiderato, neppure i punti più importanti dell'opera. Mi contenterò solo di qualche cenno a mo' d'esempio.

Il Lenel sostiene, confutando le idee differenti dei più moderni autori, che il contenuto dell'editto non si può determinare, se non seguendo il concetto, già espresso da Gifanio, che il pretore emanava regole concernenti il proprio ufficio. Ciò ne delimita la materia. La divisione generale dell'editto poi va fatta in quattro parti principali, più un'appendice contenente gl'interdetti, le eccezioni, le stipulazioni pretorie; vien finalmente l'editto edilizio aggiunto da Giuliano a quello pretorio. Delle quattro parti sopra accennate, la prima contiene le disposizioni relative all'ordinamento e la sicurezza del processo fino al *iudicium*, la seconda la materia stessa dei giudizi fondati sulla *iurisdictio*, la terza quella dei giudizi fondati sull'*imperium*, la quarta finalmente è relativa all'esecuzione e alla querela di nullità.

Tutta questa divisione ritrovata, come ho già detto, seguendo l'ordine dei commentari, a me sembra si debba approvare senz'altro; come pure in massima è da approvare l'ordine assegnato ai singoli paragrafi nelle diverse parti. Nè saprei aderire alla critica fatta da alcuni egregi recensori ai criteri adottati dal Lenel nel risolvere una questione particolarmente difficile relativa a quest'ordine (1). Ulpiano e Giuliano, conformemente alla disposizione che troviamo anche nel Codice e nelle Pandette, poco dopo il principio della parte seconda dell'editto, seguono nelle loro opere press'a poco quest'ordine: *hereditas petitio* (Ulp., lib. 15, 16), *rei vindicatio* e *Publiciana* (lib. 16 e parte del 17), azioni di servitù (lib. 17), azioni civili di danno (lib. 18), azioni divisorie (lib. 19, 20), fideiussione (lib. 20, 22), *interrogatio in iure* circa la qualità d'erede (lib. 22), giuramento (lib. 22), *interrogatio in iure* nelle azioni nossali (lib. 23), azioni pretorie di danno (lib. 23).

Paolo invece osserva un ordine affatto diverso in questo modo: *interrogatio in iure*, giuramento e simili (lib. 17, 18), poi l'editto publiciano e le azioni pretorie di danno (lib. 19), l'*hereditas petitio*, la *rei vindicatio*, le

(1) Vedi p. e. il prof. L. LANDUCCI, *Recensione del libro del Lenel nella Rivista critica delle scienze giuridiche*, anno II, n. 2, pagg. 40-44, specialmente pagg. 43-44; confr. pure la recensione nella *Nuova antologia*, vol. 73 (2ª serie, 43), anno 1884, gennaio, fasc. 2, pag. 387 e seg.

azioni di servitù, le azioni civili di danno, le azioni divisorie, la fideiussione (lib. 20, 25).

Simile forse a quello di Paolo, salvo qualche piccola modificazione, era l'ordine seguito da Gaio. Evidentemente il sistema di Ulpiano è più logico e fu perciò posto a base di tutte le ricostruzioni dell'editto fino ad oggi.

Il Lenel invece ritiene essere, appunto perchè meno logico, più conforme all'originale il sistema di Paolo; e il suo ragionamento a me par buono: non tale certamente da togliere ogni dubbio e da render la cosa evidente, ma tale da dimostrarla assai probabile. È naturale che un giureconsulto dia al suo commento un ordine più logico di quello del testo commentato; laddove male s'intende come potrebbe venirgli in mente di dargliene uno meno ragionevole. Certe ragioni storiche tradizionali potevano bensì imporsi a Giuliano nel redigere l'editto sugli editti precedenti, ragioni che non avevano ugual forza per i teorici, e potevano non averla per lo stesso Giuliano nella sua qualità di teorico. Il Lenel nota infatti che nell'ordine seguito da Paolo le prime disposizioni si collegano con le generalità *de iudiciis omnibus*, e quindi nelle altre le azioni pretorie si fanno precedere alle civili, alle quali vanno unite le *utiles* costituite sul loro modello. Tale ordinamento si può bene intendere come quello dell'editto, non come quello modificato del commento, nel quale è più opportuno attenersi più strettamente alla sostanza stessa delle disposizioni. Di ciò parmi non abbiano tenuto conto abbastanza i critici del Lenel sopra ricordati.

Il celebre prof. Brinz nel suo resoconto alla R. Accademia di Monaco, pubblicato nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte IV, Rom. Abth.*, pag. 164-176, fa con la consueta sua dottrina rilevare i molti pregi e i pochi difetti delle ricostruzioni proposte dal Lenel (1). Non è dunque il caso di tornare a far ciò che fu già fatto tanto bene. Non già che non resti altro da dire — p. es. io credo non improbabile che parecchi dei testi dei commentari raccolti talora un po' forzatamente dal Lenel sotto questo o quel paragrafo nella parte relativa ai magistrati municipali (§ 1 e segg.) si possono invece riunire, riferendoli ad una trattazione più generale quasi a modo di prefazione a quella parte — è peraltro miglior partito rinviare addirittura al bellissimo libro lo studioso lettore.

È da sperare che quest'opera abbia in Italia la diffusione che merita: se ne potrebbe trarre un felice segno d'avanzamento negli studi giuridici. Non posso però trattenermi dal fare a tale proposito un'ultima osservazione nel chiudere questa già troppo lunga bibliografia. Perchè, mentre tutti i libri precedenti di simil natura furono pubblicati in latino, questo invece fu scritto in una lingua moderna? Ciò nuocerà forse alla sua diffusione, poichè non pochi studiosi non potranno prenderne conoscenza e saranno così privati di godere dei frutti di un lavoro scientifico d'importanza universale.

(1) Non saprei peraltro consentire in tutte le osservazioni del Brinz. Così p. es. nel § 275 il Lenel con molto acume sostiene che la formula delle eccezioni *rei iudicatae* e *rei in iudicium deductae* era una sola in modo da costituire una sola eccezione: *si ea res a. d. a. iudicata vel in iudicium deducta non est inter Nm Nm et Am Am*. Il Brinz ne dubita solo, ma espone la cosa come se il Lenel ne traesse la conseguenza che anche nel diritto giustiniano dovesse considerarsi come conservata l'e. *rei in iud. deductae*. Ma di ciò non v'è traccia nel nostro autore, nè si può dire che quella sia una conclusione necessaria della sua opinione, la quale si riferisce all'editto di Giuliano.

È probabile che il Lenel stesso torni a trattare l'argomento nella *Zeitschrift d. Savigny-Stiftung*.

TRATTATO TEORICO-PRATICO DELLA ECCEZIONE  
DI COSA GIUDICATA SECONDO IL DIRITTO ROMA-  
NO E IL COD. CIV. ITALIANO CON ACCENNI AL  
DIRITTO INTERMEDIO

DI

PIETRO COGLIOLO (\*).

P. COGLIOLO. — *Trattato teorico-pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenni al diritto intermedio*, vol. I. — Torino, Bocca, 1883; pag. XVIII-518, in-8° grande.

Questo primo volume dell'opera del Cogliolo è tutto relativo al diritto romano puro, e, perchè esaurisce la trattazione di questa parte del suo tema, si può considerare come un trattato dell'eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano, e se ne può far la critica senz'aspettare l'altro o gli altri volumi. Dovendo dire piuttosto male che bene del libro, mi preme dichiarare fin d'ora, che non intendo con ciò giudicare l'A. come disadatto a questi studi; anzi ritengo che, se riuscirà a spogliarsi dei gravi difetti, che ora gl'impediscono di ben lavorare, egli abbia sufficiente ingegno per non venir meno alle speranze già altra volta da me espresse in questa rivista (vol. I, p. 164 segg.) [v. pag. 180].

Dopo una breve prefazione, si trova l'elenco della letteratura giuridica della eccezione di cosa giudicata; elenco assai ricco, ma in cui si potrebbe desiderare maggior ordine, maggiore uniformità nel modo di riferire il titolo dei libri, maggior correttezza (per esempio la recensione della *Krit. Vierteljahresschrift*, citata a pag. XIV, n. 59 non è dello Hölder ma del Regelsberger; del WÄCHTER, *Erörterungen* doveva citarsi la parte 3<sup>a</sup> e non la 2<sup>a</sup>, come fu fatto a pag. XIV, n. 62; la 7<sup>a</sup> edizione del Vangerow non è del 1851, come si dice, forse per errore di stampa, a pag. XVI, n. 105; e simili), maggior completezza (così, lasciando stare le dissertazioni poco importanti, poteva ricordarsi il TARDIF, *Etude sur la litis contestatio*, etc., Paris, 1881; il BEKKER, *Aktionen*, Berlin, 1871-73 specialmente I *Beilage H*, p. 317 segg., il quale però viene citato poi qualche volta incidentalmente nel corpo del libro; il VOICT, *Jus naturale*, III, pag. 1075 segg., ecc.). Si desidererebbe poi sapere quali sono i libri, dei quali l'A. non ha avuto conoscenza; è lecito infatti ritenere, ch'egli non li abbia conosciuti tutti, e nemmeno quelli che cita più spesso; così, per esempio, a pag. 15, nota 13, si cita un opuscolo del

(\*) Recensione in *Riv. crit. delle scienze giuridiche e sociali*, 1884, pag. 257.

Bekker invece di un altro (*De emptione venditione quae Plauti fabula fuisse probetur*, 1853); a pag. 104, nota 104, si riferiscono alcune parole del Liebe, che sono invece parole del Bekker (cons. pag. 122), il quale cita l'opinione, non le parole del Liebe.

Questi esempi, che io non ho cercati appositamente, bastano a far sorgere parecchi dubbi. Ma lasciamo stare queste piccolezze, alle quali non deve attribuirsi peso soverchio.

L'opera è divisa in tre libri: il 1° tratta della storia dell'eccezione di cosa giudicata; il 2° della funzione di questa; il 3° delle sue condizioni ed effetti. In fondo a questo terzo libro però si trova un lungo paragrafo, che costituisce di per sé una parte, che avrebbe dovuto essere separata dal resto: esso contiene infatti l'esegesi del titolo *De exc. r. iur.*, e occupa non breve spazio, da pag. 386 a pag. 494. Esegesi e spazio affatto inutili, poichè non vi si dice nulla, che non sia già stato detto nel resto del libro; sicchè con molto maggior vantaggio vi si sarebbe potuto sostituire un indice delle fonti; tanto più che l'A. riferisce quasi sempre per intero, nel corso dell'opera, i testi di cui si serve: anzi talora spinge questo suo uso, per se stesso buono, fino all'esagerazione di trascrivere un testo due volte a due pagine di distanza (v. p. 367 e 369).

Ma veniamo a parlare della sostanza del libro, e specialmente delle novità in esso contenute. È infatti notevole nell'A. una gran brama di dir cose nuove; questa in generale denota ingegno vivace, ma deve essere moderata per produr buoni frutti; nulla essendo più facile che dir cose nuove prive di fondamento.

Basandosi sui due noti passi di Giulio Vittore, l'A. ritiene che la regola *bis de eadem re ne sit actio* fosse stabilita da una legge anteriore alle 12 tavole.

Di ciò però non v'è prova; nonostante le frasi di quel retore, e l'autorità di gravi giuristi moderni, è lecito dubitare ancora dell'origine legale della regola; se poi questa si ammette, le maggiori probabilità sono per le 12 tavole stesse, che vengono dette *legge* per eccellenza.

Da questa massima, secondo l'A., i giureconsulti derivarono la *consumptio actionis per litis contestationem*, questa però venne meno colla legge *Julia iudiciaria*, che istituì la perenzione del processo: da quella legge in poi solo la sentenza consumò l'azione. Quest'opinione, contraria a quella ammessa da tutti, forma uno dei punti principali del libro.

Ma essa manca d'ogni serio fondamento. Il sillogismo, col quale l'A. a pag. 31 riassume i suoi argomenti: *l'esistenza di un processo in corso impedisce il ritentamento dell'azione; ma dopo 18 mesi il processo moritur cioè più non esiste; dunque dopo 18 mesi l'azione può ritentarsi*, è falso nella premessa maggiore concepita in modo da contenere una petizione di principio: l'impedimento non derivava dal processo *in corso*, ma dal fatto di avere una volta contestata la lite. Numerosissimi testi appoggiano l'opinione dominante, anzi molti direttamente l'esprimono: contro di essi l'A. lotta invano con interpretazioni talvolta stranissime. Così per esempio il famoso passo di Gaio III, 180-181 è considerato dall'A. come un semplice residuo di quanto accadeva prima della *l. Julia iud.*, privo di ogni significato pratico. Sarebbe però poco spiegabile l'errore di Gaio, che avrebbe insegnato come vigente ciò, che era abolito nientemeno che da circa due secoli! D'altronde non è forse Gaio stesso che poco dopo ci parla della legge Giulia? Nè dovevano sfuggire all'A. alcuni altri passi di Gaio da lui non menzionati neppure. Per esempio, secondo la sua teoria, l'*exc. rei in iud. ded.* logicamente sarebbe diventata semplicemente dilatoria, durante la litispendenza,



dopo la l. Giulia. Gaio invece, due secoli dopo, lo ripeto, così scriveva (IV, 121): *Peremptoriae* (sc. exceptiones) *sunt, quae perpetuo valent, nec evitari possunt, velut..... quod res iudicata est, VEL IN JUDICIUM DEDUCTA EST.* — Non istarò neppure a confutare le interpretazioni dei testi delle Pandette e del Codice fatta dal nostro A. a pag. 66 segg. Non credo che alcuno vorrà ritenere i giureconsulti romani così ignoranti del proprio linguaggio giuridico da significare l'avvenuta sentenza con le parole *agere, petere, in iudicium deducere, convenire, intendere, litem contestare* e simili. Tale tuttavia è il presupposto di tutte quelle interpretazioni! Non posso però tacere di un'altra affermazione dell'A. Egli dice più volte (pag. 81, 407) che l'antico adagio *bis de eadem re ne sit actio*, abolita la consunzione *per litem contestationem*, si mutò nell'altro *bis de eadem re ne sit iudicium* (l'A. per *iudicium* intende sentenza). Ciò naturalmente deve essere avvenuto dopo la famosa *l. Julia jud.* Ma qual'è lo scrittore che più volte riferisce e discute l'adagio nella prima forma? Quintiliano. Chi la riferisce nella seconda? Terenzio! Dovremo noi proprio ricordare all'A. che Quintiliano scrisse circa un secolo *dopo* e Terenzio circa un secolo e mezzo *prima* della l. Giulia? Ma che l'A. non sia molto felice in fatto di cronologia, risulta anche da altri punti del suo libro: per esempio a pag. 304 una costituzione di Antonino Pio è citata come posteriore a una serie di frammenti di Ulpiano e di Modestino.

Non mi fermerò sulla storia della *consumptio* da Teodosio a Giustiano, perchè le cose dette dall'A., benchè discutibili, non sono nuove; mi meraviglio anzi che egli a pag. 43 n. 47, scriva a proposito di Teodosio: « Questo periodo di storia non è trattato dagli scrittori ». Basta infatti rinviarlo ad un libro da lui molto adoperato, WINDSCHEID, *Actio*, pag. 66, n. 7.

Prima di passare all'esame della parte relativa alla funzione dell'eccezione di cosa giudicata, è necessario premettere un'osservazione più generale. L'A. non sembra si sia reso un esatto conto di ciò che per dir. rom. erano le eccezioni e le replicazioni. Così egli, riguardo alle prime, confonde *denegatio actionis* con l'estinzione *ipso iure* dell'azione, e crede che la *denegatio* non possa aver luogo, nei casi nei quali si suol far uso dell'eccezione, e che nel caso d'estinzione *ipso iure* non possa mai farsi luogo al *iudicium*. Tali errori spero non abbiano più bisogno di confutazione. In vari luoghi poi, ove parla di replicazioni, egli mostra di credere esser queste semplici opposizioni all'eccezione, alle quali si ricorre anche quando a questa manchi già di per sè ogni fondamento (v. pag. 130 segg., 150, 479 segg.). È naturale che da tali inesatti principî l'A. abbia ricavata una serie di erronee conseguenze e di poco buone interpretazioni, che per brevità non istarò a ricordare particolarmente.

L'opinione del Cogliolo circa la funzione dell'*exc. r. iud.* va riferita con le sue stesse parole: « La consunzione è prodotta unicamente dalla sentenza « e l'eccezione di cosa giudicata è data tutte le volte che sul diritto, ora « introdotto, vi è già stata una sentenza *bis de eadem re ne sit iudicium* (pag. 58). « L'eccezione di cosa giudicata non viene concessa per ciò che « quel diritto fu consumato dalla *litis contestatio*, e quindi essa non ha la « funzione negativa; non viene neppur concessa per ciò che il nuovo diritto « è in contraddizione col giudicato, giacchè non è necessaria tale contraddizione, bastando l'essere stato oggetto di un giudizio, e quindi non ha la « funzione positiva » (pag. 59).

Simili proposizioni sono ripetute molte volte, e contengono la sostanza del libro II. Ma esse, a parer mio, lasciando stare molti punti particolari,

pecano per più lati. In primo luogo presuppongono che la *litis contestatio* non consumi la lite; in secondo luogo si poggiano sul falso concetto, che la funzione così detta negativa sia una necessaria conseguenza di quella consunzione per *litis contestationem*. Basta invece guardare il Brinz, 2<sup>a</sup> ed., § 96 per persuadersi, come sia nuovo l'ammettere la funzione negativa senza farla dipendere da quella consunzione. Finalmente poi dalle parole sopra riferite e da tutto lo svolgimento della teoria, come si legge nel nostro A., apparisce ch'egli ammette la funzione negativa, ma che talora applica anche la positiva; poichè in più d'un caso egli l'ammette per far valere in un giudizio susseguente come vero il contenuto di una precedente sentenza. Queste osservazioni, s'intende, io faccio senza tener conto degli scritti pubblicati contemporaneamente o dopo quello dell'A., come per esempio l'*Edictum* del Lenel, l'articolo del Bekker sulle *Conditionen* del Paron, il libro dello Schultze e altri. Coll'aiuto di questi l'A. potrebbe correggere più d'una delle sue troppo affrettate affermazioni generali e particolari.

La terza parte dell'opera tratta delle condizioni per poter esercitare l'*exc. r. iud.* La sostanza di questa parte si può così riassumere: la regola comunemente ammessa, che per avere identità di questione è necessario si abbiano *eadem personae, eadem res, eadem causa*, è falsa; conviene sostituirvi l'altra, che è necessaria l'identità di fatto e di rapporto giuridico. Ora io non negherò che una regola così concepita possa avere del vero, se intesa in un certo modo; ma nego ch'essa abbia un senso determinato, e che sia migliore di quella comune, per quanto questa sia poco precisa e debba intendersi *cum grano salis*. Chi potrà infatti intendere quando vi sia identità di fatto e di rapporto giuridico, se non scinde questo nei vari suoi elementi? E quali saranno questi elementi, se non le persone, la causa, la cosa?

La confutazione che l'A. fa della regola comune è in certi punti molto singolare, perchè egli dimentica che si richiedono contemporaneamente le tre identità e le confuta separatamente, come insufficienti ciascuna per se stessa; oltrechè intende la regola alla lettera, mentre nessuno le dà questo significato letterale. Del resto egli stesso è molto imbarazzato a determinare che cosa sia identità di fatto e di rapporto giuridico. Uno degli esempi da lui più spesso addotto è quello della *rei vindicatio*: qual'è in essa il rapporto giuridico? l'obbligazione del possessore di restituire la cosa. E il fatto? la proprietà! Più d'un lettore certamente crederà ch'io scherzi ciò dicendo: ma tale è proprio l'opinione dell'A. (v. pagg. 213, 225, 264, 265, 292). Però egli stesso altrove (pag. 217) tratta la proprietà come rapporto giuridico, e altrove ancora (pag. 211) dice che *fatto* nella *rei vindicatio* è il possesso del convenuto.

Chi crederà ora alla bontà della regola proposta dall'A.?

Dei punti di minore importanza ne rileverò qui uno soltanto. L'A. in più luoghi loda e mostra d'accettare la teoria dell'identità d'obbietto sostenuta dal prof. Landucci per spiegare la natura delle obbligazioni correali: solo propone di sostituire l'identità di rapporto giuridico a quella dell'obbietto. Non s'avvede il Cogliolo che la piccola modificazione ha per effetto di ricondurre la teoria del Landucci a quella del Ribbentrop, da lui combattuta? Che differenza c'è tra rapporto giuridico obbligatorio e obbligazione, astrazione fatta dalle persone?

Chiuderò tornando a far voti perchè l'A. in avvenire ci dia miglior frutti del suo ingegno.

## IUS GRÆCO-ROMANUM

DI

C. E. ZACHARIAE (\*)

C. E. ZACHARIAE VON LINCENTHAL. — *Ius graeco-romanum, Pars VII, Epitomae legum tit. XXIV et sequentes.* — Lipsiae, 1884, pag. VI-213 in-8°.

Nella seconda parte della sua ben nota raccolta del *Ius graeco-romanum* l'illustre Zachariae pubblicava insieme con la *Synopsis minor* anche i primi 23 titoli della *Ecloga legum in epitome expositarum* detta anche più brevemente *Epitome*. Oggi, dopo 24 anni tutti spesi a pro' della scienza, egli pubblica, come settima parte della sua raccolta il resto dell'*Epitome* stessa, servendosi del codice basiliano 114 o vaticano 2075, di quello viennese *iurid.* gr. 2, e di uno ambrosiano Q 25 *supra*, scoperto recentemente dal prof. C. Ferrini. Il volume, di cui lo Zachariae si è fatto egli stesso editore, è condotto con tutta la diligenza per la quale vanno segnalate le pubblicazioni del dottissimo uomo. Solo nell'*Index fontium* in fine del volume abbiamo per caso trovato qualche errore di stampa da correggere; la correzione peraltro è facile riscontrando le accuratissime note al piede delle pagine del testo greco.

La raccolta del *Ius graeco-romanum* resta dunque per ora così formata: *pars I* (Lipsiae, Weigel, 1856) *Practica ex actis Eustathii Romani*; — *pars II* (Lipsiae, Weigel, 1856) *Liber iuridicus alphabeticus sive Synopsis minor et Ecloga legum in epitome expositarum* [tit. 1-23]; — *pars III* (Lipsiae, Weigel, 1857) *Novellae constitutiones imperatorum post Justinianum*; — *pars IV* (Lipsiae, Weigel, 1865) *Ecloga privata aucta, Ecloga ad prochiron mutata, et Epanogoge aucta*; — *pars VI* (Lipsiae, typis Hirschfeld, 1869) *Sinopsis Basilicorum*; — *pars VI* (Lipsiae, typis Hirschfeld, 1869) *Prochiron auctum*; — *pars VII* (Lipsiae, typis Hirschfeld, 1884) *Epitomae legum tit. XXIV et sequentes* [24, 45, 49, 50].

Possa il vecchio e venerando editore continuare per lungo tempo l'opera sua.

(\*) Cenno bibliografico in *Studi senesi*, vol. I (1884), pag. 329.

## DUE LIBRI SULL'EDITTO PERPETUO (\*)

OTTO LENEL. — *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung.* — Leipzig, Tauchnitz, 1883, pag. XXIV-455, in-8° grande.

LOUIS JOUSSERANDOT. — *L'Edit perpétuel restitué et commenté.* — 2 vol., Paris, A. Marescq aîné, 1883; I, pagg. XXXVI-529; II, pag. 696.

Due libri simili per l'argomento, ma quanto dissimili tra loro in tutto il resto! La differenza fondamentale di metodo e di studi relativa non solo alla speciale materia dell'editto perpetuo, ma a tutto quanto il diritto romano, si rivela in ogni pagina dei nostri due autori; ed è tale che, mentre il Lenel ci ha data un'opera magistrale e oramai necessaria a qualunque studioso della nostra scienza, il Jousserandot invece ha purtroppo fallito il suo scopo, facendo un lavoro di un'utilità molto problematica.

Per noi italiani il confronto di questi due libri può contenere un prezioso ammaestramento. È probabile infatti che per la maggior parte, i nostri romanisti, se si fossero messi a fare un'opera di tal natura, avrebbero seguito piuttosto il metodo del francese, che quello del tedesco, e non avrebbero ottenuti risultati migliori di quello (1).

L'ultima e più importante ricostruzione dell'editto perpetuo era quella ben nota del Rudorff (*De iurisdictione edictum*, Lipsiae, 1869); ma essa tuttavia non rispondeva a tutte le esigenze della scienza, essendovi stati troppo trascurati i commentari all'editto dei diversi giureconsulti romani, ed avendo troppe volte l'autore lasciato libero campo alla sua fantasia nel ricostruire le formule.

Perciò la R. Accademia di Monaco di Baviera, per incarico ricevuto dalla fondazione Savigny (*Savigny-Stiftung*), nell'anno 1880 stabiliva un premio pel miglior lavoro relativo alle formule dell'editto perpetuo.

Il prof. Lenel, che già da qualche anno aveva fatti degli studi in proposito, vinse il premio nell'anno 1882. La pubblicazione dell'opera sua ha dimostrato che quella vittoria era meritatissima.

Il lavoro è tutto fondato sui commentari più sopra ricordati. Questi hanno servito a stabilire l'ordine delle materie; questi hanno rivelato all'occhio critico dell'autore le parole dell'editto nella loro forma genuina; questi lo hanno guidato nelle restituzioni ipotetiche, delle quali però egli non manca mai di esprimere il grado maggiore o minore di probabilità.

L'A. più che le formule stesse delle azioni, ha potuto trarre dai mate-

(\*) Recens. in *Cultura*, 1884, pag. 467. [Cfr. pag. 261].

(1) Fatte, s'intende, le debite eccezioni. Così, per es., debbono ricordarsi a titolo d'onore le ricostruzioni di alcuni paragrafi dell'editto proposte dall'Alibrandi (*De bonorum possessionibus*, Romae, 1869).



riali che ci sono rimasti, il testo dell'editto stesso contenente le disposizioni pretorie.

A ciascun paragrafo dell'editto sono in nota citati tutti i testi dei diversi commentari, che ad esso si riferiscono, in modo che se ne ottiene una compiuta palinogenesi di quegli scritti, ordinata logicamente a differenza di quella dello Hommel. Avendo avuto occasione di fare uso frequente di quelle citazioni, io posso attestarne la grandissima esattezza.

Il libro, oltre alcune parti secondarie (la prefazione, due pagine di aggiunte e correzioni, uno specchio di tutta la serie dei paragrafi dell'editto con l'indicazione dei libri di Ulpiano, Paolo, Gaio e Giuliano che ne trattano, una nota delle leggi, delle quali è proposta qualche correzione nella iscrizione, e un indice per materie), si divide in due parti principali. La prima molto più breve (pagg. 1-38), tratta della natura dell'editto, e della disposizione delle singole due parti. La seconda poi (pagg. 39-446) contiene paragrafo per paragrafo la ricostruzione ragionata dell'editto e delle formule; le illustrazioni, che accompagnano e spiegano tale ricostruzione, diventano spesso ricchi, per quanto concisi, commenti, nei quali il lettore lietamente meravigliato trova spesso acute interpretazioni di testi, osservazioni nuove ed esatte, proposizioni di nuovi problemi, insomma mille cose da imparare, mille argomenti da ripensare. Grandissimo è il profitto che se ne può ricavare. L'A. stesso ce ne ha indicato il modo nei suoi bellissimi saggi già pubblicati col titolo: « *Contributi alla conoscenza dell'Editto e dei Commentari all'Editto* » (*Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentaren*, nella *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. II, (1881) *Rom. Abtheilung*, pagg. 14-83) e « *Ricerche nei Commentari dell'Editto* » (*Quellenforschungen in den Edictcommentaren* nella stessa *Zeitschrift*, vol. III (1882), *Rom. Abth.*, pagg. 104-120, 177-197; vol. IV (1883), *Rom. Abth.*, pagg. 112-125).

I risultati generali, ai quali l'A. è pervenuto, mi sembrano completamente accettabili. Egli sostiene, confutando le idee differenti dei più moderni autori, che il contenuto dell'editto non si può determinare se non seguendo il concetto, già espresso dal Gifanio, che il pretore emanava regole concernenti il proprio ufficio. Ciò ne delimita la materia. La divisione generale dell'editto poi va fatta in quattro parti principali, più un'appendice contenente gl'interdetti, l'eccezioni, le stipulazioni pretorie; vien finalmente l'editto edilizio aggiunto da Giuliano a quello pretorio. Delle quattro parti sopra accennate, la prima contiene le disposizioni relative all'ordinamento ed alla sicurezza del processo fino al *iudicium*; la seconda la materia stessa dei giudizi fondati sulla *iurisdictio*; la terza quella dei giudizi fondati sull'*imperium*; la quarta finalmente è relativa all'esecuzione e alla querela di nullità.

Questa divisione è tutta fondata sull'ordine seguito dai commentari.

Un punto peraltro è molto controverso. Il commentario di Ulpiano nei libri 15-23 non coincide con l'ordine seguito da Paolo nei libri 17-25, ove si tratta delle medesime materie; e a quanto pare conforme a Ulpiano era anche Giuliano, conforme a Paolo era Gaio. Tutte le ricostruzioni sin qui tentate hanno preferito il sistema di Ulpiano, come quello che evidentemente è più logico. Il Lenel invece ritiene esser più conforme all'editto il sistema di Paolo, appunto perchè meno logico; e il suo ragionamento, benchè da altri censurato, a me par buono; non tale certamente da togliere ogni dubbio e da render la cosa evidente, ma tale da dimostrarla assai probabile.

È naturale che un giureconsulto dia al suo commento un ordine più logico di quello del testo commentato; laddove male s'intende come potrebbe

venirgli in mente di dargliene uno meno razionale. Certe ragioni storiche tradizionali potevano bensì imporsi a Giuliano nel redigere l'editto sugli editti precedenti, ragioni che non avevano ugual forza per i teorici, e potevano non averla per lo stesso Giuliano nella sua qualità di teorico. Il Lenel nota infatti che, nell'ordine seguito da Paolo, le prime disposizioni si collegano con le generalità *de iudiciis omnibus*, e quindi, nelle altre, le azioni pretorie si fanno precedere alle civili, alle quali vanno unite le *utiles* costituite sul loro modello. Tale ordinamento si può bene intendere come quello dell'editto, non come quello modificato nel commento, nel quale è più opportuno attenersi più strettamente alla sostanza stessa delle disposizioni.

Il celebre prof. Brinz nel suo resoconto alla R. Accademia di Monaco, pubblicato nella *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte*, IV, *Rom. Abth.*, pagg. 164-176, fa con la consueta sua dottrina rilevare i molti pregi e i pochi difetti delle ricostruzioni proposte dal Lenel (1). Non è dunque il caso di tornare a fare ciò, che fu già fatto tanto bene.

Non già che non resti altro da dire, p. es. io credo non improbabile che parecchi dei testi dei commentari, raccolti talora un po' sforzatamente dal Lenel sotto questo o quel paragrafo nella parte relativa ai magistrati municipali (§ 1 e segg.), si possano invece riunire riferendoli ad una trattazione più generale, quasi a modo di prefazione a quella parte; è peraltro miglior partito rinviare addirittura al bellissimo libro lo studioso lettore.

È da sperare che quest'opera abbia anche in Italia la diffusione che merita; se ne potrebbe trarre un felice segno d'avanzamento negli studi giuridici.

Non posso trattenermi dal fare un'ultima osservazione. Perchè mai, a differenza di tutte le precedenti, l'opera non fu scritta in latino? Ciò nuocerà forse alla sua diffusione e a quel carattere di universalità che le si conviene, così per la materia trattata come per la grande maestria dell'autore.

Il libro del Jousserandot, com'egli stesso ci dice, è sorto ad occasione del corso di diritto romano, ch'egli tiene all'università di Ginevra in forma appunto di commento all'editto. Oltre la prefazione relativa al valore del diritto romano e specialmente dell'editto, il libro si compone di due parti principali. Nella prima, che comprende il primo volume e gran parte del secondo, l'A. commenta i paragrafi dell'editto. Nella seconda (vol. 2° pagg. 557-696) tutta latina, stampata in modo da poter costituire anche un'opera a parte, è esposta la serie dei paragrafi stessi secondo la restituzione dell'A.

Ma purtroppo il valore del commento e della restituzione non è grande. Il primo è molto elementare, e non sempre all'altezza dei nuovi risultati scientifici; la seconda, fatta all'ingrosso sul modello del Rudorff, non è certo migliore di questo modello. Infatti il Jousserandot invece di toglier tutto ciò che vi era di meno sicuro e di ricercare il resto nei testi romani, ha creduto di poter addirittura occupare egli stesso il posto di pretore a Roma, ricostruendo di proprio arbitrio anche ciò che il Rudorff si era astenuto dal tentare. Basta gettare uno sguardo sull'opera sua per avvedersi dell'infelice riuscita di tentativi fatti con tal metodo. Valga il suo esempio a trattenere gli altri dal seguire la stessa via, e a persuaderli, che spesso i così detti principî giuridici, che si vogliono sostituire alla scienza positiva dei fatti reali, e i cosiddetti voli d'ingegno, con che credono di poter ottenere ciò che solo con uno studio difficile, pel quale è necessario certo un ingegno molto maggiore ancora, si può conseguire, troppo spesso ci conducono a varî risultati, e ciò che è peggio, all'inutile errore.

(1) [V. nota 1 a pag. 263].

## RESPONSABILITÀ E VOLONTÀ NEI NEGOZI GIURIDICI (\*)

SIGNORI,

Non mi è possibile di celare la commozione, che provo nel salire per la prima volta la cattedra delle Pandette nell'università romana. Questo sacro nome di Roma basta a suscitare i più profondi sentimenti nell'animo di ogni uomo colto; voi dunque bene intenderete che cosa, in questo momento, debba sentirmi in petto io, che ho dedicate tutte le mie forze e la mia vita allo studio di quel diritto celebrato come la maggiore delle glorie romane, e che sono oggi chiamato ad insegnarlo qui, in mezzo alla maestà degli antichi monumenti, nella città legislatrice del mondo civile.

A ciò si aggiunge per me anche il caro ricordo di un tempo non molto lontano, quando io veniva in questo medesimo ateneo ad iniziarmi negli studi giuridici, sotto la guida dotta e amorevole di quegli uomini insigni, la maggior parte dei quali io sono lieto di ritrovare oggi ancora nella nostra facoltà, salutandoli, più che come collega, come discepolo grato e riverente.

Ed un saluto di riconoscenza e di affetto io mando pure agli altri tutti; e specialmente al mio illustre maestro di diritto romano, il prof. de Crescenzo,

(\*) Prolusione al corso di pandette nella r. università di Roma letta il 12 gennaio 1885 nell'iniziare il corso quale professore ordinario di diritto romano, e pubblicata (Stabilimento Tipografico Italiano, Roma, 1885) preceduta dalla seguente lettera « Agli amici lontani ».

Stampo per voi questo mio discorso, così, come fu pronunciato, senza aggiungervi e senza togliervi nulla. Esso dunque a voi si presenta più col carattere di un mio ricordo, che con quello di uno scritto scientifico, e non vuol esser considerato come un libro, e neppure come un articolo sulla materia. La prolusione contiene espressioni di sentimenti personali, che lo scritto meditato non ammette; e d'altra parte mancano in quella la dimostrazione esatta e piena delle proposizioni enunciate; mancano parecchie idee che servono a collegare più perfettamente le diverse parti; mancano l'analisi minuta e completa, l'interpretazione delle fonti, le notizie bibliografiche, che indichino il rapporto in cui stanno i concetti da me sostenuti con quelli espressi dagli altri.

Se avessi dovuto aggiungervi tutto ciò, sarei stato costretto a trasformare il discorso in un libro e non l'ho voluto fare. Il libro su questa materia verrà, quando dovrò pubblicare la prefazione al terzo volume della mia traduzione del Savigny.

Per ora mi è bastato richiamare di nuovo semplicemente l'attenzione degli studiosi italiani sopra un soggetto dagli stranieri ardentemente, e forse anche troppo, discusso; non pretendo dunque nè di aver detto cose molte nuove (il che sarebbe difficile in una materia, in cui si è detto ogni specie di cosa, e dove tutto sta nello scegliere e nel temperare), nè di aver dato sufficiente dimostrazione di quanto ho affermato.

Ma ognuno di voi, ch'è savio e « intende me, ch'io non ragiono », supplirà da sè alla deficienza di questo discorso; e tra non molto tempo, come ho detto, cercherò di supplirvi io stesso.

Roma, 12 gennaio 1885.

(1) [V. capo III, § 1, e capo VII del corso *Negozi giuridici*, terza ristampa, Roma, 1933].

che molti di voi, o signori, al pari di me, avete ascoltato quando parlava da questa cattedra stessa, e che oggi, riavvicinatosi alla sua patria, è decoro dell'università napoletana.

Il tema della volontà e della responsabilità nei negozi giuridici, di che oggi vorrei brevemente parlare, è di natura assai generale. A noi, che per l'indole dei nostri studi, dobbiamo per tutto l'anno dedicarci specialmente all'analisi dei singoli istituti giuridici, è grato di profittare di queste occasioni di maggior solennità per estendere un poco lo sguardo a più larghi orizzonti, pur sempre rimanendo nel campo della nostra disciplina.

Certo nessun diritto positivo di popolo civile è adatto più del romano a studi generali, perchè il diritto romano non è il parto d'idee preconcepite di questo o quel legislatore, il quale traduca in un codice il proprio sistema; ma è il prodotto di più secoli di storia, nei quali si svolse un'intera civiltà, mentre un immenso e diverso territorio fu ordinato in un solo potentissimo stato. Più che ad un tempio con bell'arte architettato, il diritto romano è paragonabile ad un alto monte formato dalla natura: lo studio della sua formazione e della sua struttura ci presenta tutto l'interesse vario ed inesauribile dello studio dei fatti naturali, e le leggi, che per mezzo di tale indagine si possono scoprire, hanno lo stesso carattere oggettivo delle leggi di natura, purchè, ben s'intende, si tenga conto dell'indole storica di tutti i fenomeni sociali.

Chi getti un'occhiata sopra i più rinomati trattati sistematici moderni del diritto romano, trova che quasi in tutti all'esposizione delle regole, che governano i singoli istituti giuridici, si fa precedere una parte generale destinata a raccogliere e scientificamente ordinare tutti i così detti presupposti dei diritti e quei principii fondamentali, che hanno poi la loro applicazione negli svariati istituti particolari.

In questa parte generale si trova sempre un capitolo, più importante di tutti gli altri per la scienza, nel quale si tratta della nascita e della estinzione dei diritti. Lo studio dei fatti, che danno luogo a tale nascita e a tale estinzione, costituisce l'oggetto speciale di quel capitolo; e di questi fatti i più notevoli, e quelli sui quali più a lungo si diffonde la trattazione, sono gli atti umani volontari. Questi si distinguono in due grandi categorie: atti leciti ed atti illeciti. Tra gli atti leciti occupano il primo posto quelli, che son chiamati *negozi giuridici*. Sopra tali negozi giuridici, o signori, io vorrei per breve tempo richiamare la vostra attenzione.

« Negozi giuridici sono le dichiarazioni di volontà dirette essenzialmente « ad uno scopo giuridico, cioè a dar vita, a sciogliere od a mutare un rapporto di diritto ».

Questa è la definizione data da un illustre pandettista ben noto anche in Italia, il quale rappresenta nei punti principali l'opinione dominante. Certo non mancano i dispareri circa la più esatta definizione dei negozi giuridici e l'estensione, che devesi attribuire a tale categoria; così ad esempio, è controverso se invece di *dichiarazione di volontà* non debba dirsi piuttosto *manifestazione di volontà*, parole di senso più lato, perchè nel concetto di dichiarazione si comprende l'idea di una manifestazione diretta ad altri; si disputa se la dichiarazione di volontà, di cui si tratta, debba qualificarsi come *privata* per evitare di comprendervi le sentenze giudiziarie e simili; si discute pure se debbano dirsi negozi giuridici quegli atti volontari, i quali non siano immediatamente diretti a produrre effetti giuridici, ma mirino principalmente o esclusivamente ad effetti estranei al diritto; e quindi in particolare nascono discussioni circa la natura dell'occupazione, della specificazione, della derelizione, ecc.



Ma troppo lungo sarebbe il trattare di queste e di altre simili controversie, delle quali alcune ho qui ricordate solo per mostrare, che i miei ragionamenti non si riferiranno strettamente a questa o quella definizione dei negozi giuridici, ma riguarderanno piuttosto gli elementi sostanziali del concetto, quale ci viene presentato dalla scuola ancora dominante. Del resto alcune di quelle questioni particolari si ricollegano a quelle più generali, di che intendo parlarvi.

La volontà individuale produttiva di effetti giuridici costituisce, secondo le idee accettate dai più, il punto principale, l'essenza della categoria dei negozi. Tre questioni, le quali hanno tutte per oggetto la natura e l'importanza di questa volontà, furono e sono ancora molto agitate, e sono veramente anche molto più vecchie di quel che comunemente si crede. Esse mi sembrano così strettamente connesse, che difficilmente si possano l'una dall'altra separare: ecco perchè qui nel mio ragionamento insieme le unisco. Prima però di procedere oltre nella trattazione, è necessario premettere, che, fino al punto in cui non avrò esaminata la relazione, che corre tra l'interno volere dell'agente e la dichiarazione di volontà da lui fatta, adoprero sempre la parola volontà nel senso di volontà apparente, quale risulta dalla dichiarazione.

Fu osservato anzitutto che gli effetti giuridici male si fanno direttamente provenire dalla privata volontà, poichè essi sono prodotti dal diritto oggettivo; questo, non la volontà, attribuisce forza all'atto dell'uomo e ne fa un negozio giuridico.

Rilevata in tal modo l'importanza del diritto oggettivo, che forse era stata prima troppo negletta, si fece da taluno ancora un passo avanti, e si considerò l'atto dell'uomo in genere come un fatto, al quale il diritto per virtù propria, senza guardare all'intenzione dell'agente, riconnette certi determinati effetti; e poichè anche dagli atti illeciti derivano effetti giuridici, si cercò di cancellare la linea di confine, che separa i negozi giuridici dagli atti illeciti, ossia dai delitti e quasi delitti, formando così tutta una vasta e promiscua categoria di atti seguiti da giuridici effetti, e distinti per la varia natura di questi effetti, non già per la diversità della loro causa.

V'è in questi concetti, a parer mio, un elemento di verità, che più innanzi avrò occasione di rilevare; ma bisogna pur convenire che essi sono oltremodo esagerati, sicchè cadono nel falso. Niun dubbio che la sola volontà individuale, indipendentemente dall'ordine giuridico, non basti a produrre effetti di diritto: la cosa è tanto evidente, che non si può ammettere sia sfuggita ad alcuno, e se parecchi scrittori nel definire i negozi giuridici, non hanno fatta menzione del diritto oggettivo, egli è certamente perchè non hanno creduto necessario di esprimere ciò, che è sempre sottinteso, e non già perchè abbiano voluto escluderlo. Gli stessi giureconsulti romani furono ben consci della dipendenza degli effetti giuridici dalla legge: ecco quel che scrive Ulpiano a proposito del testamento, atto, nel quale la volontà individuale ha la massima importanza (fr. 130 *de v. s.*, 50, 16): « *Lege obvenire hereditatem a non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege a duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur* ».

Quel vizio dunque, che si vuol combattere, è più apparente, che reale. Ma si cade veramente nel vizio contrario, se si pretende che il diritto oggettivo sia esso il vero creatore dei negozi giuridici, per modo che questi non siano altro che mezzi dal diritto posti a disposizione dei privati, affinchè questi, opportunamente compiendo certi atti determinati, possano conseguire i loro fini particolari. No; per la massima parte dei casi il diritto non crea i negozi giuridici, ma li sanziona soltanto. I rapporti sociali hanno la loro ragion d'essere fuori del diritto, essi precedono la legge, la quale con le sue disposizioni

li regola, traendo la propria forza da quelle forze medesime, per le quali la società continuamente vive e progredisce. Vi sono bensì taluni negozi giuridici veramente creati dalla legge, senza che siano sorti prima nella vita pratica: ma essi sono assai pochi di fronte al gran numero degli altri, e se non hanno la loro radice in qualche vero bisogno preveduto dalla mente del legislatore, presto si vede restar lettera morta la disposizione, che li ha voluti creare.

Vi sono dunque certi atti dell'uomo, i quali tendono a fini, che il diritto riconosce e sanziona, sicchè ne garantisce, ne regola, e ne coordina gli effetti, che diventano perciò effetti giuridici. Vi sono invece altri atti, che tendono a fini contrari all'ordine giuridico, o che almeno sono (anche senza intenzione) perturbatori di quell'ordine. Questi ultimi sono gli atti illeciti dal diritto combattuti. Se anche ad essi si riconnettono effetti giuridici, questi non favoriscono i fini dell'agente, ma tendono invece a reprimere tali atti, a ristabilire in senso contrario all'agente l'equilibrio da esso turbato.

Profonda, sostanziale è perciò la distinzione tra le due categorie di atti ed è da riprovarsi ogni confusione, che tra essi sia fatta.

Ed ecco affacciarsi alla nostra mente la seconda questione relativa al rapporto, che corre tra gli effetti di un negozio giuridico e l'intenzione di chi lo compie. Secondo l'opinione ancora prevalente, ma che sembra tuttavia venir sempre perdendo terreno, si richiede che gli effetti giuridici come tali siano voluti dall'autore della dichiarazione di volontà, la quale perciò si dice *diretta ad uno scopo giuridico*. Bene a ragione fu notato in contrario, che tutta la storia dei vari negozi giuridici e l'esperienza quotidiana degli atti, che da noi stessi si compiono, ci dimostrano la falsità di tale idea. Abbiamo già osservato poco fa come, nella maggior parte dei casi, i rapporti sociali esistono prima che il diritto attribuisca loro efficacia giuridica. Molte altre regole di genere diverso governano il mondo, e spesso l'interesse, l'affetto, il timore, il galateo, l'onore, l'uso, la religione, la morale, creano quella norma, che vien poi dal diritto sanzionata: tale susseguente sanzione non può certo far mutare la natura della concreta intenzione delle parti agenti. Vi sono, è vero, alcuni atti, nei quali è più facile che le parti siano conscie dei giuridici effetti, e molte forme sono ordinate appunto allo scopo di far presente all'animo dell'uomo l'importanza, che il diritto attribuisce all'atto, che egli sta per compiere: ma anche in questi casi l'intenzione non suole esser diretta che a certi effetti principali; e d'altronde non è lecito da pochi casi d'eccezione trarre una regola generale.

Un giovane scrittore, già meritamente illustre, ha dimostrato nel modo più persuasivo, che la conscie intenzione di chi compie un negozio giuridico non deve necessariamente esser diretta a giuridici effetti: egli ha esaminati ad uno ad uno colla scorta del diritto romano, i negozi principali, e da tale esame ha conchiuso che il diritto, nell'attribuire certi effetti ai singoli negozi, tende bensì a realizzare la volontà delle parti, ma questa volontà è diretta essenzialmente a scopi pratici, economici, o empirici, che di si vogliono.

Ciò è tanto vero, o signori, che talora avviene, che le parti, per designare gli effetti voluti, si servano di termini giuridici, i quali potrebbero far sospettare avere esse veramente voluti certi determinati effetti giuridici; ma tuttavia, se quegli effetti sono impossibili (come pure non di rado accade), non per questo l'atto resta destituito di ogni efficacia: il diritto anche allora, tenendo conto dello scopo pratico voluto, gli attribuisce quegli effetti, mediante i quali tale scopo può essere raggiunto. Recentemente ho avuto occasione di dimostrare l'opportunità di applicare questo principio troppo spesso dimenticato; ma senza stare a ricordare casi controversi, vi addurrò un notissimo esempio di

diritto romano, che è fuori di ogni discussione. Ognuno sa che cos'è l'usufrutto. L'usufruttuario ha diritto di usare e di fruire della cosa altrui, ma non ne diventa proprietario, e ne deve anzi rispettare la sostanza: non è dunque possibile un usufrutto sopra cose di tal natura, che, quando siano usate secondo la loro destinazione, vengono consumate: come per esempio il grano, il vino e simili. Ora figuratevi che Tizio morendo lasci in legato a Caio l'usufrutto di cose consumabili; quali effetti giuridici produrrà tale dichiarazione di volontà? Per diritto romano la questione fu risolta accordando a colui, che avrebbe dovuto essere usufruttuario, la proprietà delle cose, obbligandolo a dar cauzione per la restituzione dell'equivalente in tutti quei casi, nei quali si sarebbe estinto un usufrutto. Ecco dunque effetti giuridici, dei quali l'autore della dichiarazione di volontà non aveva coscienza, e che perciò non potevano da lui essere direttamente voluti; effetti però, che tendono ad assicurare il conseguimento dello scopo pratico avuto in mira.

Nel determinare gli effetti da attribuire ai vari negozi giuridici, il diritto deve tener conto di tutto il complesso dei rapporti, che ne vengono ad essere tocchi, e che reagiscono gli uni sugli altri. Qui si manifesta l'importanza del diritto oggettivo, come elemento per sé stante, nell'efficacia dei negozi. Così vengono proibiti certi effetti ancorché voluti, e d'altra parte a quelli più direttamente connessi con la volontà dichiarata se ne aggiungono degli altri, o necessariamente in modo da non potersi evitare, o talora solo a guisa di supplemento, in modo che vi si possa opporre un'espressa volontà contraria. Formansi in tal guisa i negozi tipici caratterizzati da elementi ed effetti essenziali, completati da altri elementi ed effetti, che si sogliono chiamare naturali.

Fin qui, o signori, abbiamo sempre parlato della relazione, che corre tra l'effetto giuridico e la dichiarazione di volontà, senza aver riguardo al rapporto dell'atto di dichiarazione coll'interno volere dello agente. Ma questo rapporto è quello, che dà luogo alle gravi questioni, che in questa seconda parte del mio ragionamento io vorrei, non dirò esaminare, chè me lo vieta la brevità del tempo e l'indole del discorso, ma accennare a sommi capi.

La teoria dominante, se pure di teoria dominante si può ancora parlare in questa materia, considera l'interno volere come l'elemento vero produttore degli effetti giuridici: l'atto di dichiarazione non avrebbe altra importanza, se non quella di far conoscere l'interna volontà, che, come tale, non potrebbe da sola avere effetti nel mondo esteriore. — L'opposizione contro questa dottrina è molto antica, come antica è la dottrina stessa: ma da alcuni anni a questa parte essa si è fatta assai vivace, gli attacchi si moltiplicano in tutti i sensi, quantunque i combattenti non siano poi molto concordi tra loro nella parte positiva delle loro opinioni. L'oggetto della lotta è di così grande importanza scientifica e pratica, che non è possibile mantenersi neutrali. Noi pure dunque ci schiereremo dall'uno dei lati, non senza prima dichiarare di avere tutto il rispetto possibile per i valorosi campioni, che combattono nell'un campo e nell'altro.

Volgiamo prima un rapido sguardo sulle varie teorie sostenute dagli oppositori dell'opinione dominante. Alcuni hanno addirittura negata ogni importanza all'interna volontà o intenzione, come meglio si vuol chiamare, attribuendo tutta l'efficacia all'atto di dichiarazione soltanto; e dei seguaci di questa opinione, chi pensa che quest'atto di dichiarazione debba intendersi, come realmente nel caso concreto viene compreso da colui, cui è diretto; chi vuole invece che debba avere quel valore, che giustamente gli attribuirebbe ogni uomo dotato d'una intelligenza media. Altri autori, non accettando una teoria generale per tutti i negozi giuridici, hanno proposto di distinguerli in diverse categorie, delle quali nell'una ha maggior valore la volontà interna,

nell'altra al contrario è prevalente la dichiarazione. Ma quali saranno queste categorie? Qui incominciano di nuovo i dispareri. Qualcuno vuol distinguere, anche per questo riguardo, gli atti unilaterali dai bilaterali, ed io stesso, alcuni anni or sono, mi espressi in tal senso, ma oggi, dopo più maturi studi, ho dovuto mutare opinione. Altri sostengono che negli atti a causa di morte la volontà sia il fattore capitale, laddove negli atti tra vivi la dichiarazione deve dirsi di per sé efficace. Non è mancato chi ha prese a base della divisione le due categorie degli atti formali e non formali. Vi è stato finalmente chi ha distinte dalle altre dichiarazioni di volontà quelle dirette a costituire un'obbligazione contrattuale, contrapponendo per queste alla dottrina dominante una delle tante teorie, che da più secoli si sono espresse e discusse circa il fondamento dell'obbligatorietà dei contratti.

Parecchie vie si sono seguite nel ricercare la soluzione di questa questione: io però mi restringerò qui a far cenno soltanto di quanto può riguardare il diritto romano, lasciando in disparte tutto ciò che si riferisce a principii legislativi applicabili soltanto al diritto moderno e più che al diritto qual'è, a quello che dovrebbe essere secondo le idee de' varii autori.

Si è ricercata l'origine della categoria generale dei negozi giuridici. Si son fatte indagini circa la natura della volontà, che si estrinseca nella dichiarazione. Si sono poi esaminate le fonti del diritto per estrarne quelle massime generali e quelle varie proposizioni, che potevano dimostrare qual fosse in tal materia il modo di pensare dei giureconsulti romani. Si sono finalmente studiate le disposizioni pratiche del diritto per trarne gli elementi della teoria.

Sembra dimostrato oramai che la nozione generale dei negozi giuridici è di recente formazione, e che non risale oltre la seconda metà del secolo passato. Essa incominciò a mostrarsi negli scritti di diritto naturale e in quelli dei civilisti teorici, di quel diritto non ignari: quindi, meglio determinata, passò nel sistema del diritto civile oggi più in uso, per opera dei suoi stessi fondatori. Non è improbabile, ch'essa sia stata messa innanzi non tanto pel bisogno di raggruppare sotto una sola categoria le regole generali applicabili a tutti i negozi, quanto piuttosto per poter costruire *a priori* il sistema.

Ma tutto ciò, se può maggiormente giustificare in certo modo il dubbio circa il valore della categoria dei negozi giuridici, non significa certo di per sé, che quella categoria sia falsa. Con metodo simile si dovrebbero dichiarare false quasi tutte le moderne costruzioni scientifiche di diritto.

Più importante è l'esame della natura della volontà, che si estrinseca nella dichiarazione. Da molti autori si è fatta la distinzione tra la volontà diretta a fare la dichiarazione, e la volontà diretta a ottenere gli effetti, che da tale dichiarazione saranno per provenire; questa seconda volontà più propriamente dovrebbe dirsi intenzione. Per la perfezione del negozio giuridico soltanto la prima volontà, la vera volontà, sarebbe essenziale: chi ha compiuto l'atto di dichiarazione non è più padrone degli effetti, che ne derivano, e deve ad essi sottostare. Si è risposto, che la dichiarazione è tuttavia anche manifestazione dell'interno volere, che ne forma il contenuto e che in essa si attua; e che perciò non è giusto considerare da una parte la dichiarazione e dall'altra l'interna volontà: la prima non è altro, se non la seconda nella sua forma fissa e sensibile. Vi è stato anche chi, considerando l'atto di dichiarazione come l'effetto di tutto l'insieme delle forze interne dell'uomo, ha negata perfino la possibilità di una divergenza tra la dichiarazione e la volontà.

Che dovremmo noi dire a questo proposito?

Se noi, partendoci dall'atto di dichiarazione, ci facciamo ad esaminare l'animo dell'autore di esso, troviamo una serie di rappresentazioni intellettuali, delle quali ciascuna è causa dell'una ed effetto dell'altra; l'ultima di



queste rappresentazioni non è più causa di una nuova rappresentazione, ma si trasforma in quell'energia, che noi chiamiamo più propriamente volontà, e produce quei movimenti, che costituiscono l'atto di dichiarazione. (E qui, o signori, per facilitare il mio dire, permettetemi di trattare soltanto della dichiarazione espressa, la quale è la più comune e anche quella per la quale sono sorte le maggiori discussioni).

Può darsi però che qualche forza perturbatrice venga ad alterare, coscientemente od incoscientemente, il normale rapporto, che intercede fra l'ultima di quelle intellettuali rappresentazioni e il movimento prodotto, e in tal caso noi diciamo che l'atto non è stato voluto, così come è avvenuto; ma può darsi anche che questo normale rapporto esista bensì, e che nondimeno la dichiarazione non corrisponda a tutta quanta la serie delle precedenti rappresentazioni, perchè può essere vizioso anche il rapporto, che lega l'una rappresentazione con l'altra. Per di più avviene spesso che alcuna delle rappresentazioni sia falsa, perchè non conforme alla realtà oggettiva dei fatti. Il nostro esame poi si può estendere da una parte anche alle cause estrinseche, che hanno fatto nascere certe rappresentazioni, per es. alla violenza usata contro l'autore dell'atto: dall'altra parte anche agli effetti prodotti dall'atto sul mondo esteriore e sull'altrui intelletto. Sopra tutto ciò si sono scritti volumi, e sarebbe per me impossibile di darne in poche parole un'idea esatta: ma basteranno forse questi brevi cenni, se non a dimostrare vero, almeno a fare intendere ciò ch'io sto per dire.

Noi diciamo che un atto è una dichiarazione di volontà, avendo riguardo al suo contenuto. Nella dichiarazione espressa le parole usate hanno, secondo le regole comuni del linguaggio, un significato: questo significato può esser tale, che se ne possa arguire l'esistenza di certe date rappresentazioni nell'animo di chi ha pronunciate le parole. Le rappresentazioni così divenute riconoscibili si dicono dichiarate, e queste, nella massima parte dei casi, fanno realmente parte della serie di rappresentazioni che è stata causa dell'atto di dichiarazione. Questo pertanto è generalmente effetto così dell'ultima immediata rappresentazione diretta a produrlo, come, per una serie più o meno lunga di cause intermedie, della rappresentazione che ne costituisce il contenuto.

Ora quando il diritto attribuisce efficacia ad una dichiarazione, evidentemente esso ha riguardo al contenuto di questa: sicchè si può dire che la dichiarazione di volontà produce effetti giuridici, perchè nell'atto si è esternato, quel certo stato dell'animo, che dalle parole espresse si può riconoscere e che si chiama intenzione o volontà in senso lato. Di qual natura debba essere questa volontà per produrre effetti giuridici, e qual sia la relazione in cui sta con questi effetti, fu già da noi veduto poc'anzi. Ma pure ammettendo tutto ciò, noi siamo ancora bene lontani dalla risoluzione del nostro problema; anzi possiamo dire d'aver fatto solo un brevissimo passo.

I rapporti, dei quali il diritto si occupa, sono quelli che intercedono fra più persone, e quando questi rapporti nascono da un negozio giuridico, l'atto di dichiarazione deve considerarsi relativamente a tutte le persone interessate e non soltanto rispetto al suo autore. Parecchi dunque sono gli elementi, de' quali si deve tener conto, e parecchie pure le risoluzioni possibili della nostra questione, a seconda del modo come questi elementi l'uno con l'altro si contemperano. L'atto di dichiarazione ha un significato oggettivo normale; esso viene inteso in un determinato modo concreto dalla persona, cui è diretto, e può avere anche un significato diverso per la persona del suo autore; esso può stare con questa in una semplice relazione di causalità materiale, ovvero in una relazione più intima di causalità intellettuale, e si può

variamente determinare se debba o no al contenuto della dichiarazione corrispondere realmente una interna volontà conforme, come pure variamente si può fissare fino a quale delle molte rappresentazioni della serie più sopra menzionata debba risalire l'indagine per attribuire all'atto effetti giuridici. Il riconoscere nel diritto la tendenza a dar forza alla volontà non significa che l'esistenza della volontà sia necessaria in tutti i casi concreti; ogni giurista sa bene quanta diversità corra tra la tendenza del diritto e la reale sua sfera di applicazione.

È poichè vario, com'ho accennato, può essere il modo di risolvere il problema, bisogna ricercare la soluzione in ciascun diritto positivo. Per parte nostra ci volgiamo al diritto romano.

I giureconsulti romani non conoscevano la categoria generale dei negozi giuridici, e non può avere per noi alcuna importanza la estensione del significato della parola *negotium* da essi non adoperata come termine tecnico. Nè, a parer mio, si può attribuire un peso molto maggiore alle frasi generali e alle idee teoriche, che nei loro scritti si possono rintracciare, per quanto questo studio sia interessante per altri riguardi. Ai pericoli nascenti da teorie inesatte o troppo generali sfuggivano quegli antichi maestri guidati sempre dal finissimo senso giuridico, pel quale non temono paragone; ma facilmente vi soccomberemmo noi, loro interpreti, procedendo con poca cautela.

A me non par dubbio che i giureconsulti romani, nel trattare i diversi negozi giuridici, si giovassero della teoria della volontà, in modo non molto dissimile da quello che la dottrina dominante vorrebbe elevare a generale canone di scienza. *Velle, voluntas, consensus, animus* e simili si trovano ad ogni pagina nei loro scritti: ed io ritengo esagerata l'opinione espressa da un recente romanista, che a tali parole debba sempre darsi il significato di semplice *dichiarazione di volontà*. Piuttosto è da vedere se sempre nell'usar quelle parole i romani si riferissero ad una vera interna volontà: e di ciò parmi vi siano forti ragioni di dubitare.

È certo che nel più antico e rigoroso diritto gli effetti giuridici si facevano direttamente dipendere dalla dichiarazione di volontà, senza andare a ricercare l'interno stato dell'animo di colui, che proferiva le formali parole dal diritto richieste. Ciò essendo riconosciuto da tutti, è inutile diffonderci qui in più lunghe dimostrazioni. Tutta la storia del perfezionamento del diritto romano, in questa parte, si riassume in una reazione contro tale sistema, riconoscendo gran numero di negozi giuridici non formali ed attribuendo sempre maggior forza alla interna volontà. I giureconsulti, ai quali principalmente è dovuta tale reazione, per trattare più liberamente gli svariati rapporti di diritto, che loro si presentavano, trovavano in questa interna volontà un elemento, che mirabilmente si prestava a servire di base a questa progressiva elaborazione. La nuova tendenza legislativa era appunto diretta a far valere gli elementi soggettivi, che caratterizzavano i nuovi molteplici rapporti, e d'altra parte è pur certo che nel massimo numero dei casi pratici alla dichiarazione corrisponde veramente l'interno volere. Tutto sta nel vedere, se per questa via la teorica della volontà sia stata spinta alle sue ultime conseguenze, o se piuttosto i romani non l'abbiano applicata solo in apparenza anche in casi, nei quali la sua vera ed effettiva applicazione avrebbe condotto a conclusioni contrarie, a quelle dedotte dalla sua applicazione fittizia.

Un giureconsulto pratico moderno, contrario alla teoria dominante, per dar ragione degli effetti giuridici attribuiti a negozi, nei quali mancava l'interna volontà corrispondente alla dichiarazione, si è appigliato ad una finzione di volontà per siffatti casi. Questo sistema non è scientifico, e giustamente non ha oggi trovati seguaci. Ciò che si deve fingere non esiste, e se tuttavia nei casi in questione si producono effetti giuridici, questo significa che

essi provengono non da quel che si finge, ma da qualche altra cosa. Ma se la finzione deve respingersi nelle costruzioni scientifiche, essa non deve disprezzarsi in pratica; e, dovunque la s'incontri, è necessario tenerne conto. Non solo essa giova per caratterizzare nel modo più breve e chiaro gli effetti di una data causa, che sieno simili agli effetti di un'altra, ma ci rivela anche, nella maggior parte dei casi, qual sia l'origine e lo scopo degli istituti, ai quali si dà vita con la finzione dei più antichi, e ci dimostra in modo sensibile qual sia la tendenza legislativa delle nuove disposizioni. Ciò che il giurista ora ricordato propose, fu realmente fatto dai romani, sicchè trattarono talora come volontà esistente anche quella, che era solo apparente. Non avranno difficoltà ad ammetterlo coloro, che sanno come i romani anche altrove applicassero lo stesso sistema, trattando p. es. come casi di colpa anche taluni fatti, nei quali la responsabilità evidentemente non derivava da colpa (confr. fr. 62 (61), § 5, *de furt.*, 47, 2), e fondando quasi su taciti contratti diritti nascenti contro ogni volontà delle parti, per esempio, le ipoteche legali chiamate *pi-gnora vel hypothecae quae tacite contrahuntur*.

D'altra parte l'esagerazione delle espressioni che si trovano nei testi romani è tale, che spesso, se si prendessero alla lettera, se ne dovrebbe inferire l'efficacia della volontà anche non espressa in alcun modo, cosa che nessun seguace di nessuna teoria ha mai osato sostenere.

Se tenendo presente lo storico svolgimento, e lasciando in disparte le semplici locuzioni, alle quali non conviene troppo affidarsi, noi passiamo ad esaminare le disposizioni pratiche del diritto romano, dovremmo pur convenire che, mentre in una serie di negozi giuridici la volontà, che forma il contenuto della dichiarazione, è veramente essenziale, per modo che dove essa manchi vengono meno anche gli effetti giuridici, in altri negozi invece è richiesto soltanto un altro elemento, il quale a parer mio, è quello della responsabilità dell'agente; e non mancano neppure negozi di natura intermedia, nei quali gli elementi della volontà e della responsabilità variamente sono contemperati.

Ricorderò qui per classificarli, solo alcuni dei principali negozi giuridici.

Nella prima categoria, cioè tra i negozi essenzialmente basati sull'interno volere, vanno posti anzitutto i testamenti: la dichiarazione del testatore vien privata d'ogni effetto, se si dimostra che il suo contenuto non fu voluto dal testatore; l'interpretazione delle parole usate si fa secondo la volontà di questo; in certi casi si nega l'efficacia alle disposizioni testamentarie persino quando derivano da errore nei motivi. Il testamento infatti è l'atto giuridico, in cui più specialmente si manifesta l'autonomia accordata all'individuo come capo della sua casa e padrone dei suoi beni.

La volontà è anche elemento essenziale della manumissione dello schiavo; dell'emancipazione del figlio; della nomina del tutore; della concessione dei peculi; del precario e simili.

La reale esistenza della volontà si richiede ugualmente in tutte le dichiarazioni dirette all'acquisto di un diritto, e perciò non soltanto in quelle fatte per acquistare un diritto reale o di famiglia e simili, ma anche in quelle, con le quali si acquista un diritto di obbligazione: la prima proposizione non credo che abbia bisogno di essere ulteriormente dimostrata; della seconda dovrò tra breve tornare a parlare.

Le donazioni appartengono pure essenzialmente a questa categoria di negozi; e nel diritto romano per lungo tempo la legge Cincia le rese soggette alla volontà del donatore in modo veramente eccezionale. Tuttavia, quando la donazione assume la forma di obbligazione, ad essa si applicano alcuni dei principii per questa vigenti; anzi in questo senso forse Giustiniano esagerò alquanto il rigore.

Anche la tradizione trae la sua forza dalla volontà del tradente: tuttavia qui conviene andar cauti nel proferire sentenze troppo recise, perchè circa la tradizione le idee dei giureconsulti romani non erano molto concordi; i suoi effetti dipendono dalla sua *causa*, e questa fu concepita in vario modo; Ulpiano, se non erro, ne esagerò fin troppo il carattere contrattuale, collegandola strettissimamente al negozio, che ne costituisce la causa.

Dall'altra parte, o signori, noi troviamo le dichiarazioni dirette ad assumere un'obbligazione, le quali producono effetti giuridici ogni qual volta chi le proferì ne sia responsabile. Questa responsabilità non va confusa, come pur troppo è stato fatto, con la semplice causalità materiale: essa esiste quando si sia avuta coscienza della fatta dichiarazione, e non si possa addurre una scusa plausibile per la mancanza della volontà relativa al contenuto di essa.

La dichiarazione obbligatoria, mi si passi quest'espressione, dà origine ad un vincolo tra due persone, l'una delle quali, non potendo indagare l'interno stato dell'animo dell'altra, si affida a quanto è contenuto nella dichiarazione stessa; mentre l'altra vuole appunto, facendo la dichiarazione, produrre costesto affidamento. Indi è che alla dichiarazione obbligatoria deve corrispondere una dichiarazione, che dimostri e determini l'esistenza di questo affidamento.

Se qualunque mancanza della volontà interiore dovesse impedire il nascere del vincolo obbligatorio, ne sarebbe gravemente leso l'interesse del creditore; come d'altra parte, se si ponesse a principio dell'obbligatorietà la semplice causalità materiale, ne sarebbe ingiustamente aggravato il debitore.

La sicurezza del commercio e la buona fede ciò richiedono; ora si noti bene che, in materia di contratti obbligatori, i giureconsulti romani operarono la trasformazione dell'antico diritto nel nuovo, in nome appunto della buona fede. Noi troviamo poi espressamente formulato il principio della tutela degli interessi di colui che si è affidato alla dichiarazione: *Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus* (fr. 84, § 1, *de r. i.*, 50, 17).

Ognuno sa che in diritto romano non ogni contratto ha forza giuridica, quando risulti da semplice consenso. È necessario, che vi sia di più una determinata causa; perchè il diritto qui non sanziona puramente l'autonomia dell'individuo, ma accorda la sua protezione a quegli atti, che più sono necessari al commercio. E dovremo noi credere ch'esso ciò faccia in modo contrario alle esigenze commerciali?

Se solo in pochi casi si ammettono i contratti consensuali, e se i così detti contratti innominati sono ancora in diritto romano contratti reali, ciò dipende dal fatto che il far risalire gli effetti obbligatori al momento della dichiarazione di volontà non è conseguenza della volontà per se stessa, ma bensì della maggior complicazione dei rapporti sociali, che esige sia fissato in quel punto il principio della responsabilità.

A chi ci dicesse che da una dichiarazione, cui non corrisponda l'interna intenzione, può al massimo derivare un'obbligazione al risarcimento dei danni e non già quella all'adempimento della prestazione, noi potremmo rispondere, che ciò si può affermare soltanto quando si sia già dimostrato che l'obbligo di tale adempimento dipende dall'interna volontà. Con qualunque altra teoria delle tante, che da più secoli furono proposte per giustificare l'obbligatorietà dei contratti, la difficoltà non varia, si sia voluto il contenuto della dichiarazione, o si sia voluta solo la dichiarazione. E non potrebbe forse anche aggiungersi che colui, che ha voluto il contenuto della dichiarazione, e poi più nol voglia, non dovrebbe esser tenuto ad altro che al risarcimento del danno? l'armonia stabilita dal mistico incontro delle due volontà non è forse rotta in tal caso?



D'altronde alcuni dei più valenti difensori della teoria dominante confessano, che, in qualche particolare applicazione, il diritto romano ha veramente fatto questo salto logico, come dicono, di ammettere l'obbligazione ad eseguire la prestazione anche dove manchi la volontà.

Le conseguenze della teoria della responsabilità in opposizione a quella del volere, ce ne dimostreranno meglio la verità.

Da tutti si ammette che la riserva mentale non ha effetto contrario alla validità dell'obbligazione. Eppure colui, che ha fatta la dichiarazione con riserva mentale, non ne voleva certo il contenuto: egli deve sottostare alle conseguenze dell'atto, di cui è responsabile.

L'interpretazione dei contratti dovrebbe logicamente, secondo l'opinione dominante, esser fatta ricercando l'interna volontà di chi ha espressa la dichiarazione. Invece, per regola generale, essa si fa in base alla dichiarazione intesa come dovrebbe essere *arbitrio boni viri* tenendo conto dell'*id quod actum est*.

Dal principio di responsabilità deriva poi anche la conseguenza, che l'obbligazione non si costituisce se non in quanto l'affidamento dell'altra parte sia davvero avvenuto, e sia avvenuto giustamente in base alla dichiarazione e a tutte le altre circostanze concomitanti dell'atto.

A proposito dell'interpretazione va ricordato come Pomponio, nello stesso libro quarto *ad Quintum Mucium*, dovendo interpretare un legato di vesti muliebri si riferisce alla mente del testatore, dovendo invece decidere circa una stipulazione pure di vesti donnesche vuole che si tenga conto della realtà delle cose e non già dell'animo del promissore. Ecco caratterizzata la diversità dei due negozi giuridici.

Un'ultima applicazione prima di chiudere questo esame particolareggiato. Nel caso di obbligazione contrattuale, non solo non si tien conto alcuno dell'errore nei motivi ossia nella serie di rappresentazioni intellettuali, che precedono quella contenente l'intenzione dichiarata, ma non si ammette l'allegazione di errore alcuno relativo alla volontà dichiarata, se non quando sia scusabile, ossia tale da toglier di mezzo la responsabilità. La teoria dominante, è vero, nega questa regola di diritto, ma deve, per ciò fare, restringere arbitrariamente il significato dei testi, che parlano dell'errore.

I limiti del discorso non mi permettono di dilungarmi più oltre. Riassumerò dunque questi ragionamenti dicendo che tra i negozi giuridici debbono costituirsi due categorie governate da regole differenti, e che hanno per carattere l'una la volontà come causa direttamente efficace, l'altra la responsabilità come elemento essenziale per gli effetti giuridici della dichiarazione.

Ma, o signori, questi due grandi principii della volontà e della responsabilità non sono limitati ai soli negozi giuridici. Essi dominano tutto il mondo giuridico romano e si ritrovano così nel diritto pubblico, come nel privato. Essi sono i veri fattori della libertà nel suo significato positivo, la quale senza di quelli resta un nome vano, una cornice senza quadro. Non tutti i tempi sono tali, che quei principii vi possano essere applicati, perchè essi richiedono una gran forza negli individui, un grande rigoglio di vita sociale: nè io voglio ricercare in quali tempi si trovi maggior felicità tra gli umani. Una cosa mi par certa; ed è che quando vige la libertà così intesa, quando la volontà fa riconoscere il suo imperio, quando la responsabilità ne tempera gli effetti, distribuendo rigorosamente e danni e vantaggi, allora risplende di maggior luce la civiltà, e l'umanità compie i suoi più grandi progressi. E ogni volta, o signori, che torneranno quei grandi principii a brillare nel mondo, si vedrà risuscitare la gloria del diritto romano.

## DELLE ALLUVIONI E DEI CAMBIAMENTI NEL LETTO DEI FIUMI SECONDO I LIBRI DEI GROMATICI VETERES CONFRONTATI COL DIGESTO

DI

BIAGIO BRUGI (\*)

B. BRUGI. — *Delle alluvioni e dei cambiamenti nel letto dei fiumi secondo i libri dei gromatici veteres confrontati col Digesto.* — Catania, 1885.

In una serie di studi sulle servitù, pubblicati per la maggior parte nell'*Archivio giuridico*, il prof. Brugi si era già largamente giovato degli scritti degli antichi agrimensori romani; ora vediamo che l'attrattiva, che esercitano quei libri su tutti coloro che li studiano profondamente, lo ha indotto a farne oggetto di uno speciale commento giuridico, di cui egli ci dà un primo e ottimo saggio in questo opuscolo.

Una breve introduzione contiene alcune generali notizie circa i gromatici e i loro libri; il paragrafo 1° fa rilevare l'importanza loro nel diritto, dimostrando come per i loro uffici essi dovessero pure avere alcune speciali cognizioni giuridiche; i paragrafi 2-5 trattano particolarmente delle alluvioni, dell'alveo abbandonato e dell'isola nata nel fiume.

Tutto il lavoro ci attesta la padronanza, che l'A. ha acquistata delle sue fonti, sicchè anche quando i risultati, ai quali egli giunge, sono già noti, il lettore sente con piacere confermate le proprie idee da quegli antichi agrimensori direttamente interrogati dal Brugi; e quando invece la tesi sostenuta è nuova, essa ci si presenta non come sogno d'ammalata fantasia, ma come frutto di maturo studio indirizzato solo alla ricerca del vero. Perciò noi vedremo con piacere continuata l'opera tanto bene incominciata.

Riguardo agl'incrementi e decrementi dei fondi laterali ai fiumi i gromatici completano le notizie che ci vengono dai giureconsulti; e ci fanno meglio conoscere la ragione storica delle regole del diritto romano su tal materia; ragione che risiede nella natura dei fondi limitati e arcifinii e che, ignorata dai più, ha dato luogo a molte erronee teorie, delle quali si risentono purtroppo anche alcuni codici moderni. La lettura dell'opuscolo del Brugi potrebbe quindi riuscire utile anche a coloro che non sono dediti al diritto romano.

(\*) Recensione in *Riv. crit. delle scienze giur. e soc.*, 1885, pag. 261.

La lode, che a questo scritto deve tributarsi, non toglie però che sopra alcuni punti si possa avere un'opinione contraria a quella dell'A.. Io colgo anzi questa occasione per sottoporre al suo giudizio alcune osservazioni.

Nei paragrafi 2 e 3 l'A. opportunamente fa notare il diverso modo con cui potevano esser trattati i fiumi nelle assegnazioni; poichè talora, per la ristrettezza delle terre da dividersi, si comprendevano nei singoli lotti anche parti del fiume stesso alla pari del terreno asciutto; altre volte invece si assegnava al fiume uno spazio, entro il quale liberamente esso potesse vagare, senza danno dei rivieraschi. Nel primo caso il Brugi crede che potessero talora accrescersi per alluvione anche gli agri limitati; p. es. quando il letto del fiume fosse assegnato ad uno, il fondo rivierasco ad un altro, e questo fondo si accrescesse per alluvione. Ma tale opinione non solo è contraria a quanto scrive Florentino Dig. 41, 1, 16, ma anche, a parer mio, a quanto si può inferire dagli stessi gromatici. Da Frontino 51, 14-17, Agennio 83, 21-23, Hygino 124, 8-10, risulta, che negli agri limitati la divisione era invariabilmente determinata dalle linee geometriche conformi alle mappe; quando, per una ragione qualunque, si assegnavano porzioni del fiume alla pari del terreno asciutto, l'alveo era diviso dalle linee geometriche in modo fisso; e, se la sorte attribuiva ad uno questo infecondo suolo coperto dalle acque, non poteva certo negarsi allo sfortunato proprietario di godere dell'eventuale beneficio, quando in tutto o in parte questo suolo, per alluvione o per subito abbandono dell'alveo o per il sorgere d'un'isola, veniva ad essere asciutto e utile. Si viene così ad avere un argomento piuttosto contrario che favorevole all'opinione di coloro che applicano le regole relative agli incrementi fluviali anche ai corsi d'acqua privati, opinione, che non può appoggiarsi, io penso, se non a Siculo Flacco 150, 25 segg., dove però si può dubitare del significato della parola *rivus*, che potrebbe non essere stata dall'agrimensore adoperata nel senso tecnico giuridico (confr. 151, 2).

Neppur può dirsi caso di acquisto per alluvione tra agri limitati quello dal Brugi accennato a pag. 40, relativo ai *subseciva* sui lati dei fiumi, non essendo questi *subseciva* essi stessi *agri limitati*, ma avendo dalla parte del fiume per solo limite il corso dell'acqua, come ben nota l'A. stesso.

Molte buone cose contiene il § 4 che tratta dell'alveo *relictus* e dell'*insula*; ma tuttavia debbo confessare che alcuni punti mi rimangono ancora oscuri, punti nei quali temo che i gromatici non avessero tutta quella cognizione di diritto, che il Brugi loro attribuisce, quantunque fino a un certo punto egli abbia in ciò ragione. È singolare il modo come Agennio Urbico 17, 9 e Hygino 124, 14 e Boezio 399, 23 fanno menzione del parere di Cassio Longino (il cui nome probabilmente perciò figura fra quelli degli agrimensori, 403, 29) quasi avesse costituito un nuovo diritto. Cassio certamente doveva avere molta autorità in tal materia (confr. Dig. 43, 12, 1, 3), ma la decisione di lui non contiene nulla di nuovo. Alfeno Varo (Dig. 41, 1, 38) aveva già applicati principî simili, già le alluvioni e circumluzioni erano state oggetto di frequenti giudizi (CICERO, *de or.*, 1, 38, 173), già la materia affine delle isole nate era stata trattata da Labeone (Dig. 41, 1, 65); nè Gaio (Dig. 41, 1, 7), nè Pomponio (41, 1, 30) fanno menzione di quella decisione di Cassio.

Strano, anche per altre ragioni che quelle notate dal Brugi, mi pare il passo di Frontino 50, 10 segg. relativo all'alveo abbandonato dal Po, dove io credo che il celebre agrimensore abbia fatto qualche confusione in materia di diritto. In ogni modo desidererei che il Brugi me ne desse più chiara spiegazione. Frontino, dopo aver detto che il Po spesso muta alveo

irrompendo attraverso i fondi vicini, si mostra propenso ad accordare l'alveo abbandonato in compenso a colui che perde il nuovo alveo: « *ideo de hac re tractatur, ad quem pertinere debeat illud quod reliquerit; cum iniuriam proximus possessor non mediocrem patiat, per cuius solum, amnis publicus perfluat* », ma nota che vi si oppongono i giureconsulti, *nisi quod iuris periti aliter interpretauntur et negant illud solum, quod solum p. R. coepit esse, nullo modo usu capi posse, et est verissimum ita neuter possessor excedere finem illum veteris aquae ulli iure potest aut debet*. Ora io non so intendere come si possa invocare, nel caso in questione, la massima relativa alla imprescrittibilità del suolo pubblico, poichè non di usucapione, ma di accessione e di occupazione doveva trattarsi; e, se il fiume passava tra agri arcifinii, nessuna ragione giuridica, specialmente ai tempi di Frontino, poteva impedire l'allargamento dei possessi; se passava tra agri limitati, l'alveo abbandonato doveva considerarsi come un *subsecivum*, e poteva quindi occuparsene, se non la proprietà, il possesso; anzi non sappiamo noi dallo stesso Frontino (54, 11), che Domiziano riconobbe come proprietà il possesso dei *subseciva* in Italia? È dunque probabile che Frontino non abbia bene comprese le teorie giuridiche.

Un'altra osservazione prima di finire. La propensione dimostrata dall'agrimensore ad ammettere in compenso per chi perde la terra invasa dalle acque, propensione che cede dinanzi ad argomenti giuridici, non può forse spiegarci il famoso *sed vix est, ut id obtineat* di Gaio (Dig. 41, 1, 7, 5)? Come il gromatico, che rappresenta il sentimento comune, crede di dover esprimere questo in modo subordinato ai principî di stretto diritto (più o meno bene intesi da lui), così il giurista, dopo aver espresso ciò che deve avvenire *stricta ratione*, ricorda invece ciò che è più conforme all'equità comune in un caso, in cui questa doveva più che mai farsi sentire.

Al Brugi intanto rinnovo le preghiere di continuare l'utilissimo suo lavoro.



## OSCULUM INTERVENIENS

DI

GIOVANNI TAMASSIA (\*)

GIOVANNI TAMASSIA. — *Osculum interveniens. Contributo alla storia dei riti nuziali.* — Torino, Bocca, 1885 (estratto dalla *Rivista storica italiana*), Pag. 28 in 8°.

Il Tamassia, ch'è uno dei migliori giovani cultori della storia del diritto, lasciando per un momento in disparte i soggetti più gravi della sua scienza, ha fatta una piccola escursione in un campo più poetico, trattando dei baci negli sponsali.

Una legge di Costantino (Cod. Th. 3, 5, 6; Cod. Iust. 5, 3, 16) stabilì che le donazioni fatte dallo sposo alla sposa, *interveniente osculo*, dovessero esser valide per la metà, se uno degli sposi fosse morto prima delle nozze; *osculo vero non interveniente*, fossero infirmate totalmente e dovessero restituirsi allo sposo, se superstite, o ai suoi eredi; le donazioni della sposa allo sposo invece, *interveniente vel non interveniente osculo*, dovessero essere sempre totalmente rescisse.

Molte furono le opinioni espresse circa questo bacio, che interveniva negli sponsali, e la sua importanza: tutte raccolte diligentemente dal Tamassia; il quale a sua volta ritiene, che quel bacio fosse un elemento necessario alla piena perfezione degli sponsali.

Ma il pregio principale del lavoro, più che nella parte relativa al puro diritto romano, consiste nello studio accurato, pieno di erudizione e di acume, posto dall'A. nel ricercare le tracce di quella consuetudine romana nelle leggi posteriori presso i vari popoli, e nei vari documenti giuridici o letterari, che ci attestano il perdurare del bacio negli sponsali e della sua efficacia in diritto. La copia grandissima dei materiali raccolti e ottimamente adoperati fa sì che questo scritto del Tamassia sia indispensabile a chi vorrà occuparsi della storia degli sponsali e delle nozze dal diritto romano fino quasi ai nostri giorni.

In mezzo a tanta ricchezza, mi rincresce che sia sfuggito all'A. un paragrafo di quel libro giuridico siriano-romano, che fu edito dal Bruns e dal Sachau pochi anni or sono. Ivi (l. § 91, pag. 25 seg. — P. § 45, pagina 60 seguenti, — Ar. § 55, pag. 96. — Arm. § 57, pag. 130) è riferita con qualche modificazione la disposizione costantiniana, ed è notevole

che agli sponsali *osculo interveniente* si oppongono gli sponsali tra assenti; il che dimostra che gli sponsali erano bensì perfetti anche senza il bacio, ma che questo normalmente interveniva tra i fidanzati presenti. Notevole pure è che insieme col bacio si fa menzione del vedere la sposa senza velo; la qual cosa prova, mi pare, che l'importanza grande attribuita al bacio proviene dal carattere quasi-maritale di quell'atto, e che essa si deve all'influenza dei costumi dei popoli, presso i quali la donna viveva quasi celata e separata dagli uomini, come sono i popoli orientali. Il libro siriano ci attesta poi in modo irrefutabile, che la costituzione di Costantino, come bene sostiene anche il Tamassia, doveva valere per tutto l'impero e non solo per la Spagna, benchè fosse indirizzata *ad Tiberianum vicarium Hispaniarum*. Utile sarebbe riuscita all'A. anche la bella nota del Bruns in quel libro, pag. 259 segg.

Del resto che il bacio tra sposi presenti fosse cosa ordinaria in diritto romano, e che si trovasse poi anche presso molti popoli, mi pare che si possa spiegare con un precetto di *ius naturale*, proprio di quel *ius naturale* definito da Ulpiano nel Digesto 1, 1, § 3. Come sembra essere di *ius naturale* anche l'uso di servirsi delle ceffate e delle tirate d'orecchi come mezzo mnemonico, e per consequenza come forma giuridica in certi atti relativi alla testimonianza. Il Tamassia molto acutamente ravvicina (pag. 25, nota 3) la gran ceffata, data dal padre a Benvenuto Cellini perchè si ricordasse della salamandra, a usi simili menzionati in due leggi germaniche. Vi avrebbe potuto aggiungere la ceffata data dai germani ai ragazzi, che assistevano alla cerimonia della limitazione delle terre comuni, perchè serbassero memoria della solennità (GRIMM, *R. A.*, p. 545 seg. — MAURER, *Einleitung*, p. 224 — SCHUPFER, *Dig. ital.*, v. *Allodio*, n. 3), e la tirata d'orecchi nell'*antestatio* presso gli antichi romani (HORAT., *Sat.*, I, 9, 76 — PLIN., *Hist. nat.*, XI, 45 — PLAUT., *Pers.*, IV, 9, 8; *Curc.*, V, 2, 22), che prova non esser quell'uso proprio solo dei germani. Per quanto universale possa essere il carattere di un diritto, molto più universale è l'uso dei baci e delle ceffate!

Non voglio chiudere questi brevi cenni senza rinnovare al Tamassia la debita lode, sicuro che ben presto a questo seguiranno altri scritti ad attestare il suo valore.

(\*) Recensione in *Cultura*, 1885, pag. 508.

## DI UNA LEX HORREORUM RECENTEMENTE SCOPERTA

Notizia (\*)

Nel fasc. 3° del *Bullettino della commissione archeologica di Roma*, anno 1885, il chiarissimo prof. G. Gatti ha pubblicato un frammento d'iscrizione romana contenente un capitolato per la locazione di magazzini imperiali (*lex horreorum*), illustrandolo con un dotto commento e proponendone il supplemento. L'importanza di questo testo giuridico c'induce a riprodurlo nella nostra rivista con un brevissimo cenno, rinviando il lettore per maggiori schiarimenti allo studio del prof. Gatti (1).

La lastra di marmo (lunga m. 0,98, alta m. 0,88) trovata fuori della porta Salaria (Roma), in mezzo a terre di scarico e proveniente quindi da altro luogo, contiene solo metà della iscrizione; nè pare vi sia speranza di scoprire l'altra metà. La parte, che ci rimane, è tuttavia ben conservata, sicchè la lettura facilissima ne è interrotta solo in pochi e brevi punti.

Nel riprodurre qui l'epigrafe, noi ci asteniamo dal proporre alcun supplemento, e non ristampiamo neppure quello del Gatti, non già perchè esso non ci sembri assai pregevole, ma perchè nella mancanza di tutta una metà delle lunghe linee dell'iscrizione qualunque tentativo rimane sempre una più o meno verosimile fantasia, sulla quale nulla si può fondare.

Ecco dunque il testo:

R R E I S  
 E S A R I S - A V G - L O C (2)  
 A R - A R M A R I A - E T - L O C A  
 A R - E X - H A C - D I E - E T - E X

LÉX · HORREORUM ·

VE · QVID · ANTE · IDVS · DEC · PÉNSIONE · SOLVTA · RENVNTIET · QVI · NÓN ·  
 NSEQUENTE · ANNÓ · [N]ON · TRANSEGÉRIT · TANTI · HABEBIT · QVANTI · EIVS · GENER ·  
 .....ON · ERIT · ∞ QVISQVIS · IN · HIS · HORREIS · CONDVCTVM · HABET · ELOCANDI · ET ·  
 .....STODIA · [N]ON · PRAESTABITVR · ∞ QVAE · IN · HIS · HORREIS · INVECTA · INLATA  
 ...S · SATIS · E..... IT · ∞ QVISQVIS · IN · HIS · HORREIS · CONDVCTVM · HABET · ET · SVÁ  
 FVER · VÉNI..... SQVIS · IN · HIS · HORREIS · CONDVCT · HABET · PÉNSIONE · SOLVTA · CHIROCR.  
 HORREVM · S... RELIQUER · ET · CVSTODI · NON ADSIGNAVER · HORREARIVS · SINE · CVLPA · ERIT.

(\*) Pubbl. nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1886, pagg. 127 e 510.

(1) Confr. pure SCHUPFER, *Nuova antologia*, terza serie, I, 2, p. 394 seg.

(2) Si avverta che le linee 2, 3 e 4 dell'iscrizione occupano tutto il verso giungendo fino all'estremità della lapide come le linee 6 e segg.

Così leggesi nella fototipia annessa dal prof. Gatti alla sua pubblicazione. Ho chiuso tra parentesi quadre le due iniziali dei due *non* che si leggono nei v. 7 e 9, perchè sono assai guaste, quantunque riconoscibili. In principio del v. 1 si veggono tracce di un o; in principio del v. 2 tracce di a; in principio del v. 4 tracce di r; in principio del v. 12 tracce di a o di m. Il prof. Gatti poi nella riproduzione del testo a stampa (avendo egli veduta la lapide stessa) dà per esistenti al principio del verso 6 tracce di un d (perchè non di un o? il q pare escluso per la mancanza della coda); al principio del v. 10 tracce di un v; ed inoltre nel verso 10 dopo la parola *satis* legge chiaramente un e e quindi vede tracce di un i, e prima dalla lettera *IT* riconosce il residuo di un r: così pure nel verso 11 dopo le lettere *VENI* vede tracce di un a in modo da leggere *venia*; nel verso 12 finalmente dopo la lettera *s* vede un v.

Ciò dato, siamo autorizzati a completare il verso 1 così (*In Ho*)RREIS, seguendo anche l'analogia degli altri scarsi documenti di locazione, che ci rimangono; a leggere per intero (Ca)ESARIS nel verso 2, (i)NSEQUENTE nel verso 7; (n)ON nel verso 8; (cu)STODIA nel verso 9; (qui)SQVIS come principio di un nuovo articolo del contratto nel verso 11 — ma con ciò non possiamo dire davvero di aver fatto molto!

La forma dei caratteri, gli accenti, che si vedono qua e là, dimostrano, secondo il prof. Gatti, che l'epigrafe risale ai tempi di Traiano o di Adriano; della qual cosa dobbiamo lasciare il giudizio agli epigrafisti.

Il numero delle lettere mancanti indurrebbe quindi il prof. Gatti a leggere nel verso 2: (IMP - HADRIANI - C)AESARIS - AVG - LOC

Ma ciò è dubbio in sommo grado. È egli ben certo anzitutto che il nome dell'imperatore scritto nell'epigrafe dovesse esser quello dell'imperatore vivente, e non quello p. es. del fondatore degli *horrea*? A me poi non sembra neppure, che la scrittura dell'epigrafe sia tanto regolare da poter fare il calcolo esatto delle lettere mancanti.

Il titolo stesso di *lex horreorum*, che si trova nell'iscrizione, e tutto il suo contenuto dimostrano chiaramente, che si tratta di una proposta dei patti di locazione di magazzini generali di deposito imperiali. Questi erano locati ad un affittuario generale (*horrearius*), il quale poi ne lodava al pubblico le diverse parti alle condizioni scritte nella *lex*.

Nelle nostre fonti giuridiche frequentissima è la menzione degli *horrea*, che debbono distinguersi in tre diverse categorie: *horrea* privati, destinati ad usi privati — *horrea* destinati ad essere locati al pubblico come magazzini di deposito — *horrea* pubblici finalmente destinati al servizio dell'annona e ad altri usi dello Stato. Gli *horrea* della seconda categoria, tra i quali dovevano contarsi quelli ai quali si riferisce la nostra iscrizione, potevano essere di proprietà privata o imperiale. Essi si locavano al pubblico o direttamente dal proprietario, o da un affittuario generale. In questo secondo caso la locazione dell'edificio per parte del proprietario all'*horrearius* aveva il carattere ordinario, quella per parte dell'*horrearius* al pubblico aveva per iscopo la custodia delle cose depositate, e perciò diversa era la responsabilità del proprietario da quella dell'*horrearius* (fr. 60, § 9, *Locati* 19, 2. Confr. fr. 55 *eod.*; c. 1 *de loc.* 4, 65, e su quest'ultima legge vedi i *Basilici* XX, 1 c. 63 *Schol.* ov'è riferita l'opinione di Patricio. HEIMBACH, II, p. 369).

Le notizie più copiose si hanno relativamente agli *horrea* della terza categoria, ma non ci mancano neppure per la seconda, ed anzi si può dire ch'esse già erano tali, che l'epigrafe nostra non c'insegna nulla di so-



stanzialmente nuovo. Riguardo alla prima categoria naturalmente non v'è nulla d'importante da dire, dopo che si sia notato l'uso frequente di siffatti *horrea* privati e l'utilità grande, che loro si riconosceva. Il prof. Gatti ha con la sua consueta diligenza e abilità raccolte le notizie sparse negli autori antichi, nelle iscrizioni, e negli autori recenti di diritto pubblico romano e di antichità classiche (1), e si è anche servito con molto accorgimento dei testi giuridici principali. Io non istarò dunque a rifare il già fatto; solo per comodità del lettore giurista, darò qui un elenco, se non completo certo più ampio, dei testi delle fonti giuridiche, dove si fa menzione degli *horrea*, comprendendovi anche quelli di minor momento. Noterò pure che per alcuni testi può essere incerta la relazione all'una o all'altra categoria di *horrea*. (2)

Si possono riferire alla prima categoria, cioè agli *horrea* privati conservati dal proprietario per proprio uso ovvero locati, ma non come magazzini col fine della custodia delle cose depositate, i testi seguenti: Inst. Iust. § 45, *de r. d.*, 2, 1; Dig. fr. 6 pr. *de ed.* 2, 13; fr. 8, *Quod cum eo*, 14, 5; fr. 13 pr. *de serv. praed. urb.*, 8, 2; fr. 41 pr. *eod.*; fr. 43, § 1, *de pign. uct.*, 13, 7; fr. 74 *de contr. empt.*, 18, 1; fr. 76 pr. *eod.*; fr. 32, § 3, *de leg. II*, (31); fr. 84 *de leg. III*, (32); fr. 7 *de instr. v. instr. leg.*, 33, 7; fr. 12, § 39, *eod.* [nel fr. 12, § 40, deve leggersi *horreis* invece di *hortis*]; fr. 20, § 8, *eod.*; fr. 3, § 11, *de penu leg.*, 33, 9; fr. 32, § 4, *de auro arg.*, 34, 2; fr. 30, § 4, *Ad l. Falc.*, 35, 2; fr. 5, § 22, *Ut in poss. leg.*, 36, 4 (?); fr. 40 pr. *de statulib.*, 40, 7; fr. 9, § 6, *de a. r. d.*, 41, 1; fr. 60 *eod.* (confr. fr. 18 pr. *de a. empt.*, 19, 1); fr. 75, § 6, *de v. o.*, 45, 1; fr. 21, § 6, *de furtis*, 47, 2; fr. 79, § 1, *de v. s.*, 50, 16. — Cod. Iust. c. 2, § 1, *de per. et comm.*, 4, 48; c. 22 pr. *de adm. tut.*, 5, 37. (Forse c. 3 *de per. tut.*, 5, 38).

Possono riferirsi alla seconda categoria, cioè agli *horrea* direttamente o mediante un *horrearius* locati come magazzini di custodia per depositi di merci, questi testi: Dig. fr. 3, § 2, *de off. praef. vig.*, 1, 15; fr. 19, § 2, *de iud.*, 5, 1; fr. 5, § 3, *de his qui eff.*, 9, 3; fr. 5 pr. *Ad exhib.*, 10, 4; fr. 55 pr., *Loc.*, 19, 2; fr. 56 *eod.*; fr. 60, § 6, 9 *eod.*; fr. 3, *In quib. caus. pign.*, 20, 2; fr. 6, § 2, *Qui pot.*, 20, 4; fr. 21, § 1, *eod.*; fr. 20, § 1, *de ann. leg.*, 33, 1; fr. 5, § 22, *Ut in poss. leg.*, 36, 4; fr. 8, *Quod cum eo*, 14, 5. (Ai quali forse potrebbero aggiungersi i già citati fr. 6 pr. *de ed.*, 2, 13; fr. 74 *de contr. empt.*, 18, 1; fr. 76 pr. *eod.*; fr. 84 *de leg.*

(1) Tuttavia non senza vantaggio si possono riscontrare anche alcuni degli scrittori meno recenti, dei quali si può trovare la citazione in BRISSONIUS, *Opera minora*, rec. em. annot. A. D. TREKELL (Lugd. Bat. 1749) *Select. ex iure civ. antiq.*, lib. IV, c. 18, pag. 105, e in HEINECCIUS, *Antiq. roman.*, ed. MÜHLENBRUCH (Franc. ad M. 1841) *Append. lib. I*, c. 4, § 115, pag. 314. Nè è da dimenticarsi Cuiacio, che parla degli *horrea* della seconda categoria specialmente nel *Comm. in tit. 4 ad exhib. lib. 10 Dig. ad l. 3 e ad l. 5 (Opera omnia, Prati 1839) vol. 7, col. 970 seg., Comm. in tit. 65 de loc. lib. 4 Cod., vol. 9, col. 607 seg.; di quelli della terza categoria in Comm. ad l. 10 Cod. Iust. tit. 26 de cond., vol. 10, col. 84 segg. Veggasi poi specialmente PANCIRIOLUS, Var. lection. (Lugduni, 1619), lib. I, cap. 51, p. 91 segg.*

(2) Ai testi qui citati dovrebbero poi naturalmente aggiungersi quelli che, sebbene non facciano espressa menzione di *horrea*, pure vi si riferiscono parlando di *granaria*, di *condita etc.* come p. es. fr. 12, § 1, *de instr. v. instr. leg.*, 33, 7; fr. 97, *de leg. III* (32); c. 3, 15, C. Th. *de erog. mil.* 7, 4; c. 2 C. Th. *de his quae ex publ. coll.* 12, 9; c. 9 C. Th. *de suariis* 14, 4; c. 2 C. Iust. *de his quae ex publ. coll.* 10, 75 (73); c. 4 C. Iust. *de erog. mil.* 12, 37 (38); e simili.

III, (32); fr. 20, § 8, *de instr.*, 33, 7; fr. 30, § 4, *Ad l. Falc.*, 35, 2; fr. 9, § 6, *de a. r. d.*, 41, 1; fr. 21, § 6, *de furt.*, 47, 2; fr. 79, § 1, *de v. s.*, 50, 16). — Cod. Iust. c. 9 *de act. pign.*, 4, 24; c. 1 *de loc.*, 4, 65; c. 4 *eod.*; c. 3 *de per. tutor.*, 5, 38. (Forse anche la citata c. 2, § 1, *de per. et comm.*, 4, 48). — *Collatio* 10, 9. — (Cod. Theod. c. 3 *de collat. donat.*, 11, 20, seppure non si riferisce alla terza categoria).

Alla categoria terza, ossia degli *horrea* destinati ad uso della pubblica annona o ad altro servizio dello Stato, appartengono le leggi seguenti: fr. 7 (6) *de iur. imm.*, 50, 6 — Cod. Iust. c. 15 (14), § 1, *de off. rect. prov.*, 1, 40; c. 11, § 1, *de aed. priv.*, 8, 10; c. 13, § 2, *de op. publ.*, 8, 11 (12); c. 1 *de cond. in publ. horr.*, 10, 26; c. 2 *eod.*; c. 3 *eod.*; c. 6 *de suscept.*, 10, 72 (70); c. 4 (6) *de navic.*, 11, 2 (1); c. 1 pr. *de pistor.*, 11, 16 (15); c. 1 *de frum. urb. const.*, 11, 24 (23); c. 5 *de erog. mil. ann.*, 12, 37 (38); c. 6 *eod.*; c. 2 pr. *de appar. praef. praet.*, 12, 52 (53) — C. Theod. c. 1, 5, 11, 13, 16, 17, 32 *de erog. mil. ann.*, 7, 4; c. 10 *de numer.*, 8, 1; c. 1, 2, 3, *de cond. in publ. horr.*, 11, 14; c. 16, 33 *de suscept.*, 12, 6; c. 1 *Ne praef. exact.*, 12, 10; c. 32 *de navic.*, 13, 5; c. 4, § 1, *de can. frum. urb. Rom.*, 14, 15; c. 2 *de frum. urb. const.*, 14, 16; c. 7 *de annon. civ.*, 14, 17; c. 1 *de patr. hor. port.*, 14, 23; c. 16 *de pist.*, 14, 3; c. 4, 12, 17, 35, 37, § 1, 38 *de op. publ.*, 15, 1; c. 1 pr. *de eq. curul.*, 15, 10.

Riguardo al contenuto giuridico della nostra iscrizione, dirò solo che non è improbabile la congettura del prof. Gatti, che nei versi 6 e 7 si contenesse una disposizione relativa alla tacita rilocazione dopo scaduta la prima locazione, e che nei versi 9-10 si avesse il patto del pegno sugli *invecta et inlata*, e che nel verso 11 si trattasse delle quietanze del pagamento della *pensione*. Nell'ultimo verso si fa cenno di un discarico di responsabilità dell'*horrearius* nel caso che il depositante non abbia fatto l'*adsignatio* delle merci depositate, *adsignatio* per la quale il prof. Gatti opportunamente rinvia al fr. 1, § 8, *Nautae caup.*, 4, 9. Si può dubitare invece se nel verso 8 seg. si contenesse un divieto di sublocazione, o semplici modalità per questa, con diminuzione di responsabilità per l'*horrearius* (1); non abbiamo a parer mio ragioni decisive per nessuna di queste ipotesi. Come pure si può dubitare se il verso 10 seg. si riferisce, come vorrebbe il professor Gatti, al *ius tollendi* per le spese fatte dal conduttore.

Tutta la teoria giuridica del contratto, di cui abbiamo un esempio, è del resto a noi nota, come ho detto, e il lettore troverà molti materiali in proposito nei testi citati dal prof. Gatti e da me.

(1) Della responsabilità dell'*horrearius* trattano il BARON nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. LII, pag. 46 segg., e il PERNICE, *Labeo*, vol. II, pag. 350.

**SULLA CONST. 12 DE FIDEIC. 6, 42,  
IN RELAZIONE COL FR. 10 AD SC. TREB., 36, 1 (\*)**

Una recente questione pratica, discussa dinanzi alla corte di cassazione di Roma, e della quale io ho avuto indirettamente notizia, ha richiamato la mia attenzione sul fr. 10 *ad SC. Treb.*, 36, 1 e sulla contraddizione, almeno apparente, in cui esso si trova con la const. 12 *de fideicomm.*, 6, 42. Di questi due testi, che si riferiscono entrambi alla restituzione di fedecommissi universali, si sono occupati non pochi degli antichi interpreti; ma oggi essi sono quasi da tutti trascurati, quantunque non si possa dire che ne sia stata data una spiegazione da tutti accettata. Non sarà dunque affatto inutile ritornar qui brevemente a studiare questo piccolo problema esegetico, che ha mostrato col fatto di non esser privo d'ogni importanza pratica.

Il fr. 10 *ad SC. Treb.*, 36, 1 è così concepito:

« Gaius, libro secundo fideicommissorum. Sed et si ante diem vel ante conditionem restituta sit hereditas, non transferuntur actiones, quia non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit. plane posteaquam exstiterit condicio vel dies venerit si ratam habeat restitutionem hereditatis, benigne est intellegi tunc translatas videri actiones ».

La const. 12 *de fideic.* 6, 42 è del tener seguente:

« Imp. Philippus A. et Philippus C. Rufino. Post mortem suam rogatum restituere hereditatem defuncti iudicio et antequam fati munus impleat posse satisfacere (id est restituere hereditatem) quarta parte vel retenta vel omissa, si voluerit, explorati iuris est. PP. id. Oct. Peregrino et Aemiliano cons. (Anno 244 p. Chr.) ».

L'apparente contraddizione consiste in ciò, che mentre nella legge del Digesto non si ammette l'efficacia piena della restituzione del fedecommissio universale fatta prima dell'avverarsi della condizione e dello scadere del termine, nel rescritto del Codice invece si dichiara valida (e si dice essere questa validità *explorati iuris*) la restituzione fatta dal fiduciario in vita di un fedecommissio da restituirsì *post mortem*.

Non si può ragionevolmente dubitare della lezione dei due testi, quantunque in quel sommario dei Basilici, che è noto sotto il nome di *Tipucito*, si trovi, secondo lo Heimbach, riferito il testo del Codice, come se negasse, invece di affermare, la validità della restituzione (Basil. XLIV, 1, 133; HEIMBACH, IV, pag. 351). Ma tutti i manoscritti latini, come pure la latinità stessa del testo, richiedono ch'esso si legga nel modo sopra ac-

cettato, e che gli si attribuisca il senso di ammettere la validità della restituzione.

Invece un dubbio mi pare che possa giustamente nascere circa l'essere o no la c. 12 *de fideic.* interpolata dai compilatori giustiniani; e per vero l'inciso *id est restituere hereditatem* pare piuttosto ozioso nel rescritto dell'imperatore Filippo (dovendo il caso essere dichiarato nella domanda stessa, alla quale il rescritto risponde), e, se non è un glossema, deve probabilmente essere una di quelle aggiunte dichiarative dei compilatori, che sono tutt'altro che rare e si riconoscono per lo più dalle parole *id est*, con le quali si ricollegano al testo. Il dubbio si potrebbe anzi estendere anche alle parole *quarta parte vel retenta vel omissa si voluerit*, le quali si possono riconnettere alla frase *id est restituere hereditatem*. Ma qui bisogna andar cauti; vedremo in seguito che forse una gran parte dell'importanza del testo può stare appunto nello inciso *quarta parte vel retenta vel omissa*. Se l'interpolazione (dato che vi sia) è ristretta all'*id est restituere hereditatem*, essa non ha per l'interpretazione del testo altra importanza, se non quella di dimostrare che i compilatori del Codice hanno inserito meditatamente la c. 12 nel titolo *de fideicommissis*.

Nella Glossa (*ad l. 10 ad SC. Treb.* v.° *ante diem*; confr. gl. *ad l. 12 C. de fideic.* v.° *restituere*) è messa innanzi una interpretazione del fr. 10 *ad SC. Treb.*, la quale deve prima di ogni altra richiamare la nostra attenzione. Questo frammento fa seguito ad un passo di Ulpiano, fr. 9, § 3, *ad SC. Treb.*, che è bene avere sott'occhi:

« Si quis sub condicione fuit heres scriptus, pendente condicione nihil agit, tametsi paratus sit restituere hereditatem ».

Ora il nostro fr. 10 con quelle sue parole iniziali: « Sed etsi ante diem etc. » sembra riattaccarsi direttamente alla legge precedente; ed è perciò naturale il pensare che in esso si continui a parlare della stessa ipotesi. Il termine e la condizione dunque, di cui trattava Gaio, dovevano essere apposti alla istituzione dell'erede fiduciario, non già alla disposizione relativa alla restituzione; ed è quindi assai chiara la ragione, per cui non si ammette la validità della restituzione fatta da colui, che non è ancora certamente erede egli stesso; mentre invece nella legge del Codice si riconosce valida la restituzione fatta da un erede, che ha già acquistata certamente tale qualità e che fa subito la restituzione, che potrebbe protrarre al momento della sua morte. Le due ipotesi sono essenzialmente diverse, e tra i due testi non vi è neppur l'ombra della contraddizione.

Tale interpretazione fu accettata da celebri scrittori, come DONELLO (*Comment. de iure civili*, lib. VII, c. 20, § 22, *Opp. Lucae*, 1763, vol. II, p. 568), GIFANIO (*Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis ad l. 12 de fideic.*, Colon. Planc. 1614, II, pag. 156), FERNANDEZ DE RETES (*Praelectio ad tit. D. de v. o., Pars II, Tract. III, § XII*), MEERMANN (*Thesaur.*, VII, p. 442 seg.); ma tuttavia non credo che sia da approvarsi.

L'essere il fr. 10 *ad SC. Treb.* collocato immediatamente dopo il passo di Ulpiano, che parla d'istituzione condizionata dell'erede, non è argomento di gran forza. Non già ch'io creda assolutamente casuale quella collocazione, poichè il fr. 10 di Gaio è posto tra due appartenenti allo stesso libro quarto *fideicommissorum* di Ulpiano, e ciò non può essere avvenuto se non per animo deliberato dei compilatori. Ma la connessione tra il fr. 9, § 3, e il fr. 10 sta nella trattazione dell'effetto dei termini e delle condizioni in rapporto ai fedecommissi universali in generale, non già nella precisa uguaglianza dell'ipotesi. Infatti mentre Ulpiano parla solo di con-

(\*) Pubbl. in *Foro abruzzese*, 1886, parte III, pag. 45.



*dicio*, Gaio tratta di *dies* e di *condicio*, il che porta già una diversità; e d'altronde dalle parole stesse di Gaio risulta abbastanza chiaro, ch'egli parla di condizione e di termine apposti alla restituzione, non già all'istituzione; ed è anche difficile ammettere che i compilatori abbiano appositamente inserite l'una dopo l'altra due leggi, delle quali l'una sarebbe stata una ripetizione dell'altra.

Ho detto che le parole di Gaio dimostrano, ch'egli allude ad un termine o ad una condizione apposti alla richiesta di restituzione. Infatti anzitutto la stessa unione del *dies* con la *condicio* rende, se non impossibile, almeno sommamente improbabile, che si tratti di modalità apposte ad una istituzione d'eredità: tutti sanno che non si poteva in diritto romano nominare a termine un erede, e non si può supporre senza troppo grande sforzo che Gaio parlasse del caso eccezionale di un testamento militare, come vuole la Glossa, o che si riferisse ad un *dies incertus* che era considerato come condizione; appunto la distinzione tra *dies* e *condicio*, ch'egli fa, dimostra che intende parlare di un *dies* diverso dalla condizione. Inoltre la ragione addotta da Gaio per negare il trapasso delle azioni dal fiduciario al fedecommisario, nel caso di restituzione *ante diem vel ante condicionem*, si addice solo al caso di fedecommesso a termine o condizionato: egli dice « *quia non ita restituitur hereditas ut testator rogavit* », e non già che la restituzione fu fatta da chi non la poteva fare. Ulpiano invece, che certo non pecca di soverchia brevità, nel caso dell'eredità istituito sotto condizione, dice semplicemente: « *pendente condicione nihil agit* ». Quelle parole di Gaio alludono evidentemente al testo stesso del senatoconsulto Trebelliano (fr. 1, § 2, *ad SC. Treb.*): « *placet, ut actiones, quae in heredes hereditate busque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmantur supremae defunctorum voluntates* »; esse quindi si riferiscono a modalità apposte dal testatore all'ordine di restituzione del fedecommesso.

Conviene dunque ritenere che il fr. 10 *ad SC. Treb.* parla veramente di fedecommesso universale sotto condizione o a termine. Così infatti lo hanno interpretato i più degli antichi scrittori, e così lo spiegano tutti i moderni (1). Il principio in esso contenuto è perfettamente conforme alla parola e allo spirito del senatoconsulto Trebelliano, il quale volle che nel caso di fedecommesso universale le azioni ereditarie passassero attivamente e passivamente dal fiduciario al fedecommisario, che veniva così ad essere *heredis loco*, per rispetto alla volontà del testatore, e per conseguenza nel modo e nei limiti imposti da questa volontà.

(1) Gli scrittori moderni non parlano dell'antinomia tra il fr. 10 *ad SC. Treb.* e la const. 12 *de fideic.*; solo riferiscono il primo in modo da attribuirgli il significato accennato nel testo. DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, 2ª ediz. (Napoli, 1869), II, § 310, pag. 263 — MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4ª ediz. (Bruxelles, 1877), III, pag. 696, n. 7 — PUCHTA, *Pandekten*, § 555 (7ª ediz., Leipzig, 1853), pag. 756 — WENING INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (5ª ediz., München, 1838), III, p. 403, n. d — BOECKING, *Pandekten Grundriss* (5ª ediz., Bonn, 1861) III, § 159, n. 5, pag. 394, — SENTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht* (3ª ediz., Leipzig, 1869) III, § 219, n. 23, pag. 742 — ARNDTS, trad. ital. SERAFINI, *Pandette* (Bologna, 1879), III, § 585, pag. 318 — TEWES, *System des Erbrechts* (Leipzig, 1864), II, § 120, n. 21, pag. 386. — Per sè stessa tuttavia questa mirabile conformità d'interpretazione degli autori più recenti non significherebbe gran cosa, perchè in generale si sono copiati l'un l'altro senza molto pensarci sopra.

Ma la const. 12 *de fideic.* riconosce invece la validità della trasmissione fatta in vita del fiduciario di un fedecommesso universale da restituirsì *post mortem*.

La Glossa (*ad l. 9 § 3 ad SC. Treb. v.º nihil agit; ad l. 12 C. de fideic. v.º restituere*) propone anche di riferire il fr. 10 *ad SC. Treb.* ad una condizione casuale, incerta, la const. 12 invece ad una condizione *quae omnimodo exitura est*, essendo certa la morte del fiduciario, e ritiene che in questo secondo caso la volontà del testatore sia come pura e semplice. Ma fu bene obiettato a tale interpretazione che non può dirsi *omnimodo exitura* la condizione *cum morietur*, se la s'intende come vera condizione, poichè può darsi che il fedecommisario muoia prima del fiduciario, nel qual caso la condizione non si potrebbe considerare come avverata. Confr. fr. 12, § 1, *de legat. II*, 31; fr. 1, § 2, *de condic.* 35, 1; fr. 79, § 1 *eod.*; fr. 4 *Quando dies leg. ced.*, 36, 2; fr. 13 *eod.*). Si può aggiungere anche che in ogni modo il *post mortem* potrebbe interpretarsi come termine, ed anche per questo dovrebbe applicarsi il principio scritto nel fr. 10 *ad SC. Treb.*

Altri interpreti, come per esempio BARTOLO (*in secundam Cod. partem*, Venetiis, 1580, *ad l. 12 de fideic.* fol. 41), FERNANDEZ DE RETES (*Op. cit.*, pag. 443, § XVI), VOORDA (*in SCHULTING-SMALLenburg, Notae ad Digesta*, Supplem. VII, 2, pag. 1314 *ad l. 10 ad SC. Treb.*) ritengono che nella const. 12 *de fideic.* si trattasse di una restituzione fatta per spontanea volontà del fiduciario, la quale non avesse forza di far passare le azioni, ma si dovesse considerare quasi come una donazione.

Nel modo com'è stata proposta, e pel diritto giustiniano, questa interpretazione non mi sembra ammissibile. Sarebbe infatti strano che la legge mancasse precisamente di enunciare ciò, che sarebbe stato essenziale e se anche si dovesse ammettere che questa mancanza provenisse dall'essere la c. 12 un rescritto, si dovrebbe pur sempre riconoscere una grande trascuratezza dei compilatori, i quali nell'inserire, forse anche interpolandola, questa costituzione nel Codice non vi aggiunsero alcuna spiegazione. Quanta differenza facessero i romani tra l'intenzione di donare e quella di eseguire il fedecommesso, risulta anche dal fr. 77, § 10, *de legat. II*, 31, del quale avremo occasione di tornare a parlare più oltre. D'altronde la restituzione prima della morte del fiduciario è dalla legge stessa considerata come fatta in forza della volontà del testatore « *defuncti iudicio..... satisfacere* », sicchè, almeno pel diritto giustiniano, non sembra che vi sia motivo alcuno per non ritenerla fatta con tutti gli effetti del SC. Trebelliano.

Per una restituzione poi tutta basata sulla volontà dell'eredità fiduciario, e che dovesse avere il carattere di donazione, almeno interinalmente, non avrebbe neppure molta ragion d'essere l'inciso *quarta parte vel retenta vel omissa*, il quale invece dimostra che si trattava veramente di una restituzione fedecommisaria come tale.

Maggiore apparenza di ragione potrebbe avere l'interpretazione qui discussa per il rescritto dell'imperatore Filippo considerato nel diritto antegiustiniano. Siamo sotto questo aspetto di fronte ad una difficoltà ben nota, la quale tuttavia non credo sia stata mai sollevata a proposito di questa legge. Gaio (II, § 254-257) e Giustiniano (Inst. § 5-7, *de fideic. her.*, 2, 23) espongono esplicitamente, che secondo il senatoconsulto Pegasiano, quando il testatore non aveva lasciata almeno la quarta parte dell'eredità all'eredità fiduciario, si applicavano al fedecommesso stesso le regole dei legati, specialmente per quel che concerneva la legge Falcidia,

sicchè il fiduciario aveva il diritto di detrarre quella parte, e anche se non l'avesse detratta, ma avesse volontariamente adita l'eredità, e quindi l'avesse restituita al fedecommissario, tale restituzione non aveva luogo con gli effetti del SC. Trebelliano, ma bensì con quelli del SC. Pegasiano: il che significa che non avveniva il passaggio delle azioni dal fiduciario al fedecommissario, e si ricorreva alla stipulazioni *partis et pro parte* come nel caso di legato parziario, se il fiduciario riteneva la quarta, o a quelle *emptae et venditae hereditatis*, se il fiduciario non riteneva la quarta. Giustiniano (Inst. § 7-9 *eod.*) tolse di mezzo queste differenze e quelle stipulazioni, e ordinò che tutti i fedecommissi universali dovessero restituirsì *ex SC. Trebelliano*, e quindi che il fiduciario, cui fosse imposto di restituire tutta l'eredità, o la restituisse tutta, o, detratta la quarta, ne restituisse le altre tre quarte parti, col pieno effetto della trasmissione delle azioni.

Se le cose stessero veramente così, e il diritto basato sui due senatoconsulti Trebelliano e Pegasiano, quale ci viene dichiarato da Gaio, si fosse mantenuto inalterato fino alle modificazioni introdotte da Giustiniano, se ne dovrebbe concludere che l'imperatore Filippo nel suo rescritto (c. 12 *de fideic.*) non poteva parlare se non di una restituzione *ex SC. Pegasiano*, priva dell'effetto della trasmissione delle azioni dal fiduciario al fedecommissario: infatti in esso si tratta di un fedecommissato dell'intera eredità e si dice espressamente che il fiduciario ha, se vuole, il diritto di detrarre la quarta. Nessuna contraddizione dunque vi sarebbe più tra il frammento di Gaio e la costituzione di Filippo considerati fuori della compilazione giustiniana. Per questo potrebbe anche ritenersi che il riferire la c. 12 ad una restituzione fondata sulla sola volontà del fiduciario, e tale da non produrre la trasmissione delle azioni al fedecommissario, sarebbe alquanto più probabile che non apparisse prima di fare queste considerazioni storiche; poichè si potrebbe dire che il testo, perduta la sua antica relazione con l'abolito SC. Pegasiano, dovesse pur sempre conservare il carattere di una restrizione non fatta in forza del SC. Trebelliano. Ma tuttavia con ciò non sarebbero tolte di mezzo tutte le difficoltà notate più sopra.

D'altra parte anche per la storia le cose non sono tanto semplici, quanto a prima vista possono apparire, e si può ragionevolmente dubitare della inalterata persistenza di quelle regole esposte da Gaio nelle sue Istituzioni.

Ulpiano, nel suo *liber regularum* 25, 14, parla della restituzione *ex SC. Pegasiano* « *deducta parte quarta* », e tace del caso che il fiduciario restituisca tutta l'eredità senza detrarre la quarta. Paolo (e questo è importantissimo), nelle *receptae sententiae* 4, 3, 2, scrive espressamente: « *Totam hereditatem restituere rogatus, si quartam retinere nolit, magis est ut eam ex Trebelliano debeat restituere: tunc enim omnes actiones in fideicommissarium dantur* ». Nè manca nella stessa compilazione giustiniana qualche traccia dell'opinione dei classici giureconsulti, i quali consideravano come fatta secondo il SC. Trebelliano la restituzione eseguita dal fiduciario senza dedurre la quarta: così nel fr. 20, *Quae in fraud. cred.*, 42, 8, tratto dal libro secondo delle questioni di Callistrato, si legge: « *Debitorem, qui ex SC. Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere* » (1).

(1) Taccio di altre leggi come il fr. 93 *i. f. ad l. Falcid.*, 35, 2 (Papinianus); il fr. 1 § 16, *ad SC. Treb.*, 36, 1 (Ulpianus); fr. 31 (30), § 3, *eod.*, (Marcianus); fr. 65 (63)

A questo mal potrebbe aggiungersi il fr. 22 (21) *ad SC. Treb.*, 36, 1. « *Heres cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit nec cavet sibi stipulatione proposita. Similem eum esse Aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt: sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nascisci et adversus agentem doli mali exceptione uti posse eum et debitoribus denunciare ne solveretur* ». Infatti qui l'ipotesi non è certamente quella di colui, che spontaneamente rinuncia alla quarta Pegasiana e perciò restituisce l'eredità *ex SC. Trebelliano*; nè si può sapere se e fino a qual punto il testo sia interpolato. Esso è tratto dal libro vigesimo secondo *ad Sabinum* di Pomponio; difficilmente questo giureconsulto poteva in tale materia seguire una dottrina diversa da quella esposta da Gaio come non controversa nelle sue Istituzioni, e le testimonianze del mutamento avvenuto a questo riguardo nella giurisprudenza sono tutte posteriori a Pomponio.

Se noi prestiamo fede a queste testimonianze — e veramente benchè pel testo di Callistrato si possa anche parlare d'interpolazione, nullà pare si possa dire contro la citata sentenza di Paolo — non troveremo un forte ostacolo nella narrazione delle Istituzioni giustiniane ricordata più sopra. I redattori di queste possono essere stati mossi da più ragioni a scrivere ciò che noi abbiamo riferito: può averli spinti il desiderio di far meglio risaltare l'importanza della innovazione compiuta da Giustiniano fondendo il SC. Pegasiano col Trebelliano; o li ha indotti, cosa anche più probabile, la comodità di copiar Gaio più semplicemente, o il desiderio di evitare in un libro elementare disquisizioni troppo minute, prive oramai d'importanza pratica. Essi stessi d'altronde nel § 7 *de fideic. hered.*, 2, 23 accennano in termini generali ad una certa propensione anche dei classici giureconsulti ad estendere l'applicazione della trasmissione delle azioni secondo il SC. Trebelliano per evitare le complicazioni della restituzione secondo il Pegasiano: « *Sed quia stipulationes ex senatus consulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat etc.* ».

Deve nondimeno richiamare la nostra attenzione un altro frammento delle Pandette, dal quale si potrebbe trarre un argomento contrario, se non alle testimonianze riferite più sopra, almeno alle conseguenze che ne abbiamo dedotte; poichè potrebbe dimostrare che l'opinione espressa soprattutto da Paolo in modo categorico, fosse poi contraddetta e probabilmente anche vinta dall'opinione contraria. Ecco il frammento, di cui parlo: fr. 47 (45) *ad SC. Treb.*, 36, 1. « *Modestinus, libro singulari de heurematicis. Qui totam hereditatem restituere rogatus quartam retinere non vult fidem que obsequium defuncti precibus praebere desiderat, sua sponte adire debet hereditatem, quasi ex Trebelliano eam restitutus. Suaserim ta-*

§ 3, *eod.*, (Gaius); confr. pure § 9 *Inst. de fideic. hered.*, 2, 23, dove si parla della restituzione *ex SC. Trebelliano*, nel caso che il testatore non abbia lasciata al fiduciario la quarta come quota di eredità (secondo le regole della legge Falcidia, la quale in forza del SC. Pegasiano doveva applicarsi anche ai fedecommissi), ma gli abbia lasciato il valore della quarta stessa in cose o danaro. Nelle leggi stesse citate si dimostra come questa specie di estensione non fu connessa con quella di cui parlo nel testo, e si dice pure come essa abbia il suo appoggio in una costituzione imperiale. Sotto questo aspetto credo quindi che quelle leggi non siano interpolate (il che però non toglie che sotto altro aspetto possano esserlo: vedi per es. il citato fr. 1, § 16, *ad SC. Treb.*). Tuttavia esse non hanno grande importanza per l'argomento da noi trattato. — Vedi in senso alquanto diverso NEUNER, *Die heredis institutio ex re certa* (Giessen, 1853), pag. 101 segg.



« *men, suspectam potius dicat hereditatem coactusque a praetore restituat: hoc enim casu ex ipso Trebelliano restituere videtur expositoque hereditario metu universas actiones in eum transfert, qui recepit hereditatem* ». Or si è detto, che se Modestino consiglia di ricorrere ad un espediente indiretto per fare la restituzione secondo il SC. Trebelliano, ciò significa che non si ammetteva al suo tempo il passaggio delle azioni nel caso di spontanea restituzione senza deduzione della quarta. Ma affinché questa legge facesse piena prova contro il principio affermato nella sentenza di Paolo, e al quale sembrano prestare appoggio Callistrato e Ulpiano, bisognerebbe anzitutto ch'esso fosse assolutamente contrario a questo; e in secondo luogo che esso con certezza si potesse dire posteriore al testo di Paolo stesso, sicché rappresentasse uno svolgimento ulteriore della giurisprudenza romana.

Ora io non so trovare nel testo di Modestino nè l'uno nè l'altro di questi requisiti. Esso nella prima parte ammette anzi in generale, che anche la spontanea restituzione senza deduzione della quarta si faccia *quasi ex Trebelliano*: perciò l'espediente raccomandato nella seconda parte può fare dubitare della piena sicurezza di quanto è detto nella prima, ma non può distruggerlo del tutto. Rispetto poi alla questione del tempo di fronte al testo di Paolo, è utile evitare un errore, in cui sogliono cadere parecchi romanisti anche non dei peggiori; molti infatti, ragionano così: Modestino era più giovane di Paolo, dunque rappresentava una giurisprudenza più progredita o almeno posteriore. Ciò può esser falso per più d'una ragione. Non sempre l'opinione espressa da uno scrittore più recente contiene un progresso su quella degli autori precedenti, nè si può esser certi che l'opinione di lui sia quella di tutti i suoi contemporanei: ma anche astrazione fatta da questa osservazione generale, deve notarsi che l'esser Modestino più giovane di Paolo non significa punto ch'essi non abbiano vissuto per molti anni contemporaneamente, e che quindi Modestino non abbia scritto una parte delle sue opere prima di altre di Paolo. Specialmente poi non è impossibile, e neppure improbabile (1), che il libro *de heurematicis* di Modestino, dal quale è tratto il citato fr. 47 (45) *ad SC. Treb.*, 36, 1, sia precedente alle *Sententiae* di Paolo. Ciò posto, cade tutta l'argomentazione fondata sul fr. 47 (45) cit., e anzi si può al contrario supporre che il principio, forse ancor non bene assodato quando scriveva Modestino, fosse poi diventato più sicuro e tale da esser da Paolo senz'altro accolto nel suo libro. Tale processo storico mi sembra anche abbastanza probabile, poichè è veramente conforme all'intimo spirito dei due senatoconsulti Trebelliano e Pegasiano, che, quando non abbia luogo detrazione di quarta, non si ricorra alle complicazioni cagionate dall'applicazione per estensione della legge Falcidia ai fedecommissari, trattati perciò quasi fossero legati; e dall'altra parte sarebbe veramente strano che, riconosciuto una volta potersi la restituzione senza deduzione della quarta fare spontaneamente secondo il SC. Trebelliano, dovesse poi, non già negarsi questa massima, ma, pure ammettendola in sostanza, consigliarsi un obliquo sotterfugio per ottenere ciò, che assai più semplicemente e lealmente prima si ammetteva.

Ed ora torniamo alla nostra const. 12 *de fideic.*, 6, 42. Nell'anno 244, imperando Filippo, doveva secondo ogni probabilità per quanto abbiamo dimostrato, essere oramai certo che la restituzione di un fedecommissario

(1) Confr. la tabella del Fitting annessa al suo scritto: *Ueber das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Base, 1860.

universale omissa quarta Falcidia si potesse fare *ex SC. Trebelliano*: e perciò non si può dire (ciò che più sopra s'è detto per ipotesi) che in quella costituzione l'imperatore parlasse solo di restituzione *ex SC. Pegasiano*; che anzi in uno almeno dei due casi egli doveva piuttosto parlare di una restituzione *ex SC. Trebelliano* con l'effetto della trasmissione delle azioni ereditarie al fedecommissario. Cade così tutto ciò che abbiamo più sopra edificato su quell'ipotesi poco fondata.

E si potrebbe sottilizzando andare anche più oltre. La quarta Pegasiana poteva esser lasciata, come abbiamo più sopra accennato, in modi assai diversi: tra gli altri anche i frutti dell'eredità (fr. 18, § 1, *ad leg. Falc.*, 35, 2 (Paulus); fr. 19 (18), § 1, *ad SC. Treb.*, 36, 1 (Ulpianus); fr. 23 (22), § 2, *eod.* (Ulpianus); fr. 28 (27), § 1, 16 *eod.* (Iulianus); confr. fr. 83 *pr. de legat.* III, 32 (Modestinus) — vedi pure fr. 46 (44), § 1, *ad SC. Treb.*, 36, 1 (Marcellus), e simili). Quando dunque il testatore, come nel caso della const. 12 *de fideic.*, aveva ordinata la restituzione di tutta l'eredità dopo la morte del fiduciario, avendo questi diritto di far suoi i frutti nel frattempo, non si poteva sapere con certezza fin da principio se al fiduciario stesso fosse stata o no lasciata la quarta Pegasiana. Se il fiduciario fosse vissuto tanto che i frutti da lui acquistati fossero bastati a fargli avere il valore della quarta e dei frutti della quarta, evidentemente la restituzione del fedecommissario doveva farsi *ex SC. Trebelliano*, poichè il fiduciario aveva avuta la quarta per volontà del testatore. (Vedi i citati fr. 18, § 1, *ad l. Falc.*, 35, 2; fr. 23 (22), § 2, *ad SC. Treb.*, 36, 1). Ma anche se la restituzione aveva luogo in vita del fiduciario, dopo un tempo così lungo, che i frutti da lui percepiti bastassero alla quarta, la restituzione per la stessa ragione doveva farsi *ex SC. Trebelliano*. Più ancora, anche se egli restituiva spontaneamente l'eredità prima di tal tempo, non si poteva mai affermare con certezza che il testatore non avesse provveduto alla quarta.

Si può dunque concludere che in molti casi, se non in tutti, la restituzione, di cui tratta la const. 12 *de fideic.*, doveva farsi, anche ai tempi dell'imperatore Filippo, secondo il SC. Trebelliano con l'effetto della trasmissione delle azioni al fedecommissario.

L'interpretazione quindi, che noi dobbiamo dare di questa legge, dev'essere tale da spiegarla tanto pel diritto giustiniano, quanto per quello vigente in Roma nell'anno 244, e da conciliarla con il fr. 10 *ad SC. Treb.* tenendo possibilmente conto anche dell'*explorati iuris est*, che vi si legge.

Fortunatamente questa interpretazione non mi pare che si debba andare a cercare così lontano, come è piaciuto alla maggior parte di coloro che hanno tentato di risolvere il nostro problema: essa risulta, se non erro, dal modo come i due testi sono concepiti.

Ad essa si accostò ANTONIO FABRO (*Coniecturae*, XVIII, c. 5), il quale esagerando la difficoltà fino al punto d'invocar quasi un messo celeste per toglierla di mezzo, scrisse che la condizione contenuta nel *post mortem* è di natura speciale, perchè la morte può avvenire ogni giorno, sicchè la condizione in certo modo ogni giorno si avvera: cosa, come ognuno vede, alquanto strana e sforzata.

Meglio assai il Donello, in un luogo diverso da quello citato più sopra (*Comm. in Cod. ad l. 12 de fideic.*, *Opp.* IX, col. 605 segg.), ove disse che il defunto volle che il fiduciario potesse restituire l'eredità anche prima, purchè la restituzione non nuocesse al fedecommissario o ad altri; e meglio anche l'antico nostro BALDO (*in VI Cod. libr. Comm.*, Venetiis, 1586, *ad*

l. 12 de fideic. n. 4, 5, fol. 143), il quale avrebbe dovuto trovare un maggior numero di seguaci, poichè egli ha, se non erro, toccato il vero punto della questione.

Ho detto che, a parer mio, la vera interpretazione risulta dalle stesse parole dei due testi. Perchè Gaio nega il passaggio delle azioni nel caso di restituzione *ante diem vel ante condicionem*? Perchè *non ita restituitur hereditas ut testator rogavit*. Che cosa fa l'erede richiesto di restituire il fedecommesso *post mortem suam* restituendo prima, secondo il rescritto di Filippo? Egli *defuncti iudicio satisfacit*. È dunque evidente che nel primo caso si tratta di termini e condizioni tali che escludono una restituzione precedente; nel secondo caso invece si tratta di una condizione, la quale non esclude punto tale spontaneo precedente e incondizionato adempimento dell'obbligo del fiduciario. Tutto si riduce all'interpretazione della volontà del testatore, che regna sovrana in questa materia dei fedecommessi. Or non è egli assai naturale d'interpretare la disposizione, che ordina la restituzione di un fedecommesso dopo la morte del fiduciario, nel senso che il testatore abbia voluto fare ottenere definitivamente l'eredità al fedecommisario, beneficiando tuttavia il fiduciario e facendogli godere il frutto dell'eredità durante la sua vita? Una disposizione di tal natura non s'interpreta come se si fosse scritto: « non abbia il fedecommisario l'eredità, se non dopo la morte del fiduciario »; ma bensì come se fosse espressamente detto: « non sia il fiduciario obbligato a restituire l'eredità se non alla sua morte ». L'unica questione giusta, che si deve muovere in tutte le dispute circa la validità di una restituzione di fedecommesso, è questa: può dirsi tale restituzione conforme alla volontà del defunto? A questa considerazione sono subordinate tutte le altre messe innanzi dal Donello.

Una legge, che abbiamo già di passaggio citata più sopra, ci dimostra, quanto possa essere interpretato diversamente, secondo la diversità della volontà, un caso, che pure apparisce esternamente molto simile a quello della nostra const. 12 de fideic., 6, 42. Papiniano, nel libro ottavo dei suoi responsi, scrive (fr. 77, § 10, de legat. II, 31);

« *A filia pater petierat, ut cui vellet ex liberis suis praedia cum moreretur restitueret: uni ex liberis praedia fideicommissi viva donavit. non esse electionem propter incertum diem fideicommissi certae (certum Momm- sen) donationis videbatur: nam in eum destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter ceteros habiturus est remota matris electione* ». Qui la donazione fatta dalla fiduciaria dell'oggetto del fedecommesso ad uno di coloro, tra i quali dovrà cadere la scelta al momento della morte della fiduciaria, non ha valore di scelta definitiva, e perciò di esecuzione del fedecommesso, tanto perchè la donazione non è considerata come esecuzione del fedecommesso quanto perchè la scelta tra le persone determinate imposta dal testatore dimostra, che è per la volontà di questo essenziale il tempo da lui stabilito per farla, potendo questo tempo avere non poca influenza sulla scelta stessa. La donazione perciò non solo non è presentemente considerata come restituzione del fedecommesso, ma non può dopo la morte della fiduciaria produrre effetto, se non come elezione fatta allora, dato il perdurare della volontà di quella fino alla sua morte.

Che il *post mortem* si avesse da interpretare nel senso da noi poc'anzi stabilito, poteva risultare anche dalla regola inversa, oramai certa nella giurisprudenza romana, secondo la quale la clausola *cum voluerit* apposta ad un fedecommesso s'interpretava come se fosse *post mortem*: fr. 41, § 13, de legat. III, 32: « Scaevola, libro vicesimo secundo digestorum. Scaevola

« *respondit: cum heres scriptus rogatus esset, cum volet, alii restituere hereditatem, interim non est compellendus ad fideicommissum (solvendum Mommsen)*. Claudius: *post mortem enim utique creditur datum* ». (Confr. fr. 11, § 6, de legat. III, 32 Ulpianus, libro secundo fideicommissorum). Ma del resto lo stesso Papiniano nel libro undecimo dei suoi responsi aveva già avuto occasione di dichiarare, che il restituire prima della morte un fedecommesso siffatto altro non era che eseguire più fedelmente la volontà del testatore. Il fr. 19, *Quae in fraud. cred.*, 42, 8 contiene infatti il passo seguente, che può essere considerato come perfettamente parallelo alla nostra const. 12 de fideic., 6, 42: « *Patrem qui non expectata morte sua fideicommissum hereditatis maternae filio soluto potestate restituit ommissa ratione Falcidia, plenam fidem ac debitam pietatem exhibitiois, respondi non creditores fraudasse* ». Nessuno può infatti dubitare che il caso di questa legge sia appunto quello di un fedecommesso *post mortem*. La somiglianza di questo testo con la costituzione di Filippo è tanto grande, che lascia quasi supporre che la questione, la quale ha dato luogo a questa, sia stata appunto quella di sapere se la restituzione precedente alla morte potesse essere considerata come fatta in frode dei creditori, o per lo meno se e come in tale restituzione dovesse applicarsi il diritto della ritenzione della quarta. Che la restituzione si potesse fare (e nella massima parte dei casi *ex SC. Trebelliano*) era certamente in ogni modo cosa *explorati iuris*.

Crede di avere così sufficientemente dimostrato, perchè tra il fr. 10 *ad SC. Trebellianum* di Gaio e la const. 12 de fideicommissis non vi sia alcuna contraddizione. Questa dimostrazione è anzi tanto semplice, che forse molti lettori penseranno che sarebbe stato meglio dirla addirittura fin da principio, senza star tanto a ragionare sulle altre conciliazioni proposte. Nè io saprei dar torto a questi lettori: li prego solo di considerare che quelle conciliazioni avevano a loro favore il maggior numero di autorevoli scrittori, e che forse nel confutarli abbiamo avuto luogo di determinar meglio alcuni punti, che sono stati sempre alquanto trascurati.



## DELLA C. 2 QUÆ SIT LONGA CONSUECUDO 8, 52 (53) (\*)

Il prof. Lando Landucci nella tornata del 19 aprile 1885 della R. Accademia di scienze, lettere ed arti in Padova, leggeva un suo *Saggio esegetico* sulla c. 2 *Quae sit l. cons.*, 8, 52 (53), nel quale, prima di proporre una sua interpretazione di questa legge, cercava di confutare tutte le opinioni da altri messe innanzi. In quel *Saggio esegetico* il mio povero nome compare quasi una ventina di volte, e non sempre, diciamolo pure, *honoris causa!*

Le varie accuse, che mi si muovono, si riferiscono ad un mio breve scritto di 12 pagine, inserito nell'*Archivio giuridico*, anno 1880, vol. 24, pag. 420-431, intitolato: *Sulla const. 2 Cod. quae sit longa consuetudo e la sua conciliazione col fr. 32, § 1, Dig. de legibus — Difesa di una antica opinione* (1).

Coloro i quali sanno, ch'io rifuggo in generale dal prolungare le discussioni, quando siano sul punto di degenerare in litigi personali, e che ho perciò lasciato sempre senza risposta i numerosi attacchi contro di me rivolti da questo o da quello, si maraviglieranno forse nel vedere ch'io torno a scrivere in questa disputa, dove gli atti sono già tanti che il presente merita il nome di *duplicatio*. Ma nulla vi è in ciò di strano o di alieno dal mio modo di pensare. Le ragioni, che mi inducono a riprendere la parola, sono parecchie e di vario genere. Anzitutto, benchè nel suo *Saggio esegetico* il prof. Landucci non abbia certo risparmiata la critica al mio lavoro, pure egli non è trascorso in parole meno che urbane, alle quali non si possa urbanamente rispondere. In secondo luogo, debbo confessare, che, sebbene le sue censure siano, a parer mio, per la maggior parte infondate, pure ve n'è qualcuna giusta; e perciò non posso col mio silenzio lasciar credere, ch'io mantenga tutto ciò che ho scritto. Finalmente io credo, che la questione in sè stessa meriti di essere di nuovo esaminata, non tanto per combattere l'opinione messa innanzi dal prof. Landucci, la quale assai difficilmente, se non erro, potrà trovare seguaci, quanto per difendere contro le obiezioni degli avversari nuovi, che tornano a ripetere gli antichi argomenti, quella conciliazione già da me l'altra volta difesa.

Divido perciò questo mio breve scritto in due parti, la prima destinata

(\*) Memoria letta alla R. Accademia di scienze, lettere ed arti in Padova, nella tornata del giorno 27 giugno 1886 ed inserita in *Atti e memorie della R. Acc.*, CCLXXXVI (1885-1886), nuova serie, vol. II, pag. 291.

(1) [V. pag. 39].

alla mia difesa personale, la seconda alla trattazione della questione, e chiedo scusa agli onorevoli accademici specialmente della prima parte, che non riuscirà di certo molto dilettevole.

## I.

Nel vol. 22 dell'*Archivio giuridico* (anno 1879), oltre ad un articolo del sig. Mazzara (pag. 269-273) sul nostro argomento, fu inserita anche una recensione del prof. Landucci sul libro del Negroni, *Della interpretazione delle leggi*; e in questa recensione si leggevano le seguenti parole: « I limiti « d'una breve rivista c'impediscono di ricordare i tentativi fatti per conciliare cotesti frammenti (l. 32, § 1, D. de leg., 1, 3 e l. 2 C. *Quae sit longa cons.*, 8, 52), o d'enumerare gli autori, che credono impossibile porli « d'accordo: basti accennare alle due nuove spiegazioni proposte dal Negroni, e quella che noi, salvo darle ampio svolgimento in occorrenza, osaremmo porre innanzi. Nel secondo passo si parla forse, egli dice, d'una « consuetudine non solo contraria alla legge, ma anche alla ragione, il che « non risponde alle parole — *ut rationem vincat aut legem*, — ed evita la « difficoltà, la quale non istà per nulla sul contrasto con la ragione, ma « sullo stesso significato della parola legge; oppure era il caso d'una legge « che alla consuetudine toglieva effetto, e si decide che questa non ha « tanta forza da resistere alla legge che l'abroga, pensiero ingegnoso ma non « rispondente alle parole: a noi invece sembra ecc. ».

Il Mazzara non parlava punto dell'opinione di coloro, che ritenevano essere la c. 2 *Quae sit longa cons.* relativa al conflitto tra una consuetudine anteriore e una legge; il Landucci esponeva quest'opinione come una *nuova spiegazione* proposta del Negroni, e la confutava come non rispondente alle parole della legge. Io sapeva che quell'interpretazione non era punto nuova, ma invece assai vecchia, e la credeva buona e perfettamente conforme alle parole della costituzione; scrissi quindi il mio articoletto per mostrare tutto ciò, intitolandolo *Difesa di un'antica opinione*, e in pari tempo mi provai a confutare parecchie delle conciliazioni da altri sostenute.

Ora il Landucci, rifiutando l'opinione da lui proposta in quella recensione, ne sostiene un'altra nel nuovo suo scritto, rivolgendomi le seguenti censure:

1° Enumerando i luoghi della legislazione giustiniana, dove si riconosce nella consuetudine la forza di abrogare la legge, io aveva scritto: « e nella Nov. 89 c. 15 dove è notevole che il principio si applica ad una costituzione dello stesso Costantino autore della nostra const. 2 *Quae sit longa cons.* ». Il Landucci, che riferisce anch'egli quell'elenco di testi, a pag. 7, nota 10, si meraviglia, ch'io abbia detto essere ciò *notevole*.

Che la cosa sia notevole a me non par dubbio, poichè l'essere stata una costituzione di Costantino abrogata per desuetudine prova, che anche al suo tempo potevano esservi desuetudini generali (il che fu tuttavia negato da molti scrittori), e prova pure che, almeno dopo di lui, benchè la monarchia non fosse diventata punto meno assoluta, una desuetudine aveva avuto forza di abrogare una legge, nonostante il principio contrario, che si vorrebbe vedere scritto nella const. 2 *Quae sit longa consuetudo*. Forse io ho avuto torto di lasciare al lettore il fare queste considerazioni, le quali mi sembravano tanto naturali, che l'esprimerle poteva parere superfluo; devo aver avuto torto, perchè dei pochissimi lettori di quel mio articoletto uno, il

quale certamente deve essere contato tra i più intelligenti, ha trovate oscure le mie brevi parole.

2° Il Landucci, a pag. 14, nota 22, scrive che io ho sostenuta l'opinione da me accettata « con energia » per la convinzione individuale soltanto, perchè mi son ridotto a esporre varî tentativi, a dichiarare preferibile uno di questi e a ripetere le ragioni già date. In verità la mia intenzione non andava molto più in là, e perciò io aveva intitolato modestamente il mio articolo *Difesa di un'antica opinione*; ma pure ciò facendo, io credeva e credo che la cosa fosse utile. Infatti lo stesso Landucci ha abbandonata la sua antica proposta da me combattuta, ha accettato in massima gli argomenti da me esposti contro le varie interpretazioni precedenti, non ha più ripetuto che la conciliazione da me anche approvata era *nuova* e inventata dal Negroni. Per un breve articolo di 12 pagine questo risultato può bastare; vi sono molti scritti assai più grossi, che concludono assai meno. Tuttavia anche il Landucci riconosce, che qualche piccolo argomento nuovo, piccolissimo, s'intende, e di poco momento, in quelle poche pagine forse potrebbe anche trovarsi. Vedremo poi se non se ne possa aggiungere anche qualcun altro.

3° A pag. 15, nota 23, a proposito della confutazione fatta dal Puchta dell'opinione da me difesa, il Landucci scrive: « Lo Scialoja dice « avere il Puchta osservato non solo che di questa opinione non c'è traccia nella legge, ma anche che non si confà colle parole aut rationem aut legem. Questa seconda osservazione non trovo nel Puchta, ed è naturale che non vi sia, perchè è implicita nella precedente ». Ora io sono assai dolente che avvengano nel mondo cose poco naturali, almeno secondo il modo di vedere dell'egregio mio collega; ma ciò non toglie che il Puchta, *Vorlesungen* (3ª ediz., vol. I, Leipzig 1852) Appendice I, pag. 416, abbia veramente scritto: « *Kein Wort der Stelle deutet dies an. Vielmer ist die Verbindung von lex und ratio dagegen, bei der letzteren kann man nicht von Früher oder Später reden* ». Il Puchta dunque ha detto proprio (ed io citavo il passo a pag. 426 del mio articolo) che nessuna parola della legge contiene traccia di ciò, e che anzi l'unione della parola *lex* con la *ratio* vi sta contro. Il Landucci ha avuto il torto di non guardare le *Vorlesungen* e di volersela tuttavia prendere con me.

4° Nella stessa pagina 15, nota 24, il Landucci mi muove un'accusa, che sarebbe veramente più grave. In sostanza egli dice che io non ho letto la Glossa, o, cosa assai peggiore, non l'ho capita. Ecco le sue parole: « Questa proposta certo è antichissima. Lo Scialoja, *l. c.*, dice crederne primo autore il Pichardus, *Renovata comment. in IV Institut. libros* (Lugduni 1671). È strano che su questa particolarità insista in un'apposita nota... Invece è agevole a chiunque avere notizie diverse e sapere che tale idea fu sostenuta da Baldo e dalla Glossa accursiana. Questa alla legge di Giuliano, *v. abrogentur*, dice: *Not. per duo corrigi legem. Primo per aliam legem et hoc planum est. Secundo per consuetudinem... Solu. aut est consuetudo generalis; et cum generaliter vincit legem, ut hic; aut est specialis, et tunc vincit specialiter... C. eod. l. 2 quae est contra... et haec est vera* « si consuetudo sequitur legem, nam si praecedat vincitur a lege. Tutto ciò « nota anche il Puchta, *l. c.*, p. 212, n. 23. E poichè in più luoghi lo Scialoja cita la Glossa ed il Puchta, farebbe meraviglia tanta imprecisione, se « non fosse nota la facilità con cui in simili ricerche si possono prendere « abbagli ».

Bisogna convenire che la staffilata è data con garbo e riesce perciò tanto più scottante. Tradotto in linguaggio comune ciò vuol dire: « E tu, povero Scialoja, sei andato a cercare tanti autori per dire che la tua opinione era vecchia, e non hai veduto, che la Glossa, proprio quella di cui parli tante volte, la conteneva in chiare parole! Chi non capisce la Glossa, come farà ad intendere il testo? Basta; diremo a tua scusa che il latino della Glossa è troppo difficile! »

Ora, ecco subito premiato questo tratto di benigna commiserazione. Se le circostanze attenuanti, o escusanti che siano, debbono valere a favore di colui, che non ha bene interpretata la Glossa, parmi che il prof. Landucci le possa rettamente invocare a sua difesa: egli infatti versa in errore circa il significato della Glossa.

Se invece di trascriverla interrotta con tanti puntini, egli l'avesse riprodotta tutta, forse egli stesso si sarebbe accorto, che la Glossa significa tutt'altra cosa, da quella ch'egli le fa dire. Ma anche così, com'egli ce l'ha stampata, è impossibile attribuirle il senso da lui preteso. Ricordiamo che la *l. 32 Dig. de legibus*, cui è apposta questa Glossa, è il testo ove si dice, che la desuetudine abroga la legge, e la *l. 2 C. Quae sit l. cons.* è il testo, il quale, secondo l'opinione di molti, contiene il principio, che la consuetudine non può abrogare la legge. Ora se, come pare voglia fare il Landucci, le parole *haec est vera* della Glossa si riferiscono alla *l. 2 C.* citata, ne vien fuori, se ben si guarda, la mirabile conseguenza, che la consuetudine non vince la legge *si consuetudo sequitur legem*, perocchè *si praecedat vincitur a lege!* Ciò, come ognun vede, non ha senso, ed è un calunniare il povero glossatore l'attribuirgli simili ragionamenti, ch'egli non ha mai pensato di fare.

La verità è che la Glossa va letta e riferita com'è scritta:

Ad *l. 32, § 1, Dig. de legibus, l. 3 v.º abrogentur*:

« *Nota per duo corrigi legem. Primo per aliam legem, et hoc planum est. Secundo per consuetudinem ut Institut. de iu. nat. § pen. Sed contra in hoc secundo C. quae sit longa consue. l. 2. Solutio. distingue, aut est consuetudo generalis, et tunc generaliter vincit legem, ut hic: aut est specialis et tunc vincit specialiter, ut infra communia prae. l. venditor § si constat. et infra quod cuiusque uni. l. item § l. non generaliter. ut C. e. l. 2. quae est contra. Et haec est vera, si consuetudo sequitur legem: nam si praecedat vincitur a lege, ut infra de sepul. viol. l. 3 § divus. etc.* » Dopo alcune altre considerazioni, Accursio in fine di questa glossa riassume anche le altre interpretazioni proposte ai suoi tempi per conciliare la *l. 32 Dig.* citata, con la nostra *const. 2 Quae sit l. cons.*, e fra queste certamente non vi è quella da me nel mio articolo difesa, come non vi è in tutto il passo riferito. In questo infatti i due testi si vogliono conciliare riferendo la *l. 32* ad una consuetudine generale, la quale può abrogare una legge generale, e la *l. 2* ad una consuetudine speciale, la quale non può abrogare una legge generale. Le parole *Et haec est vera etc.*, le quali hanno tratto in inganno il professore Landucci, si riferiscono a tutta la *Solutio* e si traducono così: « e questa soluzione è vera, se la consuetudine segue la « legge, perchè se la precede essa è vinta dalla legge come più oltre nella « *l. 3, § divus (5), de sepulchro violato 47, 12* ». La Glossa dunque spiega i due testi *32 Dig.* e *2 Cod. cit.* sempre riferendoli entrambi ad una consuetudine posteriore alla legge, e soggiunge che il principio, che da quei due testi conciliati si trae, è vero per tale consuetudine posteriore, mentre per



una consuetudine anteriore alla legge vale un principio opposto, ossia che la consuetudine è dalla legge abrogata, principio che si trova nella l. 3, § 5, *de sep. viol.* 47, 12. La distinzione dunque tra consuetudine posteriore e anteriore non è punto messa innanzi per conciliare la l. 32 con la l. 2, ma bensì la l. 32 (interpretata in armonia con la l. 2) con la l. 3 *de sep. viol.* Ora è bene ricordare che non si tratta già di sapere se anche la Glossa riconoscesse in genere che la legge può abrogare una disposizione di diritto consuetudinario (poichè di ciò nessuno può dubitare), ma bensì se essa abbia applicato questo principio all'interpretazione della const. 2 *Quae sit longa cons.* per conciliarla con il fr. 32, § 1, *de legibus* (e questo essa non ha fatto).

Che il significato della Glossa non sia diverso da quello ch'io le attribuisco, risulta chiaramente anche dall'altra glossa alla const. 2 *Quae sit l. consuet.* v.º *aut legem*, dove più diffusamente è trattata la nostra questione. e dove, dopo avere enumerate le molte diverse conciliazioni proposte e avere di nuovo accettata quella basata sulla distinzione tra le leggi e consuetudini generali e speciali, si soggiunge:

« *Sed videtur contra scilicet, quod lex sequens tollat consuetudinem « specialem, ut ff. de sepul. vio. l. 3 § divus Hadrianus. Sed ibi fuit lex « facta post consuetudinem, secus si antea erat lex, ut dixi modo, nisi prohibita sit a lege consuetudo specialis, ut sup. de usur. l. eos § pe. »*. Qui si torna dunque a parlare di legge posteriore alla consuetudine soltanto a proposito del fr. 3, § 5, *de sep. viol.*, 47, 12. Precisamente lo stesso deve dirsi anche di Baldo (1), il quale non ha scritto in sostanza nulla di diverso da ciò che già era nella Glossa. Ho voluto insistere su questo punto, perchè pare che prima del Landucci anche il Puchta abbia inteso poco bene 'a Glossa e Baldo (2), e perchè il modo abbastanza singolare, come il Landucci ha nel suo scritto riferita la Glossa stessa, potrebbe trarre anche altri in inganno.

Del resto la Glossa non è stata molto fortunata col professore Landucci, o il prof. Landucci con la Glossa. Così per es. a pag. 20, n. 7, del *Saggio esegetico* si legge: « Fra i glossatori fu sostenuto doversi distinguere la consuetudine costituente un *ius municipale*, da quella riferita nel *Corpus « iuris »* e ciò, secondo la nota 37, dovrebbe essere un sunto del passo seguente della Glossa *ad l. 2 q. sit l. cons.*: « *Vel secundum Martinum loquitur ibi de alia consuetudine scripta, scilicet iure municipali, quae tollitur « a sequenti consuetudine, non autem lex scripta in corpore iuris tollitur « consuetudine »*. Il professor Landucci avrebbe anche potuto servirsi delle poche righe, con le quali io nel mio articoletto (pag. 423, n.º 3) faceva cenno di questa conciliazione di Martino: « Appena merita menzione l'opinione di Martino riferita nella Glossa, il quale vorrebbe intendere il fr. « 32 dell'abrogazione di una consuetudine scritta o *ius municipale*, la « const. 2 di una legge scritta *in corpore iuris* ». Io non avrei mai pensato a rivendicare la paternità di questa non difficile traduzione, e il prof. Landucci avrebbe potuto servirsene liberamente. Ma egli ha comune con molte persone di valore una gran brama di scrivere cose nuove, la quale non sem-

(1) BALBUS, *In primam Dig. vet. partem* (Venetiis, 1586) ad l. 32 *de quibus tit. de legibus* (l. 3) fol. 24. — *In VII, VIII, IX, X, XI, Cod. libros commentaria* (ibid.) ad l. 2 *quae sit l. cons.* fol. 179.

(2) PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, II, p. 212, nota 23: è questa del resto una semplice noterella; il Puchta non vi si è molto fermato sopra.

pre giova a trovare il vero: e così, nel caso nostro, egli non ha voluto ripetere ciò ch'io aveva detto, e la variante non è troppo ben riuscita.

Ora, per tornare alla conciliazione da me difesa, voglio fare al professore Landucci una proposta. Egli in quella sua bibliografia diceva nuova quella conciliazione; adesso invece la vuol fare addirittura risalire alla Glossa: veda un po', se non sarebbe meglio prendere una via di mezzo, e contentarsi di dire che è vecchia e del secolo XVII. Io in cambio sarei quasi disposto ad ammettere, che neppure il Pichardus (che ho riguardato in questi giorni) l'ha chiaramente espressa.

5º A pag. 16, nota 26, il prof. Landucci mi accusa di plagio, perchè a proposito delle parole *sui momento* della const. 2 *Quae sit l. cons.* io mi sono servito di un argomento, che era già stato esposto dall'Averani. Il Landucci riferisce le parole dell'Averani, poi le mie, e soggiunge: « Siccome lo Scialoja stesso cita l'Averani, anche un non malevolo potrebbe « fargli serio carico del non averlo citato; ma io propendo ad ammettere, « specie nei colleghi, la buona fede, onde non si tratterà che d'una, sia « pure strana, dimenticanza. In ogni modo ho voluto soffermarmi per ri- « vendicare l'argomento, e, quasi, le parole all'Averani, e per confermare, « come ho già promesso, colla prova qualunque mia asserzione ».

Debbo confessare, che questa scoperta di flagrantissimo reato mi ha veramente costernato. Ohimè, quale orribile plagiatario sono io mai, che, in un articolo intitolato: *Difesa di un'antica opinione*, ho osato riprodurre un argomento già addotto da altri sostenitori dell'opinione stessa, ed ho spinto la mia audacia fino a citare l'Averani senza citarlo o a non citarlo citandolo (non so come questo si debba dire)! E come mai, mentre il diavolo mi scillava al misfatto, non ho io pensato a ciò che avrebbe potuto dirne anche un non malevolo?

Il Landucci mi accusa specialmente di avere adoperato la frase: « credo che dal testo della costituzione si possa cavare qualche argomento a noi favorevole », perchè vede in quel *credo* una pretensione di originalità. In verità io non so intendere, perchè mai quel *credo* debba significare per il mio collega: *credo ciò che altri non ha mai creduto*; e non capisco neppure, perchè non si possa *credere* una cosa detta dall'Averani. Era questi forse famoso per dir bugie? Io aveva citato l'Averani con molti altri a pag. 427 [p. 44], il tornarlo a citare a pag. 428 e 429, mentre seguitavo a parlare della medesima materia, sarebbe stato un modo per allungare inutilmente il mio articoletto, il quale ha, se non altro, il pregio della brevità. Del resto il Landucci, che ha riscontrato l'Averani, sa meglio di me che a quel mio *credo* fanno seguito parecchi altri argomenti, buoni o cattivi poco importa, non tratti dall'Averani, ma alcuni già detti da altri, alcuni nuovi. Guardi il Landucci gli autori da me citati a pag. 427, e troverà pure chi sono quelli, che hanno già esposti alcuni degli altri argomenti.

6º A pag. 18, nota 30, il Landucci scrive: « Sui sostenitori dell'elemento della prescrizione ebbe senza dubbio (non forse, come dice lo Scialoja, l. c., p. 425, nota 1 [p. 43, n. 1]) efficacia il diritto canonico ecc. ». Rinunzierei volentieri a difendere questo incriminato *forse*, poichè tra le parole *ebbe efficacia* o *ebbe forse efficacia* non vi è poi un abisso; ma sono pur troppo costretto a dire che anche quel *forse* aveva la sua ragion d'essere.

Infatti, benchè il diritto canonico avesse molta parte nella teorica della prescrizione applicata alla formazione del diritto consuetudinario, essa ebbe tuttavia origine nelle scuole romanistiche, e ne fu occasione l'epiteto *longa*

applicato a *consuetudo*, il quale richiamava alla mente il *longum tempus* della prescrizione.

Gregorio IX nella sua decretale (c. 11, X, *de consuet.*, l. 4) con le parole *legitime est praescripta* altro non fece, che esprimere a parer suo più chiaramente l'*usus longaevis* (confr. SAVIGNY, *Sistema I*, pag. 247, nota q) e, si può aggiungere, anche il *sui momento*, che dai glossatori si riferiva al tempo necessario per la valida costituzione della consuetudine. Questa teorica dunque della prescrizione era ammessa anche indipendentemente dal diritto canonico: indi la mia frase « forse su questi giuristi ha non poco « influito il diritto canonico ».

7° A pag. 22, n.° 13, il prof. Landucci vuol render conto dell'opinione del Jäger con queste parole: « L'Jäger in un'apposita monografia sostenne « volere insegnar Costantino che una legge non può dirsi abrogata solo perchè da lungo tempo non si attua e che la cost. 2 non poteva se non « riferirsi a un caso speciale, su cui Proculo aveva chiesto d'essere illuminato dalla sapienza imperiale », e quindi in nota soggiunge: « Il Vangerow l. c. pone l'Jäger come seguace puro del Gesterding (lo Scialoja « l. c. segue senz'altro il Vangerow). È vero che l'Jäger si riferisce in un « punto al Gesterding e che il caso di questo potrebbe essere una applicazione dell'idea di quello, ma mi sembra nonostante che molto corra fra « l'uno e l'altro. Spero valga a dimostrarlo quanto ho detto a proposito di « ciascuno di essi ». Qui si picchia il Vangerow tanto per poter percuotere anche me; ma insieme con noi restano percossi anche altri, come p. es. il Guyet (*Arch. f. die civ. Praxis*, XXXV, pag. 23, nota 35), il Busch (*ibid.*, XXVII, pag. 203 seg.) e tutti insomma coloro, che hanno letto e bene inteso l'articolo del Jäger. Questi infatti accetta l'interpretazione del Gesterding applicandola, ben s'intende, alla domanda fatta da Proculo, alla quale l'imperatore risponde nella const. 2; ed è tanto lontano dal sostenere che « una legge non può dirsi abrogata solo perchè da lungo tempo non si attua », che anzi afferma la forza abrogativa della *desuetudo*, come cosa della quale non si può dubitare (1). L'egregio prof. Landucci avrebbe dunque fatto assai meglio, se avesse anch'egli seguito senz'altro il Vangerow. Ma pur troppo una forza irresistibile lo spinge a dir cose nuove. Così deve essere questa forza irresistibile che, nella nota 42 a pag. 21-22 del suo scritto, lo ha spinto ad inventare il « pratico antico Stephanus Forcatulus Nycyomantia » che avrebbe dovuto scrivere un libro intitolato *jurisperiti Jurisprudencia*. Il povero Gesterding, al quale il Landucci attribuisce il merito di questa scoperta, ne è del tutto innocente, poichè egli (*Arch. f. die civ. Praxis*, III, p. 280, nota 41) chiama il Forcatulo *vecchio dimenticato scrittore* (e non già *pratico*), e sa benissimo che non aveva punto quel nome singolare di Nycyomantia, ma che invece è il libro, che s'intitola *Necyomantia jurisperiti sive de occulta iurisprudencia* cioè *Negromanzia del giurisperito invero*

(1) Veggasi *Zeitschrift f. Civilrecht und Prozess* (del Linde) IX, pag. 435. — Troppo lungo sarebbe il riferire tutti i passi di questo articolo, del resto poco importante, che il Landucci non ha bene inteso: basti circa la forza abrogativa della *desuetudo* il seguente: « Durch diese Entscheidung hat Constantin der consuetudo keineswegs derogatorische Kraft abgesprochen, denn da dieselbe desuetudo und consuetudo legi contraria in sich begreift, so würde man mit jener Annahme consequenter Weise behaupten müssen, dass durch Nichtsbeobachtung einer lex auch während der längsten Zeit, diese lex nicht aufgehoben wäre, und dies würde offenbar zu viel beweisen, da unendlich viele Gesetze noch immer durch den Lauf der Zeit, nicht aber durch ausdrücklichen Widerruf in Abnahme kommen ».

dell'occulta giurisprudenza. Del resto Stefano Forcatulo è persona ben nota ai romanisti, perchè fu professore a Tolosa e competitore del gran Cuiacio (1).

8° È tempo però di passare a quelle censure, che, come ho detto in principio, sono giustificate; ed io lo faccio tanto più volentieri, in quanto la mia confessione potrà in certo modo servire di scusa anche all'egregio prof. Landucci per gli errori da lui commessi, e che io per mia difesa ho dovuto fin qui rilevare. *Aequum est peccatis veniam poscentem reddere rursus.*

Le accuse giuste sono tutte riunite nella nota 31 a pag. 19 dello scritto del Landucci. Ivi è detto che io ho falsamente citati l'Oldendorp, lo Schilter e il Kind come autori della distinzione tra consuetudine prescritta e non prescritta e riconosciuta o no *in contradictorio*, perchè quegli autori sostenevano soltanto la seconda distinzione. Ed ho pure erroneamente attribuito al Brinz due opinioni diverse, mentre è certo che dal passo citato (*Pand.*, § 33, vol. I, 2ª ed., pag. 130; confr. ora 3ª edizione, pag. 151) risulta che egli segue soltanto l'opinione anche da me difesa. Io non addurrò nessuna scusa per diminuire la colpa di questi falli, perchè so bene che le scuse tardive non servono a nulla. Dirò soltanto, non come scusa, ma come spiegazione, che il mio articolo fu scritto nei primi tempi della mia dimora a Camerino, sopra vecchi appunti presi a Roma, e quasi senza presente sussidio di libri; chiunque ha lavorato in tali condizioni, sa quanto sia facile il cadere in errore specialmente nelle citazioni. Aggiungerò pure (e questo è anzi un aggravamento di colpa), ch'io non avevo mai veduto i libri dell'Oldendorp, dello Schilter e del Kind, ch'io citava perciò di seconda mano; ed anche adesso non ho potuto vedere il Kind e debbo alla cortesia d'un amico le notizie, che ho dello Schilter (2).

Valga questa confessione e il mio pentimento ad ottenermi il perdono;

(1) Debbo dire tuttavia, ch'io sono piuttosto propenso ad ammettere, che in questa parte lo scritto del prof. Landucci sia stato guastato dagli errori tipografici. Invece di *pratico antico* egli avrà scritto: *professore antico*, ovvero *scrittore antico*, o anche *romantista antico*. E così pure egli avrà scritto: STEPHANUS FORCATULUS *Necyomantia jurisperiti sive de occulta jurisprudencia*, e lo stampatore avrà composto: STEPHANUS FORCATULUS *NUCYOMANTIA jurisperiti Jurisprudencia*, mutando i caratteri di *Necyomantia*, e cambiando l'e in u, e saltando le parole *sive de occulta*.

Così vorrei potere attribuire ad un errore tipografico tutta la nota 42 a p. 21 dello scritto del Landucci, dov'egli scrive, dopo aver riferita l'opinione del Gesterding: « Ho « riprodotto anch'io questa idea nella forma datale dal Vangerow, per evitare la necessità « d'un discorso troppo minuto. Il Gesterding in massima vuol dire piuttosto che la consuetudine non vince la legge e che la costituzione di Costantino non può applicarsi « se non a casi in cui la legge manchi, ond'egli rafforza la sua idea colle parole d'Ulpiano « l. 33 D., de leg., 1, 3) e con quelle di Giuliano stesso (l. 32 D. eod.) ». E per vero il Gesterding nel suo articolo (*Archiv f. die civ. Praxis III*) sostiene precisamente il concetto riassunto dal Vangerow, e che il Landucci, in ciò bene ispirato, ha riprodotto, benchè lo credesse inesatto, per evitare la necessità di un discorso troppo minuto. Il Gesterding è tanto lontano dal dire che la consuetudine non vince la legge e che la costituzione di Costantino non può applicarsi se non a casi in cui la legge manchi (io confesso di non capire bene che cosa ciò significhi), che a pag. 279, a schiarimento del senso, in cui secondo lui la legge in un caso prevale alla consuetudine, egli scrive: « Nicht « als könnte die Gewohnheit ein Gesetz nicht aufheben, das kann sie allerdings » etc.

(2) Nello Schilter si parla pure della prescrizione relativamente alla consuetudine stabilita con atti stragiudiziali; ma è vero che la forza abrogativa è ammessa solo per la consuetudine riconosciuta in *contradictorio*.



o almeno mi tiri la prima pietra solo chi è senza peccato! Io tuttavia ringrazio il prof. Landucci di avermi fatto correggere quegli errori e di avermi sempre più confermato nell'idea, che è meglio astenersi dalle citazioni, che citare di seconda o terza mano.

## II.

Ed ora passando alla seconda parte di questo mio scritto, mi sia lecito di portare ancora un piccolo contributo alla lunga enumerazione delle proposte, non tutte certamente accettabili, che furono messe innanzi per ispiegare la const. 2 *Quae sit longa cons.*

Nel 1877 lo Sturm in uno scritto intitolato: « *Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit* » sostenne, che la const. 2 si riferisse ad una legge generale che *escludesse le consuetudini particolari*, e che perciò non poteva esser vinta da una di queste consuetudini (1). La novità consisterebbe nel requisito dell'esclusione delle consuetudini particolari.

Il Lüders in un apposito opuscolo: *Ueber den Ursprung der vierzigjährigen Verjährung der speciales in rem actiones, mit besonderer Rücksicht auf c. 2 Quae sit longa cons.* (Heidelberg, 1864) cercò di riconnettere questa costituzione alla storia della prescrizione delle azioni. Secondo lui, prima che si stabilisse una prescrizione di 40 anni, la pratica forense si sforzava di applicare i principî della *vetustas* insieme con quelli dell'*usucapio* e della pretoria *praescriptio* di 10 o 20 anni. Costantino con la sua costituzione avrebbe in parte ammessa la forza della *vetustas* pei diritti reali, ma non tanto da vincere la legge e il suo fondamento (*ratio*); poi nell'anno 324 egli avrebbe costituita la prescrizione di 40 anni. Anche nel diritto giustiniano la c. 2 *q. s. l. c.* si riferirebbe alla *vetustas*. Tutta questa creazione in gran parte fantastica non ha più bisogno di confutazione, dopo quella fattane dal Pernice nella *Kritische Vierteljahresschrift*, vol. VII (1865), pag. 133 seguenti.

Assai più importante e verosimile è un'altra interpretazione, che l'illustre professore von Jhering mi comunicava per lettera nel giugno 1880, rispondendo all'invio del mio articolo. Egli riteneva che la *consuetudo* della const. 2 fosse una semplice consuetudine, come tale, la quale, anche senza essere diventata diritto consuetudinario, deve essere osservata dal giudice, per es. come regola per quei punti che non furono dalle parti determinati in un contratto; l'osservanza di queste consuetudini è prescritta anche per quei diritti moderni, i quali non riconoscono il diritto consuetudinario. Esempi di tali consuetudini si hanno nelle Pandette l. 34 *de r. i.*, 50, 17; l. 6 *de evict.*, 21, 2; l. 65, § 7, l. 75 *de leg. III*, (32); nel codice civile austriaco § 549 (UNGER, *Oesterr. Civilrecht I*, § 5). Questa *consuetudo* ha dunque importanza giuridica (*non vilis auctoritas*), ma quando essa non è altro che consuetudine (*sui valitura momento*) non ha la forza del diritto consuetudinario e perciò non può vincere la *lex* e la *ratio iuris*. — Questa interpretazione è certamente tra le più probabili della nostra costituzione, e contiene un principio giuridico verissimo: essa si può anche molto avvalorare ricordando, oltre le leggi citate dallo Jhering, il fr. 1 *pr. de usuris*,

(1) Confr. anche STURM, *Recht und Rechtsquellen* (Kassel, 1883), pag. 164 segg. — BRANDIS, Recensione dell'opuscolo *der Kampf etc.* nella *Kritische Vierteljahresschrift* del Brinz, vol. 23 (1881), pag. 204 segg.

22, 1. La sola difficoltà, ch'io vi trovo, è la collocazione della legge sotto il titolo « *Quae sit longa consuetudo* », e la frase *consuetudinis ususque longaevi*, la quale sembra alludere a qualche cosa di più di quelle semplici usanze accennate dal prof. Jhering, che hanno il loro valore anche indipendentemente dalla longevità, come risulta dagli esempi stessi addotti e da me sopra riferiti. Se noi avessimo le altre parti del rescritto di Costantino, che ci è pervenuto senza dubbio monco e fors'anche modificato nella const. 2 *Quae sit longa cons.*, potremmo con sicurezza sapere qual valore si debba attribuire a questa difficoltà: ma poichè ciò non ci è possibile, noi dobbiamo riconoscerla, e conchiuderne che, almeno per il modo come è concepita nella compilazione giustiniana, pare che la const. 2 si debba riferire anche a consuetudine atta a formare un vero diritto consuetudinario, se non vi ostassero la *ratio* o la *lex*.

In ogni modo, a parer mio, le sole interpretazioni possibili sono: 1° questa dello Jhering; 2° l'altra, secondo la quale il rescritto di Costantino negherebbe realmente alla consuetudine la forza di abrogare la legge in contraddizione col principio risultante da tutti gli altri testi, e si dovrebbe quindi ritenere come un atto di dispotismo privo di conseguenze nel diritto giustiniano e nel diritto in generale (1); 3° finalmente quella da me già l'altra volta difesa, che credo ancora assai buona, e che fu nell'anno 1881 sostenuta anche dal chiarissimo prof. Adolfo Schmidt in un suo programma dell'università di Lipsia (2).

Sono dolente di non potere annoverare tra le proposte probabili anche l'ultima del prof. Landucci, ma essa mi sembra assolutamente inaccettabile. Egli vorrebbe riferire la *ratio*, di cui si parla nella const. 2, ai sommi principî di diritto, e la *lex* alla legge religiosa, ossia al cristianesimo. Egli sostiene che la parola *lex* può ottimamente significare la legge cristiana, e vuole riconnettere quella costituzione, che è dell'anno 319, alle riforme religiose, per le quali nell'anno 313 con l'editto di Milano il cristianesimo fu dichiarato religione ufficiale. Costantino, difendendo con ardore la nuova fede da lui abbracciata, ne avrebbe dichiarati immutabili i principî divini insieme coi principî fondamentali del diritto umano.

Anche altri, come del resto nota lo stesso prof. Landucci, avevano riferita la const. 2 a controversie religiose, per sostenere ora questa, ora quella interpretazione; ma nessuno aveva mai interpretato il rescritto costantiniano in questo modo affatto nuovo.

Se non m'inganno, tutte le proposizioni poste dal Landucci a base della sua interpretazione sono erronee. È un errore il credere che la parola *lex* così isolata, come si trova nella const. 2, possa, specialmente ai tempi di Costantino, significare *legge cristiana*. Tutti i passi del codice teodosiano e della compilazione giustiniana riferiti dal Brissonio e dal Dirksen nei loro dizionari, ai quali il Landucci rinvia i suoi lettori, non provano nulla, anzi provano forse il contrario, poichè quando la parola *lex* deve significare una legge religiosa, vi si trova sempre unita qualche altra parola, che lo dimo-

(1) Pare che oggi, specialmente in Germania, molti siano proclivi ad ammettere l'antinomia: oltre il WENDT, *Jahrb. f. die Dogmatik*, XXII, pag. 327 e segg., citato dal Landucci, veggansi per esempio KELLER, *Pandekten* (2ª ediz., Leipzig, 1866), I, § 3, nota 8, pag. 9; PERNICE, *loc. cit.*, pag. 139; DERNBURG, *Pandekten*, I, (Berlin, 1884), § 29, nota 5, pag. 62; EISELE, *Archiv für die civ. Praxis*, LXIX, pag. 296, nota 25.

(2) *Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht* pag. 23 segg. — Debbo alla cortesia del professore M. Voigt l'aver potuto leggere questo programma dello Schmidt, non in commercio.

stri, come *lex catholica, lex christiana, Synagogae iudaicae lex, iudaea lex*, o si parla di *cultus legis nostrae* a proposito di cose religiose, e così via dicendo.

Un altro errore è il credere, che l'editto di Milano elevasse il cristianesimo a religione di Stato, dinanzi alla quale tutti si dovessero inchinare e dovessero perder forza le fonti consuete del diritto. L'editto di Milano (e tutti lo possono leggere facilmente) proclamò soltanto la completa libertà dei cristiani di professare la loro religione, e la pienezza dei loro diritti; ma non fece punto del cristianesimo l'esclusiva religione dello Stato, come il Landucci ha creduto, e come sarebbe stato necessario per rendere verosimile la sua interpretazione della const. 2 q. s. l. c. Anzi si può soggiungere, che nessun'altra legge di Costantino dichiarò il cristianesimo religione ufficiale nè prima, nè dopo l'anno 319 (1). Oltre a ciò il Landucci avrebbe potuto vedere in quella *Storia* del Gibbon, ch'egli cita, che Costantino nell'anno 319 non era egli stesso cristiano perfettamente, perchè non aveva ancora ricevuto il battesimo (2), e così l'egregio professore si sarebbe accorto, che la sua opinione è anche troppo nuova.

Se dunque la const. 2 si può riferire, come volle il Noodt e come ammisero parecchi altri, a controversie sorte per l'applicazione delle nuove leggi religiose, ciò deve intendersi soltanto nel senso, che le antiche consuetudini si opponessero alla parificazione di diritto accordata ai cristiani; e la *lex* sarebbe una legge da Costantino emanata per l'impero romano.

Ho detto poc'anzi quali ragioni mi trattengano dall'accettare l'interpretazione dello Jhering, che annovero tuttavia tra quelle possibili: aggiungerò ora i motivi, che mi inducono a preferire ancora l'opinione, secondo la quale la const. 2 parla del conflitto tra una legge posteriore e una consuetudine anteriore.

L'ammettere senz'altro l'antinomia tra la detta const. 2 e il fr. 32, § 1, *de legibus*, è anzitutto contrario allo spirito generale della compilazione giustiniana, tanto più che la const. 2 si trova appunto sotto una rubrica, che doveva richiamare alla mente dei redattori del Codice ciò che si leggeva nel Digesto sotto il titolo: *De legibus senatusque consultis et longa consue-*

(1) Confr. in simile senso anche SCHUPFER, *Nuova antologia*, 1886, serie 3<sup>a</sup>, III, pagina 205. — La religione cristiana si può dire sotto Costantino religione di Stato nel senso che fu riconosciuta, tutelata e anche in certo modo favorita dallo Stato, non già nel senso, attribuito dal Landucci a quella frase, di religione ufficiale imposta dallo Stato.

(2) Ho nominato il Gibbon, perchè il Landucci stesso lo cita. Del resto non ignoro le molte controversie circa la conversione e il battesimo di Costantino. Debbo alla cortesia del signor prof. A. Crivellucci della R. università di Pisa le seguenti notizie, comunicatemi dal prof. G. Lumbroso. Circa il battesimo di Costantino l'unica tradizione, che meriti di essere discussa, è quella di Eusebio V. C. IV, 61-64, il quale narra che Costantino fu battezzato a Nicomedia nella pentecoste dell'anno 337 poco prima della sua morte. Ma l'autorità di Eusebio è tenuta in ben poco conto dal Manno, dal Duruy, dal Burckhardt ecc.; specialmente il BURCKHARDT, *Die Zeit Constantins des Grossen* (2<sup>a</sup> edizione, Lipsia, 1880) giunge a dire, senza però dimostrarlo, che ciò che Eusebio riferisce circa il cristianesimo di Costantino non è che invenzione sua.

Contro il Burckhardt sono sorti a sostenere la conversione di Costantino e l'autorità di Eusebio tra gli altri il KEIM, *Der Uebertritt Constantins des Grossen zum Christenthum* (Zurigo, 1862), e il BOISSIER in un recente articolo *La conversione de Constantin* (*Revue des deux Mondes*, 1 luglio 1886, pubblicato dopo terminato il presente scritto) dove distingue i fatti narrati da Eusebio dagli atti da lui riferiti, e ritenendo veri questi ultimi, cerca con essi di dimostrare la conversione di Costantino. In ogni modo, essendo tanto sospetta l'autorità di Eusebio, nulla si può affermare di sicuro in proposito.

tudine, e ciò ch'era stato ammesso in tanti altri luoghi della legislazione di Giustiniano. Se i compilatori nella *repetita praelectio* del Codice conservarono la legge di Costantino, assai probabilmente da essi mutilata e corretta, è per lo meno ammissibile, ch'essi vi attribuissero un significato conciliabile con gli altri testi: nè abbiamo alcuna ragione per ritenere, che Costantino avesse scritta la sua costituzione in un senso affatto diverso da quello attribuito dai compilatori. — D'altronde sarebbe strano, che, se Costantino avesse negato alla consuetudine la forza di abrogare la legge, il suo volere fosse, come abbiamo veduto, rimasto privo di ogni effetto; infatti, anche secondo i sostenitori dell'antinomia, s'egli poteva considerare la legge al suo tempo come fonte di diritto superiore alla consuetudine, era perchè realmente con la monarchia assoluta il diritto legale aveva dovuto acquistare maggior potere; ma allora perchè la massima sancita nella nostra const. 2 restò priva di efficacia? — Che se poi noi pensiamo che la const. 2 è probabilmente parte di un rescritto, il quale doveva contenere la risoluzione di un caso speciale, e ammettiamo che la consuetudine longeva, di cui si trattava in quel rescritto, era posteriore alla legge, dobbiamo giungere alla conseguenza che la legge, alla quale Costantino con atto dispotico accordava una forza superiore a quella, che le leggi in generale avevano avuto fino ai suoi tempi, non era già una legge di Costantino stesso, ma una legge antica di qualche remoto suo predecessore sul trono imperiale: Costantino avrebbe dunque esercitato un dispotismo per conto altrui, con effetto retroattivo. — A tutto ciò si aggiunge una considerazione, sulla quale mi piace di richiamare l'attenzione degli ascoltatori e dei lettori.

Per risolvere queste questioni relative alla forza delle fonti giuridiche, è necessario aver bene presenti alla mente le condizioni dei tempi, circa i quali si discute: ora se noi ci rappresentiamo lo stato delle cose sotto l'impero di Costantino, presto ci accorgeremo che è quasi impossibile l'ammettere, che la consuetudine avesse dovuto perdere del suo valore giuridico anche di fronte alle leggi. Il diritto romano era allora costituito da un gran numero di vere *leges* e di plebisciti del tempo della repubblica e dei primi anni dell'impero, da un numero anche maggiore di senatoconsulti, dagli editti dei magistrati, da una enorme quantità di scritti di giureconsulti e di costituzioni imperiali di natura svariatissima, di cui nella massima parte dei casi era quasi impossibile aver notizia per la pubblicazione o imperfetta o mancante. Il complesso di queste fonti scritte ammontava a parecchie migliaia di volumi (i romanisti sanno che questa non è un'iperbole), e nessuno poteva conoscerle tutte. Indi gli sforzi per riunire in brevi raccolte le disposizioni principali, sforzi, di cui, per i tempi dei quali ragioniamo, ci fanno testimonianza le collezioni dei codici gregoriano ed ermogeniano e quelle della natura dei frammenti vaticani; ma non erano ancora venuti il codice teodosiano, nè la legge di citazione a sanare almeno in parte questo stato di cose, che noi pensiamo quasi a raffigurarci col pensiero. In tali condizioni l'unica salvezza doveva trovarsi nella consuetudine, la quale di fronte ad una legislazione così straordinariamente complicata e ignorata si presentava come più certa e sicura. È bene persuadersi di ciò: oggi nelle nostre scuole si suole insegnare, che la consuetudine è più incerta e indeterminata della legge, e sono queste idee moderne quelle, che hanno perturbata l'interpretazione dei testi antichi: ma la consuetudine è più incerta della legge, solo quando la legge stessa sia nota e di facile applicazione. Questa verità ci viene confermata dalla storia del diritto medioevale, ed anche, chi ben guardi, dal diritto vigente presso alcuni Stati moderni, come



per esempio da quello inglese, e dal nostro stesso in alcune materie, specialmente nelle amministrative, benchè la complicazione della legislazione sia oggi incomparabilmente meno grave e, direi quasi, meno morbosa che tutta quella romana del quarto secolo. Or dunque se ogni consuetudine doveva allora essere la benvenuta, certo la più utile e bene accolta doveva pure esser quella, per la cui forza abrogativa si veniva ad ottenere una maggiore semplicità e certezza dei giudizi e dell'amministrazione; ed è perciò, come ho più sopra osservato, assai poco probabile che Costantino avesse voluto in generale negare alla consuetudine questa salutare efficacia dell'abrogazione delle leggi.

Tutte queste ragioni, che si riferiscono alla const. 2 *Quae sit longa consuet.* tanto come legge isolata di Costantino, quanto come parte della compilazione giustiniana, m'impediscono d'accettare senz'altro l'opinione di coloro, che riconoscono un'antinomia tra i due testi da noi studiati.

Io torno dunque a preferire quella, secondo la quale la *consuetudo* e l'*usus longaevus*, di cui parlava Costantino, erano precedenti alla *lex*, con la quale stavano in conflitto.

Non tornerò a ripetere tutto ciò, che nel mio articoletto sopra più volte citato, ho già notato circa il modo com'è concepita la const. 2; a me non par dubbio che ad una domanda formulata p. es. così: « In questi determinati rapporti, per consuetudine e per lungo uso si era sempre applicata questa regola: la tale legge contiene peraltro una regola diversa, ma qui seguita ad applicarsi l'antica consuetudine: dovrà con ciò ritenersi che la legge non si debba per questa parte applicare? » l'imperatore nel caso che il perdurare della consuetudine non lo avesse indotto a modificare la legge, avrebbe dovuto precisamente rispondere: « *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem* ». Nè d'altronde mi pare che alcuno abbia più negato, che le parole di questa costituzione ottimamente si adattano a tale interpretazione. Le obiezioni, che vi si muovono contro (1), si riducono a queste, che sono pure assai vecchie: una consuetudine abrogata da una legge posteriore non è più consuetudine giuridica e non può quindi aver più valore; è puerile il supporre che l'imperatore scrivesse una costituzione per dire una verità così triviale; non è credibile che un magistrato romano, qual'era Proculo proconsole dell'Africa, cui è diretta la const. 2 *Quae sit. l. cons.*, potesse ai tempi di Costantino soltanto dubitare che una consuetudine avesse forza di resistere ad una legge, che l'aboliva.

Ma non manca la risposta a simili obiezioni. Si può dire anzitutto con lo Schmidt (2), che molte altre verità triviali si possono trovare nelle costituzioni imperiali inserite nel *Codex*: quella p. es. che si legge nella const. 2 *de contrahenda emtione*, 4, 38: « *Venditiones, etsi in alio loco quam in quo possessiones constitutae sunt fiant, non ideo irritae esse creantur* » e così cento altre.

Ma si può anche aggiungere che la trivialità della risposta e l'impossibilità della domanda di Proculo, immaginate dagli avversari, dipendono da un falso concetto della questione proposta da Proculo a Costantino, e delle condizioni delle fonti giuridiche al tempo loro. Questi avversari infatti

(1) Vedi LANDUCCI, *op. cit.*, pag. 14 seg.; EISELE, *op. cit.*, pag. 296, nota 25; SCHUPFER, *Recensione dello scritto del Landucci*, nella *Nuova antologia*, I. c., pag. 204.

(2) *Op. cit.*, pag. 26, nota 1.

credono, che noi figuriamo il caso di una legge, che direttamente abolisca una consuetudine; ma noi non abbiamo punto detto ciò. Anzi il conflitto, di cui di cui si trattava, deve con molto maggior probabilità ritenersi esistente tra una consuetudine e una regola contraria contenuta in una legge, che di quella consuetudine non facesse neppure menzione. È questo il caso più ordinario, e pare che vi alluda quella frase della const. 2: *aut rationem aut legem*, dove la menzione della *ratio* accanto alla *lex*, menzione che facilmente era occasionata dalla natura del caso deciso, ci dimostra che probabilmente la *consuetudo* in questione non era esplicitamente abolita da una legge, ma doveva solo contrastare al contenuto di questa (1). Posto dunque un simile conflitto, se si pensa che la consuetudine tende a perdurare nonostante la legge contraria, e conserva tutti i suoi caratteri esteriori, può nascere il dubbio, che con la consuetudine persista anche il diritto consuetudinario. La risoluzione di questo dubbio dipende dal sapere se quella consuetudine abbia giuridicamente forza di resistere a quella legge, e ciò è appunto quello che Proculo doveva aver domandato all'imperatore. Certamente se quell'esimio magistrato fosse stato a scuola di diritto romano presso qualcuno dei nostri professori, o avesse letto uno dei compendietti, che vanno per le scuole d'Italia o di Germania, vi avrebbe trovato risolto il suo dubbio e avrebbe forse anche sentito dire che si trattava di una trivialità. Ma il buon Proculo ebbe la disgrazia di vivere nel quarto secolo, e di non poter fruire degli immensi benefici sopra descritti: egli dunque si sarà guardato attorno, e avrà veduto quanta efficacia salutare aveva ai suoi tempi la consuetudine; avrà forse letto o sentito citare dalle parti in giudizio quel passo di Paolo, *lib. VII ad Sabinum*: « *Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est ut non fuerit necesse scripto id comprehendere* » (fr. 36 *de legibus*, 1, 3) (2); avrà veduto che, ancora per alcun tempo dopo la promulgazione della legge, la consuetudine persisteva, e mentre la legge conteneva forse un principio espresso in modo astratto e generale, la consuetudine gli si presentava in tutta la sua pratica determinatezza e nella sua forma concreta e plastica; e allora spontaneamente gli sarà nato il dubbio, che quel diritto consuetudinario fosse ancora vivo come la consuetudine, o non avrà da sè stesso osato risolvere il dubbio propostogli da una parte in giudizio o da qualche potente suddito soggetto alla sua amministrazione. Non pochi al suo posto avrebbero fatto lo stesso anche oggi, sebbene le condizioni delle fonti giuridiche siano tanto mutate in favore della legislazione; ed io potrei citare il caso di un eminente uomo di Stato italiano, che domandò un giorno a due professori di diritto, se potesse oggi ritenersi abolita una legge amministrativa, che non era stata per parecchi anni applicata, essendosi continuate ad osservare le regole precedenti.

Che fece l'imperatore interrogato da Proculo? Rispose con la const. 2, o forse, per meglio dire, con un rescritto, di cui noi abbiamo la motivazione nella l. 2 *Quae sit longa consuetudo*; e rispose che la legge doveva vincere la consuetudine. Tolse così di mezzo i dubbj di Proculo e anche quelli di

(1) Del resto forme del genere di *aut ratio aut lex* erano abbastanza usuali nel linguaggio giuridico. Confr. *Consultatio* 4, 1. — 6, 1.

(2) Si noti quella frase *magnae auctoritatis* etc., che sembra quasi concedere al diritto consuetudinario una forza superiore al diritto legale, e cui pare quasi risponda Costantino con le parole *non vilis auctoritas*, per moderarne l'esagerata interpretazione. Testi di quel genere si trovavano forse anche in altri scritti di giureconsulti.

coloro, che potevano averne dei simili, e fece sì che molti secoli dopo nei trattati di diritto romano la cosa si desse per indubitata. Eppure se quella consuetudine avesse ancora perdurato per lunghi anni, se quella legge, anche posto che avesse direttamente abolita la consuetudine, in fatto non fosse stata rispettata per uno o due secoli, avrebbe egli certamente risposto nello stesso modo? Se ne può ancora dubitare, ed io sarei propenso ad ammettere che forse allora si sarebbe riconosciuto a quella ostinata consuetudine la forza di vincere la legge. La questione dunque proposta da Proculo era, sotto un certo aspetto, una semplice questione di maggiore o minor tempo, sicchè non aveva nulla d'irragionevole o di puerile.

Non sarebbe d'altra parte neppure inverosimile la congettura che Proculo, anche senza dubitare della forza della legge, credesse opportuno di ottenere un esplicito rescritto imperiale per sentirsi più sicuro e forte nell'applicazione di essa.

Se dunque le obiezioni alla nostra interpretazione non sono molto attendibili, che cosa c'impedisce di accettarla? Non certo la paura di dir cose vecchie, le quali, quando son vere, è bene anzi che siano sempre ripetute.

Ma qui farò punto, avendo forse già troppo stancata la pazienza dei lettori e degli ascoltatori, i quali saranno indotti ad esclamare:

Ahi! Costantin, di quanto mal fu matre

la tua const. 2 *Quae sit longa consuetudo!*

## TRATTATO DI PANDETTE

DI

L. ARNDTS (\*)

L. ARNDTS. — *Lehrbuch der Pandekten. 13 Auflage besorgt von Dr. L. PFAFF und Dr. F. HOFMANN.* — Pag. XXII-1141 in-8° gr. Stuttgart, Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1886.

Non occorre parlare del valore del *Trattato di Pandette* dell'Arndts ormai ben noto anche in Italia per la traduzione fattane dal prof. Serafini. Noteremo qui soltanto che dalla decima edizione tedesca in poi la cura della pubblicazione fu sostenuta dal Pfaff e dall'Hofmann, professori nella università di Vienna, con impareggiabile diligenza e pietà per l'opera del defunto autore.

Il lavoro degli editori consiste principalmente nella correzione di tutte le citazioni, nell'aggiunta delle notizie delle nuove pubblicazioni romanistiche, nell'indicazione delle modificazioni introdotte dalle nuove leggi al diritto comune di Germania, nell'accrescimento dell'indice, e nel rifacimento di alcuni paragrafi dell'opera dell'Arndts, i quali non parevano più adatti al presente stato della scienza. Tuttavia le parti nuove od aggiunte sono sempre con cura distinte dalle parti originali, sicchè chi ha questa edizione, può a prima vista riconoscere il pensiero dell'Arndts senza confonderlo con quello dei nuovi editori. Tra i paragrafi che più sono stati elaborati dai signori Pfaff e Hofmann va ricordato il § 74, nel quale l'Arndts trattava soltanto del *modus*, secondo il consueto sistema del Savigny, e gli editori vi hanno aggiunto il più lato concetto della *causa*, di cui il *modus* viene ad essere una singola specie. È noto che si deve al Windscheid l'aver rivendicato alla *causa (Voraussetzung)* il luogo generalmente dato al *modus* nella parte generale del sistema; ma nel libro che annunziamo la *causa* ci sembra trattata anche più correttamente e chiaramente che nel Windscheid. È questo un soggetto che è stato in più d'un luogo già studiato dai signori Pfaff e Hofmann anche prima, vedi p. es. HOFMANN, *Titulus unde modus acquirendi*, PFAFF e HOFMANN P. v.° *causa* nel *Rechtlexikon* di Holtzendorff, 3ª ediz., con notevole vantaggio della scienza. Questo § 74 noi raccomandiamo pertanto all'attenzione degli studiosi italiani: la materia è assai bella, e certamente si può ancora progredire nell'intelligenza di essa.

(\*) Appunti critici e bibliografici in *Cultura*, 1887, pag. 566.



Già nell'11ª edizione erano stati aggiunti i § 223 a, 393 ora ripetuti; dei quali il primo relativo al concorso dei creditori secondo l'attuale diritto tedesco è per i romanisti italiani meno importante, il secondo consiste in una introduzione al dritto di famiglia d'indole più che altro storica.

Nelle aggiunte bibliografiche non si è tenuto conto della letteratura giuridica italiana, rinviando per essa alla traduzione dell'Arndts fatta dal Serafini. Espressamente sono menzionati solo quei pochi libri, dei quali è stata fatta qualche recensione in Germania. Noi desidereremmo che ciò fosse mutato in una futura edizione, poichè i tedeschi conoscono in generale troppo poco la nostra letteratura giuridica, e la scelta dei libri, di cui parlano nei loro giornali critici, è per lo più fatta male, o casuale, o mossa da personali relazioni dell'autore col critico; e, cosa anche peggiore, non sempre i critici di libri italiani si dimostrano giudici competenti. Il prof. Hofmann, buon conoscitore dell'italiano, potrebbe in questa parte fare assai bene.

## NUOVE TAVOLETTE CERATE POMPEIANE (\*)

Tre libelli furono trovati a Pompei, il 20 settembre 1887, avviluppati in un forte tessuto insieme con molti vasi d'argento e con pezzi di legno. Il prof. Giulio De Petra ne pubblicò il testo, con fac-simile di uno dei libelli e con brevi illustrazioni, nelle *Notizie degli scavi di antichità comunicate alla R. Accademia dei Lincei*, ottobre 1887, pag. 417 e segg. Ecco com'egli li descrive (p. 417): « Per l'umido che li aveva in parte decomposti i libelli tornarono a luce incompleti, ed oggi ne rimane molto meno di quello, che si leggeva subito dopo la scoperta; poichè appena scorso qualche giorno, gli strati di cera staccandosi dal legno si screpolarono in minutissimi pezzi, che si sono disgregati e confusi. Due libelli hanno dimensioni maggiori, e misuravano (valutando approssimativamente ciò che manca) circa m. 0,20 largh. e 0,13 alt.; più piccolo è il terzo (0,14 largh.), che somiglia presso a poco agl'istrumenti di Cecilio Giocondo. »

Il Mommsen nello *Hermes*, vol. XXIII, fasc. I, pag. 157 e segg. ristampò il testo delle tavolette con alcune osservazioni; notando specialmente che la prima e la seconda tavoletta sono, secondo ogni probabilità, due tavole dello stesso dittico, e posponendo quindi la tavoletta 1ª del De Petra alla 2ª; sicchè la numerazione del Mommsen è in ciò diversa da quella del De Petra:

- 1 Mommsen = 2 De Petra;
- 2 Mommsen = 1 De Petra;
- 3 Mommsen e De Petra.

Io mi atterrò d'ora innanzi alla numerazione del Mommsen, che mi pare più probabile.

Volendo ripubblicare nel nostro bullettino questi notevoli monumenti giuridici, io pregai l'illustre prof. Ilario Alibrandi di volerli illustrare, e gli comunicai anche un lucido della copia fatta dal dott. Mau della tavoletta 2ª, copia che sta ora in luogo dell'originale. Di questo lucido accuratissimo sono debitore alla squisita cortesia del prof. De Petra. Il prof. Alibrandi, ritenendo che la 1ª e la 3ª tavoletta non presentassero difficoltà, si contentò di illustrare la 2ª, nella lettura della quale egli si allontana un poco dai suoi predecessori.

Io qui mi limiterò a riprodurre con poche note il testo delle tre tavolette col fac-simile della prima dato già dal De Petra nelle *Notizie* sopra citate (1), e con la riproduzione in zincotipia del lucido della seconda (2).

Anche della seconda darò il testo secondo la trascrizione del De Petra. Nell'articolo seguente del prof. Alibrandi si trova il testo di questa tavoletta secondo la sua lettura e coi suoi supplementi.

(\*) Pubbl. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1888, pag. 5. [V. lo studio seguente a pag. 326].

(1) Debbo alla cortesia dell'illustre senatore Fiorelli e del professor Barnabei la facoltà di riprodurre questo fac-simile. Esso è stato da me leggermente corretto in conformità della fotografia della tavoletta. [V. tavola I a pag. 320].

(2) [V. tavola II a pag. 321].





I. Probabilmente è la prima parte del dittico, secondo la plausibile opinione del Mommsen. È l'unica tavoletta, in cui la cera sia rimasta attaccata al legno, forse, scrive il De Petra, per l'ossido di rame, di cui è impregnata.

Eccone il testo (1):

Poppea Pr(i)sci liberta Note iurauit pueros Simplicem  
et Petrinum siue ea mancipia alis nominib(us)  
sunt sua esse seque possidere neque ea mancipia. . .  
nu ulli obligata esse neque sibi cum ulo com(munia)  
5. esse eaque mancipia singula sestertis nu(mmis sin)  
gulis Dicidadia Margarit emit ob seste(rti)os . . . . .  
mancipio accepit de Poppea Prisc(i) liberta Note  
tutore auctore D. Caprasio a . . . . .  
Libripende in singula P. C. . . . .  
10. testata est in si(ngu)la . . . . .  
Poppea Prisci lib(erta) Note) . . . . .  
uti ea manc(ipia) . . . . .

È, come si vede, il documento della vendita fatta dalla liberta *Poppaea Note* a *Dicidadia Margarit* di due schiavi *Simplex* e *Petrinus*. La venditrice giura di essere unica proprietaria e di possedere gli schiavi liberi da ogni vincolo di pegno. La mancipazione si fa *nummo uno* per ogni schiavo (*mancipia singula sestertiis nummis singulis*), e il prezzo indicato dopo (*ob sestertios.....*) è, secondo ogni verisimiglianza, ancora da pagarsi e viene accreditato nel modo determinato nella seconda tavoletta.

Trattandosi dell'alienazione di *res mancipi*, la liberta venditrice aveva bisogno dell'*auctoritas tutoris*; così si spiega l'intervento del tutore Caprasio; la venditrice non doveva avere il *ius liberorum*. Per questa parte nulla di nuovo c'insegna la nostra tavoletta; come pure non differiscono dall'usato le altre formule della mancipazione. Si può solo notare, che, mentre Poppea Note si dice liberta di Prisco, il suo tutore pare che porti altro nome; ciò non fa difficoltà, perchè può essere, che fosse un successore del manumissore, un tutore cessicio o fiduciario. Può essere anche però (lo dico assai remissivamente) che D. Caprasio portasse il cognome di Prisco, nè a questa ipotesi sarebbe grave ostacolo il nome di Poppea attribuito alla liberta, poichè non sempre il nome dei liberti era quello del loro patrono (2). Il Mommsen vera-

(1) Poche osservazioni sulla lettura di questo testo:

v. 1 *Poppaea* pare corretto come si vede dal fac-simile. Anche nel *Prisci* manca il primo *i*. — v. 2. Il Mommsen ha *mancipias*, ma credo per errore di stampa. — v. 3 4. Il Mommsen crede, che si possa restituire la fine del v. 3 e il principio del 4 così: (*vel u*)nu(m). Vedi però il fac-simile. — v. 8. Il Mommsen legge *A. Capras(i)o* invece di *D. Caprasio*; vedi però il fac-simile, e le osservazioni mie a proposito di tal nome. L'*i* di Caprasio esiste realmente nella tavoletta: esso fu solo per errore omesso nel fac-simile nelle *Notizie degli scavi*. Il De Petra ha letto *D. Caprasio AI*; vedi più oltre nel testo le mie osservazioni. — v. 10. Il Mommsen restituisce (*an*)testata.

(2) Il MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht*, III, p. 427, n. 3, nega risolutamente che il nome gentilizio del liberto potesse mai essere diverso da quello del patrono, e, appoggiandosi al DRUMANN, *Röm. Geschichte*, V, p. 67 e VI, p. 403, ritiene, che il liberto *M. Pomponius Dionysius* menzionato da Cicerone, *Ad Att.*, IV, 15, 1, non costituisca un'eccezione a questa regola, perchè non era, come credettero il BORGHESI, *Oeuvres*, V, pag. 329, e lo HENZEN, *Inscr.*, n. 6379, un liberto di Cicerone, ma bensì di Attico; l'eccezione in lui era solo nel prenome *Marcus* tratto da quello di Cicerone. — Chi fosse il manumissore di Dionisio non è facile dire con piena certezza; nè mi pare che i luoghi di Cicerone addotti dal Drumann tolgano assolutamente ogni dubbio (vedi, p. es., *Ad Att.*, IV, 8a, 2: « *Postea vero quam Tyrannio mihi libros disposuit, mens addita videtur meis aedibus: quae quidem*

mente ha supposto (l. c., pag. 159, nota al v. 18, tav. II), che il tutore si chiamasse *A. Caprasius Aper*; ma relativamente al prenome mi pare che abbia ragione il De Petra leggendo *D.* e non *A.*, e la lezione di lui può essere anche avvalorata col paragone di due iscrizioni pompeiane relative a persona portante il nome di Caprasio e il prenome di Decimo (*C. I. L.*, X, 8058<sup>15</sup>): il cognome poi è dal Mommsen tratto da una congettura fatta sul v. 18 della seconda tavoletta, per cui rimando a questa e al commento del prof. Alibrandi. A me non sembra impossibile, che le lettere del v. 8 della nostra tav. I susseguenti a Caprasio siano un *P* e poi un frammento di un *R*, sulla qual cosa è da vedere il fac-simile. In tal caso si potrebbe forse leggere *D. Caprasio Prisco*. Sopra un sigillo a Pompei (*C. I. L.*, X, 8058<sup>15</sup>) si è letto infatti *D. CAP. PRI.* (1).

Più interessante per il giurista è la prima parte del nostro testo. Il giuramento della venditrice, che gli schiavi son suoi, ch'essa li possiede, che non sono obbligati ad alcuno, e che non li ha in condominio con altri, è cosa nuova, almeno per me.

Questo giuramento infatti non deve confondersi con altri, anche a proposito di contratti di vendita, dei quali non ci mancano esempi (vedi, verbigrazia, CATO, *de R. R.*, c. 148 (149) *Lex vino in doliis*, giuramento relativo alla misurazione del vino venduto; PLAUTUS, *Rudens*, Prol. 46, 48; *Curculio*, III, 89; IV, 4, 10; *Pseululus*, I, 3, 117 e segg.; *Mostellaria*, V, 1, 36, etc., giuramenti promissorii); lo speciale carattere, che lo distingue, è l'affermazione del pieno diritto del venditore.

Non mancano tuttavia testi, che hanno grande affinità col nostro. Il professore Alibrandi, appena veduta la nostra tavoletta, mi indicò lo strumento

*in re mirifica opera Dionysii et Menophili tui fuit* » dove *Dionysius* non è detto *tuus*. Confr. VII, 7, 1). In ogni modo, anche volendo accettare l'interpretazione del Drumann e del Mommsen, il passo di quella epistola IV, 15, 1, ci dimostra come il nome di un liberto possa differire da quello del patrono per mutamenti avvenuti. T. Pomponio Attico adottato dallo zio Q. Cecilio fu denominato *Q. Caecilius Q. F. Pomponianus Atticus* ed era patrono così del liberto *T. Caecilius Eutychedes*, come del liberto *M. Pomponius Dionysius*. Per simili mutamenti, possibili anche per parte del liberto, probabilmente si ha nella lapide illustrata dal BORGHESI, *loc. cit.* un *Lucius Calpurnius Marci libertus Menophilus Valerianus* liberto, a quanto pare, di un *Valerius*. Parecchie erano dunque le cause, per le quali un liberto poteva portare un nome diverso da quello del patrono. Così nel caso di un servo di più condomini, vedi p. e. *C. I. L.*, I, 1110, « *Q. Caecilius Cn(aei) A(uli) Q(uinti) Flamini libertus.....* » e simili. Vedi sui nomi dei liberti anche LEMONNIER, *Étude hist. sur la cond. privée des affranchis*, 1887, App. II, pag. 311 segg.

Notevole è anche che Poppea è detta *Prisci liberta* col cognome del patrono, anzichè col prenome, come d'ordinario si suole. Tale maniera di designazione non è frequente: essa probabilmente indica che il patrono era noto col suo cognome nella cerchia delle sue conoscenze; così oggi il ch. professor Gatti vorrebbe spiegare la cosa, modificando un poco quanto già scrisse in proposito nel *Bullettino della commiss. archeol. comun.*, Roma 1878, p. 30 seg.

Tutto ciò dico del resto senza alcuna pretesa di certezza, poichè è sempre possibile il caso di un tutore diverso dal manumissore, come ho detto nel testo.

(1) Si può il *D. Cap. Pri* leggere *Decimus Caprasius Priscus*? La cosa è dubbia, ma non la credo impossibile. L'abbreviazione *Pri* per *Priscus* è irregolare, ma in un sigillo, dove molto si deve concedere alla tirannia dello spazio, essa potrebbe anche ammettersi. Veramente l'abbreviazione, che finisce con vocale e che è già per sè stessa eccezionale, si adatterebbe più ad un *Primus*; ma non si può escludere il *Priscus*. Veggansi p. es. le seguenti iscrizioni nel *C. I. L.* vol. X: 8058<sup>72</sup>; C.PRO.PYLADES — 8059<sup>52</sup>; C.AS.FA — 8059<sup>107</sup>; M.CLAV.AGRIP — 8059<sup>131</sup>; N.CRI.HER — 8059<sup>357</sup>; P.SATV.PRIMI — 8052<sup>23</sup>; C.TV.PRI, e altre simili soprattutto in sigilli, lucerne, ecc.

di vendita fra Domnicio e Montado (SPANGENBERG, *Iur. rom. tabulae negotiorum sollemnium*, pag. 24<sup>3</sup> e segg.), in cui si trova una affermazione simile (ma non giurata) della pienezza del diritto del venditore (pag. 246, 247): « *liberas autem inlibatas portiones duorum fundorum ab omni nexu fisci de-  
« viti populi pribative et ab here alieno, litibus, causis controversiisque  
« omnibus, nec non a sorte barbarica, et a ratione tutelaria et curae, et ab  
« obligatione, ceterisque aliis titulis vel honoribus sive contractibus, nullique  
« antea portiones iuris sui, sive competentes in integro, a se donatas, cessas,  
« neque distractas, nec alicui offulciatas, nec cum quoquam se eas habere  
« communes, neque per cautionem, neque per venditionem, aliove quolibet  
« iure transtulisse, sed sui iuris esse professus est.... ».*

Somiglianti affermazioni si leggono anche nella vendita di Tulgilone Domnica e Deutherio (SPANGENBERG, pag. 236 segg., 239) e in quelle di Gundilebo (*ibid.*, pag. 259 segg., 261), di Domnino (*ibid.*, pag. 273 segg., 276), di Deusdedit (*ibid.*, pag. 278 segg., 279), di Rusticiana (*ibid.*, pag. 282 segg., 284), di un anonimo (*ibid.*, pag. 286 segg., 288).

Un esempio, assai notevole dal punto di vista giuridico, di giuramento relativo alla pienezza del diritto, ma non per parte di un venditore, si ha nella l. 4 *Stellionatus*, 47, 20, segnalatami tosto dallo Alibrandi: « *Modestinus a libro-tertio de poenis. De periurio, si sua pignora esse quis in instrumento a iuravit, crimem stellionatus fit, et ideo ad tempus exulat* », dove si vede anche che il falso giuramento non era punito se non come un modo di frode, punizione che comminava a colui che dava in pegno la cosa altrui come propria anche senza giuramento (v. l. 2 C., *de crim. stell.*, 9, 34; l. 16, § 1, l. 36, § 1, D. *de pign. act.*, 13, 7).

La formula *Sive ea mancipia aliis nominibus sunt*, che si legge nei v. 2, 3, non è punto nuova: essa si ritrova tal quale « *sive is [o ea] quo alio nomine est* » negli atti di vendita degli schiavi, conservatici nelle tavolette di Transilvania, e nell'istrumento greco di vendita trovato in Arsinoe (BRUNS-MOMMSEN, *Fontes iur. rom.*, pag. 265) « *εἰ καὶ εἴ τιμι ἐτέρω ὀνόματι καλτε ἦ κληθ(ί)σεται* » il che richiama alla mente il noto detto di Ulpiano: « *rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia* » (l. 4 pr. *de leg. I*).

II. Della seconda tavoletta si ha la parte inferiore della scrittura. Il testo, la restituzione e il commento ci è dato più oltre dal professore Alibrandi. Appena scoperta, fu accuratamente copiata dal Mau, e, come scrive il De Petra, l'apografo di lui ora sta a far le veci dell'originale pressochè distrutto. Il fac-simile, che pubblichiamo, è tratto da un lucido di questo apografo. A me pare probabile la congettura del Mommsen, che questa tavoletta sia la seconda del dittico, a cui appartiene la prima, essendo uguale la grandezza delle due tavole, uguale il carattere della scrittura, uguali le persone, uguale l'oggetto del contratto. I consoli, il cui nome è notato nell'ultimo verso (vedi pure tav. 3 b), sono quelli dell'anno 61 di Cr.: il nome di *Junius* attribuito a *L. Caesennius Paetus* è nuovo.

Essendo piuttosto difficile la lettura del testo, ho creduto conveniente di riprodurre qui anche la lezione data dal De Petra e seguita dal Mommsen, benchè quella dello Alibrandi mi sembri in più luoghi migliore:

*did* . . . . .  
*mit ea . pro duobu(s)* . . . . .  
*mnis m(i)hi ere(dive meo)* . . . . .  
*atusue . nt si ea pecun(ia)* . . . . .

5. *K. Nouem. primis solu(ta)* . . . . .  
*ea mancip(ia i)dibus D (ecembribus)* . . . . .  
*Pompeis in foro luce paga* . . . . .  
*tibi egi neve heres mi(hi)* . . . . .  
*asi mi(hi) de dolo malo eaue* . . . . .  
10. *tatur* . . . . .  
*Si quo minoris e(a) mancipia diduenie(rint).* . . . . .  
*cem d(e)bebun(t) ut mi(hi).* . . . . *erediu(e)* . . . . .  
*ea mancipia ad a. uene* . . . . .  
. . . . . *ered* . . . . .  
15. *ea pecunia* . . . . .  
*utique ea mancipia sumtu inp.* . . . . .  
*id mihi tecum conuenit* . . . . .  
*a Margaris Poppea (P)risci lib. Note tuto* . . . . *nsa per* . . . . .  
*Supra hec inter (e)as conueneru.* . . . . .  
20. *inter se sunt ac(t.) Pompeis IX K.* . . . . .  
*L. Junio Caesennio* . . . . . *P. Calui(s)io Rusone Cos. (1)*

III. Del terzo libello scrive il De Petra: « È stato tagliato nella sua larghezza, ed il lembo superiore delle tre tavolette si è conservato mentre il resto si trovò marcito. » Poco è da dire sul contenuto di questi brani residui: risulta dal primo, che si tratta di una stipulazione intervenuta tra le stesse contraenti delle altre tavolette, Dicia Margaride creditrice e Poppea Note debitrice. Le formule « *HS n. MLD argentum probum* » « *decte dari* » sono ben note a tutti (2).

Ecco il testo di questi frammenti, secondo la lezione del De Petra, seguita dal Mommsen:

- |    |   |    |   |
|----|---|----|---|
| A. | <i>HS n. ∞ LD. argentum<br/>probum recte dari<br/>stipulata est Digid(ia)<br/>Margaris spopond(it Poppea)<br/>Prisci liberta N(ote)</i> | B. | <i>Actum Pompeis VIII . .<br/>L. Junio Caesennio Pacto<br/>P. Caluisio Rusone Cos</i> |
|    |   | C. | <i>. . . . . m . . . . .<br/>r. . . . .<br/>actum Pompeis (3)</i>                     |

(1) [Dal *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1883, pag. 164]:

*Tavolette pompeiane.* — Il signor prof. O. Gradenwitz, libero docente nell'università di Berlino, ritiene che nella prima e seconda delle tavolette cerate, da noi pubblicate nel fascicolo precedente, sia contenuta una *mancipatio fiduciae causa*. La prima tavoletta conterrebbe l'atto di mancipazione, la seconda il *pactum fiduciae*.

Tale interpretazione, che a prima vista sembra contraddetta dal verbo *emit* (tab. I v. 6; tab. II v. 2 ?), è tuttavia assai confortata dalla circostanza che nella terza tavoletta trovata insieme con la prima, Dicia Margaride apparisce come creditrice, quantunque sia la compratrice, e dalla locuzione *ob sestertios* che si trova nella tab. I v. 6.

(2) *Argentum probum*, PLAUT., *Persa*, 4, 3, 57; LIV. 32, 2 — *a. probatum*, PLAUT., *Persa*, 4, 6, 1 — *Nummi probi*, PLAUT., *Persa*, 3, 3, 33; *Bacchides*, 4, 8, 41; *n. reprobi*, l. 24, § 1, D. *de pign. act.*, 13, 7 — XV *proba*, l. 40 de R. C., 12, 1 — *pecunia proba*, tav. di Transilvania BRUNS-MOMMSEN, *Fontes i. r.*, p. 259, 261 — X (*sortem et usuras*) *probos*, *Mutui dationes* 1, 2, BRUNS-MOMMSEN, p. 267 — *Solidos debiti ponderis et speciei probae*, l. 1, C. *de vet. num.*, 11, 11 (10) = *recte dari*, tav. di Transilvania BRUNS-MOMMSEN, p. 252, 253, 259, 261, 267; l. 40 de r. c., 12, 1; l. 122, § 1, de v. o., 45, 1; l. 11, § 2, de duob. reis, 45, 2, etc.

(3) Nel secondo verso di questo frammento III, c, dopo l'r si trovano due aste // . Il Mommsen legge perciò *re*: forse sono resti di *rim*.



## DI NUOVO SULLE TAVOLETTE CERATE POMPEIANE (\*)

Dopo che il prof. Alibrandi ed io avemmo occasione di occuparci delle tavolette cerate scoperte a Pompei il 20 settembre 1887 (1), queste furono pubblicate in parecchie dotte raccolte da chiari cultori del diritto e delle antichità romane, e da più d'uno furono anche commentate. Particolare menzione meritano il DE PETRA, *Rendiconto delle tornate e dei lavori dell'Accademia di archeologia lettere e belle arti (Società Reale di Napoli)*, Nuova serie, anno II, marzo a luglio 1888, pag. 48 segg.; il TARDIF, *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 12 année, Juillet-Août 1888, pag. 472 segg.; l'ECK, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. IX, pag. 60 segg. 151 seg.; e di nuovo De Petra negli *Atti dell'accademia sopra menzionata* (2).

Le novità di dati e d'interpretazione contenute in tali scritti mi obbligano a tornare sopra questi importanti documenti per accrescere le notizie già date e per correggerle in parte e chiarirle: tanto più che, essendo io di passaggio in Napoli ai primi dello scorso settembre, per la gentilezza del prof. De Petra potei vedere da me stesso le tavolette in quel R. museo.

Per facilitare il discorso porrò per lo più solamente in nota le citazioni dei dati o delle opinioni, che ho trovati negli autori testè ricordati.

Intorno alle tavolette minori appartenenti all'atto di stipulazione dei MLD sesterzi, un solo punto è da notare. Sulla prima pagina esteriore del libello si vedono tracce della data; la data stessa si ritrova poi nella cera della seconda tavola (3ª pagina del trittico) e nella cera della terza tavola (5ª pagina del trittico). Questa disposizione, diversa da quella ben nota dei trittici di Transilvania, porterebbe a credere che dell'atto stesso vi fossero nel libello tre copie.

(\*) Pubbl. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1888, pag. 205.

(1) Vedi il nostro *Bullettino* I, fasc. 1, p. 5 segg. [v. pag. 319].

(2) Per la squisita cortesia del prof. De Petra ho potuto leggere questa sua nota in bozze di stampa. Io in seguito citerò i due scritti del De Petra così: 1º DE PETRA, *Rendiconto*; 2º DE PETRA, *Atti*. Al suo ultimo scritto il prof. De Petra ha unito quattro tavole litografiche, che rappresentano le quattro facciate delle due maggiori tavolette. Egli ci ha con singolare liberalità concesso di riprodurre queste tavole: noi però ci siamo limitati ad unire al presente fascicolo la riproduzione delle due litografie contenenti le facciate esteriori delle tavolette [v. pag. 330 e 331]; facciate, che per i nostri lettori sono del tutto nuove. La litografia della faccia interna della prima tavola corrisponde alla nostra zincotipia; le leggerissime differenze non interessano punto il giurista. La litografia della faccia interna della seconda tavola non rappresenta oramai quasi che il nudo legno.

Delle due tavole maggiori, più importanti pel loro contenuto, è necessario anzitutto correggere le dimensioni indicate (1).

La larghezza della prima tavola misurata sul margine superiore è di metri 0,183, e questa, con l'aggiunta di qualche millimetro, si può all'incirca considerare come la misura della tavoletta intiera.

L'altezza massima della parte che ci resta è di m. 0,113, computando le scheggiature. L'altezza massima della faccia interna è di m. 0,117; quella del campo cerato m. 0,089. Il margine di legno nudo e rilevato, che come cornice circondava la faccia interna della tavoletta, è di una larghezza che varia tra metri 0,015 e metri 0,019.

Assai più difficile è determinare le dimensioni della seconda tavoletta. L'altezza massima della parte, che ce n'è rimasta, è di m. 0,123. L'altezza massima della pagina contenente la scrittura cerata è di m. 0,120, cui bisogna aggiungere m. 0,003 di sporgenza del legno nella parte tagliata a sghembo. Il disegno della faccia esteriore dà un'altezza massima di m. 0,116, ma qui è da badare che ciò deriva dall'essere questa faccia concava per la piegatura del legno a causa della umidità. Il campo delle cere della faccia interna della seconda pagina è alto nella parte rimasta m. 0,104.

La larghezza della seconda tavola male si può stabilire, perchè essa è rotta in due pezzi. Nella faccia esterna di questa tavoletta si trova l'incavo verticale consueto destinato a contenere il lino e le cere dei suggelli, e questo è stato forse la causa della frattura. Il De Petra ha misurato la larghezza del margine laterale alla metà dello incavo, e l'ha trovata di m. 0,082. Supponendo che l'incavo fosse giusto in mezzo, si avrebbe un totale di m. 0,164 notevolmente minore dei m. 0,183 della prima tavoletta. Ciò ha fatto dubitare al De Petra, che le due tavolette potessero non appartenere allo stesso atto; dubbio però, al quale egli stesso contrappone forti ragioni. A me par certo che l'incavo non doveva essere nel mezzo della tavoletta. Nelle tavolette di Transilvania esso è generalmente non poco più vicino al margine destro (di chi guarda) che al sinistro (2). Vero è che, come espressamente osservò già il De Petra (3) « nei trittici di Pompei [trovati nel « luglio 1875] la quarta pagina è sempre dall'incavo divisa in due parti « uguali »; ma da una parte si può osservare, che ciò poteva essere una particolarità della collezione di Cecilio Giocondo; d'altra parte poi è necessario notare, che anche quella uguaglianza non va presa troppo alla lettera, perchè, per esempio, nella tavoletta n. 120 riprodotta dal De Petra (4) tra quelle di quel primo rinvenimento, la parte a sinistra (per chi guarda) dell'incavo è di m. 0,06, mentre quella a destra è di soli m. 0,0054. Possiamo dunque con molta probabilità ammettere, che nella nostra seconda tavoletta la parte peggio conservataci fosse maggiore dell'altra parte, che abbiamo quasi intiera. Questa è larga m. 0,072, l'incavo pei sigilli è largo m. 0,02; per arrivare dunque alla grandezza approssimativa della

(1) Le ragioni, per le quali la prima volta non si poterono indicare le misure esatte, sono esposte dal DE PETRA, *Atti*.

(2) Ecco alcune misure prese sulle tavolette riprodotte nel *C. I. L.* III, pag. 921 segg.: A) (pag. 946) a destra dell'incavo m. 0,07; a sinistra m. 0,097 — B) (pag. 938) a destra m. 0,056; a sinistra 0,082 — C) (pag. 928) a destra 0,06; a sinistra 0,08 — D) (pagina 934) a destra 0,063; a sinistra 0,091 — E) (pag. 956) a destra 0,084; a sinistra 0,098. In generale dunque vi sono più di due centimetri di differenza.

(3) *Le tavolette cerate di Pompei in atti della R. Accademia dei Lincei*, serie 2ª, vol. III, 1875-76, parte 3ª, pag. 151.

(4) Vedi *loc. cit.* nella nota precedente, tav. III.

prima tavoletta mancano circa m. 0,09 più qualche millimetro, sicchè questa dovrebbe essere la misura dell'altra parte della tavoletta. Tale è infatti la proporzione delle parti in una delle tavolette di Transilvania (1).

Dirò poi le ragioni, per le quali io penso, che l'altezza delle due tavolette doveva essere di circa m. 0,140 o poco più.

Le dimensioni dunque non si oppongono all'ammettere la pertinenza delle due tavolette allo stesso atto. Molte altre ragioni valgono a confermare tale ipotesi.

Le due tavolette, se si mettono l'una contro l'altra, perfettamente combaciano e mostrano, che la consumazione fatta a sghembo della parte, che di esse ci manca, avvenne mentre esse erano appunto sovrapposte l'una all'altra. Perfetta è la conformità della venatura del legno, onde risulta che le due tavole furono tagliate dal medesimo pezzo. La cornice delle due tavolette è simile. La scrittura sulla cera della seconda tavola è uguale a quella degli ultimi versi della prima scritti con carattere più piccoli dei precedenti. Inoltre, rivoltate le due tavolette, si è trovato sul rovescio di entrambe (come si vede nelle due riproduzioni litografiche qui unite) una scrittura fatto sul nudo legno con inchiostro; e il principio della scrittura, che sta sul dorso della seconda tavoletta, corrisponde precisamente al principio di quanto si legge sulla cera della prima tavoletta; mentre la fine della scrittura a inchiostro, che sta sul dorso della prima, corrisponde alla continuazione dell'atto stesso.

Tutti questi argomenti mi sembra che mettano oramai fuori di dubbio la pertinenza delle due tavolette allo stesso libello.

Ma era questo un dittico o un trittico?

Parecchie ragioni possono stare a favore dell'opinione, che si trattasse di un dittico. La disposizione ordinaria dei trittici (2) è diversa da quella delle nostre tavolette. La prima tavola del trittico nella faccia esteriore (I) nulla ha scritto, nella faccia interiore (II) contiene il principio della copia principale dell'atto (*scriptura interior*); la seconda tavola nella prima sua pagina (III) contiene la fine della copia principale dell'atto, nella seconda sua pagina (IV) porta in mezzo l'incavo coi sigilli, da una parte i nomi dei testimoni, dall'altra il principio della seconda copia dell'atto (*scriptura exterior*); la terza tavola finalmente nella prima sua pagina (V) contiene la fine della seconda copia dell'atto, nella seconda pagina (VI ed ultima del trittico) nulla. Perciò in due tavolette del trittico non si hanno complete le due copie dell'atto.

Invece nelle nostre due tavolette, come già s'è accennato, si hanno due atti completi dal principio alla data finale: una volta sulla seconda faccia della prima tavola e sulla prima faccia della seconda tavola (*scriptura interior* sulla cera), un'altra volta sopra una parte della seconda faccia della

(2) Vedi nota 2 a pag. 327. — In DE PETRA, *Atti* è da vedere la discussione circa il dubbio che può nascere relativamente alla pertinenza alla medesima tavola dei due pezzi che noi consideriamo come parti della seconda tavoletta. Il dubbio nasce dal fatto, che, mentre le due parti perfettamente si adattano l'una all'altra, e la scrittura sulla cera si poteva leggere continuamente, tuttavia una scheggia della cornice, che si avvanza dall'una delle parti, non bene combacia col vuoto, che si trova nell'altra parte. È probabile, che l'umido, che ha fatto crescere e torcere il legno, sia stato causa di ciò.

(2) Vedi C. I. L. III, p. 921 segg.; BRUNS-MOMMSEN, *Fontes iuris romani antiqui*, 5ª ediz., p. 256, n. 6, p. 257 segg.; KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 782 seg.; KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, p. 237 seg.

seconda tavola e sulla prima della prima (*scriptura exterior* in inchiostro su legno).

Parrebbe dunque che, se si trattasse di un trittico, sulla terza tavola o non dovesse essere scritto nulla, o dovesse trovarsi una terza copia dell'atto.

Certo è che la disposizione delle due tavole corrisponde a quella ben nota dei dittici. Tuttavia il dubbio può essere giustificato; anzi si può dire addirittura non improbabile l'ipotesi di un trittico, che il De Petra (*Atti*) ancora mantiene.

Il De Petra, a sostegno della sua opinione, adduce principalmente le seguenti ragioni. Anzitutto la circostanza, che dei molti libelli pompeiani trovati nel 1875 tutti quelli, che, come il nostro, portavano traccia di sigilli in cera, erano trittici, dovendo la terza tavoletta servire a garantire i sigilli dai guasti, che altrimenti sarebbero stati inevitabili. In secondo luogo il fatto, che il libello minore, trovato insieme col presente, porta, come più sopra abbiamo notato, tre volte ripetuta la data, il che rende assai probabile ch'esso contenesse tre copie dello stesso atto; delle quali due sarebbero disposte come le due copie dell'atto nel nostro libello, e un'altra starebbe nella pagina cerata (quinta del trittico) della terza tavoletta, mancante nel caso nostro. Le tavolette di Transilvania, di un tempo e di un luogo diverso, non possono addursi per combattere un argomento tratto dalle tavole anch'esse pompeiane e di pari data col nostro libello. Vero è che della terza tavoletta non resterebbe traccia, ma ciò non deve far meraviglia a chi consideri che la prima tavoletta fu meglio conservata, perchè aderente ad un vaso di bronzo, che, impregnandola del proprio ossido di rame, la rese più resistente all'azione dissolvente del tempo e dell'umido; la seconda che veniva dopo, meno impregnata di ossido di rame, ci è giunta in assai cattivo stato; la terza, che da quell'ossido non doveva essere toccata, si sarà tutta disfatta.

Vedremo in seguito come forse anche un altro argomento, tratto dal raffronto della copia interna dell'atto con quella esterna esistente sulle due tavolette, potrebbe indurci a credere all'esistenza di una terza tavola.

Tuttavia la cosa deve dirsi purtroppo sempre dubbia; e il dubbio ci impedisce di fondare sicuramente sull'una o sull'altra opinione le nostre congetture e illazioni.

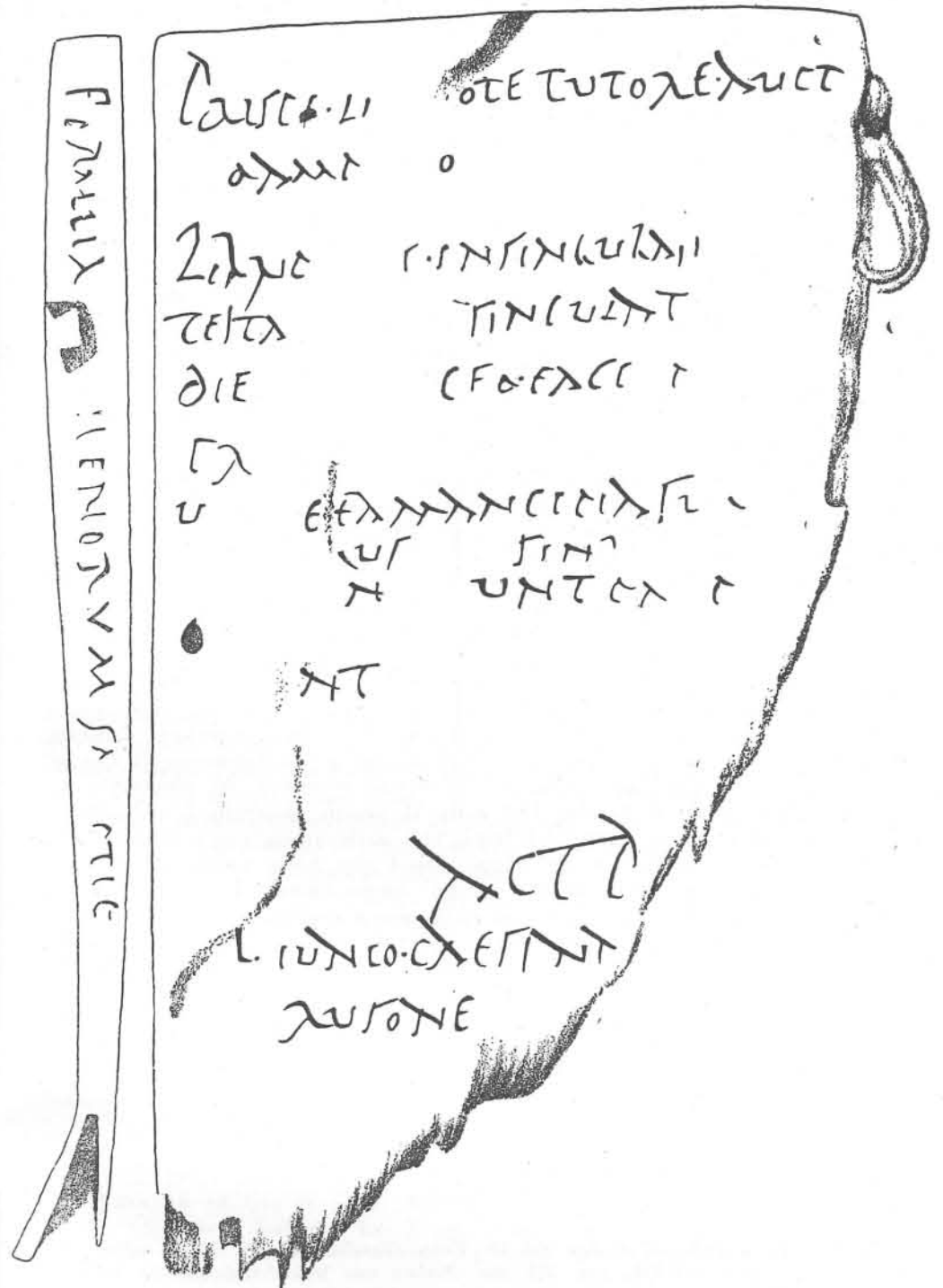
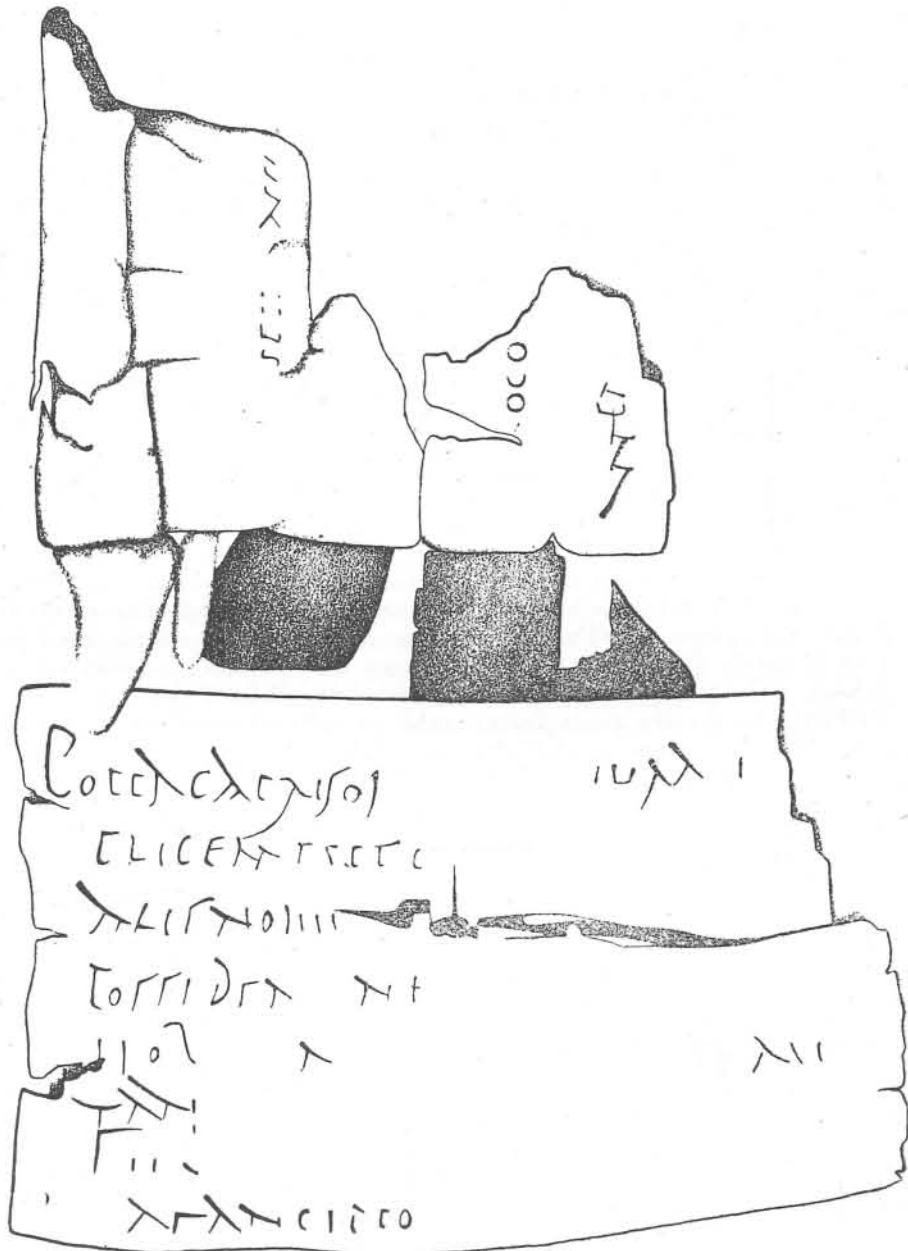
Rimane da notare, che nella parte superiore della prima tavola non si trova il foro (o i fori) prescritto dal senatoconsulto neroniano di data incerta, di cui parlano PAOLO (*Sententiae*, V, 25,6) e SVETONIO (*Nero*, 17). È probabile che, come nelle tavolette scoperte nel 1875, queste nostre avessero solo due fori in un margine (quello che ci manca), pei quali passava il filo, che le teneva insieme quando il libello era aperto, mentre il filo, che le teneva chiuse e che era fermato coi suggelli, si avvolgeva intorno ad esse senza passare per i fori richiesti dal senatoconsulto. Questa nuova prova si aggiunge all'altra tratta dalle tavolette del 1875, per persuaderci che quel senatoconsulto deve porsi dopo il primo semestre dell'anno 62. Infatti il nostro libello è del 61, e il libello 114 di quelle tavolette del 1875 porta i consoli del primo semestre 62.

Ma è tempo di studiare più dappresso ciò che è scritto nelle nostre tavolette.

La riproduzione in zincotipia già da noi data (1) della pagina cerata della prima tavoletta è in complesso abbastanza esatta, benchè non possa dirsi

(1) Vedi il nostro *Bullettino*, fasc. 1, pag. 8. [V. pag. 320].





perfetta. I caratteri incisi sulla cera sono assai più chiari, che non apparissero nella fotografia, dove le screpolature della cera si confondevano colla scrittura. Nell'originale, ancor meglio che nella fotografia e nelle altre riproduzioni, si vede che al principio del verso 4 deve leggersi *ali ulli* invece del prolematico *nu ulli* anche da noi dato l'altra volta (1).

Alla fine del verso 5 è visibile la prima asta dell'*m* della parola *num*(mis). Il nome del tutore, che si legge nel verso 8, dev'essere *A. Caprasio Ampliato* e non *A. Caprasio Apro*, come supponeva il Mommsen, nè *D. Caprasio Prisco*, come io aveva creduto possibile. Ciò si rileva con sicurezza dalla scrittura esteriore sulla stessa tavola, dov'è abbastanza chiaro il cognome AMP(liat)O. I due segni dunque, che sulla cera seguivano il nome *Caprasio*, erano un *a* e la prima e più lunga asta dell'*m* corsivo. Il prenome sembra poi veramente piuttosto *A.* che *D.*, ma la certezza non è assoluta. Nel verso 11 il *b* di *lib* effettivamente non si legge più.

La nostra zincotipia della prima faccia (cerata) della seconda tavoletta (2) vuol essere, come già si notò espressamente, non già un fac-simile della tavoletta stessa, ma dell'apografo del Mau, ed è tratta da un lucido di questo apografo. Le proporzioni della zincotipia non sono perciò da tenersi in conto, perchè sono quelle dell'apografo e non già quelle dell'originale, che più non esiste. È necessario però fare qui alcune osservazioni circa il rapporto del nostro fac-simile con l'apografo del Mau, e il rapporto di questo apografo con l'originale.

La nostra zincotipia va corretta in due luoghi. Nel penultimo verso dopo la parola *Pompeis* deve leggersi IX e non X, essendosi l'I innanzi al X omissa per errore dello zincografo. Inoltre l'abbreviazione *Cos* deve collocarsi non già alla fine del penultimo verso, ma alla fine dell'ultimo. Ecco come è nato l'errore. Il Mau fece la sua copia sopra un pezzo di carta di piccole dimensioni, sicchè nel trascrivere l'ultimo verso non trovò posto per collocare il *Cos* finale, e perciò lo pose nel verso superiore, facendo tuttavia richiamo al verso inferiore. Nel lucido a me trasmesso il *Cos* si trovava così nel penultimo verso, e il richiamo mancava. La zincotipia riprodusse fedelmente il lucido. Del resto il nostro apografo è abbastanza esatto, purchè si tenga conto del fatto, che nella zincotipia i profili delle lettere sono in generale un po' meno chiari che nella copia del Mau, e credo anche di potere aggiungere un po' meno chiari che nell'originale, se in questo la scrittura era pari per chiarezza a quella della prima tavola. Tutto ciò ho voluto qui minutamente osservare essendo da temere che la copia del Mau col tempo svanisca, sia perchè fu fatta a lapis, sia perchè la carta, che la contiene, è poco consistente.

Ed ora parliamo di questa copia in confronto con l'originale. È necessario notare anzitutto, che di questo originale ora sulla poca cera rimasta attaccata al legno non trovansi più che poche lettere: cioè:

v. 16 *utiqu* . . . . .  
 . . *mih. u* . . . *ut* [ovvero *it* ?] . . . . .  
 . . *mar* . . . *sc.* . . . . .  
 . . . . . *sco.* . . . . .  
 v. 20 . . . . . *Pompei* . . . . .

(1) La lezione *ali ulli* è data dal DE PETRA, *Rendiconto*, pag. 50, e quindi dal Tardif, pag. 472, e dall'Eck, pag. 152, che riferisce una lettera scrittagli dal Mau, il 27 giugno 1888.

(2) Vedi *Bullettino*, fasc. 1, pag. 9. [V. pag. 321].

Questi piccoli residui valgono tuttavia a dimostrarci la conformità dei caratteri di questa tavola con quelli della prima; ci confermano essere la copia del Mau in generale esatta; ci assicurano che la scrittura originale era assai più fitta di quella della copia e la distanza tra le linee assai minore; ci dimostrano pure che la scrittura degli ultimi versi della faccia cerata di questa seconda tavola era un po' meno fitta, che quella dei versi precedenti, il che risulterebbe anche dall'apografo del Mau.

Nell'apografo del Mau, e per conseguenza nella nostra riproduzione, si notano sulla destra di chi guarda due gruppi di lettere chiusi in linee curve irregolari. Noi la prima volta omettemmo di dare spiegazioni in proposito, il che ci fu giustamente da altri rimproverato (1). Le lettere contenute nel cerchio superiore non sono altro che una seconda copia più esatta fatta dal Mau della fine del verso 11. Invece le lettere, che sono nella curva inferiore, appartengono ad un frammento di cera, che fu dal Mau attribuito alla fine del verso 18, ma che probabilmente, come già congetturai l'Alibrandi (2) e come ora sembra confermato, appartiene invece ad un altro verso.

Che nel verso 7 debba leggersi *palam*, come per primo propose l'Alibrandi (3), anzichè *paga* o *pagan*, sembra ora accertato.

Che nel primo verso debba leggersi *did* e non *fid*, come vorrebbe l'Eck (4), e che questo primo verso conservatoci non sia il primo della tavoletta intiera, come crede il Mau (5), ma tutt'al più il secondo, risulta dalla seguente circostanza. I frammenti di cera della seconda tavola, per quanto sminuzzati e per la massima parte non leggibili, furono dal De Petra religiosamente conservati in apposita scatola. Allorchè io, guidato dal dotto e cortese direttore, potei nel museo di Napoli vedere le tavolette, cercai fra quei frammenti se potesse esservene qualcuno ancora leggibile, e fortunatamente ne rinvenni uno, che portava in chiarissima scrittura le tre lettere *did* e al di sopra di queste i residui della parte inferiore di alcune lettere. Fuori di dubbio è dunque, che nella seconda tavola si trovavano quelle lettere in un verso, che non era il primo. Ma era quel frammento davvero appartenente al primo dei versi a noi rimasti, ovvero era esso parte del verso 11, dove sembra che si leggesse un altro *did*? Il De Petra ed io ci attenemmo alla prima ipotesi, sia perchè il frammento di cera perfettamente si adattava sul legno al luogo, ove doveva stare, se apparteneva al primo dei versi conservati, sia perchè le lettere *did* erano così chiare, che non si sarebbe capita l'incertezza del Mau nel trascriverle, se fossero state quelle del verso 11.

Riconosciuto che il tutore si chiamava *A. Caprasius Ampliatus*, diventa sempre più improbabile che le lettere *nsa per...* seguissero le altre *tuto* del verso 18, poichè a quel nome non possono in alcun modo appartenere, e diviene sempre più accettabile l'ipotesi dell'Alibrandi (6), che univa quel frammento al verso 16.

I risultati di queste osservazioni, e della revisione fatta dal De Pe-

(1) Eck, *op. cit.*, pag. 93, n. 1.

(2) Vedi il nostro *Bullettino*, fasc. 1, pag. 19 seg.

(3) *Op. cit.*, p. 16, 18. Lo seguirono DE PETRA, *Rendiconto* p. 50, TARDIF, p. 472.

(4) *Op. cit.*, pag. 97.

(5) In ECK, *op. cit.*, pag. 152.

(6) *Op. cit.*, pag. 19, seguito dal DE PETRA, *Rendiconto*, pag. 50 e dal TARDIF, p. 472.



tra (1) della lezione delle due tavolette saranno riuniti più oltre, quando darò la lezione più probabile del testo.

Ora convien passare allo studio delle due facciate esteriori delle nostre tavolette, rappresentate nelle due litografie qui unite.

Come già ho detto più sopra, su queste due tavole si leggono gli avanzi della copia esteriore dell'atto scritta con inchiostro sul nudo legno, e sopra una parte della seconda tavoletta da un lato dell'incavo pei suggelli anche le tracce delle firme dei testimoni.

Le lettere di questa scrittura sono più grandi di quelle della copia interiore e di forma diversa, come nelle tavole litografiche si vede; nè il carattere è del tutto regolare, poichè la forma di certe lettere varia un poco.

Evidentemente il principio dell'atto si trova trascritto sulla faccia esterna della seconda tavoletta, e perciò da questa dobbiamo incominciare le nostre osservazioni.

Delle firme dei testimoni non dobbiamo occuparci, e perchè non presentano per noi un grande interesse, e perchè in ogni modo si poche tracce ne restano da non poterne trarre alcuna conclusione nemmeno per congettura.

Il principio della copia dell'atto non è scritto nello stesso senso della scrittura inferiore e delle firme dei testimoni, ma invece nel senso dell'altezza della tavoletta; cosa non nuova certamente per noi (2). L'inchiostro essendo in gran parte svanito o assorbito dal legno, non molti sono i residui della scrittura, ma tali tuttavia da farci riconoscere con certezza la somiglianza di questa copia esteriore con l'atto scritto sulla cera della prima tavoletta.

Però per potere giudicare della maggiore o minore conformità delle due copie è necessario ora stabilire più precisamente la probabile altezza delle tavolette. Ho già detto più sopra che a me pare questa debba fissarsi a m. 0,14 o poco più. Vari indizî ci conducono a questo risultato. La cornice delle tavolette è di circa m. 0,017 in media. Supponendo che sulla cera della seconda tavoletta fosse scritto un solo verso al disopra del *did*, la parte cerata sarebbe stata di circa m. 0,109; la somma delle due cornici dà circa m. 0,034; si ottiene così un totale di circa m. 0,143, forse di poco superiore al vero. Supponendo poi che la copia dell'atto fosse all'esterno uguale a quella interiore, ed integrando così le quattro prime linee servendoci dei caratteri stessi della scrittura esteriore e lasciando in fine un piccolo spazio conforme a quello, che si trova in principio d'ogni verso, si ottiene una lunghezza uniforme di circa m. 0,14. Ripetendo la stessa operazione sulla faccia esteriore della prima tavoletta ed ammettendo che il primo verso dovesse leggersi intiero:

« *Prisci lib. Note tutore auctore D. Caprasi* »

si ha di nuovo una lunghezza di m. 0,14 circa. Scrivendo nel penultimo verso della faccia esterna della prima tavola per intiero i nomi consolari mancanti, in modo da leggere il verso così:

« *L. Iunio Caesennio Paeto. P. Caluisio* »

e lasciando vuoto in fine del verso uno spazio pari a quello lasciato in principio, si ottiene pure una lunghezza di circa m. 0,14.

Tutte queste coincidenze ci dimostrano, se non erro, che l'altezza delle tavolette (corrispondente al senso della lunghezza dei versi della scrittura

(1) *Rendiconto* cit.

(2) Altri esempi nelle tavolette pompeiane scoperte nel 1875 si trovano in DE PETRA, *Atti dell'Accademia dei Lincei* cit., n. 39, 40 (pag. 195), 125, 126 (pag. 225).

esteriore) doveva essere realmente di circa m. 0,14, e che le ipotesi, prese a base di questi diversi indizî congetturali, sono rispondenti al vero.

Ciò posto, si può con sufficiente sicurezza restituire la massima parte della scrittura esteriore copiando ciò che si legge nella interiore. Chi procederà a questa trascrizione, troverà che la copia si fa assai bene con una media di 29 lettere circa per ogni verso, eccettuato il primo di ogni tavoletta, che è più lungo degli altri.

Pur troppo in tal modo si dimostra che la scrittura esteriore non può aiutarci a reintegrare la interiore: non ci si guadagna altro che il cognome del tutore. Ma tuttavia se ne può trarre un risultato negativo di non lieve importanza.

Ecco di che si tratta. Stabilite, come più sopra si è fatto, le proporzioni delle tavolette, ne viene di conseguenza, che sulla cera della prima tavola, che doveva essere di proporzioni pressochè pari a quelle del campo cerato della seconda, dopo i versi, che ci sono rimasti, vi era luogo per parecchi altri (forse per quattro altri) di scrittura minuta. Nella copia esteriore, dopo le parole « *an[te]sta[ta est in] singula T...* » che facilmente si possono restituire e che corrispondono all'ultimo dei versi scritti con più grandi caratteri nella cera della prima tavoletta (v. 10), si vedono le tracce di altri sei versi almeno, oltre la data. Lo spazio complessivo non è minimamente sufficiente alla trascrizione di quanto era scritto sulla cera della seconda tavoletta: ben si adatta invece alla copia di ciò, che doveva leggersi negli ultimi cinque o sei versi di minuta scrittura sulla cera della prima tavoletta.

Se così è, si deve concludere, che nella scrittura esteriore delle due tavolette era copiata soltanto una parte, e non la più lunga, dell'atto. Di qui risulta: 1° che l'atto scritto sulla cera della prima tavoletta era probabilmente tale da avere di per sè le apparenze di un atto completo; 2° che l'atto scritto sulla cera della seconda tavoletta o non era punto riprodotto nella scrittura esteriore, ovvero doveva essere trascritto sopra una terza tavoletta, il che giustificherebbe l'ipotesi del De Petra, che il libello fosse un trittico, la cui terza tavoletta sia perita. Disgraziatamente non è possibile avere su questo punto una piena certezza.

Anche sulla costa delle tavolette si vedono tracce di scrittura con inchiostro; ma oramai si può leggere solo in parte ciò che è scritto sulla costa più lunga della prima tavoletta. Vi si leggono queste poche, ma molto importanti parole:

#### FIRMATA FOENORVM SCRIPTIO.

Giunto a questo punto, credo necessario di riprodurre qui tutti insieme i testi, come oggi si possono meglio leggere, e con le restituzioni, che dal loro confronto risultano certe o quasi certe.

#### TAV. I, PAG. 2, CERATA, SCRITTURA INTERIORE.

Poppaea Prisci liberta Note iuravit pueros Simplicem  
et Petrinum siue ea mancipia alis nominibus  
sunt sua esse seque possidere neque ea mancipia  
ali ulli obligata esse neque sibi cum ulo *communia*  
esse eaque mancipia singula sestertis *nummis sin-*  
5 *gulis* Dicia Margaris emit ob sestertios *MLD et*  
mancipio accepit de Poppea Prisci liberta Note  
tutore auctore A. Caprasio *Ampliato*

Libripende in singula P. C. . . . . an-

10 testata est in singula T . . . . .  
 Poppea Prisci liberta Note . . . . .  
 uti ea mancipia . . . . .  
 [mancono altri tre versi o al massimo quattro]

V. 1: *Poppaea* sembra corretto sopra *Poppidia*; invece di *Prisci* era stato scritto *Prsci*, il primo *i* fu aggiunto dopo e non ben collocato. — V. 4: la restituzione *communia* sembra certa; vi è traccia della prima asta del primo *m*. — V. 5: dopo il *nu* vi è traccia della prima asta dell'*m*. — V. 6: la restituzione *ob sestertios MLD et* ha per fondamento quanto diremo più oltre: così pure ECK p. 96. — V. 7: la restituzione della fine del verso è certa, vedi tav. I pag. 2. — V. 8: il prenome *A* sembra probabile riscontrando l'originale; il cognome *Ampliato* è dato dalla tav. I pag. 2. — V. 9 a 12: poco si può congetturare e poco ricavare dalla tavola I pag. 2. — Sulla mancanza in fine di tre o quattro versi, vedi quanto ho scritto più sopra.

TAV. II, PAG. 1 (TERZA DEL LIBELLO), CERATA,  
 SCRITTURA INTERIORE.

(dall'apografo del Mau)

1 . . . . . cre-(?)  
 1 didi . . . . .  
 mit ea pro duobus . . . . .  
 mnis mihi erediue meo . . . . .  
 5 atisue fiat si era pecunia . . . . .  
 K. Nouem. primis soluta . . . . .  
 ea mancipia idibus d . . . . .  
 Pompeis in foro luce palam . . . . .  
 tibi ego neue heres meus . . . . .  
 a si mi.... de dolo malo caue . . . . .  
 10 tatur . . . . .  
 Si quo minoris ea mancipia d.d uenierint . . . . .  
 ... cem debebi.... ut... mihi erediue meo . . . . .  
 ..... ea mancipia ad a. uenierint . . . . .  
 . . . . . red. . . . .  
 15 ea pecunia . . . . .  
 Utique ea mancipia sumtu inpe/nsa periculo . . . . .  
 id mihi tecum conuenit . . . . . .Dicidi-  
 a Margaris Poppea Prisci lib. Note tuto . . . . .  
 Supra hec inter eas conuenerunt . . . . .  
 20 inter se sunt. Act. Pompeis IX K . . . . .  
 L. Iunio Caesennio Paeto. P. Caluisio Rusone Cos. . . . .

Al disopra del v. 1 manca probabilmente un verso. — V. 1: dopo il secondo *d* vi è un'asta: può leggersi o *didi* o *didu* o *dide*. — V. 4: probabilmente *satisue fiat*, il *fiat* non è sicuro; poco leggibile *pecuni(a)*. — V. 7: certo si sembra il *pala(m)*, chiara è la traccia della prima asta dell'*m*. — V. 8: il Mau ha *egi*. — V. 9: incerte le prime lettere *asimi*. — V. 11: le ultime parole furono dal Mau trascritte due volte; incerto il *dud*. — V. 12: incerto *debebu* o *debebi*. — V. 16: la seconda parte è quella unita dal Mau al v. 18. — V. 18: Il prof. De Petra avverte che non vi è spazio sufficiente per leggere *tutor A. Caprasius Ampliatus*, perchè le ultime quattro linee sono

scritte con carattere meno fitto delle precedenti, come apparisce anche dall'apografo del Mau. Io tuttavia sarei ancora di opinione di restituire l'intero nome del tutore. Alle dimensioni dell'apografo del Mau non si può prestare molta fede, e anche con l'intero nome del tutore la scrittura resterebbe sempre non molto fitta.

TAV. II, PAG. 2 (QUARTA DEL LIBELLO), SCRITTURA  
 ESTERIORE, SUL LEGNO TRASVERSALMENTE.

(oltre i sigilli e le firme dei testimoni illeggibili)

v. 1 Poppaea Prisci lib. Note iurauit pueros Sim  
 plicem et Petrinum siue ea mancipia  
 alis nominibus sunt sua esse seque  
 possidere neque ea mancipia ali ul-  
 5 li obligata [esse neque sibi cum ullo]  
 [communia esse eaque mancipia singula]  
 [sestertis nummis singulis Dicilia]  
 [Margaris emit ob sestertios MLD]  
 et mancipio accepit de Poppaea

La restituzione dei versi 1 a 5 apparisce sicura per la tav. I pag. 2. Nei v. 6 segg. ho voluto anche seguire la tav. I pag. 2 interpretando i segni ancora visibili, ma tuttavia a ciò si oppone il fatto che, mentre la restituzione da me proposta esige quattro versi dopo il 5, nella tavola non vi è posto che per tre versi. Fu usata qualche abbreviazione? Si omise forse *neque sibi cum ullo communia esse* (ciò che ho letto *Com* potrebbe interpretarsi *man*)? O fu saltato un verso per errore? La restituzione dell'ultimo verso, meno l'*et* che può anche appartenere al verso precedente, sembra sicura a causa della tav. I pag. 2 e della tav. I pag. 1.

TAV. I, PAG. 1 (PRIMA DEL LIBELLO), SCRITTURA,  
 ESTERIORE SUL LEGNO.

v. 1 Prisci lib. Note tutore auctore A. Caprasio.  
 o. Ampliato . . . . .  
 Libripende in singula P.C. . . . . .an-  
 testata est in singula T . . . . .  
 5 die . . . . .  
 Pr. . . . .  
 U . e ea mancipia s . . . . .  
 . . . . . u . sin . . . . .  
 . . . . . n . unt pa.t . . . . .  
 10 nt. . . . .  
 Act Pompeis . . . . .  
 L. Iunio Caesennio Paeto. P. Caluisio  
 Rusone Cos.

V. 5: dopo *die* una lacuna di forse sei lettere, poi tracce di altre lettere incerte, sembrano *c e* (ovvero *f o*). ? *e a c* poi altre tracce meno sicure ancora. — V. 6: *Pr(isci)?*. — V. 7: *U(tiqu)e?* — V. 9: molto incerte le let-



tere *pa t* (pacta?). — Tra il v. 10 e l'11 spazio di circa 3 versi, forse in bianco. — V. 11-13 la restituzione sembra certa.

Su questa base noi dobbiamo ora fondare le nostre congetture per determinare la natura giuridica dell'atto contenuto in queste tavolette.

A me pare che si debba accettare l'ipotesi del Gradenwitz (1) che è stata anche accolta e sostenuta con gran copia di argomenti dall'Eck, secondo la quale il nostro libello contiene una *mancipatio fiduciae causa*.

Evidentemente noi abbiamo una emancipazione di due schiavi fatta *nummo uno* per ciascuno di essi, alla quale segue una convenzione, contenente disposizioni relative ad una nuova vendita degli schiavi stessi da farsi dalla compratrice e ai rapporti nascenti dal prezzo maggiore o minore ricavato da questa nuova vendita. Tutto ciò assai bene si accorda con la fiducia.

Notevole è che la convenzione contenuta nella tav. II, pag. 1 è espressa in nome proprio da colei, che si riserva dei diritti, e questa sembra essere *Dicidia Margaris*, cioè la compratrice, la quale nell'ipotesi della fiducia sarebbe appunto la creditrice.

La compratrice *Dicidia Margaris* nell'altro libello trovato insieme col nostro e, a quanto pare, di ugual data, si fa promettere da *Poppea Nota sesterzi 1450*. Essa era dunque veramente creditrice di danaro, il che ben si accorda con una *mancipatio fiduciae causa* a garanzia del credito; male invece con una vera vendita, in forza della quale la compratrice e non già la venditrice avrebbe dovuto essere debitrice del danaro.

Notevole è la mancanza delle solite stipulazioni relative alla evizione e ai vizi redibitori, mentre per essere la mancipazione avvenuta *nummo uno* mancava anche la stessa *actio auctoritatis*. In luogo di tutto ciò, troviamo il giuramento della mancipante, il quale, come già l'altra volta ho osservato (2), è senza esempio in atti di vendita, laddove era assai comune in atti di pegno e di fiducia col creditore.

Manca anche la consueta enunciazione della nazione dei servi, che si richiedeva nella compra-vendita (l. 31, § 21, D. *de aed. ed.*, 21, 1); essa poteva ben mancare in un atto di fiducia.

Ottimamente si adattano alla fiducia alcune formule e parole, che male si spiegherebbero altrimenti. Così:

1) La frase *neque ea mancipia ALI ulli obligata esse* nel giuramento, dimostra che i servi erano bensì obbligati a chi riceveva il giuramento. La formula stessa si ritrova nella l. 15, § 2, D. *de pign.*, 20, 1;

2) La frase *emit OB sestertios* sarebbe strana per indicare il vero prezzo della vendita; laddove la particella *OB* è del tutto regolare e consueta per indicare la somma per la quale si dà una garanzia (3);

3) La formula *Si ea pecunia... soluta (non erit)* si ritrova nella tavola betica di mancipazione *fiduciae causa*. Confr. l. 8, § 3, D. *de pign. act.*, 13, 7; l. 12, l. 16, § 9, D. *de pignor.*, 20, 1; l. 14, § 5, D. *de div. temp. praescr.*, 44, 3; l. 1 C. *de pact. pign.* 8, 34 (35), etc.

(1) Vedi *Bullettino dell'Ist. di dir. rom.*, I, p. 164.

(2) *Bullettino*, I, pag. 11 seg. [V. pag. 323].

(3) L'Eck, pag. 73 cita: l. 13, § 5, D. *de iur.*, 12, 2; l. 9, D. *In quib. caus.*, 20, 2; l. 8, § 5, l. 9, § 1, D., *Pign. a.*, 13, 7; l. 73 D., *de sol.*, 46, 3; TERENTIUS, *Phorm.* IV, 3, 56-58; *Tab. alim. Trai.* — Confr. GRADENWITZ, *Zwangsvollstreckung und Urtheilssicherung* (Estratto da *Festgabe für R. v. Gneist*; 1888) pag. 12. — Più comune in generè è in questo senso l'uso della preposizione *pro*; ma l'*ob* è caratteristico per indicare la somma dovuta, e nella frase *emit ob....* male si sarebbe potuto usare il *pro* invece dell'*ob*.

4) La frase *Si quo minoris ea mancipia... venierint*, alla quale evidentemente seguiva l'obbligo della debitrice di pagare la differenza, è ricordata nelle fonti a proposito di atti di pegno e simili. L. 63 *de fideiuss.*, 46, 1; l. 9, § 1, *de distr. pign.*, 20, 5. Confr. l. 10 C., *de O. et A.*, 4, 10; l. 3 C., *de distr. pign.*, 8, 27 (28);

5) Più incerte sono le altre frasi, dalle quali tuttavia chiari risultano i patti relativi al diritto di vendere gli schiavi ricevuti (*Pompeis in foro luce palam... etc.*). — Il primo *didi* assai probabilmente mi sembra parte di (*cre*)*didi*; in tal caso troverebbe riscontro nella tavola betica.

Contro tutti questi argomenti si potrebbe addurre solamente la parola *emit*, che si trova nell'atto di mancipazione. Ma bene a tal riguardo fu già notato dall'Eck, che il verbo *emere* ha un significato più generale del semplice *comprare*, e che nella mancipazione per il formulario a noi noto doveva applicarsi anche quando di vera compra-vendita non si trattava. La natura dell'atto risultava da tutto il resto.

A me sembra anche che l'opinione, secondo la quale nelle nostre tavolette è contenuta una *mancipatio fiduciae causa*, sia ora pure avvalorata dalle parole « *firmata foenorum scriptio* », che si sono lette sulla costa della prima tavoletta. È ben noto che sulla costa delle tavolette si soleva indicare con brevissime parole il contenuto del libello. Ora il trovare appunto sulla tavoletta, ove si legge l'atto di mancipazione, *firmata foenorum scriptio*, ci dimostra, che quell'atto altro non era che una garanzia di un mutuo ad interessi.

*Scriptio* era parola usata nel tempo migliore della latinità in luogo del vocabolo *scriptura*, più tardi quasi esclusivamente adoperato dai giuristi. Varrone, secondo una citazione di Nonio Marcello, l'usa precisamente in un caso di mutuo ad usura (1). — Ognun sa il significato di *foenus*, mutuo ad interesse. — La parola *firmata* potrebbe avere più sensi: potrebbe cioè, riferirsi ad una conferma mediante stipulazione (2) o ad una garanzia mediante pegno o fiducia o mediante personale malleveria (3). Nel caso nostro, senza escludere ogni possibilità che tal parola potesse riguardare una stipulazione di usure, io tuttavia propenderei piuttosto per riferirla alla garanzia della fiducia. A ciò m'inducono appunto le due considerazioni poc'anzi fatte, del dovere le parole scritte sulla costa designare sommariamente il principale contenuto dell'atto e non un punto speciale di esso, e dell'essere scritte sulla 1ª tavoletta, che porta l'atto stesso di mancipazione.

Fin qui possiamo dire che gli argomenti, sebbene non certi, sono almeno probabili.

L'incertezza invece si fa più grande, se si tenta di determinare i particolari e di colmare le grandi lacune dei documenti a noi pervenuti.

Non ripeterò qui le osservazioni già fatte nel mio primo articolo a proposito della differenza del nome del tutore da quello della liberta soggetta

(1) NONII MARCELLI, *Compendiosa doctrina* (ed. L. Mueller, Lipsiae, 1888) *Pars I*, pag. 255 (Mercer. 174): « *Scriptione, pro scriptura. Varro* Ἀνθρωποπόλει, παρὶ γενεθλιακῆς: *vulgoque avarus fenerator spe lucris rem scriptione duplicarat* ».

(2) Confr. PAUL, V, 7, § 1; l. 40 C., *de transact.*, 2, 4. — Confr. pure VERGIL., *Aen.* 12, 212. PLAUT., *Miles* 2, 5, 43.

(3) Confr. VERGIL., *Aen.* 3, 611; HIRTIUS, *de bell. gall.* 8, 27; 8, 48: « *obsidibus datis firmat* ». Assai più tardi JULIAN., *Epit.* c. 3, § 10: *confirmator*.

Altro modo di rafforzamento: CICERO, *de leg.* 2, 7, 16: « *quam multa firmentur iure iurando* ».

a tutela: diviene, ora che conosciamo il cognome del tutore, sempre più probabile che questi fosse un tutore cessicio, ma tuttavia ciò non mi pare tanto sicuro quanto ad altri è sembrato (1). Soltanto, con l'Eck, richiamerò l'attenzione del lettore sul fatto della mancipazione *nummo uno ripetuta* per ciascuno schiavo (*mancipia singula sestertis nummis singulis*).

Dal proporre supplementi congetturali io mi asterrò: i supplementi ben riusciti sono più pericolosi che altro; quelli mal riusciti è meglio non siano pubblicati (2). Solo dirò che l'andamento del pensiero nella pagina cedata della seconda tavoletta sembra esser questo: Pel credito mio (cioè di Dicidad) i due servi siano obbligati a me e al mio erede, finchè il credito stesso non sia pagato o altrimenti soddisfatto (v. 1-4). Se il danaro dovuto non sarà pagato in tempo alle calende di novembre, io (o il mio erede) avrò diritto di vendere nelle idi di dicembre i due schiavi in Pompei nel foro, di pieno giorno, in pubblico, nè per tale vendita dovrò (o dovrà il mio erede) incorrere in alcuna responsabilità (v. 4-10). Se il prezzo ricavato dalla vendita sarà minore del debito, la differenza dovrà da te esser pagata a me o al mio erede (v. 11-12). Il superfluo invece sarà a te restituito (v. 13-15?). La vendita avverrà a tue spese e pericolo [ovvero: i due schiavi intanto vivranno a tue spese e pericolo] (v. 16).

Segue la chiusa dell'atto.

Non senza importanza sarebbero alcune altre questioni, se ad esse si potesse dare adeguata e probabile risposta.

Che cosa si conteneva negli ultimi versi della cera della prima tavoletta? L'accenno alla qualità fiduciaria della mancipazione era espresso nell'atto stesso di mancipazione, come nella tavola betica (*fidi fiduciae causa*)? O era implicito nella formula *sestertis nummis singulis... ob sestertios...*? O era dichiarato nel patto contenuto negli ultimi versi della prima tavola? Ovvero in questi si conteneva piuttosto un patto relativo al possesso precario degli schiavi lasciato alla mancipante? Ovvero solo un rinvio ai patti della seconda tavola? E i patti della seconda tavola sono semplici patti *de distrahendo* o sono il vero patto di fiducia?

E poi ancora: il patto contenuto negli ultimi versi della tavola prima è quello riprodotto in fine della scrittura esteriore della stessa tavola prima? Ovvero in quest'ultima sono invece trascritti gli ultimi versi della seconda tavola, come potrebbe credersi a cagione dell'*ut...* e *ea* che rassomiglia più all'*Utique ea* della seconda tavola v. 16, che all'*Utique ea* della prima v. 12? O anche gli ultimi versi della prima e della seconda tavola erano forse simili?

E molto grave per la storia della fiducia è ancora la domanda, che già più sopra abbiamo veduto non potere ottenere una sicura risposta, se cioè nella scrittura esteriore era riprodotto il patto di fiducia ovvero se questo, come segreto, era scritto solo all'interno. La risposta infatti dipende in parte dalle ultime questioni testè proposte, in parte dal sapere se il nostro libello era compiuto in due tavolette o se invece ve n'era una terza, nella quale quei patti potevano essere trascritti.

(1) Eck, *op. cit.*, p. 79.

(2) I supplementi proposti dall'Alibrandi hanno infatti allettato più d'uno, e per vero in parecchi punti particolari sono stati ora confermati. I supplementi dell'Eck, forse più conformi al vero nella sostanza, sono invece nei particolari meno accettabili, ed alcuni sono smentiti dai fatti.

## IL POSSESSO DEL PRECARISTA<sup>(\*)</sup>

Questo studio ha per iscopo di determinare la posizione del precarista di fronte alla teoria del possesso, e di cercare a quali conclusioni per questa teorica ci debba condurre il possesso, che i romani riconoscevano nel precarista, mentre lo negavano al conduttore, al commodatario, ecc. Non intendo dunque fare nè una completa esposizione del precario, nè un completo studio del concetto del possesso romano, ma solo un semplice esame della connessione dell'uno con l'altro.

L'uso assai parco di citazioni non significa che io non abbia tenuto conto degli scritti precedenti (1) o che io non ne abbia spesso profittato; chè anzi mi professo ad essi debitore della maggior parte delle osservazioni qui riunite. Solo non ho voluto aggravare di soverchia erudizione un lavoro,

(\*) Pubbl. in *Per l'VIII centenario dell'università di Bologna*, studi giuridici e storici offerti da ILARIO ALIBRANDI, FRANCESCO BUONAMICI, PIETRO COGLIOLO, CONTARDO FERMINI, MUZIO PAMPALONI, SILVIO PEROZZI, GIUSEPPE BRINI, CARLO FADDA, VITTORIO SCIALOJA, professori di diritto romano (L. Pasqualucci, Roma, 1888), pag. 223.

(1) Non istarò a menzionare gli scritti generali o i trattati del possesso o della procedura interdittale. L'elenco degli scritti speciali più antichi trovasi in Lipenio, nei lavori, che menzionerò, dello Schmidt, del Bulling, del Dücker, e nel SAVIGNY-RUDORFF, *Recht des Besitzes*, 7 Aufl. Ricorderò qui i seguenti lavori di questo secolo: I. G. BICKELL, *Diss. inaug. de precario*, Marburgi, 1820 (non cattiva) — A. G. DE SCHRÖTER, *Observationes iuris civilis*, Obs. IV, c. I, *de poss. eius qui precario accepit*, p. 66-80, Ienae, 1826 (vuol provare che per possedere il precarista doveva espressamente domandare il possesso) — GESTERDING, *Ausbeute von Nachforschungen*, vol. V, p. II, 3, *Zur Lehre vom Besitz*; 2) *Possessio precaria*, pag. 68-92, Greifswald, 1836 (molto sconnesso) — DEGENER, *Begriff des precarium*, 1831 (citato dal Bulling, a me ignoto) — A. F. VON DER HAGEN, *Ueber den nach I, 15, § 4 de prec. stattfindenden gleichzeitigen Besitz des precario rogans und des rogatus*, Hamm, 1840 (opuscolo troppo apprezzato dal Rudorff) — G. E. SCHMIDT, *Das commodatum und precarium*, Leipzig, 1841 (abbastanza buono: troppo disprezzato dal Rudorff) — SCHMIDT VON ILMENAU, Recensione dell'opera precedente di G. E. Schmidt, nei *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft* di Richter e Schneider, vol. 14, pag. 769-793, Leipzig, 1843 (da consultarsi utilmente) — C. BULLING, *Das precarium*, Leipzig, 1846 (abbastanza buono) — O. MATIER, *De l. 15, § 4, D. de precario*, *Diss. inaug.*, Lipsiae, 1853 (di nessun valore) — H. DANKWARDT, *Das precarium und die Emphyteuse* nei *Jahrbücher für die Dogmatik* di Jhering, vol. 14, p. 284-340, Iena, 1875 (di scarso valore) — A. UBELOHDE, *Ueber das precarium an körperlichen Sachen*, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 59, p. 221-268, Heidelberg, 1876 (assai buono) — V. SCIALOJA, *Sopra il precarium*, Roma, 1878 (tesi di laurea scritta con soverchia ignoranza degli autori precedenti). [V. pag. 1 segg. di questo vol.] — W. DÜCKER, *Beiträge zur Lehre vom Precarium*, *Inaug. Diss.* Altona, 1882 (debbo alla cortesia del prof. A. Pernice di Berlino la cognizione di questo opuscolo, che è piuttosto mediocre). — Va ricordato specialmente anche H. DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe*, Berlin, 1867, § 9 segg.



che tende unicamente a rilevare il nesso logico dello storico svolgimento del precario.

Credo poi che mi si perdonerà facilmente di non aver parlato delle origini a noi ignote del precario. Tutto ciò che si è scritto a tale riguardo non oltrepassa i limiti di una poco dimostrabile ipotesi.

### I.

Non può revocarsi in dubbio, che nei primi tempi il precario non generava un rapporto giuridico personale tra il concedente e il precarista. Con la concessione, il precarista era posto in diretto rapporto con la cosa, e doveva difendersi da sè in tale rapporto, senza alcun diritto verso il concedente; non essendo astretto da vincolo obbligatorio, non poteva dirsi che egli amministrasse la cosa secondo l'altrui volontà e la possedesse per altri. Non erravano dunque i giureconsulti romani, quando, riferendosi specialmente a questi tempi, paragonavano il precario alla donazione (1).

Per riavere la cosa sua, al concedente non era dato da principio altro rimedio giuridico, che l'azione reale, nel caso che questa gli competesse. Era appunto nel riservarsi il diritto reale che il concedente trovava la propria garanzia; in forza di questo, egli perseguitava la cosa presso chiunque, ma non poteva ottenerne la restituzione dal precarista, se non in quanto questi l'avesse ancora.

Così stavano le cose, quando, venendosi a formare nel diritto romano la teoria del possesso, non si dubitò di classificare tra i possessori anche il precarista.

Noi non sappiamo determinare il tempo, in cui fu per la prima volta proposto l'interdetto *quod precario*, e non possiamo neppure dire con certezza, se questo fu anteriore o posteriore alla *exceptio precariae possessionis* inserita negli interdetti possessorii (2). In ogni modo notiamo che, se quella eccezione si ritiene precedente all'interdetto *quod precario*, essa ci attesta direttamente che il precarista era considerato come possessore, poichè poteva servirsi degli interdetti contro i terzi, essendo l'eccezione relativa al solo concedente (*alter ab altero*). Se invece l'eccezione è posteriore all'interdetto, possiamo dire risolutamente che, se nonostante l'interdetto il precarista fu dichiarato possessore, a molto maggior ragione doveva esser tale anche prima.

L'interdetto *quod precario* ebbe certamente per effetto di rendere alquanto più stretto il rapporto tra il precarista e il concedente; ma tuttavia non alterò sostanzialmente la posizione del precarista di fronte alla cosa, specialmente nel tempo, che correva tra la concessione in precario e l'ordine di restituzione emanato dal pretore. L'interdetto infatti è basato sopra l'*habere precario*, cioè sullo stato delle cose esistenti al momento, in cui è pronunziato. Esso stabilisce quindi un rapporto pel futuro, senza aver

(1) Fr. 14 *de prec.*, 43, 26 (Paulus); fr. 1, § 1, 2 *eod.* (Ulpianus); fr. 14, § 11, *de furt.*, 47, 2 (Ulpianus). Vedi pure fr. 18 *de don.*, 39, 5 (Ulpianus, lib. 71 *ad Ed.*, forse a proposito del precario). Il precario doveva probabilmente tener luogo in questi tempi della donazione di proprietà revocabile, concetto allora ignoto. Veggasi la *lex romana Utinensis*, XXVII, 12 (HÄNEL, *Lex rom. Vis.*, p. 423) corrispondente a PAULUS, *Sent.*, V, 6, 10 (*Lex romana Visigothorum*, Paul., V, 7, 8). *Multa renascentur quae iam cecidere!*

(2) L'eccezione è antica, e si trova nelle più antiche formule degli interdetti, che ci sono state tramandate. Vedi per l'*Uti possidetis* il passo di FESTO, v. *Possessio* (Müller, p. 233); per l'*Unde vi* la *lex agraria* dell'anno 643, verso 18.

riguardo al tempo precedente, se non in quanto si riferisce all'essere intervenuta la *precarii rogatio*. Il precarista seguiva dunque ad essere per questo tempo giuridicamente in un rapporto diretto con la cosa, e non già in un continuato rapporto personale col *rogatus*.

Nè alcuno dei giureconsulti dei tempi antichi o dei tempi classici dubitò del possesso del precarista (1), nè su questo punto vi fu mai controversia (2).

Ma tuttavia da una parte il rapporto speciale che l'interdetto *quod precario* e l'*exceptio precariae possessionis* negli interdetti possessorii venivano a costituire tra il concedente e il precarista, dall'altra parte la notevole e notata affinità del precario con il comodato e con la conduzione non potevano mancare di portare a poco a poco qualche modificazione nell'antica teoria.

Il *rogatus* troncava oramai, ogni volta che voleva, il rapporto del *rogans* con la cosa, chiedendo al pretore l'interdetto *quod precario*; nè ciò bastava, perchè poteva anche impunemente espellere per via di fatto (purchè non *hominibus armatis*) il precarista dal suo possesso (3), e poteva impunemente turbarlo nel possesso stesso.

Ciò doveva facilmente far nascere l'idea, che, oltre il *rogans*, anche il *rogatus* possedesse, poichè realmente poteva oramai a proprio arbitrio disporre della cosa ed era vittorioso contro il *rogans* stesso in tutti gl'interdetti possessorii (4). E siccome il possesso del precarista non era contrario

(1) Oltre i numerosissimi testi relativi alla *exceptio precariae possessionis*, che, come abbiamo osservato, implicano necessariamente il possesso del precarista, si veggano i seguenti: fr. 2, § 3, *de prec.*, 43, 26; fr. 4, § 1, 4 *eod.*; fr. 6, § 3 *eod.*; fr. 15, § 4, 5 *eod.*; fr. 17 *eod.*; fr. 19 *pr. eod.*; fr. 22 *eod.*; fr. 13, § 1, *de publ. act.*, 6, 22; fr. 12 *Quem serv. am.*, 8, 6; fr. 22, § 1, *de nox. act.*, 9, 4; fr. 7, § 4, *Comm. div.*, 10, 3; fr. 3, § 5, *de acq. v. a. poss.*, 41, 2; fr. 10 *eod.*; fr. 13, § 1, 7 *eod.*; fr. 21 *pr.*, § 3 *eod.*; fr. 31, § 4, *de usurp.*, 41, 3; fr. 33, § 6 *eod.*, e tanti altri, nei quali le parole *possidere* e *possessio* debbono certamente intendersi in senso proprio. — Naturalmente qui non tratto dei casi, in cui il precario non è di possesso, ma di *esse possessione, morari* ecc., di cui parlerò più oltre.

(2) Nei testi citati nella nota precedente troviamo i nomi di giureconsulti dei vari tempi e delle varie scuole, concordi nel riconoscere il possesso del precarista: tali sono Trebazio, Labeone, Sabino, Celso, Giavoleno, Giuliano, Pomponio, Gaio, Venuleio, Paolo, Ulpiano. — Fu detto (ALIBRANDI, *Teoria del possesso*, p. 24 seg.) che Labeone negò il possesso del precarista, dicendolo solo naturale, e parificandolo a quello del comodatario e dell'inquilino. Ma ciò non si può desumere nè dal fr. 3, § 5, *de a. v. a. poss.*, 41, 2, nè dal fr. 22, § 1, *de prec.*, 43, 26. Nel primo l'argomentazione di Paolo e il modo, come egli cita Labeone, ci inducono a ritenere piuttosto che questi, considerando il possesso specialmente come un rapporto di fatto, negasse la possibilità del doppio possesso, ammettendo quello del precarista e non quello del concedente. Nel secondo testo poi Labeone dice, che anche il pupillo, che *sine auctoritate tutoris precario rogaverit*, è tenuto alla restituzione, perchè *quo magis naturaliter possideretur non vi è bisogno dell'auctoritas tutoris* e a lui si può bene applicare il *quod precario habes*; ma quest'osservazione, fatta pel caso speciale del pupillo (confr. fr. 1, § 3, *de poss.*, 41, 2), non significa punto che il precarista possieda sempre solo *naturaliter*, cioè abbia la semplice detenzione, altrimenti Venuleio non avrebbe potuto accettare l'opinione di Labeone nel fr. 22, § 1 citato, mentre pochi versi più sopra, fr. 22 *pr.*, aveva ammesso il possesso del precarista.

(3) Non è necessario ricordare qui che nel diritto antegustiniano l'*exc. precariae possessionis* era inserita anche nell'ordinario interdetto *Unde vi*. *Lex agraria* a. 643 vers. 18; CICERO, *Pro Tullio*, XIX, 44, 45, *Pro Caecina*, XXXII, 92; GAIUS, IV, 154; PAULUS, V, 6, 7.

(4) Io sto per l'opinione di coloro, che attribuiscono effetto recuperatorio agli interdetti *retinendae possessionis*. Tuttavia l'argomentazione qui fatta non viene meno, anche se tale effetto si neghi, poichè il possessore vizioso dovrà sempre almeno perdere la lite.

alla volontà del concedente, come era quello del possessore clandestino e più ancora del violento, l'idea del doppio possesso, che fu sostenuta per tutti i casi del possesso vizioso, doveva essere più favorevolmente accolta soprattutto per il possesso precario.

Così avvenne infatti. Secondo ciò che Paolo ci narra (1), Trebazio mise innanzi la teorica, che due potevano simultaneamente possedere la medesima cosa, l'uno *iuste* l'altro *iniuste*, mentre il doppio possesso non era possibile per due giusti o per due ingiusti possessori (2). Questa dottrina fu sostenuta da Sabino specialmente pel caso del precario, e quindi anche per questo caso fu accolta, nonostante i dubbi degli avversari, dal sabiniano Pomponio, il quale dichiarò essere il *rogatus* anch'esso possessore *quia non discesserit animo possessione* (3). Giuliano pure sembra avere accettata la teorica di Trebazio e di Sabino (4), e un testo, ben noto per la sua difficoltà d'interpretazione, potrebbe farci ritenere che anche Ulpiano l'ammettesse (5).

Tuttavia anche coloro, che seguivano tale dottrina, non potevano considerare il precarista nel caso antico e normale, semplicemente come persona, che prestasse il proprio ministero al possesso del concedente. Questi possedeva, perchè poteva mettersi, a volontà, in relazione con la cosa, nonostante l'attuale possesso del precarista, non già mediante questo.

Per l'interdetto *Utrubi*, Ulpiano stesso scrive che il *rogatus* non può usare dell'accessione del possesso del *rogans*, se non dopo rotto il precario, quando abbia riottenuto il possesso (6). Questo punto era questionato (... *quaeritur. Ego puto...*), e dall'insieme del testo sembra che le opinioni fossero tre: ammettendo alcuni che il *rogatus* potesse valersi del tempo, in cui il *rogans* possedeva, anche prima di rompere il precario; altri negando assolutamente che potesse aver mai luogo tale accessione di possesso vizioso (7); Ulpiano finalmente seguendo la media sentenza sopra esposta. Può presentare qualche difficoltà il conciliare questo passo, con gli altri dello stesso giureconsulto mentovati poco più sopra (8); ma a me qui im-

(1) Fr. 3, § 5, *de a. v. a. poss.*, 41, 2.

(2) La *precaria possessio* è qui detta *iniusta*, laddove in molti altri testi è detta *iusta*. Essa infatti è *iusta* di fronte ai terzi, fr. 13, § 1, *de publ. act.*, 6, 2 (Gaius), fr. 22, § 1, *de nox. act.*, 9, 4 (Paulus), fr. 7, § 4, *Comm. div.*, 10, 3 (Ulpianus); è *iniusta* di fronte al *rogatus*, fr. 3, § 5, *de prec.*, 43, 26 (Julianus), GAIUS, IV, 151. — Priva di ogni appoggio nei testi è l'opinione ancora dominante, che distingue la *precaria possessio* in *iusta* e *iniusta* secondo che si considera prima o dopo la revoca della concessione.

(3) Fr. 15, § 4, *de prec.*, 43, 26.

(4) Arg. fr. 19 pr. *de prec.*, 43, 26; confr. fr. 1, § 11, *de itin. act. priv.*, 43, 49.

(5) Fr. 3 pr., *u. p.*, 43, 17, dove il precario non è espressamente menzionato, ma si può sottintendere; confr. fr. 1, § 11, *de itin. act. priv.*, 43, 19. Per il possesso clandestino confr. anche fr. 6, § 1, *de a. v. a. poss.*, 41, 2; per il possesso violento fr. 17 pr. *eod.* Vedi però il fr. 13, § 7, *de a. v. a. poss.*, 41, 2, di cui riparlerò più oltre. Al fr. 15, § 2, *Qui sat. cog.*, 2, 8 di Macro, citato da alcuni a questo proposito, non si può dare gran peso, perchè ivi la parola *possessio* non è usata in senso stretto.

(6) Fr. 13, § 7, *de a. v. a. poss.*, 41, 2.

(7) Confr. fr. 13, § 7, *de a. v. a. poss.*, 41, 2.

(8) Vedi sopra nota 5. — Non è facile ammettere che Ulpiano mutasse d'opinione dal libro 69 e 70 *ad edictum* (fr. 3, *u. p.*, fr. 1, *de itin.*) al libro 72 della stessa opera (fr. 13, *de poss.*). Forse deve dirsi che nell'interdetto *Utrubi*, per la formula stessa più materiale: « *Utrubi hic homo.... fuit* », era più difficile che nell'*Uti possidetis* ammettere il possesso del *rogatus*, quando il *rogans* non si riguardasse come semplice organo di tale possesso, ed era anche meno utile il ricorrere al doppio possesso, poichè l'accessione poteva aver luogo rompendo il precario; d'altra parte solo con la rottura del precario

porta soprattutto notare come anche su questo punto varie fossero le correnti nella giurisprudenza romana, senza però che si giungesse mai a negare il possesso del precarista, nel caso antico ordinario.

La teoria del doppio possesso trovò una decisa opposizione in Labeone (1), il quale, seguito probabilmente dai proculiani (2), ottenne anche l'approvazione di Paolo nel fr. 3, § 5, *de poss.* che abbiamo più volte citato. E per vero partendo dal concetto del possesso come d'una attuale insistenza sulla cosa (3), non si poteva attribuire a due persone *in solidum*, neppure nel caso di un possessore ingiusto e di uno giusto, perchè mentre il primo aveva veramente questa attuale insistenza, l'altro invece non ne aveva che la potenza.

Mentre tali discussioni avevano luogo nella dottrina del possesso interdittale, il precario, così in pratica come in teoria, continuava a svolgersi e a determinarsi.

Una nuova azione, oltre l'interdetto, fu ammessa a favore del concedente per ottenere la restituzione della cosa, cioè una *condictio incerti*.

Con questa il precario veniva ad avere un certo riconoscimento anche nel campo del diritto civile, e la posizione del *rogatus* era sempre più rafforzata; ma tuttavia i rapporti possessori non ne potevano essere alterati.

La *condictio* infatti si fondava sull'ingiusto arricchimento di colui, che non restituiva la cosa avuta in precario, dopo la revoca del precario stesso (4); ciò non importava alcuna modificazione nello stato delle cose dal momento della concessione a quello della revoca. Come il proprietario non cessa di esser tale, sebbene debba poi restituire la cosa ad altri in forza di una *condictio*, così del pari chi è astretto alla restituzione del possesso con una *condictio incerti*, non è perciò impedito di essere possessore nel frattempo (5).

si poteva avere la certezza di riottenere la cosa, senza che sorgessero difficoltà alla restituzione. Forse pure potrebbe dirsi, che nel fr. 3, *u. p.* (e negli altri simili) il giureconsulto riconoscesse il doppio possesso soltanto nei rapporti tra il giusto e l'ingiusto possessore, nel fr. 13, § 7, *de poss.*, non lo ammettesse di fronte ai terzi, e nel fr. 1, § 11, *de itin.* trattasse (come nel fr. 13, § 7, cit.) del computo utile del possesso del *rogans* nell'interdetto *de itinere* (a causa dell'*hoc anno usus es*) dopo rotto il precario. Nè sono pochi coloro, che vogliono che in nessuno dei testi citati Ulpiano ammettesse il doppio possesso. La cosa resta sempre dubbia.

(1) Fr. 3, § 5, *de a. v. a. poss.*, 41, 2.

(2) Per es. Celso nel fr. 5, § 15, *Comm.*, 13, 6. Tuttavia la massima generale, che qui si legge, non può con sicurezza provare che non vi fosse qualche eccezione; e naturalmente la prova ha relativamente ad Ulpiano anche minor valore che relativamente a Celso.

(3) Fr. 1 pr., *de a. v. a. poss.*, 41, 2; fr. 3, § 5 *eod.* Nel fr. 6, § 1 *eod.* le parole *retinet ergo.... abijt* non devono appartenere a Labeone, ma solo ad Ulpiano.

(4) Revoca, che così aveva forza anche senza bisogno di ricorrere al pretore per impetrarne l'interdetto.

(5) È noto che questo punto dell'azione civile concessa al precario *rogatus* presenta qualche difficoltà nelle fonti. Il fr. 2, § 2, *de prec.*, 43, 26 (Ulpianus, lib. 72 *ad ed.*) è così concepito: « *.... est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare cum mutavero voluntatem, itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione quae ex bona fide oritur* ». Il fr. 19, § 2 *eod.* (Julianus, lib. 49, *Digest.*): « *Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti conditione id est praescriptis verbis* ». Che veramente anche nel diritto antegustiniano fosse data una azione civile, ci è confermato da PAULUS, *Sent.* V, 6, 10: « *Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat, nam et civilis actio huius rei*



Ma per quanto si continuasse a mantenere nel diritto il concetto, che il vincolo obbligatorio del precarista verso il concedente consistesse soltanto nella restituzione del possesso, che il precarista avesse al momento della revoca del precario; per quanto si seguitasse a dire che il precario era affine alla donazione; non poteva ormai non prendere maggior forza l'idea, che sostanzialmente il precario era similissimo al commodato o ad una gratuita locazione.

« sicut commodati competit: eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet ». Le questioni, che nascono, sono due: la prima sta nel sapere, come con questi testi si possano conciliare il fr. 14, *de prec.*, 43, 26 (Paulus, lib. 13 *ad Sab.*): « *Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficium causam, quam ad negotii contracti spectat precarii rogatio* » e il fr. 14, § 11, *de furt.*, 47, 2 (Ulpianus, lib. 29 *ad Sab.*): « *Is qui precario servum rogaverat subrepto eo potest quaeri an habeat furti actionem. et cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est) ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem. plane post interdictum redditum puto eum etiam culpam praestare et ideo et furti agere posse* ». La seconda questione consiste nel determinare la natura dell'azione (o delle azioni) concessa al rogatus nei testi citati. Alla prima difficoltà parmi si possa rispondere che il fr. 14, *de prec.* non è veramente contrario alla esistenza di un'azione civile al momento in cui Paolo scriveva, ma solo al tempo in cui l'interdetto fu istituito, il che può ottimamente ammettersi; il testo di Ulpiano poi (fr. 14, § 11, *de furt.*) è contrario alla esistenza di una *civilis actio* diretta a regolare la responsabilità del rogatus durante il precario, ed una tale azione infatti non esiste, ma non esclude invece la possibilità di un'azione per la restituzione del possesso, che il precarista abbia ancora, quando ha luogo la revoca del precario, che produce gli effetti dell'*interdictum redditum*; tale azione evidentemente non può esercitarsi, se il precarista prima della revoca abbia perduta la cosa, che p. es. gli sia stata rubata. Certo anche così spiegato, il modo di esprimersi di Ulpiano non è molto felice; ma poichè l'esistenza di un'azione civile ci è sicuramente constatata dalle Sentenze di Paolo e da un testo dello stesso Ulpiano nelle Pandette, si deve pure ammettere qualche infelicità di espressione nel fr. 14, § 11, *de furt.*, infelicità dovuta forse ad una reminiscenza di passi di antichi autori (veggasi la coincidenza delle espressioni di Ulpiano in questo testo e di Paolo fr. 14, *de prec.*). — Più difficile è giungere a un risultato sicuro circa la natura dell'azione civile. Questa è chiamata nel fr. 2, § 2 cit. *incerti conditio id est praescriptis verbis*; nelle Sentenze di Paolo non ha nome, ma è paragonata all'azione di commodato. Tutti questi testi sono fortemente sospetti di interpolazione o di alterazione d'altro genere, sebbene tutti e tre in complesso ci diano sicura prova della esistenza di una *civilis actio*. Il passo delle Sentenze di Paolo, che avrebbe potuto fornirci una base più sicura, è evidentemente guasto: Huschke nella sua *Iurisprudentia antejustiniana* ha tentato di emendarlo (*Reddito interdicto, actio quanquam proponatur..... tamen et civilis actio.....*), ma vanamente, perchè il guasto deve essere stato fatto dai visigoti stessi, essendoci questo passo conservato solo nel Breviario alariciano, e quello strano *NAM et civilis actio* è ben conforme al consueto modo usato dai compilatori visigoti nell'abbreviare o alterare i testi classici (confr. GAL., *epit.* I, 2, §§ 1, 2, 3, 4; § 9; I, 5, § 2; II, 3, §§ 1, 6; II, 4, § 3, ecc.). Non è dunque ben certo in qual rapporto Paolo ponesse il precario col commodato e le azioni date per quello e per questo. Nel fr. 19, § 2 cit. le parole *id est praescriptis verbis* probabilmente o sono interpolate dai compilatori, o sono una glossa posteriore (v. però in contrario LENEL, *Edictum*, p. 123), ma ciò non significa ancora che la parificazione della *conditio incerti* all'*a. praescriptis verbis* sia falsa. Il fr. 2, § 2 cit. sarebbe, secondo il DERNBURG, *Pandekten*, II, p. 238, n. 11 e il GRADENWITZ, *Interpolationen*, p. 109, 128, tutto interpolato; ciò è anche possibile, ma non è ancora sufficientemente dimostrato. — In tanta incertezza però mi pare che ci si debba attenere alla *conditio incerti* del fr. 19, § 2, la quale ha un'apparenza più genuina, e che si possa accettare in conclusione quanto ho scritto sopra nel testo. La stessa l. 2, § 2 con la sua motivazione c'induce a ritenere che l'*actio* ivi menzionata si fondasse sulla ingiusta ritenzione della cosa dopo revocato il precario.

L'affinità col commodato si trova espressamente rilevata in più luoghi (1). Nella vita pratica il precario si usava per lo più in rapporti, nei quali si adoperava anche la locazione: così esso serviva a lasciare presso il debitore, senza pericolo di *usureceptio*, la cosa data in fiducia al creditore (2), ed a ciò si usava anche la locazione (3); esso si applicava nel caso di pegno (4), e così pure la locazione (5); aveva luogo per la trasmissione interinale del possesso della cosa al compratore in caso di vendita con *lex commissoria* o in *diem addictio* (6), e anche qui si ritrova accanto ad esso la locazione (7); finalmente non era neppure infrequente il caso, che precario e locazione andassero addirittura insieme congiunti (8).

Perciò in numerosi luoghi noi troviamo menzionati l'uno accanto all'altra il precario e la conduzione (9), sottoposti anche ad alcune regole comuni, come per es. a quella della nullità della *precario rogatio* e della conduzione di cosa propria (10), e a quella della rinnovazione del precario e della conduzione dopo la scadenza (11).

Anche nella formazione del sistema dottrinale fu riconosciuta l'analogia del precario con la conduzione e col commodato: così nelle Istituzioni

(1) Fr. 1, § 3, *de prec.*, 43, 26 (Ulpianus); fr. 8, § 3 *eod.* (Ulpianus); PAULUS, V, 6, 10.

(2) GAIUS, II, 60; INTERPR. VISIGOT., *ad Paul.*, V, 6, 7 ISIDORUS, *Orig.*, V, 25, 17; fr. 22, § 3, *de pign. act.*, 13, 7, interpolato; fr. 16, *de o. et a.*, 44, 7, interpolato; fr. 18, *de prec.*, 43, 26, che doveva riferirsi, secondo l'iscrizione, al precario concesso dal creditore fiduciario. Il fr. 36, *de a. v. a. poss.*, 41, 2 per l'iscrizione dovrebbe riferirsi alla fiducia, ma il contenuto meglio si adatta al pegno: vedi GEIB, *Actio fiduciae, Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, vol. 8, *Rom. Abth.*, pag. 114, n. 1, e gli autori ivi citati; GRADENWITZ, *Interpolationen*, p. 196, nota; LENEL, *Palingenesia*, col. 354, n. 215.

(3) GAI., II, 60; fr. 22, § 3, *de pign. act.*, 13, 7 cit.

(4) ISIDORUS, V, 25, 17 cit.; fr. 6, § 4, *de prec.*, 43, 26; fr. 15, § 2, *Qui sat. cog.*, 2, 8; fr. 29, *de pign. act.*, 13, 7; fr. 35, § 1 *eod.*; fr. 32, § 5, *de don. i. v. et u.*, 24, 1; fr. 36, *de a. v. o. poss.*, 41, 2 citato; fr. 33, § 6, *de usurp.*, 41, 3; fr. 11, *de prec.*, 43, 26; c. 2, *de distr. pign.*, 8, 27 (28).

(5) Fr. 33, § 6, *de usurp.*, 41, 3; fr. 22, § 3, *de pign. act.*, 13, 7; fr. 35, § 1 *eod.*; fr. 37 *eod.*; fr. 37, *de a. v. a. poss.*, 41, 2.

(6) Fr. 20 *de prec.*, 43, 26; fr. 13, § 21, *de a. e. et v.*, 19, 1; fr. 38 pr. *de damn. inf.*, 39, 2; fr. 11, § 12, *Quod vi aut clam*, 43, 24; c. 3 *de pact. i. e.*, 4, 54.

(7) Fr. 17 (16) *de per. et comm.*, 18, 6; fr. 21, *Loc.*, 19, 2; fr. 11, § 12, *Quod vi aut clam*, 43, 24.

(8) Fr. 10 *de a. v. a. poss.*, 41, 2 (Pomponius, Ulpianus); fr. 33, § 6, *de usurp.*, 41, 3 (Julianus); fr. 4, *Loc.*, 19, 2 (Pomponius), che forse può anche riferirsi a un caso di precario e conduzione insieme. — Il precario esclude la locazione precedente, e la locazione esclude il precedente precario, se il precario invece che di semplice detenzione (di che torneremo a parlare più oltre) è di possesso: fr. 10 pr., § 2, *de poss.*, citato; fr. 21, § 3 *eod.* (Iavolenus); fr. 28 *eod.* (Tertullianus). Quali fossero gli effetti della congiunzione del precario e della conduzione, per quanto si sia detto, non è ancora ben chiaro: dai testi citati risulta evidente ch'essa fu ammessa tardi per opera degli ultimi sabini, come Pomponio e Giuliano.

(9) Vedi per es. fr. 1, § 11, *de itin.*, 43, 19 (Julianus, Ulpianus). Molti dei testi citati nelle note precedenti si riferiscono così al precario, come alla conduzione.

(10) Vedi fr. 15 *Depos.*, 16, 3 (Julianus); fr. 40, § 3, *de a. v. a. poss.*, 41, 2 (Africanus); fr. 45 *de r. i.*, 50, 17 (Ulpianus). Separatamente pel precario fr. 4, § 3, *de prec.*, 43, 26; per la conduzione c. 20, 23, *de loc.*, 4, 65; fr. 9, § 6, *Loc.*, 19, 2.

(11) Lo stesso testo con lieve alterazione si trova per la conduzione nel fr. 14 *Loc.*, 19, 2 (Ulp., lib. 71 *ad ed.*, che cita Marcello), e nei fr. 4, § 4, fr. 6 pr. *de prec.*, 43, 26. Il primo di questi testi è probabilmente interpolato; ma ciò non significa che in fatti l'analogia non vi fosse anche nel diritto antegustiniano.

di Ulpiano si parla della locazione immediatamente dopo il precario (1). E non è nemmeno improbabile che a tale analogia si debba il fatto che in un testo famoso di Ulpiano (fr. 23 *de r. i.*, 50, 17) il precario è stato annoverato tra i contratti.

Nè ciò basta. Accanto al precario, che ha per effetto il trasferimento del possesso nel precarista, ne sorse un altro, di data recente, limitato all'esse in possessione al *morari*, pel quale il precarista era di fronte alla cosa collocato in un rapporto perfettamente simile a quello del conduttore o del commodatario. Di questo nuovo tipo noi non troviamo menzione prima di Giuliano e Pomponio (2), e se guardiamo bene i testi di questi due giureconsulti, possiamo anche ritenere ch'esso sorgesse appunto dall'assimilazione del precario alla conduzione, e nascesse in quella scuola sabianiana, che già aveva ammesso il possesso del *precario rogatus* accanto a quello del *rogans*: era l'ultimo passo in avanti sulla via della inversione delle parti nel possesso. Le fonti poi ci dimostrano anche che questo nuovo tipo di precario trovò applicazione specialmente nel caso del precario di cosa data in pegno, il qual caso doveva essere in questi tempi forse il più comune fra tutti.

Procedendo nella storia, il primitivo concetto del precario continuò sempre a perdere della sua forza, finchè nelle costituzioni dei più tardi imperatori la frase *precario possidere* fu usata addirittura come equivalente di *possidere alieno nomine*, e possessori precarî furono detti gli stessi coloni e inquilini (3). Il tempo aveva operata una completa trasformazione nei rapporti possessorii del precario.

Nella legislazione giustiniana, dove è riconosciuta anche la proprietà revocabile, la cui mancanza in antico aveva dato luogo a parecchie applicazioni del precario, l'importanza del nostro istituto era ancora diminuita. Basta dare una occhiata al titolo del Codice *de precario et de Salviano interdicto*, 8, 9 e notare che al precario vi è dedicata una sola legge, per persuadersi di ciò; poichè lo spazio concesso nel Codice ad un istituto è assai migliore indice del valore pratico di questo, che l'ampiezza datagli nelle Pandette, dove tanto maggiore è l'influenza del diritto classico rennante per tradizione nelle scuole giuridiche.

(1) Ciò risulta dal frammento viennese I delle Istituzioni di Ulpiano, che incomincia: «..... *i re commodata permittat. Locatum quoque etc.*». Le prime parole sono quelle con cui termina il fr. 1 *de prec.*, 43, 26 (Ulp., lib. I *Inst.*): [*ut*] *i re commodata permittat.* — Ordinariamente, negli altri libri, del precario si parlava a proposito dell'interdetto, o della fiducia, del pegno, del possesso ecc. ogni volta che occorreva notare alcuna delle sue pratiche applicazioni; poco dunque se ne può argomentare.

(2) Ecco infatti i testi: fr. 33, § 6, *de usurp.*, 41, 3 (Julianus); fr. 10, § 1, *de a. v. a. poss.*, 41, 2 (Pomponius, Ulpianus); fr. 21 *de prec.*, 43, 26 (Venuleius); fr. 2, § 3 *eod.* «... *possidere aut uti*» — (Ulpianus); fr. 6, § 2 *eod.* (Ulpianus); fr. 38 *pr. de damn. inf.*, 39, 2 (dubbio — Paulus); fr. 35, § 1, *de pign. act.*, 13, 7 (*precario uti*, dubbio — Florentinus); fr. 32, § 5, *de don. i. v. et u.*, 24, 1 («*in possessionem precariam remansisse*», dubbio — Ulpianus).

(3) Questo fatto è stato spesso notato, talvolta anche esagerato, ma non ne è stata convenientemente apprezzata l'importanza. I testi, sui quali io mi fondo, sono: c. 2 *de praescr. XXX vel XL ann.*, 7, 39 (Valentinianus et Valens, a. 365), c. 33 *de loc.*, 4, 65 uguale alla c. 10 *Unde vi*, 8, 4 (Zeno, a. 484). Si è voluto, ma con minor ragione, trovare il nuovo significato anche nella c. 3 *de pact. int. e.*, 4, 54, e nella c. 2 *de distr. pign.*, 8, 27 (28), entrambe di Alessandro Severo.

Non deve dunque farci meraviglia se nella compilazione giustiniana, e soprattutto nelle Pandette, si rinvengono l'una accanto all'altra, senza armonia, disposizioni tratte dai vari tempi e da giuristi di scuole diverse. Nella massima parte tutto ciò era lettera morta. L'interdetto aveva già da lungo tempo perduto il suo speciale carattere; tra l'*actio ex interdicto* e l'*actio civilis* non doveva più intercedere pratica differenza e l'azione doveva apparire come contrattuale; troppo raro inoltre era il caso, che il possesso si trasmettesse al precarista.

In ogni modo, per chi studi questa materia con l'intento di determinare il concetto romano del possesso, a me pare che sia molto più importante il notare ed esaminare da vicino il movimento storico della pratica e della teoria, che ho cercato sin qui di delinearne, anzichè il tentare di conciliare in modo più o meno sottile e cavilloso testi contraddittorii come il fr. 3, § 5, *de poss.*, 41, 2 e il fr. 15, § 4, *de prec.*, 43, 26.

Or qual'è mai il risultato di quell'esame? Non è difficile il vederlo. Il precarista possedeva secondo i romani, perchè e finchè era considerato come stante in un rapporto diretto con la cosa e non già in un continuato rapporto personale col concedente, al quale egli dovesse attribuire quel rapporto con la cosa. Quando il rapporto personale continuato fu nel precario ammesso, come nel comodato, nella conduzione, nel deposito etc., il precarista non fu più considerato come possessore, ma si disse ch'egli prestava il proprio ministero al concedente, il quale rimaneva vero possessore della cosa. Nessuno negò al precarista l'*animus possidendi*, quando la cosa poteva dirsi attualmente soggetta alla sua volontà indipendente, quantunque questo attuale stato di cose potesse ad ogni momento cessare, e quantunque la sua volontà non potesse dirsi pari a quella del proprietario; gli fu negato invece, quando la cosa si ebbe a ritenere soggetta attualmente alla volontà del concedente operante per mezzo di quella del precarista.

## II.

Questi risultati delle ricerche fatte intorno al possesso del precarista coincidono perfettamente con ciò, che si può desumere dallo studio di altri fatti, che nella teoria del possesso sogliono imbarazzare gli arbitrari costruttori di concetti.

Così per es. il possesso del sequestratario (1) è stato riconosciuto, perchè egli, dopo ricevuta la cosa e prima della risoluzione della lite tra le parti contendenti, era nella posizione di un depositario senza deponente, e non poteva quindi considerarsi come organo della volontà di un'altra determinata persona; egli era pari, sotto questo aspetto, ad un gestore di negozi prima della ratifica.

Così (è quasi superfluo il notarlo) è stato, senza controversia, nè du-

(1) Fr. 17, § 1, *Depos.*, 16, 3 (Florentinus); fr. 39 *de a. v. a. poss.*, 41, 2 (Julianus). Vedi su ciò specialmente J. VOIGT, *Vom Besitz des Sequester*, Freiburg, 1885; SCHEURL, *Weitere Beiträge. II Zur Lehre vom römischen Besitzrecht*, p. 50 seg. Io qui mi astengo dalla controversia, se in ogni caso il sequestratario sia possessore: starei più pel no, che pel sì; ma qui basta notare che il sequestratario possiede, ogni volta che a lui può applicarsi il ragionamento fatto nel testo.



bitazione alcuna, ammesso il possesso del creditore pignoratizio, che, vantando un diritto reale, era in rapporto diretto e indipendente con la cosa (1).

Così può anche convenientemente spiegarsi, nella teorica dell'acquisto del possesso per mezzo di terzi, la differenza tra i casi, nei quali il terzo acquista direttamente il possesso per il rappresentato (2), e quelli, nei quali egli l'acquista per sé e poi deve trasmetterlo al rappresentato (3). Infatti, perchè il rappresentante possa direttamente acquistare il possesso al rappresentato, è necessario ch'egli sia con questo in rapporto tale da attribuire alla volontà di lui la propria posizione rispetto alla cosa (detenzione e amministrazione). Or questa attribuzione non può aver luogo, se il rappresentante non è legato al rappresentato da alcun vincolo, e perciò non può il semplice gestore di negozi (*falsus procurator*) acquistare direttamente il possesso al *dominus negotii* (4). D'altra parte non può il mandatario, il cui mandato sia limitato alla conclusione del negozio, p. es. di compra-vendita, poichè è necessario che la volontà del mandante sia diretta all'amministrazione della cosa per mezzo del mandatario. Il mandato deve dunque comprendere tale amministrazione, e questo mandato è appunto quello, che, secondo il linguaggio dei romani, fa acquistare al mandatario la qualità di *procurator (verus)*: ora è cosa ben nota che la parola *procurator* si trova appunto usata nei testi, che riconoscono l'acquisto immediato del possesso

(1) Fr. 1, § 15, *de a. v. a. poss.*, 41, 2; fr. 36 *eod.*; fr. 37 *eod.*; fr. 16 *de usurp.*, 41, 3; fr. 35, § 1, *de pign. act.*, 13, 7; fr. 37 *eod.*; fr. 15, § 2, *Qui sat. cog.*, 2, 8. — Il possesso *ad usucapionem* del debitore, che perdura accanto a quello *ad interdicta* del creditore (fr. 16 *de usurp.*, 41, 3; fr. 1, § 15, *de a. v. a. poss.*, 41, 2; fr. 36 *eod.*; fr. 29 *de pign. act.*, 13, 7) ha per substrato un possesso del diritto di proprietà, diverso da quello della cosa. Per quello si richiede l'*animus domini*, per questo no. In generale i due possessi coincidono insieme, ma in parecchi casi si trovano distinti; così appunto in tutti i casi dove il possesso *ad interdicta* è separato da quello *ad usucapionem* [pegno, precario, sequestro talora secondo alcuni, enfiteusi secondo alcuni]; e nei casi dove l'usucapione procede senza il possesso della cosa, purchè questa rimanga di fatto nel patrimonio come proprietà pertinente ad esso l'eredità giacente, erede prima dell'acquisto del possesso delle singole cose (così si spiegano i testi: fr. 30 pr. *Ex quib. c. mai.*, 4, 6; fr. 30, § 5, *de a. v. a. poss.*, 41, 2; fr. 7 pr. *Pro emt.*, 41, 4; fr. 31, § 5, *de usurp.*, 41, 3; fr. 23 pr. *de a. v. a. poss.*, 41, 2; fr. 1, § 15, *Si is q. test.*, 47, 4; fr. 2, § 1, *Exp. her.*, 47, 19]. I romani non ebbero termini tecnici per distinguere tali due possessi (qualche debole traccia in *usus e possessio*; *possessio civilis*) i quali però nella giurisprudenza più avanzata furono realmente distinti. Nella moderna teoria la confusione si è fatta grandissima e spesso si è scambiato il possesso del diritto di proprietà col possesso della cosa, cadendo in tal modo in gravi errori.

(2) C. 1 *de a. et r. poss.*, 7, 32; c. 8 *eod.*; fr. 1, § 20, *de a. v. a. poss.*, 41, 2; fr. 13 pr. *de a. r. d.*, 41, 1; fr. 20, § 2 *eod.*; fr. 42, § 1 *eod.*; fr. 53 *eod.*; c. 1, *Per quas pers.*, 4, 27; § 5 *Inst. Per quas pers.*, 2, 9; PAULUS, V, 2, 2.

(3) Fr. 59 *de a. r. d.*, 41, 1; c. 2 *de his qui a non dom.*, 7, 10; fr. 135, § 2, *de v. o.*, 45, 1; fr. 13, § 2, *de usurp.*, 41, 3; fr. 7, § 2, *Pro emt.*, 41, 4; fr. 74, *Pro soc.*, 17, 2; fr. 30, § 4 *de leg. III*; fr. 12, *Quae in fraud. patr.*, 38, 5; fr. 3, § 1, *Qui pot. in pign.*, 20, 4; fr. 5 pr. *de dom. i. v. et u.*, 24, 1; fr. 8, § 10, *Mand.*, 17, 1; fr. 3, § 7, *de itin.*, 43, 19 ecc. Si badi bene che non si tratta solo di non volere acquistare direttamente pel rappresentato (WINDSCHEID, *Pand.*, § 155, n. 6, vol. I, p. 509 della 6ª ediz.), ma anche di non potere.

(4) Di contraria opinione è lo SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, Leipzig, 1881; ma vedi in contrario FADDA, *Archivio giuridico*, vol. 27, pag. 316 segg.; V. SCIALOJA, *Cultura*, I, num. 10, pag. 428 segg. In quest'ultimo scritto io esposi già i concetti, che qui ripeto relativamente all'acquisto mediante procuratore. [V. pag. 97].

pel rappresentato (1). Anche qui dunque il rapporto personale di continua dipendenza è quello che fa sì che il *procurator* non sia possessore per sé stesso, ma possegga pel mandante.

Concludendo, possiamo constatare questo elemento negativo comune nei vari casi di possesso: il possesso di una persona è escluso dal rapporto personale, pel quale essa attribuisca ad altra persona, per volontà di questa, il rapporto di fatto, in cui si trova con la cosa.

Se lasciamo in disparte l'esame della natura di questo rapporto con la cosa, e ci fermiamo soltanto sul concetto dell'*animus*, che è stato veramente l'oggetto della nostra ricerca fin qui, noi dobbiamo ora domandarci, se l'*animus possidendi* deve riconoscersi, ogni volta che non esista quella causa di esclusione, o se invece deve richiedersi qualche elemento positivo essenziale oltre quello della volontà diretta a stare nel rapporto con la cosa.

Anzitutto dobbiamo ricordare, che è necessaria l'effettiva esistenza della volontà diretta a quel rapporto, nel momento in cui il rapporto ha principio, sicchè restano esclusi dai casi di possesso giuridico i rapporti involontari e quelli costituiti da persone, la volontà delle quali o non esiste in fatto o non è riconosciuta dal diritto (a meno che, in quest'ultimo caso, il possesso non possa attribuirsi ad altri, p. es. al *pater* o al *dominus*).

Ma si dovranno richiedere anche speciali caratteristiche di quella volontà, p. es. l'*animus domini*, o l'animo di possedere come chi ha un diritto reale anche diverso dal dominio, o di possedere nel proprio interesse? All'*animus domini* si oppongono tutti i casi del possesso, che mal si dice derivato; all'animo dell'avente un diritto reale si oppongono i casi del sequestratario e del precarista (2); all'animo di possedere la cosa nel proprio interesse si oppongono i casi del sequestratario e del gestore d'affari, a meno che si voglia trovare tale animo nella volontà di adempiere il proprio dovere o l'amichevole ufficio verso l'assente, in modo da ridurre al nulla il significato dell'interesse proprio.

Invece tutti questi casi si riuniscono facilmente nel concetto semplice della volontà di stare in rapporto diretto con la cosa; e d'altra parte i casi di semplice detenzione restano esclusi o dal requisito della volontà, o da quello del non dover essere la volontà stessa, in forza di un rapporto personale, diretta a prestare il proprio ministero all'altrui volontà.

Non senza ragione dunque la giurisprudenza romana non designò mai l'animo necessario per possedere altrimenti che con le parole *affectus* o *animus possidendi* (3); il concetto che esse debbono esprimere è semplice e irreducibile; si può tradurre soltanto con « animo di stare in diretto indipendente rapporto con la cosa », e si può determinare solo negativamente, dichiarando che a tale animo si contrappone quello di stare in un rapporto diretto con una persona, alla quale il rapporto con la cosa si attribuisca.

(1) Tale è il vero significato della parola *procurator*; vedi V. SCIALOJA, *loc. cit.* Molti si sono affaticati invano a cercare altri significati più o meno astrusi. La qualifica di *procurator* implica amministrazione, e non già semplice mandato alla conclusione di un negozio. In senso lato *procurator* comprende anche il gestore d'affari; in senso stretto no; e il *procurator* con mandato è detto *verus procurator*, il gestore d'affari *falsus procurator*.

(2) Al precarista si è voluto riconoscere un diritto reale (BEKKER, *Rechts des Besitzes*, p. 175 segg.), ma questo diritto non è poi altro che il possesso stesso.

(3) In questo senso anche MANDRY, *Zur Lehre vom Besitzeswillen*, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 63, p. 1 segg. [V. pag. 75].

## LIBELLO DI GEMINIO EUTICHETE (\*)

Il prof. F. Barnabei pubblicò nelle *Notizie degli scavi*, 1887, pag. 115, con riproduzione in zincotipia, una notevole iscrizione importante anche pel diritto: quindi ne ristampò il testo un po' modificato, con un commento, nel *Bullettino dell'Imp. istituto archeologico germanico*, II, 1887, pag. 203-213. Ne riprodusse il testo illustrandolo specialmente dal punto di vista giuridico, il Mommsen nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, VIII, *Rom. Abtheilung*, 1887, pag. 248-251. Dopo quanto scrissero il Barnabei e il Mommsen poco resta da dire; tuttavia mi è sembrato che il nostro Istituto non potesse trascurare questo insigne monumento, e perciò ho voluto inserirne nel bullettino il testo con brevi osservazioni.

La lapide è alta m. 0,57, larga 0,86. Non si sa bene dove fu trovata, ma il luogo, dove doveva essere, si ricava dall'epigrafe stessa (*via Ostiensi*). Essa fu donata al governo italiano dal conte Tyskiewicz.

Eccone il testo:

CVM · SIM · COLONVS · HORTORVM · OLITORIORVM · QVI SVNT · VIA · OSTIENSI · IVRIS ·  
 COLLEGI · MAGNI · ARKARVM · DIVARVM · FAVSTINARVM · MATRIS · ET · PIAE · COLENS · IN ·  
 ASSE · ANNVIS · SS · XXVI · ET · QVOD · EXCVRRIT · PER · ALIQVOD · ANNOS · IN · HO ·  
 DIERNUM · PARIATOR · DEPRECOR · TVAM · QVOQ · IVSTITIAM · DOMINE · SALVI · SIC ·  
 5 VT · EPHRATA · V · O · COLLEGA · TVVS · O · Q · FAVSTINAE · MATRIS · ADITUS · A ME · PERMIS  
 CONSENTIAS · EXTRVERE ME · SUB · MONTE · MEMORIOLAM · PER PED · XX · IN · QVAD · A  
 TO · ACTVRVS · GENIO · VESTRO · GRATIAS · SI · MEMORIA MEA · IN PERPETVO · CONST ·  
 HABITVS · ITVM · AMBITVM · DAT · A GEMINIO · EUTYCHETE · COLONO ·  
 ÉVPHRATA · ET · SALVIVS · CHRYSOPEDI · PVDENTIANO · YACINTHO · SOPHRONIO ·  
 10 ET · BASILIO · ET · HYPURGO · SCRIB · SALVTEM · EXEMPLVM · LIBELLI · DATI · NOBIS · A GEMINIO  
 EUTYCHETE · COLONO LITTERIS · NOSTRIS · ADPLICVIMVS · ET · CVM · ADLIGET ALIIS QVOQ ·  
 COLONIS · PERMISSVM · CVRABITIS · OBSERVARE · NE · AMPLIOREM · LOCVM · MEMORIAE ·  
 EXTRVAT · QVAM · QVOD · LIBELLO · SVO PROFESSVS · EST · DAT · VIII · KAL · AVG ·  
 ALBINO ET · MAXIMO · COS ·

*Cum sim colonus hortorum olitoriorum, qui sunt via Ostiensi, iuris/Collegi magni arkarum divarum Faustinarum matris et piae, colens in/asse annuis sestertiis XXVI et quod excurrit, per aliquod (1) annos in ho/diurnum pariator, deprecor tuam quoq(ue) iustitiam, domine Salvi, sic/ut Euphrata v(ir) o(ptimus) collega tuus q(uin)q(uennalis) Faustinae matris aditus a me permis(it),/consentias extruere me sub monte m(e)moriolam per ped(es) XX in quadra/to; acturus genio vestro gratias, si memoria mea in perpetuo const/[a]bit [habitura?] itum ambitum (2). — Dat(a) a Geminio Eutychete colono./*

*Euphrata et Salvius Chrysopedi, Pudentiano, Yacintho, Sophronio,/et Basilio et Hypurgo scrib(is) salutem. Exemplum libelli dati nobis a Geminio/Eutychete colono litteris nostris adplicuimus; et cum adliget/aliis quoq(ue)/colonis permissum, curabitis observare, ne ampliozem locum memoriae/extruat, quam quod libello suo professus est. Dat(a) VIII Kal. Aug./Albino et Maximo cos.*

La natura di tale iscrizione è per sè stessa manifesta: è un libello del colono Geminio Eutichete ai quinquennali del collegio magno delle dive Faustine, per chiedere il permesso di costruire negli orti da lui coltivati un piccolo monumento, e la risposta dei quinquennali, che concedono questo permesso. La data della risposta è il 25 luglio 227 di Cr., imperante Alessandro Severo.

La lettura dell'epigrafe, da principio difficile, è oramai sicura; anche le parole (v. 7, 8) « *const./habitus itum ambitum* » sono certe, quantunque in esse debba essere stato commesso qualche errore dallo scarpellino: il Barnabei propone di leggere *const(abit) [item] habitu[ru]s itum ambitum*; il Mommsen *const[a]bit [habitura?] itum ambitum*: la cosa è incertissima, ma il senso generale resta tuttavia chiaro.

Circa le formule, che possono avere importanza pel diritto, è da notare quanto segue.

*Colens in asse annuis sestertiis....* può corrispondere, secondo già osservò il Mommsen, al *colonus qui nummis colit* (Paulus, l. 26, § 1, *de furt.*, 47, 2), o *qui ad pecuniam numeratam conduxit* (Gaius, l. 25, § 6, *Locati*, 19, 2) per opposizione al *colonus partiarus*: consueto infatti è il contrapposto tra l'asse e la parte (confr. Modestinus, l. 9 pr., *Quib. mod. pign.*, 20, 6... *Titius Sempronio et Gaio Veio fundum eundem in assem vendidit, quibus pignori ante dederat in solidum singulis*). Potrebbe tuttavia, io credo, significare anche semplicemente *in totale*, ossia per tutti gli orti, o per tutti i pagamenti ogni anno in complesso: così si trova in COLUMELLA, *de R. R.* II, 13, 7: « *ut sit in assem autumnalis satio modiorum ducentorum quinquaginta* », II, 13, 9: « *Sic in asse fiunt octo menses et dies decem* ».

La formula *et quod excurrit* indica i rotti, come diciamo noi. Essa non è infrequente nella latinità: Paulus, l. 26, § 2, *Depositum*, 16, 3. Molti altri esempi tratti da VEGETIUS, *de re mil.* I, 28; AUGUSTINUS, *de civ.* XVI, XXII, *post collat. ad Donat.* I; OPTATUS AFER, *adv. Parmenianum*; PROSPER, *de promiss. et praedic. Dei*, si trovano in BUDEO, *Adnot. in Pand.*, I, p. 513 seguenti; CUIACIO, *Obs.* I, 40; BRISSONIO, *de V. S.*, v.º *excurrere*. In VOLUSIUS MAECIANUS, *Assis distributio*, 63, si trova una frase analoga: « *Ingeniosissime autem, cum ad denarium ratio conficeretur, excurrentis aeris nota inventa est, quae sedecies multiplicata id efficeret: nam cum denarii nota*

(1) Da correggersi in *aliquot*.

(2) Vedi per questa parte la tavola della pagina precedente.

(\*) Pubbl. in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 1888, pag. 21 e 171.



*praescribatur eique subiungatur aeris excurrentis nota, manifestum est eam sedeciens ducendam ex adnotatione denarii* ».

La frase *per aliquot annos in hodiernum pariator* significa, che i pagamenti fino a quel giorno erano stati fatti dal colono puntualmente. La parola *pariator*, che trovasi anche nelle fonti giuridiche (Paulus, l. 81, *de condic.*, 35, 1), indica colui, che ha i conti in pari, che ha *parem rationem* (Africanus, l. 22, *de man. test.*, 40, 4), o, come spessissimo si trova, *qui paria facit* (vedi gli esempi numerosi in Brissonio, v. *par*). A lui si oppone il *reliquator* (Scaevola, l. 102, § 2, *de sol.*, 46, 3; Paulus, l. 9, § 2, *de public.*, 39, 4), *qui reliquatus est, qui reliqua habet, o debet o trahit*, il quale ha pagato solo in parte il suo debito. Pare che assai comune fosse tra i coloni l'uso di non essere in pari coi pagamenti, fatto, come ognuno sa, di non lieve importanza sociale. PLINIO il giovane, *Ep.* III, 19, 6; IX, 37, 2, di ciò si lamenta e si propone di locare i fondi a mezzadria (*non nummo, sed partibus locem*) per evitare il vizio dei *reliqua*; COLUMELLA, *de R. R.*, XI, 1, 24, dà consigli in proposito; e nelle fonti giuridiche sono assai comuni le questioni relative a questi *reliqua colonum* (Javolenus, l. 17, *de lib. leg.*, 34, 3; Scaevola, l. 101, § 1, *de leg.* III; l. 32, § 7, *de us. et usufr. leg.*, 33, 2; l. 20 pr., § 1, 3, *de instr. v. instr. leg.*, 33, 7; l. 27 pr., § 1, 2, *eod.*; confr. l. 54, *Locati*, 19, 2; Papinianus, l. 91, *de leg.* III; Paulus, l. 78, § 3, *de leg.* III; confr. l. 61 pr., *Locati*, 19, 2; imp. Philippus, l. 10, C., *ad SC. Vell.*, 4, 29). Non senza ragione dunque il nostro Geminio Eutichete si vantava di essere in pari, adducendo questa sua buona condotta per ottenere il domandato permesso.

Delle persone nominate nella nostra epigrafe non abbiamo notizia. Il nome di Eutichete è abbastanza comune, ed una strana combinazione ci fa ritrovare un Eutichete in relazione con un *collegium magnum* in un'altra iscrizione, C. I. L. VI, 671: *Sancto Silvano sacr./Eutyches collegi/magni lar. et imag./domn/invicti/ Antonini Pii/felicitis Aug./p. p./ser. actor d. d/hortis abonianis aram marmorea/cum suo sibi sigillo/Silvani*. — L'Eufrata quinquennale della Faustina madre fu dallo Hirschfeld creduto quello, cui è diretta la c. 2 *comm. utr. iud.* 3, 38 del codice giustiniano, la quale è appunto dell'imp. Alessandro Severo dell'anno 229; ma la cosa non è punto certa: il nome di Eufrata non è tanto raro, e nello stesso codice di Giustiano abbiamo altre due costituzioni dirette ad un Eufrata: c. 1 *de crim. exp. her.*, 9, 32 (Severus e Antoninus a. 205), c. 7 *de neg. gest.*, 2, 18 (19) (Antoninus, a. 216).

Più difficile e interessante è il determinare la natura del *collegium magnum*, del quale è fatta menzione. Intorno a questa questione discorrono più ampiamente così il Barnabei, come il Mommsen. È opinione del primo, che questo sia un collegio di servi e liberti della casa imperiale, non dissimile da quelli *larum et imaginum* di cui ci restano memorie, C. I. L., III, 4038; VI, 671. Il Mommsen ritiene che le arche, che sono nominate nel titolo del collegio sieno, come al solito, le *casae*; ma poichè un collegio non può prendere nome dalla propria cassa, egli spiegò così tale denominazione. Antonino Pio dopo la morte della moglie Faustina istituì le *puellae Faustianae*, (*Vita Pii*, 8): *puellas alimentarias in honorem Faustinae Faustianae instituit*: confr. una moneta in Eckhel, 7, 40); e, seguendo l'esempio Marco Aurelio dopo la morte della sua Faustina istituì le *puellae Faustianae novae* (*Vita Marci*, 26). Queste fondazioni non appartenevano alle istituzioni alimentari municipali, ma erano a favore della plebe urbana, come risulta da un'altra simile fondazione (*Vita Marci*, 7) e da una iscriz-

zione di Roma C. I. L., VI, 10222, di una ragazza di sei anni *inc(isa) fr(umentum) publ(ico) div(ae) Faust(inae) iunior(is)*. Queste fondazioni sarebbero consistite in fondi, il cui reddito versato nelle casse dette *arca d. Faustinae matris* e *arca d. Faustinae piae*, sarebbe stato destinato alle distribuzioni alimentari da farsi dai magistrati alle fanciulle della plebe romana. Per l'amministrazione di quelle arche, ossia per la locazione dei fondi e l'esazione dei redditi, si erano formate due corporazioni aventi ognuna un *quinquennalis*; le due corporazioni erano unite in un *collegium magnum arcarum divarum Faustinarum*, anomalo in ciò, che manca di un vero soggetto, poichè i quinquennali e i collegiati erano solo amministratori: la singolare denominazione *collegium arcarum* corrisponde a tale anomalia. Il Mommsen rafforza questa ipotesi, osservando che poche eccezioni si trovano alla regola, che nella città di Roma nel buon tempo dell'impero non erano ammessi veri collegi. La fondazione, di cui si tratta, era ammessa perchè non era realmente un *collegium*.

Questa ipotesi, come tutte le idee del Mommsen, è molto attraente: tuttavia la cosa a me sembra ancora assai dubbia. Dalla nostra iscrizione si possono trarre pochi dati certi, sui quali ci possiamo fondare. Che il *collegium magnum* fosse diviso in due sezioni, pare che risulti sicuramente dal fatto, che Eutichete designa Eufrata come *quinquennalis Faustinae matris*, onde si può desumere essere Salvio *quinquennalis Faustinae piae*; d'altra parte l'unità totale risulta dalla necessità di ottenere il permesso da entrambi, e dall'unica risposta data dai quinquennali. Certo è anche che il *collegium magnum* aveva come tale la proprietà degli orti olivari locati ad Eutichete *colonus hortorum olitoriorum iuris collegi magni*, sicchè sembra che esso dovesse avere realmente personalità giuridica e non dovesse essere un semplice corpo amministrativo. Anche la denominazione di *quinquennalis* data ai capi del collegio è quella, che si trova per altri veri e reali collegi.

Certo il nome di *collegium magnum arkarum* è assai strano, soprattutto se non si ammette la spiegazione del Mommsen; io vorrei nondimeno re-missivamente proporre un'altra interpretazione.

Il Mommsen stesso, e in parte prima il Barnabei, hanno raccolto esempi di lapidi ove si fa menzione di altri *collegia magna* (1): eccone il testo: C. I. L., III, 6077 (di Efeso): *D. M./Aciliae Lamyrae coniugi/carissimae Apollonius/Aug. n. verna arcarius pro/vinciae Asiae hoc monumentum/cum sarcophago fecit et sibi et su/is quorum curam agunt collegia/lib. et servorum domini n. Aug. i. s./Magnum et Minervium tabulari/orum et Faustianum commen/taresium [sic!] et decurionum et ta/bellariorum/h. m. h. n. s.* — C. I. L., VI, 671 (di Roma) riferita già più sopra. — C. I. L., VI, 10252 (di Roma): *D. M./T. Flavi/Aug. lib. Myrtili/Januarii/scribae collegi/magni*. — C. I. L., VI, 10253 (di Roma): *D. M./Aeliae Laurentinae dignissi/mae Onesimus Augg. lib./scriba collegi magni*. — C. I. L., VI, 10254 (di Roma): *D. M./Ti. Claudio/Onesimo/viatori/collegi magni/Cl. Zmyrna coniux*. — C. I. L., III, 4038 (di Pettavia in Pannonia): *C. Val. Tettius*

(1) La denominazione di *collegium magnum* aveva già preoccupato gl'interpreti a proposito di una iscrizione Gruter, 65, 2: *Silvano/sancto sacro/larum Caesaris/n. et collegi ma/gni Cn. Turpilius/Trophimus voto/suscepto aram/de suo d. d.* Veggasi in proposito specialmente REINESIUS, *Syntagma inscr. class.* I, 101, pag. 139 seg., DIRKSEN, *Civ. Abhandl.* II, pag. 21 seg. Questa iscrizione si trova ora nel C. I. L. VI, 692, di Roma, e va aggiunta a quelle citate nel testo.

*Fuscus dec./c. U. C. P. q. aedil. praef. fabr./Ivir i. d. augur/loca colleg. magno larum/et imaginum domini n./Caes. ob. honor./trib. p. s. f. — Oltre queste citate dal Mommsen e le due da me riferite nelle note 1 di pag. 365 e 1 di pag. 357, veggansi pure le seguenti iscrizioni: C. I. L., VI, 4305 (di Roma): Ti. Claudius Divi Claudii lib. Actius/honoratus curator germanorum/ et aedituus Dianae Cornif. collegio magno/trib. divae Augustae triclām cum columnis/ et mensis et maceria s. p. d. d. — Un collegium maius ci è ricordato in una iscrizione di Ostia C. I. L., XIV, 309: Dis Manibus/L. Calpurnius Chius...../ idem quinquennalis collegi Silvani Aug. maioris, quod est Hilarionis functus Sacomari (1)*

Di qui si vede come probabilmente vi era più d'un collegium magnum, come d'altra parte questi collegia magna non differivano per la loro natura giuridica dagli altri collegi a noi noti. Nella prima delle trascritte epigrafi si fa anzi menzione di un collegium Faustinianum commentariensium, che potrebbe richiamare alla mente il collegio, del quale era colono il nostro Geminio Eutichete.

A me non sembra impossibile che il collegium magnum arcarum divarum Faustinarum fosse una corporazione degli impiegati alle arche delle dive Faustine, probabilmente anche un collegium funeraticium di tali impiegati. In tal caso le arche delle Faustine potrebbero anche essere appunto quelle, di cui parla il Mommsen, ma il collegio non sarebbe un corpo amministratore di esse, bensì un sodalizio degli impiegati di quella amministrazione. Tale collegio si chiamerebbe magnum, perchè pertinente alla casa imperiale.

(1) A queste iscrizioni deve aggiungersi anche un'altra: *Amplissimi collegi mani*, trovata in Roma sopra un tubo di condotta d'acqua e pubblicata dal LANCIANI, *Silloge epigrafica aquaria*, n. 189 (*Atti dell'Acc. dei Lincei*, S. III, vol. IV, 1880, pag. 451), se in essa, com'è probabile, deve leggersi *magni*, dov'è scritto *mani*. Anche qui il collegio magno figurerebbe come titolare del diritto.

## LA LEGGE 14, § 3, D., DE ALIM. VEL CIB. LEG., 34, 1

Nota (\*)

A proposito dello studio del prof. SILVIO PEROZZI: *Interpretazione della l. 14, § 3, Dig., de alim. vel cib. leg., 34, 1.* — Milano-Napoli, Vallardi, 1887; pag. 49 in 8° (Estratto dal *Filangieri*, XII, part. 1, fasc. 9).

Il prof. Perozzi, senza stare a riferire la serie dei tentativi fatti fino ad oggi, e in parte già enumerati dal SERAFINI, *Arch. giur.*, XVIII, p. 15 segg., per interpretare la ben nota legge di Ulpiano 14, § 3, *de alim.*, 34, 1, ma tuttavia tenendone conto e criticando acutamente le idee principali esposte a tal riguardo, sostiene in questo opuscolo una sua proposta, la quale, se nel risultato finale non è diversa da altre anteriori, ha del nuovo per la via, con cui a questo risultato perviene.

Il testo di Ulpiano è così concepito:

« *Quidam libertis suis ut alimenta ita aquam quoque per fideicommissum « reliquerat consulebar de fideicommissum cum in ea regione Africae vel forte « Aegypti res agi proponebatur ubi aqua venalis est dicebam igitur esse emolumentum fideicommissi sive quis habens cisternas id reliquerit sive non ut « sit in fideicommissum quanto quis aquam sibi esset comparaturus nec videri « inutile esse fideicommissum quasi servitute praedii non possessori vicinae « possessionis relicta nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est « servitus personae tamen ei qui vicinus non est inutiliter relinquitur in « eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi vel areae tuae ad « frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi haec enim aqua personae « relinquitur. »*

Ho ommesso appositamente qualunque interpunzione, perchè da questa dipende in gran parte l'interpretazione stessa.

Il Perozzi ritiene che il concetto sostanziale di Ulpiano sia questo: in forza del legato di alimenti e di acqua i liberti hanno un diritto personale contro l'erede per ottenerne gli alimenti, compresa espressamente l'acqua, di cui si fa speciale menzione trattandosi di paese dove l'acqua si deve comprare. Nel caso in questione però i liberti avranno probabilmente preteso di avere un diritto di servitù sulle cisterne ereditarie, e l'erede avrà da parte sua preteso di non dover nulla, perchè non poteva costituirsi una servitù a favore di persone, che non avevano fondi vicini. Di qui la strana composizione del testo. Ulpiano, dopo aver detto che il fedecommissum dell'acqua

(\*) Pubbl. in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1888, pag. 38.



contiene un'obbligazione, il cui oggetto ha il valore pecuniario del prezzo dell'acqua, e dopo aver così corretta la pretesa dei liberti, escluderebbe con le parole *nec videri..... possessionis relicta* il ragionamento dell'erede; il quale a sostegno della sua negazione portava tutti gli argomenti riferiti testualmente *nam et haustus..... exprimenda utendi*. Ulpiano poi con le ultime parole *haec enim aqua personae relinquitur* risponderebbe a tutta quanta l'obbiezione e l'argomentazione dell'erede.

Che tutto il passo da *nam et haustus* a *exprimenda utendi* non sia altro che uno svolgimento della obbiezione, che il diritto all'acqua fosse una servitù, non è punto opinione nuova. Con varie sfumature, quest'idea si trova, per esempio, nella Glossa ad h. l. v.° *relicta*, nel MARANO, *Paratitl.*, VIII, 1, (*Opp.*, p. 132), nel WIELING, *Lect.*, I, c. 17, nel COCCEIO, *Ius civ. controv.*, VII, 1, qu. 1, nel MUEHLENBRUCH, *Arch. f. die civ. Praxis*, XV, p. 392 e in parecchi altri; come anche molto antica e comune è l'opinione, che nella l. 14, § 3, *de alim.*, il diritto all'acqua debba considerarsi come un vero diritto di obbligazione.

In quest'ultimo punto io convergo pienamente col Perozzi e con gli altri interpreti, che in ciò lo precedettero; nè mi trattengo a discuterlo, non avendo altre ragioni da aggiungere a quelle che già furono espresse. Sul primo punto invece conviene richiamare l'attenzione del lettore, così per dimostrare in che differisca realmente il Perozzi dai suoi predecessori, come per esaminare se la nuova proposta sia accettabile. Gli autori da me citati e gli altri minori, che li hanno seguiti, ritennero tutti, che le parole *nam et haustus..... exprimenda utendi* fossero lo sviluppo dato da Ulpiano all'obbiezione, ch'egli medesimo avrebbe mossa contro la sua soluzione del quesito giuridico esaminato. Da ciò deriva che a quella frase si dovrebbe pur sempre attribuire una grande importanza; e così il Marano giunse fino ad ammettere, che Ulpiano ritenesse essere servitù personale il contenuto del fedecommissio in questione, precisamente come la maggior parte di coloro, che spiegano quel passo quale risposta all'obbiezione, anzichè quale conferma. Ma anche gli altri che, come il Perozzi e come me, ritengono avere Ulpiano dichiarato il fedecommissio dell'acqua essere un diritto d'obbligazione, attribuiscono a quella parte della legge un alto valore nella teoria delle così dette servitù irregolari; e chi se ne valse ad escludere tali servitù, chi invece a dimostrarne l'esistenza, chi a determinarle in un modo, chi in un altro; pochi conservando intatto il testo, i più alterandolo ora in questo, ora in quel punto. E per vero, se Ulpiano appoggiasse la obbiezione con quegli argomenti si dovrebbe ammettere ch'egli li ritenesse giusti, poichè l'obbiezione viene tolta di mezzo non già confutando questi argomenti, ma dando una diversa interpretazione al fedecommissio. Tale importanza invece sparisce del tutto, se col Perozzi si attribuisce quell'argomentazione non ad Ulpiano, ma all'erede poco buon giurista; ed allora si può anche dire che nella dottrina delle servitù irregolari va lasciata in disparte la l. 14, § 3, *de alim.* Non si negherà dunque, che l'interpretazione del Perozzi, oltre all'essere ingegnosa e ben sostenuta, è anche in parte nuova, e che questa parte nuova, se vera, sarebbe di non poco momento. A tutto ciò s'aggiunga, che il Perozzi non ha neppure bisogno di modificare il testo, e ch'egli potrebbe con la sua spiegazione dare anche qualche ragione della singolare enumerazione di servitù contenuta in quel passo, e del cattivo latino di questo: si potrebbe dir sempre latino da egiziani! Tuttavia io non potrei facilmente accettare neppure questa nuova interpretazione della nostra legge. Il lascito dell'acqua, se si fosse voluto concepire come servitù, certamente non avrebbe potuto avere che due

sole figure: *aquae haustus* o *usus aquae*. In tutti e due questi casi sarebbe stato veramente strano, che per dimostrare la natura di tali diritti si fosse ricorso ad altri assai più rari e più dubbi, come sono il *ius gestandi*, *uas premendi* etc.; e la stranezza non cessa, per quanto sia diminuita, anche se l'argomento si attribuisce all'erede, anzichè al giureconsulto. Perchè poi questi avrebbe trascritto il lungo e singolare ragionamento dell'erede? Forse a semplice titolo di amenità, per mostrarne la cattiva costruzione e la imperfetta grecizzante latinità? E come Ulpiano non si sarebbe accorto, che il *nam* andava naturalmente riferito al *nec videri inutile*, piuttostochè alle ultime parole della proposizione considerate isolatamente? Si noti bene, che, mentre il *nam* sarebbe stato così adoperato poco correttamente, l'*enim* della seguente proposizione *haec enim aqua personae relinquitur* si dovrebbe invece connettere col *nec videri inutile* etc. essendone pure tanto distante! Nè certo in miglior condizione si trovano quegli interpreti, che nel fedecommissio in questione riconoscono una servitù personale; ciò ha bene dimostrato il Perozzi. L'unico rimedio, che a me sembra possibile, quantunque sia tale da fare inorridire tutti i fedeli adoratori del testo tradizionale, è quello sostenuto dal COHNFELDT, *Die sog. irreg. Serv.*, pag. 76 seg., e molto tempo prima esposto dall' AVERANI, *Interpr.*, v. 6, n. 4, con grande sicurezza: *deductis versiculis intermediis, nescio a quo interiectis, clara est et expedita Ulpiani sententia*. Solo così infatti tutto il passo acquista un significato preciso e una corretta sintassi, conforme alla buona latinità di Ulpiano; e non si attribuisce a questo giureconsulto una insulsa divagazione attraverso i più rari generi di servitù, ovvero il gusto poco giustificabile di trascrivere una siffatta altrui divagazione; solo così il *personae relinquitur* diventa non equivoco e decisivo; solo così l'*haec enim aqua* direttamente si ricollega al *nec videri* etc. e il finale *relinquitur* risponde al *relicta*. D'altra parte tutto il passo *nam et haustus..... exprimenda utendi* è costruito in modo da mostrare le tracce di un commento al *quasi servitute praedii* etc., anzi direi quasi un doppio commento, uno dal *nam* a *inutiliter relinquitur*, un altro aggiunto poi da *in eadem ad utendi*. Ma sarà questo passo un glossema prodotto dalla incorporazione nel testo di una nota marginale di un commentatore delle pandette, ovvero l'intrusione è avvenuta nel testo di Ulpiano prima della compilazione giustiniana, o al momento della compilazione? Non è facile rispondere. Io escluderei, per la natura stessa del passo, una volontaria interpolazione dei compilatori, ma ciò non impedirebbe la possibilità delle tre ipotesi. Contro l'origine post-giustiniana del glossema si può addurre il fatto, che, quantunque il § 3 della nostra legge non ci sia stato conservato nel testo dei Basilici a noi pervenuto (a questo riguardo è in errore il Perozzi, p. 31), tuttavia si ritrova nel così detto Tipucito (HEIMBACH, *Bas.*, IV, p. 418), compreso il passo in questione; è dunque probabile che esso esistesse nei Basilici non solo, ma anche nel testo autentico delle Pandette. Probabile, ma non assolutamente certo; poichè mi pare che quanto sappiamo del libro fiorentino e dei testi tradotti dai greci sia troppo poco e troppo malsicuro per affermare senza alcuna dubitazione, come fanno il MOMMSEN, *Praef. ad Dig.*, p. LXI, LXXVI, e dietro lui il RUDORFF, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, VI, p. 428 seg., lo ZACHARIAE, *ibid.*, X, p. 174, il DERNBURG, *Pandekten*, I, p. 19, che là dove la lezione del libro fiorentino coincide con quella, che sta a base delle greche versioni, il testo debba ritenersi assolutamente autentico, ancorchè non abbia senso. Le versioni greche nei Basilici sono troppo diverse di pregio e di tempo per ammettere una regola generale comune a tutte, e la versione dell'Anonimo, che è quella per lo più accolta nel testo stesso dei

Basilici, può lasciar luogo a più d'un ragionevole dubbio, anche perchè fatta alquanto tempo dopo la compilazione giustiniana (confr. ZACHARIAE, *Krit. Jahrb. f. deutsche Rechtswissenschaft*, XI, pag. 482 seg., XVI, pag. 804 seg.; *Anecdota*, p. 206; *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, 2<sup>a</sup> ed., p. 7; HEIMBACH, *Proleg. ad Bas.*, p. 54 segg., 127 seg.; FERRINI, *Storia delle fonti*, p. 142) e dopo una notevole elaborazione di questa nelle scuole di dritto. Nulla dunque vi sarebbe di strano e d'inesplicabile, se un glossema fosse ugualmente riprodotto dalla traduzione greca e dal testo fiorentino, dovuto ad un errore commesso in un codice, che fosse loro fonte comune: tanto il fiorentino, quanto l'originale della greca versione potevano distare dall'archetipo di Giustiniano per più d'una generazione di codici. D'altra parte, dopo le ricerche del Mommsen, si può ammettere che il libro fiorentino sia stato scritto a Costantinopoli o in provincie greche e che il correttore avesse dinanzi agli occhi un manoscritto affine a quelli dei traduttori bizantini: come dunque escludere del tutto che anche il manoscritto copiato dal primo amanuense avesse una più o meno lontana cognazione con quelli dei traduttori stessi, anche senza risalire fino al capostipite giustiniano? Lo HUSCHKE, *Zur Pandektenkritik*, p. 5 segg., ammette bensì, che vi possano essere erronee lezioni comuni al libro fiorentino e alle versioni greche, e che fin dalle prime copie le Pandette abbiano subito più d'un'offesa per opera degli scrivani, ma (p. 9 segg., 11) esclude le vere interpolazioni aggiunte; a parer mio, senza buone ragioni. Infatti l'includere una glossa nel testo non è errore diverso da tanti altri, che pure sono ammessi anche dallo HUSCHKE, per es. quello, per cui un passo del testo aggiunto in margine all'esemplare sia stato nella copia trascritto in luogo diverso dal suo proprio. Nè di fronte alla elaborazione tutt'altro che scarsa, di cui ci rimangono numerose testimonianze, si può dire che la proibizione di Giustiniano abbia impedito l'annotazione dei suoi libri, specialmente quella del genere della glossa, che noi ammetteremmo nel caso della nostra l. 14, § 3, *de alim.*, la quale non sarebbe neppure contraria a quel poco rispettato divieto. Nè può fare difficoltà il dovere la glossa essere stata scritta in latino: già la forma greca *areae utendi* indicherebbe una origine orientale della glossa e forse una traduzione dal greco, e d'altra parte non è impossibile, che note latine si scrivessero nei primi tempi alla latina compilazione giustiniana, forse anche per la esportazione dei manoscritti in occidente, come la latina epitome di Giuliano. La rarità delle glosse latine poteva essere poi una ragione di più per indurre gli amanuensi a incorporarle nel testo.

Conchiudo dunque, che anche la concordanza del testo fiorentino coi greci non può del tutto escludere la possibilità della interpolazione, e che, se non si può accettare come verisimile l'opinione esagerata dell'AMANN, *Die Grundsätze der heutigen Pandektenkritik*, p. V segg., conviene in queste materie tenere quella giusta misura accennata anche dal Brinz nella sua recensione dei citati scritti di HUSCHKE e di Amann nella *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, XX, p. 177 segg.

Qualche altra osservazione in proposito dovremo fare più oltre; per ora noteremo, che, se pure si voglia dare per dimostrato (e non è) che la concordanza della fiorentina con le traduzioni greche esclude ogni dubbio di interpolazione post-giustiniana, rimane la possibilità di una interpolazione antegiustiniana, o di una svista al momento della redazione delle Pandette. Niuno vorrà negare il primo caso, poichè i manoscritti degli antichi giureconsulti non avranno certamente evitata la sorte comune a tutti gli altri libri antichi, andando soggetti ad alterazioni per glossemi e per altre varie cause.

Ed anche il secondo caso non è impossibile, poichè i copisti potevano essere facilmente indotti ad incorporare nel testo, che dovevano trascrivere per la inserzione nelle Pandette, qualche nota scritta in margine o inserita infra il testo stesso del giureconsulto (come p. es. le note di Ulpiano e di Paolo nei testi di Papiniano), o forse anche la stessa commissione legislativa può per inavvertenza aver commesso un simile errore. Nulla dunque ci costringe ad attribuire necessariamente ad Ulpiano quel brutto ed inutile passo della l. 14, § 3, *de alim.*

Ma guardiamo le cose più dappresso ancora. Se la coincidenza del testo fiorentino con una versione greca ci assicurasse assolutamente della genuinità della lezione, non sarebbe lecita neppure la più piccola correzione, poichè tra una correzione grande ed una piccola, non sempre la più piccola può essere più verisimile. Ma quanti sono mai coloro, che temono di espungere tutto il passo, eppure lo modificano in questo o quel modo? E chi vuol leggere « .... *est servitus, personae tamen eius qui vicinus non est....* », chi « *non inutiliter relinquitur* », chi « *nec tamen ei* », chi (come il Mommsen vorrebbe, ma non osa quasi proporre a cagione del suo canone di critica) « *ut pecoris ad aquam adpulsus et servitus pascendi ei qui vicinus non est* », chi finalmente « *haec enim aequae personae relinquuntur* ».

Il Tipucito si oppone a tutti questi mutamenti colla sua versione: *εἰ δὲ καὶ τὸ ἀντλεῖν ὕδωρ ἢ ποτίζειν ἢ ἐωρῖζεσθαι προσωπικόν ἐστίν, ὡσπερ καὶ τὸ πατεῖν σταφύλας ἐν ἀλλοτρίῳ ληνῷ ἢ ἀλοῶν ὅμως οὐ καλῶς ταῦτα τῷ μὴ ὄντι γείτονι καταλιμπάνεται· οὐκ ἔστι δὲ ὅμοιον τὸ τοῦ ὕδατος ληγάτον, ἐπειδὴ προσωπικὸν καὶ οὐ κτήματι καταλιμπάνεται. Naturalmente io non dico che questa versione in realtà si opponga a quelle mutazioni: dico solo che vi si oppone secondo l'opinione comune, accettata da coloro, che di tale versione vorrebbero fare una prova contro la possibilità della intrusione di un glossema. a quelle mutazioni: dico solo che vi si oppone secondo l'opinione comune, accettata da coloro, che di tale versione vorrebbero fare una prova contro la possibilità della intrusione di un glossema.*

Continuiamo. Chi legga spregiudicatamente la l. 14, § 3, così com'è scritta, e soprattutto poi chi guardi il passo del Tipucito, assai probabilmente proverà l'impressione, che il concetto della servitù personale dato in questo testo non è già quello vero e certo di tutti gli altri testi romani, di una servitù cioè, che appartiene ad una determinata persona come tale e non già come proprietaria di un fondo; ma invece un altro, secondo il quale la servitù personale è quella, che si esercita per mezzo di un atto della persona. Infatti solo partendo da questo concetto può risolutamente chiamarsi *servitus personae* (προσωπικόν) l'*haustus aquae* e così pure gli altri diritti enumerati nel testo; e solo con questo concetto può anche darsi ragione della enumerazione stessa. Tuttavia quell'impressione vien meno, quando si pone mente alla mancanza in tale enumerazione delle servitù di passaggio, le quali avrebbero dovuto naturalmente essere tra le prime citate, se si fosse trattato davvero di quel concetto. Solo qui può sorgere un dubbio: mancava poi davvero nella primitiva glossa la menzione della servitù di passaggio? Il Tipucito può farci credere il contrario, facendo espressa menzione della via. In esso infatti prima della proposizione più sopra trascritta si legge: « .... *καὶ οὐκ ἔστιν ἀχρηστον, ὡσπερ ἢ ληγασθεῖσα ὁδὸς τῷ μὴ ἔχοντι γείτονα ἀγρόν* (tradotto dallo Heimbach: *neque inutile est, quemadmodum inutilis est via legata ei, qui vicinum fundum non habet*). Come si vede dunque, la tanto vantata coincidenza della greca versione col testo latino non vi è, e la versione greca può anzi darci argomento a credere, che le frasi, ch'io vorrei espungere, contengano veramente una glossa poco felice, trascritta più o meno completamente nel libro fiorentino e nell'originale latino delle versioni greche.



Tutto ciò che ho detto fin qui, non può certo valere a rendere sicura l'ipotesi da me sostenuta, ma servirà forse a dimostrare, ch'essa non si può dire senz'altro impossibile e neppure improbabile; sicchè tra i vari rimedi da applicarsi alla l. 14, § 3, può darsi anche che questo non sia il più disadatto. In ogni modo non sarà stato inutile il richiamare l'attenzione dei lettori sopra canoni di critica troppo facilmente accettati da tutti, e più ancora il combattere l'assoluta e irragionevole avversione alla critica congetturale, che specialmente in Italia anima i cultori della nostra scienza. Nulla si può dire tanto certo e dimostrato nelle nostre materie, quanto la grande abbondanza di errori nel testo delle fonti giustinianee (e anche, si può aggiungere, quanto l'abbondanza delle interpolazioni tribonianee); così potesse dirsi sicuro il modo di riconoscere caso per caso l'errore, e di portarvi rimedio! Al qual proposito sarebbe forse bene che si cessasse dal trattare la critica congetturale, come da noi si suole, quasi fosse l'ultimo rimedio, al quale si deve ricorrere nei casi più disperati di difficoltà d'interpretazione: può non esservi alcuna buona ragione per correggere un passo impossibile a intendersi da noi, come d'altra parte può dimostrarsi guasto un testo anche facilissimo ad interpretarsi. Io, per esempio, non troverei alcuna insuperabile difficoltà a conciliare la l. 14, § 3, *de alimentis* con le idee, che accetto riguardo alle servitù irregolari. Questa legge, come ora è scritta nel libro fiorentino, quando si dia all'ultima proposizione *haec enim aqua personae relinquuntur* il senso, che il fedecommesso contenesse un diritto di obbligazione, importerebbe che non si può costituire come personale una servitù col contenuto di una ordinaria servitù prediale, se non a favore di una persona avente un fondo vicino al serviente: ora ciò non è punto contrario all'ammettere, come io vorrei, tali servitù personali solamente nella forma di una servitù prediale limitata alla persona, o nella forma di una limitata servitù di usufrutto o di uso. Ma la sintassi, la latinità, l'inutilità della enumerazione m'inducono a propendere per la cancellazione di tutta una parte del testo.

## MISCELLANIA EPIGRAFICA (\*)

## I.

Il socio prof. G. Gatti ha comunicato all'Istituto le seguenti epigrafi, delle quali i n. 1, 2, 3, 9 e 10 furono trovate nel gittare le fondamenta della casa Moroni in piazza della Consolazione, di fronte alla chiesa; il n. 6 fu trovato presso la piazza Barberini; i n. 4 e 5 esistono nella galleria lapidaria vaticana; i n. 7 e 8 sono perduti.

1. [Rex Metradates Pilopator et Pil] *adelpus, regus Metradati f. [poplum Romanum amicitiai e]t societatis ergo, quae iam [inter ipsum et Romanos? optin]et. Legati coiraverunt [Nemanes Nemanai f. et? Ma]hes Mahei f.*

[Βασιλεὺς Μιθραδάτης Φιλ]οπάτωρ καὶ Φιλάδελφος  
[τοῦ βασιλέως Μιθραδάτ]ου τὸν δῆμον τὸν  
[Ῥωμαίων φίλον καὶ] σύμμαχον αὐτοῦ  
[εὐνοίας καὶ εὐεργεσίας] ἔνεκεν τῆς εἰς αὐτὸν,  
[πρεσβευσάντων? Ναιμ]άνους τοῦ Ναιμάνους  
[? Μάου τοῦ Μάου]

2. Ὁ δῆμος] ὁ Ταβηγῶν  
φίλ[ος] καὶ σύμμαχος  
Ῥω[μαίων]

3. τοῦ . . . . . s  
. . . . . s  
*popul* . . . . . n  
*popul* . . . . . n

4. *Populus Laodicensis af Lyco  
populum Romanum, quei sibi  
salutei fuit, benefici ergo, quae sibi  
benigne fecit.*

Ὁ δῆμος ὁ Δαοδικέων τῶν πρὸς  
τῷ Λύκωι τὸν δῆμον τὸν τῶν  
Ῥωμαίων γεγονότα ἑα[υτῶι]  
σωτήρα καὶ εὐεργέτην  
ἀρετῆς ἔνεκεν καὶ εὐνοί[ας]  
τῆς εἰς ἑαυτὸν.

(\*) Pubbl. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1888, pag. 78.

probabilmente figlio di Mitradate Eupator, il quale sarebbe il Mitradate menzionato nelle nostre iscrizioni. Tutti i dedicanti avevan dunque ragione di esser grati ai romani; e tali dedcazioni possono esser importanti anche per gli studiosi del diritto pubblico di Roma.

## II.

Il socio prof. F. Barnabei ha comunicata la lapide seguente, da lui rinvenuta, la quale era usata come materiale di fabbrica nella diruta chiesetta di S. Salvatore ai piedi di monte Giove, verso il villaggio di Poggio delle Rose sul territorio di Hadria del Piceno.

PAULLO · FABIO · MAXI  
COS · PONTIF · PATRON  
COLONIAE

Cioè *Paullo Fabio Maxi[mo] cons(uli) pontif(ici) patron[us] coloniae*. Questa iscrizione fu già dal Barnabei stesso illustrata nel *Bullettino dell'imp. ist. arch. germanico*, vol. III, anno 1888, nel discorso letto nella solenne adunanza del 9 dicembre 1887. Con la scorta di tale epigrafe il Barnabei dimostrò essere oramai confermato che Hadria fu colonia di cittadini romani (PLIN. *H. n.*, 3, 13, 110), dedotta al tempo di Augusto dal qui menzionato *Q. Fabius Maximus Paullus*, personaggio assai noto di quei tempi, che fu console nell'a. 743 (11 a. C.). Egli diventò di pieno dritto patrono della colonia, perchè fu quegli che la dedusse, secondo ci è stato dimostrato dalla *Lex Coloniae Genetivae* (confr. MOMMSEN, *Ephem. epigraph.*, 2, pag. 147). In tal modo si hanno ad un tempo notizie certe della colonia di Hadria, e un esempio del patronato di colui, che dedusse la colonia.

## III.

Nelle *Archäologische-epigraphische Mittheilungen aus Oesterreich* 1887, fasc. I (confr. *Revue Archéologique*, III série, t. XI, p. 137 seg., n. 10) si trova riferito il seguente diploma di *honestia missio* dell'a. 99 d. C. pari al diploma nel *C. I. L.*, III, 20, p. 863.

5. *Populus Ephesius* [*populum Romanum*]  
*salutis ergo quod o* [*ptinuit maiorum*]  
*souom leibertatem i* . . . . .  
*Legatei Heraclitus Hi* [ . . . . . f.]  
*Hermocrates Dem* [ . . . . . f.]

6. . . . . [*populum R*]omanum cognatum amicum sociu[m]  
. . . . . ]iaei beneficique erga Lucios in comu[ne.]

7. [Ἡ πόλις ἢ . . . ]ίων εὐεργετηθεῖσα τὰ μέγιστα ὑπὸ τοῦ δήμου  
[τοῦ Ῥωμαίων φίλ]ου ὄντος καὶ συμμάχου χαριστήριας Διὶ Καπετω  
[λίωι . . . . . πρε]σβευσάντων Βακχίου τοῦ Λαμπρίου  
[ . . . . . τοῦ Δι]ονυσίου, Φαίδρου τοῦ Παυσανίου.

8. [*Ab co*]muni restitutei in maiorum leibert[atem]  
[*Lucei*] Roma (m) Iovei Capitolino et poplo Romano v[irtutis]  
*benivolentiae beneficique causa erga Lucios ab comu[ni.]*  
Λυκίων τὸ κοινὸν κομισάμενον τὴν πάτριον δημο-  
κρατίαν τὴν Ῥώμην Διὶ Καπετωλίωι καὶ τῶι δήμωι τῶι  
Ῥωμαίων ἀρετῆς ἕνεκεν καὶ εὐνοίας καὶ εὐεργεσίας  
τῆς εἰς τὸ κοινὸν τὸ Λυκίων

9. [Re]x Ariob[arzanes]  
et regina [Athenais]

10. ]ωι  
]ρ

1. *Notizie*, 1886, p. 452, 1887, p. 110; *Bull. com.*, 1886, p. 403, 1888, p. 139; MOMMSEN, *Zeitschr. für Numismatik* XV (1887), p. 209.
2. *Notizie*, 1887, p. 110; cfr. 1888, p. 134, 139; *Bull. com.*, 1887, p. 125; cfr. 1888, p. 139; MOMMSEN, *l. c.*, p. 210.
3. *Notizie*, 1888, p. 189; *Bull. com.*, 1888, p. 138.
4. *C. I. Gr.*, 5881; *C. I. L.*, I, 581; VI, 374; *Notizie* 1887, p. 111; MOMMSEN, *l. c.*, p. 210.
5. *C. I. L.*, I, 588; VI, 373; MOMMSEN, *l. c.*, p. 211.
6. *Notizie*, 1887, p. 321; *Bull. com.*, 1887, p. 251; MOMMSEN, *l. c.*, p. 211.
7. *C. I. Gr.*, 5882; *C. I. L.*, I, p. 169, MOMMSEN, *l. c.*, p. 211.
8. *C. I. Gr.*, 5880; *C. I. L.*, I, 589; VI, 372; MOMMSEN, *l. c.*, p. 212.
9. *Notizie*, 1887, p. 16, cfr. 112; *Bull. com.*, 1887, p. 14, cfr. 124; *Mith. des deutschen Instituts*, 1887, p. 59, cfr. 146; MOMMSEN, *l. c.*, p. 212.
10. *Notizie*, 1887, p. 110; *Bull. com.*, 1887, p. 125; MOMMSEN, *l. c.*, p. 212.

Le lapidi dovevano essere tutte riunite; infatti, benchè di diversa larghezza, hanno tutte l'uguale altezza di metri 0,58 e tutte hanno all'orlo superiore una cimasa prominente alta 13 centimetri. Esse formavano la base comune di una serie di statue di Roma, di cui ciascuna era stata dedicata a Giove da un re o da una città dell'Asia minore, in seguito alla prima guerra mitridatica, dopo la definitiva vittoria di Sulla nel 672 di R. I Lici ebbero allora la libertà; così pure Laodicea di Frigia ed Efeso; Ariobarzane fu posto da Sulla sul trono di Cappadocia. Secondo l'ipotesi sostenuta dal Mommsen nella *Zeitschrift für Numismatik*, vol. XV, pag. 207-219, la Paflagonia fu ugualmente data da Sulla ad un principe della dinastia del Ponto.



IMP · CAESAR DIVI · NERVAE · F · NERVA · TRAIANVS  
 AVGVSTVS · GERMANICVS · PONTIFEX · MAXIMVS  
 TRIBVNIC · POTESTAT · III · COS · II · P · P.  
 EQVITIBVS · ET · PEDITIBVS · QVI MILITANT · IN · ALIS  
 TRIBVS · ET · COHORTIBVS · SEX · QVAE · APPELLANTVR  
 GALLORVM · FLAVIANA · ET · I PANNONIORVM · ET  
 II HISPANORVM · ET · ARACORVM · ET · I · SVGAM  
 BRORVM · VETERANA · ET · I · BRACAR · AVGVSTA  
 NORVM · ET · I · HISPANORVM · VETERANA · ET · II  
 MATTIACORVM · ET · II · GALLORVM · ET · VBIO  
 RVM · ET · SVNT · IN · MOESIA · INFERIORE · SVB · Q  
 POMPONIO · RVFO · ITEM · DIMISSIS · HONESTA  
 MISSIONE · QVI QVINA · ET · VICENA PLVRAVE  
 STIPENDIA MERVERVNT · QVORVM NOMINA  
 SVBSCRIPTA · SVNT · IPSIS · LIBERIS POSTERISQUE  
 EORVM CIVITATEM DEDIT · ET CONVBIVM · CVM  
 VXORIBVS QVAS · TVNC HABVISSENT · CVM · EST  
 CIVITAS IIS · DATA AVT · SI QVI CAELIBES · ESSENT  
 CVM IIS QVAS POSTEA DVXISSENT · DVMTA  
 XAT · SINGVLI · SINGVLAS

A · D · XVIII · K · SEPTEMBR.

Q · F A B I O · B A R B A R O  
 A · CAECILIO · FAVSTINO · COS  
 COHORT · II · GALLORVM CUI PRAEST  
 VISVLANIVS · PEDITI CRAESCENS  
 M · ANTONIO · M · F · RVFO · ABRETTEN  
 ET · MARCO · F · EIVS  
 DESCRIPTVM ET RECOGNITVM · EX · TABVLA · AE  
 NEA · QVAE · FIXA · EST · ROMAE IN MVRO · POST  
 TEMPLVM · DIVI · AVG · AD MINERVAM.

## DUE NOTE CRITICHE ALLE PANDETTE LIB. (\*)

### I.

Fr. 2, paragr. 13, de origine iuris 1, 2.

Pomponius, libro singulari enchiridii. — *Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint? post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

Non so, se mi si perdonerà facilmente di proporre una nuova congettura sopra un punto del tanto travagliato frammento di Pomponio, che finora non pare abbia richiamata l'attenzione dei critici. Le varianti dei manoscritti e le proposte di correzione al nostro § 13 si possono vedere nella edizione maggiore dei *Digesta* del MOMMSEN, vol. 1, pag. 5, e in OSANNUS, *Pomponii de origine iuris fragmentum* (Gissae 1848), pag. 37 s.; fra queste la principale è la lezione haloandrina *iura reddere* invece di *iura regere*, che ha fondamento in qualche manoscritto ed è stata da molti approvata. Ma nessuno ha dubitato dell'ultima frase: *per quem possit cottidie in melius produci*, per ciò che riguarda l'*in melius produci*. A me pare invece, che si debba leggere *in medium produci*.

Ecco le ragioni, che a ciò mi persuadono.

La frase *in medium producere* è di buona latinità, ed ha a suo favore non solo grande copia di frasi affini, come *in medio ponere* (CICERO, *De nat. deor.*, 1, 6, 13; *De orat.*, 1, 3, 12); *in medio proponere* (CICERO, *In Verrem act.* 2, lib. 1, c. 11, § 29), *in medio esse* (CICERO, *In Verrem act.* 2, lib. 2, c. 42, § 104), e meglio ancora *in medium proferre* (CICERO, *Ad fam.*, 15, 2, 6), ed altre, dove l'*in medium* prende anche il significato più particolare di *in comune, per il bene comune*, come *communes utilitates in medium afferre* (CICERO, *De off.*, 1, 7, 22), *laudem conferre in medium* (1) (LIVIUS, 6, 6, 18; confr. id. 5, 44, 1); ma più decisamente ancora la stessa frase *in medium producere*, che si trova in SENECA, *Troad.* 513.

(\*) Pubbl. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1888, pag. 95.

(1) *In medium conferre* per il contributo del socio nella società: Julianus, lib. I, ad *Urseium Ferozem*, Dig. fr. 45, § 2, de a. v. o. h., 29, 2.

Non saprei invece addurre nessun esempio di *in melius producere*. Questo veramente non significa, che tal frase non sia latina, ma prova almeno esser facile, che Pomponio abbia scritto *in medium*, anzichè *in melius*.

Or che ciò abbia realmente fatto Pomponio, risulta dall'andamento logico del suo pensiero espresso nel nostro § 13. Egli infatti si propone di parlare dei magistrati e dei giurisperiti, dopo aver già esposto l'origine e il progresso del diritto « *post originem iuris et processum cognitum* » e dopo aver già fatto cenno della funzione dei magistrati e dei giureconsulti nella formazione del diritto. Trattando dei magistrati, egli ora non dice più che fanno avanzare il diritto, ma solo che lo applicano: *quia... per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur. Quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint qui iura regere possint?* — sarebbe dunque abbastanza strano, che, parlando dei giureconsulti, l'opera dei quali aveva, assai più che quella dei magistrati, carattere interpretativo, egli li avesse considerati più come fattori di progresso, che come organi per l'applicazione del diritto. Ogni dubbio poi vien meno, quando si considera il modo, come Pomponio giustifica la opportunità di parlare anche dei giureconsulti: *quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iurisperitus, per quem possit cottidie i. m. produci*. Al *constare* non può corrispondere una frase, che significhi progresso o miglioramento, ma una, che indichi il modo come il diritto si fa conoscere e si attua ogni giorno, e il *cottidie* sarebbe troppo iperbolico, se, invece all'*in medium produci*, si riferisse all'*in melius produci*.

Lo scambio tra *in medium* e *in melius* è poi graficamente così facile, che non ha bisogno di particolare giustificazione: può però esser dubbio, se lo scambio sia avvenuto nel testo di Pomponio prima della inserzione nelle Pandette, ovvero nel testo stesso delle Pandette: disgraziatamente, come tutti sanno, per il nostro fr. 2 de o. i. manchiamo di molti sussidii critici, che ci aiutano in altri luoghi.

## II.

### 1). Fr. 1 de officio praesidis, 1, 18.

Macer, libro primo de officio praesidis. Praesidis nomen generale est eoque et proconsules et legati Caesaris et omnes provincias regentes, licet senatores sint, praesides appellantur: proconsulis appellatio specialis est.

### 2). Fr. 20 de officio praesidis, 1, 18.

Papinianus, libro primo responsorum. Legatus Caesaris, id est praeses vel corrector provinciae, abdicando se non amittit imperium.

Riguardo alla prima di queste due leggi, l'attenzione dei critici si è fermata sull'inciso *licet senatores sint* (1), la lezione del quale fu da molti difesa, da più d'uno invece ritenuta erronea e quindi modificata in vario modo. Io proporrei di leggere *licet senatoriae sint*, riferendo questa frase non ai *regentes*, ma alle *provinciae*; e credo che almeno Macro abbia scritto così, e che il *senatores* sia stato sostituito al *senatoriae* o nell'atto della com-

(1) Io qui non mi tratterò sulla questione, se debba leggersi *sunt* ovvero *sint*, secondo la prima mano del codice fiorentino o secondo l'emendatore dello stesso codice: questione che non ha importanza pei giuristi.

pilazione delle Pandette o anche dopo: se pure non si ritenga interpolato tutto il passo da *et omnes* a *sint*.

FRANCESCO HOTOMANO, *Antiq. rom.*, lib. I, pars. alt., de magistratibus « *praesides provinciarum* » (1) proponeva di leggere *licet senatores non sint*, per comprendere nella denominazione di *praesides* anche i cavalieri.

Il Mommsen, nel *Bollettino dell'Istituto di corrispondenza archeologica* del 1852, pag. 168, nota 1, proponeva di emendare *scilicet si senatores sunt*, e questa proposta si trova ancora nella maggiore sua edizione dei Digesti, tom. I, pag. 34.

Il BORGHESI, *Iscrizione onoraria di Concordia (Annali dell'Inst. di corrispondenza archeol. di Roma, 1853, p. 210; Oeuvres, V, p. 405)*, dopo aver riferito il testo di Macro, scriveva: « Giustamente il ch. Mommsen si è accorto, che questo passo è scorretto, imperocchè se tanto i proconsoli, « quanto i legati augustali anche a quel tempo si traevano dal ceto dei senatori, come può stare quel *licet*? Ma innanzi di proporre la nuova correzione *scilicet si senatores sunt* avrei desiderato che avesse esclusa l'antica, « che mi sembra più naturale, dell'Hotomano, il quale leggeva *licet senatores non sint*. »

A questo passo il Mommsen, ripubblicando, nel 1869, lo scritto del Borghesi nelle *Oeuvres* l. c., appose la seguente nota (2): « *Borghesi a parfaite-ment raison de rejeter ma conjecture, et je regrette beaucoup de l'avoir reproduite dernièrement, par une pure inadvertance; mais celle d'Hotomann ne vaut pas mieux que la mienne et il faut convenir que le passage est parfaitement correct. Le titre de praeses, dans son sens propre, signifie un gouverneur qui n'est pas sénateur, c'est-à-dire un procurator, et c'est le seul titre par lequel celui-ci puisse être qualifié de gouverneur; mais dans un sens plus général il s'applique à tout espèce de gouverneur, même aux gouverneurs de rang sénatorial, licet senatores sint, comme dit Macer.* »

Indi negli *Emendanda et addenda* della maggiore edizione dei Digesti, vol. 1, p. LXXXIII, il Mommsen così corresse la sua prima proposta sopra accennata: « *emendationem hanc recte improbavit Borghesius Opp. 5, 405, non recte defendit Hotomanianam licet senatores non sint, scilicet, ut in adnotatione ad Borghesium l. c. observari, erravimus omnes neque opus est emendatione ulla, hoc dicit Macer proprie praesidem dici rectorem provinciae non senatorem, cogitans nimirum de procuratore et praeside (Orelli-Henzen, inscr. 74, 3601, 5419), posse tamen praesidem appellari quicumque provinciae praeest, etiam senatorem.* » Nel *Römisches Staatsrecht*, II<sup>2</sup>, p. 230, n. 2, la stessa osservazione è ripetuta, e nella minore edizione dei Digesti alla nostra legge è apposta la nota: *ne muta*.

Contro le emendazioni proposte dall'Hotomano e dal Mommsen (nel primo scritto sopra citato) molte ragioni si possono addurre. Il modo come l'inciso, del quale trattiamo, è riferito nei Basilici 6, 1, 35 (HEIMBACH, I, p. 142): *εἰ καὶ συγκλητικοὶ εἶσι*, sta contro l'inserzione del *non* e contro la correzione *scilicet si*; e ciò ha qualche valore certamente, quantunque io non creda assolutamente decisiva la coincidenza del libro fiorentino con le versioni greche (3). Contro il *scilicet si* sta poi il fatto, che anche i rettori di

(1) F. HOTOMANO *Opp.* (her. Vignon, 1600) tom. III, col. 260.

(2) Invece nella nota a BORGHESI, *Oeuvres*, III, p. 376, n. 11, il Mommsen aveva scritto: « *Il faut lire: licet senatores non sunt*. »

(3) Vedi *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1888, vol. V, pag. 41 segg. [V. pagina 359 segg.].



province non senatori si chiamavano *praesides*, fatto oggi rilevato dallo stesso Mommsen; contro il *non* sta il carattere generale della parola *praeses*, la quale indicava solo l'esser capo di provincia, e non alludeva punto a magistrature, che importassero la qualità di senatore, come potevano essere le denominazioni di *proconsul* e di *legatus pro praetore* (1); tanto che dopo furono chiamati di preferenza presidi senz'altro quei capi di provincia, che non avevano altro titolo speciale.

Ma anche il testo, così come ci è dato dal libro fiorentino, a me non par buono. Bisogna infatti considerare il frammento di Macro nel suo complesso, senza dimenticare l'ultima parte: *proconsulis appellatio specialis est*.

Macro dunque voleva evidentemente opporre la generalità del nome *praeses* alla specialità del nome *proconsul*, e non già ad un significato più ristretto dello stesso nome *praeses*; e in ogni caso il significato più ristretto di *praeses*, ch'egli poteva avere in mente, era soltanto quello di capo di provincia imperiale per opposizione al proconsole capo di provincia senatoria. Il suo pensiero era dunque questo: *praeses* è parola generale, che comprende tutti i capi di provincia, anche quelli di provincie del senato; *proconsul* invece è il titolo speciale dei capi di provincie senatorie. L'inciso *licet senatoriae sint* è così posto a indicare, in che consista la generalità di *praeses*, e in che la specialità di *proconsul*; laddove, leggendo *senatores*, mancherebbe nel testo tale indicazione.

Queste ragioni bastano, a parer mio, per giustificare o rendere almeno assai probabile la mia proposta, anche se ai tempi di Macro la parola *praeses* avesse pure avuto un significato ristrettissimo, oltre i due già indicati. Ma, se non erro, ai tempi di Macro (da Caracalla ad Alessandro Severo) il titolo di *praeses* non aveva già acquistato tecnicamente un significato così ristretto da potersi dubitare, se in senso lato si potesse applicare ai senatori capi di provincia. *Praeses*, come ho già notato, significa soltanto capo, e non implica, nè esclude altre qualità di questo capo; e così poté da scrittori letterarii essere applicato allo stesso imperatore (2). È dunque nome di sua natura generale, e certamente in senso generalissimo lo si trova usato negli scritti dei giureconsulti, dei quali abbiamo il testo genuino (3), e in numerosissime costituzioni imperiali (4). Che se fu di preferenza usato per desi-

(1) Perciò a favore del *licet senatores sint* non si può addurre l'analogia del passo seguente di DIONE CASSIO, *Hist. rom.*, 53, 13: τὸς δὲ ἑτέροις ὑπὸ τὴν αὐτοῦ ἀρεῖσθαι, καὶ πρεσβυτέρως αὐτοῦ ἀντιστρατήγους τὴν ὀνομάζεσθαι, κἄν ἐκ τῶν ὑπατευκότων ᾧσι, διέταξῃς, dove non si tratta del titolo di *praeses*, ma di quello di *legatus pro praetore*, il quale accennava ad una determinata magistratura, per rapporto ai *consulares*. Vedi del resto *ibid.* un po' più sotto ῥαβδόχοις δὲ δὴ πέντε πάντες ὁμοίως οἱ ἀντιστράτηγοι χρῶνται, καὶ ἕσοι γε οὐκ ἐκ τῶν ὑπατευκότων εἰσὶ κ. τ. λ.

(2) Vedi FLORIUS, lib. IV, c. 3; STATIUS, *Sylv.*, 5, 2.

(3) GAIUS, I, 6, 29, 53, 100 (confr. 101), 105, 134, 183, 185, 198, 200; II, 24, 25, 278; ULPIANUS, III, 3; VIII, 2, 4, 5; XI, 18, 20; XXV, 12; PAULUS, I, 3, 1; II, 14, 6; IV, 4, 2; V, 6, 9; COLLATIO, III, 3, 1. (ULP. confr. Dig. fr. 2 de his qui sui, 1, 6); VIII, 2, (PAUL.); XIV, 2, 2 (PAUL.). Molto più numerosi ancora sono i testi della compilazione giustiniana, ma li ometto, sia perchè i testi citati danno già prova sufficiente, sia perchè il sospetto della interpolazione li rende meno decisivi. Così pure tralascio la citazione di scrittori non giuristi.

(4) Al di fuori dei codici, v. COLLATIO, I, 8 Caracalla; CONSULT. VI, 15; IX, 9 Diocl.; IX, 14, Valerianus et Gallienus; FRAGM. VAT. 271, 277, 279, 280, 281, 282, 293, 312, 325 Diocl.

gnare i capi delle provincie imperiali per opposizione ai proconsoli (1), ciò derivò dall'essere quello di *proconsul* nome antico e speciale, e dall'aver forse la parola *praeses* anche un certo senso di difensore, capo del presidio, che la faceva parere più conveniente a designare i legati di Cesare che i proconsoli (2).

Avvenne bensì che il nome di *praeses* fu dato poi particolarmente a quei capi di provincie, che non avevano un titolo speciale, e fu perciò contrapposto in certo modo a *consularis* e a *corrector* (3), ma ciò si spiega facilmente, perchè è un fatto assai comune, come notò il Mommsen medesimo (4), che le denominazioni generali si applichino a coloro, che non ne hanno di speciali più onorifiche; così oggi si legge spesso sulla carta di visita di un sottotenente il titolo generico di ufficiale.

Non è però facile l'ammettere, che Macro abbia avuto in mente tale distinzione nello scrivere il passo, che è oggetto di questi nostri appunti. Il titolo di *procurator et praeses*, che ci è attestato nelle iscrizioni citate dal Mommsen, nel luogo trascritto più sopra degli *Add. et emend.* ai Digesti non potrebbe giustificare di per sè il dire (come si pretende che Macro abbia detto), che presidi più propriamente sono i non senatori, ma che tuttavia in senso lato preside comprende anche i senatori rettori di provincie. Infatti il titolo di *procurator et praeses* dimostra esso stesso, che *praeses* non è nome proprio del *procurator* e che è necessario enunciare espressamente che questi è anche preside (5); *praeses* dunque in questo titolo non perde il suo carattere generale.

Anche nelle Pandette e nel Codice noi troviamo menzione di *procurator vice praesidis, procuratores qui partibus praesidis funguntur* (6), ma ciò non significa punto che *praeses* sia denominazione propria di tale *procurator*.

Il fatto stesso che Macro chiamò il suo libro *De officio praesidis* e che in principio di esso dichiarò la generalità del nome *praeses*, contrapponendolo a *proconsul*, prova che difficilmente ai suoi tempi tal nome aveva acquistato quella tecnica ristretta significazione.

Solo un passo di Lampridio nella *Vita Alexandri Severi* 24 potrebbe far credere, che al tempo di questo imperatore (tempo che coincide con gli ul-

(1) Confr., per esempio, fr. 8 de off. praes., 1, 18 (Julianus), e simili, e la serie delle rubriche nelle Pandette: 1, 16 de officio proconsulis et legati (eius); 1, 17 de officio praefecti Augustalis; 1, 18 de officio praesidis.

(2) Ciò dico molto remissivamente. Il MOMMSEN, *Staatsrecht* II<sup>2</sup>, p. 230, n. 4, e p. 256, deriva la denominazione di *praeses* dalla presidenza del *consilium* per opposizione agli *adsores*. Ciò è anche possibile, ma il titolo è *praeses provinciae*, il che può giustificare qualche dubbio. Solo più tardi il *praeses*, come capo civile si distinse dal *dux*, quando quel nome aveva già acquistato un significato fisso.

(3) C. Th. c. 8 de cohort., 8, 4 (Valentinianus et Valens a. 364); c. 13 de accus., 9, 1 (Valens Gratianus Valentinianus a. 376); c. 10 de pagam., 16, 10 (Gratianus Valentinianus Theodosius a. 391); C. Iust. c. 1, Ut omnes tam civ., 1, 49 (Zeno a. 479); vedi anche la *Notitia dignitatum Occidentis* e BÖCKING, *ibid.*, p. 434, 1180 segg.

(4) *Staatsrecht*, II<sup>2</sup>, p. 230, n. 2.

(5) Così gli altri titoli, che si trovano dati al *procurator et praeses*, come *procurator pro legato, procurator cum iure gladii* (confr. MARQUARDT, *Staatsverwaltung*, I<sup>2</sup>, p. 557, n. 8) dimostrano tutti un'aggiunta al titolo primitivo, che ne indica l'allargamento di potere.

(6) Fr. 23, § 1, de appell., 49, 1 (Papinianus); c. 2 de poenis, 9, 47 (Antoninus a. 212); c. 1 de ped. ind., 3, 3 (Gordianus a. 242). Vedi pure COLLATIO 14, 3 (Ulpiano, che cita l'imp. Antonino).

timi anni di Macro) la denominazione di *praeses* servisse già a designare i capi più umili delle provincie imperiali.

Questo passo sarebbe così concepito: « *Provincias legatorias praesidiales « plurimas fecit, proconsulares ex senatus voluntate ordinavit.* ».

Varie interpretazioni si sono date della prima proposizione, che è per noi più importante. Chi l'ha intesa in senso generale, che *praeses* sia divenuto dopo Alessandro Severo il titolo proprio, se non di tutte, di alcune delle provincie imperiali (1); chi più specialmente nel senso, che Alessandro in più provincie abbia staccato il comando militare dal civile, dando al capo civile il nome di *praeses* invece di *legatus Caesaris* (2); chi finalmente nel senso, che a capo di parecchie provincie date prima a senatori sieno stati ammessi i cavalieri col titolo di *procuratores et praesides* (3).

Il testo è certamente oscuro, e quei quattro accusativi plurali, che si susseguono, non ne aiutano certo la intelligenza. Oltre a ciò è da notare che la lettera stessa ne è incerta. I manoscritti hanno: *provinciale gotorias, provinciale gotorias, provinciales gotorias*, e un correttore recente del manoscritto palatino ha emendato *provincias praetorias*, sicchè molte edizioni portano appunto *provincias praetorias*. L'emendazione *provincias legatorias*, assai ingegnosa per la sua somiglianza con le antiche scritture, si deve al Salmasio ed è oggi comunemente accettata; ma non si può dir certa, perchè *legatorias* sarebbe un ἀπαξ λεγόμενον (4), e l'introdurre per congettura in un testo una parola, di cui mancano altri esempj, è sempre caso alquanto audace.

D'altra parte negli scrittori della Storia Augusta in generale, e nello stesso testo una parola, di cui mancano altri esempj, è sempre cosa alquanto nerico, senza distinzione (5).

Vero è che si vuol già vedere in un passo di Papiniano una distinzione di grado fra *correctores* e *praesides* come capi di provincie imperiali; il che farebbe risalire ai tempi di Settimio Severo e di Caracalla il principio della distinzione, che ritroviamo poi nella *Notitia dignitatum*.

Ma per quanto sia grande l'autorità di coloro, che su questo testo di Papiniano si appoggiano, a me pare che su troppo debole fondamento abbiano innalzato il loro edificio. Il testo, di cui si tratta, è il fr. 20 *de off. praes.*, 1, 18, che abbiamo da principio riferito dopo il frammento di Ma-

(1) Così il BORGHESI, *Oeuvres*, III, p. 377.

(2) Così il BORGHESI, *Oeuvres*, V, p. 307; MARQUARDT, *Staatsverwaltung*, I<sup>2</sup>, p. 577, n. 8.

(3) Così il MOMMSEN, *nota ad Borghesi*, III, p. 377, n. 2; *Staatsrecht*, II<sup>2</sup>, p. 237, n. 2.

(4) Nell'epistola di CICERONE, *Ad Atticum*, XV, 9 si vuole da taluno ritrovare tale parola: « *O rem miseram! primum ullam ab istis, dein, si aliquam, hanc legatoriam provinciam* ». Ma la lezione è incerta; altri legge *legatariam*; le migliori edizioni recenti *locatoriam*.

(5) Confr. LAMPRIIDIUS, *Alexander*, c. 20, 6; c. 42, 4; c. 46, 5 (« *praesides vero proconsules et legatos nunquam fecit ad beneficium, sed ad iudicium vel suum vel senatus* » può ritenersi come un vero luogo parallelo del frammento di Macro). TREBELLIUS POLLIO, *XXX tyr.*, c. 24. — *Tetricus Senior* (« *Tetricum senatorem p. r. praesidatum in Gallia regentem... senatorem p. r. eundemque consularem, qui iure praesidali omnes Gallias rexerat... correctorem totius Italiae fecit* »). Non è certamente contrario il passo di FL. VOPISCUS, *Probus*, c. 13, 1 (« *Permisit patribus, ut... proconsules crearent, legatos ex consilibus darent, ius praetorium praesidibus darent* »); il quale in ogni modo non prova molto, nè pro, nè contra, perchè si riferisce a circa mezzo secolo dopo il tempo, di cui parla Lampridio, e in quel mezzo secolo aveva imperato anche Aureliano, principe riformatore.

cro. Papiniano avrebbe scritto, secondo si legge nelle Pandette: « *Legatus Caesaris, id est praeses vel corrector provinciae* », dunque anche ai suoi tempi, si dice, esisteva la gradazione e vi erano i *correctores provinciarum*. Ma questo ragionamento suppone che il fr. 20 *de off. praes.* sia stato scritto da Papiniano precisamente così, come oggi si legge, la qual cosa è assai poco probabile. A me sembra quasi certo che l'*id est praeses vel corrector provinciae* sia una interpolazione triboniana (1). Già quell'*id est* basta a far nascere un giustificato sospetto: vi s'aggiunge la stranezza che Papiniano in un libro di responsi e a proposito di una regola speciale (*abdicando se non amittit imperium*) abbia pensato a dirci quali sono le categorie dei *legati Caesaris*, mentre la distinzione non produceva nessuna diversità di effetti per quella regola stessa.

Invece è assai ragionevole che, esistendo tali categorie al tempo di Giustiniano, ed essendo alquanto disusato il titolo di *legatus Caesaris*, nelle Pandette i compilatori abbiano pensato di spiegarne con l'*id est* il significato.

D'altronde noi sappiamo, che al tempo di Papiniano esistevano veramente dei *correctores*, ma erano i correttori delle città libere e i correttori d'Italia o di parti di questa, mentre nel fr. 20 *de off. praes.* si parla invece di *corrector provinciae*.

Possiamo dunque concludere, che il fr. 20 *de off. praes.* non può servire come prova storica dell'esistenza del *corrector provinciae* al principio del terzo secolo d. Cr.; che non è probabile che in quel tempo esistesse ancora la graduazione, che si ritrova un secolo dopo tra i presidi di provincia; che non è verosimile perciò che Macro nel fr. 1 *de off. praes.* abbia detto (per togliere un possibile dubbio) che anche i senatori possono chiamarsi col titolo generale di presidi; mentre invece è da ammettersi ch'egli abbia voluto opporre il significato generale di *praeses* applicato ai capi di tutte le provincie o di Cesare o del senato, al significato speciale, per cui quel titolo designa i soli capi di provincie imperiali; e che quindi (se non si vuol ritenere interpolato tutto il passo *et omnes... sint*) deve ammettersi che Macro invece di *senatores* abbia scritto *senatoriae*. Se la trasformazione di *senatoriae* in *senatores* sia avvenuta nella stessa compilazione giustiniana o dopo, è dubbio; poco prova il συγκλητικοί dei greci, che facilmente si scambia col συγκλητικά.

In ogni modo il dubbio relativo al testo come giustiniano non è di grande importanza, quando si tratta di passi che hanno un valore più che altro come prova storica del diritto antegiustiniano.

(1) O un glossema posteriore? Nei basilici 6, 1, 53 questa frase manca; tuttavia io propenderei piuttosto per l'interpolazione giustiniana.



## FRAGMENTUM DE FORMULA FABIANA (\*)

I signori professori L. Pfaff e F. Hofmann dell'università di Vienna, hanno recentemente edito e commentato un nuovo frammento di un libro di antico giureconsulto romano, dedicandone la pubblicazione all'università di Bologna per l'VIII suo centenario (*Fragmentum de formula Fabiana herausgegeben und erläutert von D. L. PFAFF und D. F. HOFMANN, Professoren der Rechte an der Wiener Universität. — Mit 4 Tafeln — Wien, aus der K. K. Hof- und Staatsdruckerei, 1888. [Sonderabdruck aus dem IV Bande der « Mittheilungen aus der Sammlung der Papyrus Erzherzog Rainer » 1888] pag. VI-50 in-4°, oltre le 4 tavole).*

Crediamo far cosa utile riproducendo qui il testo del frammento con poche notizie; e pubblicando poi del commento degli editori viennesi un sunto, che il socio D. Gino Segrè ha avuto la cortesia di fare per il nostro bullettino (1).

Il frammento scritto sopra un pezzo di pergamena in assai cattivo stato appartiene alla collezione dell'Arciduca Ranieri. Della sua origine null'altro si sa, se non che proviene con altri fogli dall'Egitto.

L'intera pergamena doveva costituire due fogli probabilmente di un quaternone del libro. Presentemente se n'è conservata solo la parte inferiore di un foglio, e un piccolissimo resto dell'altro foglio, il quale fu tagliato anche nel senso della altezza. Il taglio superiore è disuguale, sicchè l'altezza del frammento varia da centim. 13 a centim. 8,8; la larghezza totale del frammento è di centim. 23, dei quali centim. 20,2 costituiscono la larghezza del foglio meglio conservato, centim. 2,8 la larghezza del resto dell'altro foglio. Detratti i margini, la lunghezza delle linee della scrittura è di centim. 15, l'altezza massima della parte scritta centim. 8, la minima centim. 5. Le linee contengono dalle 44 alle 46 lettere, le quali sono scritte tutte di seguito, senza segni ortografici e senza maiuscole. La pergamena è rigata e la scrittura è condotta in modo che su ciascuna riga corre un verso dello scritto, e un altro verso tra le righe, sicchè i versi sono in numero doppio delle righe. La pergamena ha due fori, che dovevano già esistere al momento in cui fu scritta, perchè la scrittura da una parte all'altra si può ricongiungere.

La piegatura della pergamena dimostra quale fosse il retto e quale il verso del foglio; e ciò riconosciuto, l'indirizzo della scrittura del residuo minore ci dimostra che questo costituiva un foglio non precedente, ma se-

guente a quello maggiore. A qual distanza stessero l'uno dall'altro nel quaternone non si può sapere.

I dotti editori hanno comparata la scrittura di questo frammento con quella del Gaio veronese e dei frammenti vaticani, ed hanno ornata la pubblicazione di una tavola comparativa delle tre scritture e di un'altra contenente un saggio delle sigle. L'esame paleografico non può condurre ad un risultato preciso. Tuttavia tenendo conto anche di ragioni intrinseche, poichè un'opera, qual'è quella cui appartiene questo frammento non poteva più trasciversi dopo la legislazione giustiniana, si può secondo gli editori stabilire che il frammento è della seconda metà del quarto secolo o della prima metà del quinto secolo; ma (come del resto gli stessi editori ammettono) io non mi meraviglierei se si dicesse anche molto più antico. E molto più antico dovrebbe essere, se potesse ritenersi sicura l'ipotesi degli editori, che esso dovesse attribuirsi al lib. 83 del commentario di Pomponio all'editto. Certo si è che la scrittura è assai trascurata, e le poche linee rimaste contengono parecchi errori.

I signori Pfaff e Hofmann riproducono il testo in due bellissime tavole in fototopia. Inoltre ne danno una esatta trascrizione, conservandone tutte le abbreviazioni, e quindi una spiegazione secondo la maniera più verisimile di leggerlo.

Noi qui riprodurremo quella trascrizione e quella spiegazione, avvertendo tuttavia che per quest'ultima dobbiamo fare tutte le nostre riserve; nè del resto gli editori stessi la danno per sicura.

Ecco pertanto il frammento maggiore:

(\*) Pubbl. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1888, pag. 126.

(1) *V. Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1888, pag. 131.

(Trascrizione)

## RECTO.

oluntidu assunt qui r sen  
 ractu uenit et cum eo r hetur  
 at form. q̄ sex delicto uenerit liberti et in fa  
 bitraria etiam uiuere huic dic. ||| alienatum eē quis  
 ipio accepit alienationem nobis ad dominum translationem  
 (r) eferentibus. & hoc de illo q̄ si pro muliere dotem dedit. ||||| qui teneatur  
 tur h ac form. & in proposito et Iuolenu s r fitetur cū  
 viro act. eē et id. p uetiam dissolutio m monio sed ueni  
 ret octo manente q̄ d m m o p agicum marito et p̄ di  
 uorti u manente quam dotem redat q̄ si redderit cum  
 muliere si retinuerit maritus cum utroque. hoc et cōgouerū  
 eē. didici suum iusserit dotem promittere lib. sec. Iuol. q̄ d  
 et post diuortium ipse tenebitur ut act. suas praestaret si n̄  
 dum exegit & si culpa eius soluendo eē desit debitor periculo  
 patroni perit & si statim p̄ mul. ruagere et antequam patr  
 fab form. uocet damnabitur maritus p̄ suam culpam d̄ d. q. remus

## VERSO.

laetoriae noxae sunt (X)  
 tersuonom tenebitur n̄ de (p)  
 qui iussit alii mancip. ut iam diximus & si se (r)  
 q. p̄. m̄. eius sū m̄ u alienationem domini utrum (i)  
 d̄ t. de pecul. teneatur an et post ann. de eo q̄ ad eum p̄ u (e)  
 et ea q̄ d. q. n̄. m̄ c̄ data sunt ita reuocata si d̄ m̄ alienata sint (e)  
 aut q̄ m̄. cum nam in form. ita eē m̄ c̄ hodie m̄ in m̄ c̄ e (X)  
 donationes semper ut in eē p̄ r ar be ergo et fi lo ex h̄  
 m̄ c̄ donauerit tenebitur hac form. & cum p̄ e i pa  
 ter leg. uid. ne inutil. sit fab form. ad ūsus filii d. q. etiam  
 jul. scri. in maiore cō. quicum treb. h̄ abet duos h̄ i. et tertio  
 ex h̄ dato m̄. donauit aite r p̄ patr qui tert. partis b̄ p̄. acci  
 peret fab in uiliter ad ūsus filii usurum q̄ a p̄ e i et legare  
 paterni si qui (d) commodum q̄ p̄ falc. habiturus eē e ius minu  
 atur arcata it. n̄ eē aequom quicquam filii eripi cum e x m̄ i  
 nim a parte n̄ iste expulsus sit patronum

(Spiegazione)

## RECTO

1. (u)olunt id(em?) uel assunt, qui consen-
2. (tiant) . . . . . (ex cont) ractu uenit et cum eo contrahetur
3. . . . . ? at. formula quasi ex delicto uenerit liberti et est in fa-
4. (ctum ar)bitraria etiam ui. Vere huic dicimus alienatum esse, qui
5. (man)cipio accepit, alienationem nobis ad dominum translationem
6. referentibus. Sed hoc de illo. Quid, si pro muliere dotem dederit, quis teneatur
7. tur hac formula? Sed in proposito et Iuolenu confitetur, cum
8. uiro actionem esse; et idem putat etiam dissolutio matrimonio. Sed Venidius
9. et Octaenus; manente quidem matrimonio posse agi cum marito; est post di-
10. uortium, antequam dotem reddat, quod si reddiderit cum
11. muliere, et si quid retinuerit maritus, cum utroque. Hoc et ego uerum
12. esse didici. (Si) suum iusserit dotem promittere libertus, secundum Iuolenum quidem
13. et post diuortium ipse tenebitur, ut actiones suas praestet, si non-
14. dum exegit. Sed si culpa eius soluendo esse desit debitor, periculo
15. patroni perit. Sed si statim potest mulier rei uxoriae agere et antequam patr(onus)
16. Fabiana formula uocet, damnabitur maritus propter suam culpam. Deinde quaeremus

## VERSO

1. Laetoriae noxae sunt inter(dum) (pa)
2. ter suo nomine tenebitur, non de p(eculio)
3. qui s(eruum?) iussit alii mancipari, ut iam diximus. Sed si se(ruus)
4. quid post mortem eius uel manumissionem uel alienationem domini, utrum
5. dumtaxat de peculio teneatur, an et post annum de eo, quod ad eum peruenerit?
6. Et ea quidem, quae non mortis causa data sunt, ita reuocata si dolo malo alienata sint, ea
7. autem, quae mortis causa, omnimodo; nam in formula ita est: mortis causa siue dolo malo'. In mortis causa enim
8. donatione semper uti (Fabiana?) nec esse p(r)aetoris arb(itrium). Ergo et si filio exheredato
9. mortis causa donauerit, tenebitur hac formula. Sed cum potest ei pa-
10. ter legare, uideamus, ne inutilis sit Fabiana formula aduersus filium. Idque etiam
11. Iulianus scribit in maiore centenario, qui cum tres habet, duos heredes instituit et tertio
12. exheredato mortis causa donauit; ait enim: patronum, qui tertiae partis bonorum possessionem acci-
13. peret, Fabiana inutiliter aduersus filium usurum, quia potest ei et legare
14. pater, nisi, (i)nguit, (id) commodum, quod per Falcidiam habiturus esset, eius minu-
15. atur. Aristo ait (2): non esse aequom, quicquam, filio eripi, cum etiam ex mi-
16. nima parte non iste (scr. heres institutus) expulsus sit patronum.

(1-2) [Dal Bull. dell'Ist. di dir. rom., 1889, pag. 257]:

Un dato importante per la determinazione del tempo e dell'autore del frammento de formula Fabiana ci fu comunicato contemporaneamente dal prof. O. Gradenwitz e dal prof. I. Alibrandi. Essi hanno osservato che ciò che si legge nelle due ultime linee del verso del frammento stesso dopo le problematiche lettere arcatait, corrisponde perfettamente a quanto Ulpiano riferisce nella l. 6 pr. de bonis libertorum, 38, 2 « .... nam et Marcellus libro nono digestorum scripsit quantulumque ex parte heredem institutum



Del frammento minore, scritto sul residuo del foglio seguente, riproduciamo qui i caratteri in zincotipia, anche per dare al lettore un saggio di quella scrittura.

RECTO	VERSO
λρεητ	ce d i
hone	q. libi
—	umq
i. 667	nat
cusa	fec.
usubi.	h dat
diser	ctot.
itur	exh.
latus	harp.
sserit	dobp.

Eccone ora la trascrizione dei signori Pfaff e Hofmann:

apetit	cean (? ovvero t?)
hone	q lib. (p)
.....	umq.
(X) e e. t.	nat
cusa	s[ed]eg(o)
usubi	h dat
diser	ctot. t
itur	exh* (d)
latus	harp (v)
(e)sserit	dobp (a?)

Il frammento del recto gli editori congetturano possa riferirsi alle *operae libertorum*, il frammento del verso alla *assignatio libertorum*; ricordando per il primo i fr. 16 D. 38, 1 e 47 *eod.* e il fr. 9 D. 37, 15; per il secondo il fr. 1 pr., § 1, 3, D. 38, 4 e il fr. 1 *eod.*

Nonostante la grandissima incertezza di tutto ciò, per ora io non oserei contrapporre altre congetture a quelle dei dotti editori viennesi.

*liberti filium patronum expellere*». Perciò *arcatait* deve leggersi: « [M]arc(ellus) autem ait ». L'autore del frammento dev'essere dunque uno dei giureconsulti posteriori a Marcello; ed in tal caso le maggiori probabilità starebbero per Ulpiano o Paolo. Il *Commentario* di Ulpiano all'editto, nelle parti che di esso restano nelle *Pandette*, non coincidendo abbastanza col nostro frammento, sembra che questo debba piuttosto attribuirsi al *Commentario* di Paolo ad *edictum*, o ad altra opera di lui.

Il prof. P. Krüger nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, vol. IX, *Röm. Abth.*, pag. 144 segg., riferendo il testo del frammento con alcune correzioni, suppose — ma senza fare l'osservazione testè riferita — che esso appartenesse alle *Quaestiones* di Paolo o alle *Disputationes* di Ulpiano.

## INTERPOLAZIONI DELLE PANDETTE

DI

OTTO GRADENWITZ (\*)

O. GRADENWITZ. — *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien.* — Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1887, pag. X-246, in 8°.

L'autore di questo libro era già noto nel mondo scientifico come uno dei più valenti fra i giovani romanisti di Germania tanto per i suoi articoli « *Per traditionem accipere in den Pandekten* », « *Interpolationen in den Pandekten* », « *Zum Sprachgebrauche des prätorischen Edikts* » pubblicati nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, VI, 1, 56 segg., VII, 1, 45, segg., VIII, 1, 251 segg., quanto per il suo libro sulla invalidità dei negozi giuridici obbligatori (*die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, Berlin 1887), dove egli dimostra come i romani hanno variamente considerati i vari casi di invalidità, specialmente con gli esempi della nullità degli atti per cagion di violenza, di quella dell'intercessione della donna pel senatoconsulto Velleiano, e di quella della donazione fra coniugi. I due primi articoli testè citati lasciavano supporre che l'A. avesse impresso studi speciali e continuati sulle interpolazioni tribonianee: ecco infatti ora un più lungo e forte lavoro su tale argomento. Quegli articoli e l'altro anche importantissimo dell'EISELE, *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und in Codex* (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, VII, 1, 15 segg.) debbono considerarsi come complementi del presente volume.

Dopo aver definito che sia l'interpolazione triboniana e in che differisca dagli altri vizi del testo a noi pervenuto, l'A. constata la esistenza di un gran numero di tali interpolazioni, e coll'esempio della l. 25 pr. D. 19, 2 paragonata con § 1, Inst., 3, 23, con l. 15, § 1, C. 4, 38 e con GAI., III, 140, 143 dimostra come vi siano anche testi totalmente interpolati. Tali esempi non sono frequenti, ma neppure rarissimi; secondo l'A. però non se ne troverebbero dal libro 39 delle *Pandette* in poi, e la ragione di ciò sarebbe, che, mentre nei primi libri i compilatori hanno voluto nelle *Pandette* stesse incorporare le nuove disposizioni imperiali o ciò che l'imperatore aveva in animo e poi espresse in leggi proprie, negli ultimi invece si pensò di rimettere questo compito al *Codex repetitae praelectionis*, di cui si era concepito il disegno.

(\*) Recensione in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1888, pag. 148.

Ma quale sarà il metodo per constatare l'esistenza dell'interpolazione? Si può affermare che il classico giureconsulto non ha scritto il passo, di cui si tratta, o si può sostenere che non ha potuto scriverlo. La prova esteriore più forte per la prima affermazione ci è data dal paragone del testo genuino conservatoci nei libri della giurisprudenza antegiustiniana con ciò che trovasi nella compilazione di Giustiniano, al qual proposito l'A., in apposita Appendice I, p. 222-226, dimostra che il testo delle sentenze di Paolo nel Breviario alariciano, sebbene abbreviato e interpolato esso pure, tuttavia in generale è più intatto del giustiniano. — Una prova si ricava pure dai passi geminati e paralleli della compilazione stessa. — Più difficile è il dimostrare che il passo non ha potuto essere scritto dal giureconsulto. Qui le prove possono trarsi o dal *contenuto* o dalla *forma*. Le prime in alcuni casi sono certissime, quando p. es. si trova in un testo menzione di un istituto o di un fatto, che, per sicura notizia che ne abbiamo, non aveva ancora avuto luogo al tempo, in cui il passo originale è stato scritto. Altre volte l'interpolazione risulta dal difetto di logica del ragionamento attribuito al giureconsulto; da certe divagazioni in iscritti di indole pratica, come p. es. i responsi; da talune aggiunte o riserve, che sono in diretta contraddizione con la risoluzione della questione data dall'antico prudente. Non di rado l'aggiunta dei compilatori, che rompe l'armonia del testo primitivo, ha avuto occasione da ciò che il giureconsulto aveva scritto poco prima e poco dopo, sicchè si trovano superflue e poco giustificabili ripetizioni delle stesse parole. Talora il pensiero dello scrittore antico è esteso ad oggetti, che ad esso erano estranei (così p. es. nella l. 29 D., *Mand.*, 17, 1). Le antitesi introdotte dai compilatori spesso non sono precise, ma si riferiscono a punti secondari. — Molto svariate sono le prove per dimostrare che il classico giurista non può avere scritto nel modo come ora si legge nelle Pandette. Queste sono grammaticali o lessicali. Le prime sono assai meno sicure delle seconde, perchè possono risultare anche da lievi alterazioni della scrittura dipendenti da colpa dei copisti. Tuttavia anche piccoli errori di grammatica possono essere validi indizi di interpolazioni, come sconcordanze che si spiegano ristabilendo nel testo la parola primitiva (*eam* nella l. 8, § 3, D. 13, 7; *his* nella l. 25, D. 46, 1; *dotis satis fieri* nella l. 22, § 3, D. 24, 3); errori nella *consecutio temporum* e nella orazione obliqua, quando specialmente concorrano anche altri indizi di interpolazione.

La prova risultante dal modo di scrivere dei compilatori, che noi possiamo studiare nelle costituzioni di Giustiniano era stata già dallo Eisele magistralmente svolta, ed è dal Gradenwitz giustamente riconosciuta, con l'aggiunta della prova lessicale tratta da parole che i compilatori bizantini volentieri adoperavano e che erano invece aliene dallo stile dei classici giureconsulti.

Parole o dizioni, che nelle Pandette si possono sempre ritenere interpolate, sono, secondo il nostro A., *adimplere*, *coadunare*, *satisfactionem dare*, *celebrare* nel senso di *perficere*: parole, sempre sospette sono *cumulus* (*debiti* o *aeris alieni* o *patrimonii*), *regressus*. [Alle quali secondo i precedenti articoli dell'A. vanno aggiunte: *per traditionem accipere*, *pignoris causa tradere* e *accipere*, *retradere*, *constitutum* o *statutum* o *praestitutum tempus*, l'aggettivo *competens*, *praesumptio* in senso di presunzione come prova, *approbare* per provare]. Parole spesso interpolate sono le frasi: *in casu*, *licentiam habere*, *esse*, *dare*, etc.

L'autore passa quindi ad esaminare l'uso della parola *actio* nelle Pan-

dette, sostenendo che in numerosissimi casi essa fu sostituita a *judicium*, specialmente in frasi come *actio bonae fidei*, *contraria actio*.

Nel capo sesto, l'autore cerca di provare che l'*actio praescriptis verbis* è un'invenzione dei compilatori, e che tutti i testi che vi si riferiscono sono interpolati, mentre i giureconsulti classici conoscevano bensì la frase *praescriptis verbis agere*, ma non già una *actio praescriptis verbis*.

Nel capo settimo, vuol provare che la *condictio propter poenitentiam* è del pari dovuta ai compilatori, che l'hanno introdotta nelle Pandette a forza di interpolazioni.

Molto interessante è anche l'ultimo capo, dove si dimostra come nel dritto giustiniano si sia data alla volontà individuale una importanza assai maggiore di quella datale dai classici giureconsulti, i quali si attenevano assai più alla forma e al generale significato delle parole. Questo mutamento profondo fu operato mediante l'interpolazione degli antichi testi; dove tuttavia io noterei, che non sempre l'interpolazione ha realmente modificato il testo primitivo, così sostanzialmente, come vuole il Gradenwitz. È infatti naturale che il giureconsulto chiamato a risolvere un caso di dubbia volontà, lo decida senz'altro in un dato senso in base ai fatti a lui proposti; e sarebbe strano che alla domanda: qual'è la volontà in questo caso? egli avesse risposto: è questa, salvo che non sia l'opposta! Laddove il legislatore assumendo a norma generale quella risoluzione, può, senza alterarne lo spirito, prevedere che tuttavia altre circostanze possano portare ad altra risoluzione.

Cinque appendici sono destinate allo svolgimento di punti speciali e a prova di affermazioni contenute nel libro.

Io non ho certamente nessuna difficoltà ad ammettere col Gradenwitz il largo uso, che i compilatori fecero del potere di variare i testi mediante interpolazioni. Credo anzi che non si andrebbe lontani dal vero dicendo che, sommate le interpolazioni con gli errori dei copisti, forse appena una metà dei testi contenuti nelle Pandette sono arrivati a noi nella forma esatta, precisa, com'erano stati scritti dai loro autori; tale è almeno il risultato del confronto dei testi giustiniani con quelli genuini direttamente conservatici. Oggi specialmente che lo studio del diritto romano classico ha preso una larga estensione, è necessario non dimenticare questo punto; poichè la conseguenza, che se ne deve trarre, è non esser lecito adoperare i testi giustiniani come fonti storiche pel diritto antegiustiniano, se prima non se ne sia accertata la genuinità.

Or come i testi delle Pandette e del Codice possono essere affetti da vizi, la diagnosi ne è assai più difficile. Si può trattare di errori o di aggiunte dei copisti, che hanno alterato il testo giustiniano; o di errori o aggiunte nei manoscritti delle opere degli antichi giureconsulti adoperati dalla commissione compilatrice; o di tagli fatti nell'estrarre il frammento in modo che il passo isolato non significhi più ciò che significava nel contesto primitivo (un esempio di ciò credo possa vedersi nel fr. 7 *de div. temp. praescri.*, 44,3, confrontato col fr. 45 pr. *de usurp.*, 41,3 e col fr. 6 pr. *de div. rer.*, 1,8); o di tagli fatti nel corpo stesso del passo estratto; o di vere e proprie interpolazioni tribonianee. Spesso si può accertare che il testo non è sano, ma non si può determinare quale di queste ne sia la vera malattia.

Il libro del Gradenwitz è un importantissimo contributo al riconoscimento e talora anche al rimedio delle interpolazioni; importantissimo per i risultati ai quali è pervenuto, più importante ancora per il metodo. Que-



sto a me pare assai buono; accuratamente applicato con più ampi e certi materiali (quali per esempio si avranno nel *Dizionario della giurisprudenza classica*, di cui si legge un cenno nel primo fascicolo del nostro bullettino) esso potrà portare ancora molta luce in questi intricati problemi. Tuttavia sarebbe desiderabile che l'attenzione di coloro, che si danno a tali indagini, si fermasse pure sopra certi punti, alcuni dei quali sono appena toccati dal Gradenwitz, altri trascurati. Non pare che l'operazione delle interpolazioni sia stata sempre fatta regolarmente; sono tutte le parti, e tutti i libri delle Pandette ugualmente interpolati? Sono le tre masse del Bluhme trattate ugualmente dagli interpolatori? E l'uguaglianza fu serbata nel trattare i diversi autori? Vi sono esempi di duplice interpolazione, come potrebbe essere una prima della sottocommissione, e una seconda della commissione plenaria? (1) La irregolarità, che dovrebbe ammettersi, se a queste domande si rispondesse affermativamente, o almeno le regole più particolari, che modificherebbero le generali, possono naturalmente portare forti variazioni al grado di certezza dei risultati di ricerche generali.

Delle osservazioni fatte dal Gradenwitz e da noi più sopra brevemente accennate, non tutte hanno pari grado di probabilità, nè tutte si possono accettare. Già il Wlassak ne ha con ragione criticata la parte relativa all'uso di *actio* (confr. Wlassak, *Römische Processgesetze*, I, p. 27-77). Così può parere ancor dubbio ciò che a pag. 196 segg. si dice del fr. 36 *de poss.*, 41, 2 (confr. anche LENEL, *Palingenesia*, col. 354), e lo stesso si potrebbe ripetere di altri luoghi. Ma tuttavia, se ciò vuol dire che non tutto deve prendersi per buona moneta ad occhi chiusi, non significa che il libro non racchiuda vere e preziose ricchezze.

## PALINGENESIA IURIS CIVILIS

DI

OTTO LENEL (\*)

OTTO LENEL. — *Palingenesia iuris civilis — Juris consultorum reliquiae quae Justiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit Otto Lenel.* — Fasc. I-V, Lipsiae, Tauchnitz, 1888, in-4° a 2 colonne.

Hommel nel fare la sua *Palingenesia*, dalla quale il Lenel ha tratto il titolo dell'opera presente, si era servito di una ricetta oltre ogni dire semplice e comoda. Prendere due copie delle Pandette, per potere usare le due faccie di ciascun foglio; con un paio di forbici tagliare i frammenti, via via che si trovano citati nell'indice del Labitte, e così per ordine incollarli uno dietro l'altro; mandare finalmente il tutto alla stamperia. Quell'opera tuttavia non era senza utilità, nè vi è romanista, che più d'una volta non l'abbia consultata con profitto, per trovare riuniti in poche pagine i testi tratti dallo stesso libro di un antico giureconsulto. Ma pure quanti difetti! I frammenti di ciascun libro si seguivano nell'ordine stesso, in cui si presentavano nelle Pandette, il che è quanto dire nel massimo disordine; nessun tentativo di epurare il testo dalle interpolazioni, dai glossemi, dagli altri minori guasti prodotti dal tempo e dai copisti; sicchè, se l'antico autore avesse potuto leggere quei libri così resuscitati, avrebbe sentita la strana impressione, che si prova nel guardarsi in quegli specchi curvi e ondulati, dove le parti del volto tutte fuori di posto si confondono con gli oggetti circostanti.

Il libro del Lenel non ha di comune con quello del Hommel che i materiali, com'è naturale, e il titolo, il quale, a vero dire, non ne è la parte più bella.

Ciò che è stato fin qui pubblicato basta per dare un'idea assai favorevole di tutta l'opera. Il Lenel ha riuniti e riordinati i testi dei giureconsulti romani, che si trovano nelle Pandette e altrove, omettendo soltanto le Istituzioni di Gaio, le Sentenze di Paolo, il libro delle Regole di Ulpiano, i frammenti Dositeani, il frammento *de iure fisci*, come pure i frammenti al di fuori delle Pandette relativi al diritto pubblico e al sacro; quelli, per non aumentare senza utilità la mole dell'opera; questi, per la difficoltà pratica di limitare la materia. Tali esclusioni sembrano così abbastanza giustificate: ma è da deplorare che per tal modo il Lenel non si sia occupato della critica delle Sentenze di Paolo, le quali ne hanno ancora tanto bisogno.

(\*) Recensione in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1888, pag. 152.

(1) [Cfr. nel vol. II lo studio *Le interpolazioni dei testi delle Pandette e l'ipotesi del Bluhme. Un esempio: « animus novandi »*].

La raccolta è ordinata secondo la serie alfabetica dei nomi degli autori; ordine tenuto anche dal Hommel, e che è il solo che si possa praticamente seguire; poichè l'ordine cronologico, che a prima vista sembrerebbe preferibile, in moltissimi casi non può certamente stabilirsi ed in molti altri, per la sicura contemporaneità dei libri dei giureconsulti, dovrebbe portare a poco giustificabili arbitri.

Libro per libro, i testi sono ordinati restituendoli al posto, che dovevano occupare nel libro genuino del giureconsulto. In questo ordinamento sta gran parte del merito del Lenel e gran parte della difficoltà.

La distribuzione dei frammenti delle Pandette secondo i libri dei giureconsulti si fa in generale agevolmente attenendosi alle iscrizioni di essi; ma talora anche questa operazione può dar luogo a gravi problemi, per i frequenti errori di quelle iscrizioni, delle quali non è facile la critica e la correzione. Questa può farsi con qualche sicurezza solamente per le opere, di cui ci sono stati conservati molti testi e di cui possiamo più certamente determinare l'ordine; soprattutto quando l'errore consista nello scambio di numeri, che per la loro somiglianza grafica poterono facilmente dagli scrivani esser presi l'uno per l'altro. A tale riguardo convien badare, che nella raccolta giustiniana i numeri dei libri furono scritti per disteso, ma negli scritti originali dovevano, secondo ogni probabilità, essere indicati con cifre; sicchè l'errore, potendo cadere e sulle cifre e sul numero scritto per disteso, può essere di duplice natura. Vi sono inoltre casi, nei quali manca addirittura il potentissimo aiuto delle iscrizioni: ciò avviene specialmente per i luoghi non direttamente riferiti nelle Pandette, ma citati nei testi degli altri giureconsulti spesso col solo nome dell'autore, o con la sola aggiunta della indicazione dell'opera. È naturale che in questi casi, quando manchi il fondamento per probabili congetture, molte volte l'ordinamento riesca impossibile; e allora non resta altro che seguire il vecchio sistema di Hommel. Tuttavia due specie di indizi possono in tali casi essere anche di gran giovamento, cioè la materia trattata (quando sia sufficientemente noto l'ordine generale delle opere del giureconsulto autore del frammento), e la corrispondenza dei libri dello scrittore che cita, con quelli dello scrittore citato, poichè è naturale che il citante avesse sott'occhio specialmente i libri che trattavano la stessa materia o commentavano lo stesso testo, intorno a cui egli scriveva.

Ma dopo aver distribuiti i testi secondo i libri, s'incontra una non lieve difficoltà nell'ordinare entro ciascun libro i frammenti ad esso pertinenti. Nel suo *Edictum perpetuum*, il Lenel aveva già nelle note apposte a ciascun paragrafo così ordinati i frammenti dei grandi commentarii all'editto, sicchè per questi, se ne toglie alcune correzioni che si trovano nella Palingenesia, il lavoro era, si può dire, già fatto. Riconosciuto con precisione l'ordine dell'editto, si poteva anche con sufficiente certezza distribuire i testi degli altri commenti e delle opere, che al sistema edittale si confermarono, come p. es. la prima parte di tutti i *Digesta* (eccetto quelli di Alfeno?), la parte dei libri *iuris epitomarum* di Ermogeniano, la prima parte dei *Responsa* di Modestino. Ma non lieve oscurità nasconde invece il sistema di altri moltissimi libri. È interessante il vedere in questa Palingenesia approssimativamente riprodotto l'ordine dei libri più liberamente e scientificamente redatti, come le Istituzioni di Florentino e di Marciano, le *Res Cottidianae* di Gaio. Notevolissimo è il modo come il Lenel ha riordinata la seconda parte dei *Digesta*. Egli ritiene che nei *Digesta* fossero illustrati, dopo l'editto, le leggi e i senatoconsulti principali, e appunto secondo tali leggi e senatoconsulti distri-

buisce i frammenti, che ci restano degli ultimi libri dei Digesti di Celso, di Giuliano, di Marcello (poichè il fasc. 5 finisce con Ofilio). È questo uno dei punti più importanti e più ingegnosi; ma non si può dire ancora che la verità di tale ordinamento sia dimostrata con certezza. Bisogna prima poter fare il confronto di queste parti dei Digesti con gli altri sistemi, che non sono tutti ancora compresi nei fascicoli presenti della Palingenesia. È noto anche che il Krüger (*Zschr. der Sav. Stiftung*, VII, 94 segg.; *Gesch. der Quellen*, p. 131) ha proposto un altro ordine su tutt'altra base. In qualche punto secondario non intendo bene, quali siano i criteri adottati dal Lenel. Perchè, per esempio, nel libro 22 dei Dig. di Marcello ha egli posto i frammenti relativi alla legge Falcidia, prima di quelli riguardanti la legge Cincia; laddove nei Digesti di Giuliano e nei Responsi di Modestino il commento alla legge Cincia è collocato nel libro precedente a quello, che contiene i testi sulla Falcidia.

Molte, pur troppo, sono le opere dei giureconsulti romani, delle quali neppure il Lenel ha potuto indovinare il vero sistema, e per le quali ha perciò dovuto attenersi o a una semplice verisimiglianza, o al metodo hommeliano: tale incertezza egli riconosce, per esempio, nelle *Quaestiones* di Africano e di Callistrato, nei *Digesta* di Alfeno epitomati da Paolo, nei libri *ex Cassio* e *ex Plautio* e nelle *epistulae* di Giavoleno, nei libri *ad Minicium* e *ad Urseium* di Giuliano, nei *Pithana* di Labeone, nelle *Regulae* di Licinio Rufino e di Marciano, nelle *Membranae* di Nerazio etc., per far parola solo delle opere più importanti e a noi meglio note. Aspettiamo con grande desiderio di vedere l'ordine, che il Lenel darà ai grandi commentarii *ad Sabinum*, che dopo i commentari all'editto formano la parte più importante della giurisprudenza romana a noi tramandata.

Fissato, dov'era possibile, anche l'ordine interno di ciascun libro, il Lenel ha trascritto la serie dei testi così sistemata, segnando con numeri progressivi i frammenti di ciascun giureconsulto, e indicando il luogo delle Pandette o dell'altro libro dell'antica giurisprudenza, dov'esso si ritrova.

Ma la Palingenesia non sarebbe stata compiuta, se l'A. non avesse anche cercato di depurare i testi classici dalle interpolazioni, dai glossemi e dagli altri vizî, di cui sono affetti. Molto per questa parte egli si è giovato dei recenti studi del Gradenwitz e dell'Eisele, e si può affermare che quasi tutte le sue proposte a tale riguardo sono accettabili. Tuttavia io credo che egli abbia proceduto anche con soverchia prudenza. Questo, lo confesso, può essere un bel difetto, e molti vi vedranno un titolo di più di lode per il Lenel; ma io non posso nascondere che mi è rimasto un vivo desiderio di vedere un maggior numero di note critiche (magari con punti interrogativi e altri segni di dubbio), tanto perchè i più non credano di aver che fare con testi certamente genuini. Certo è che in più d'un luogo, in testa ai frammenti trascritti come ora si leggono, accanto al nome dell'antico giureconsulto, andrebbe scritto un buon *e Compagni!* E difficilmente vi sarà chi di tali compagni possa ritrovare la traccia meglio dell'autore di questa Palingenesia.

Ma anche così com'è, e con quelle note critiche e con le altre che determinano l'epoca, in cui vissero e scrissero i giurisperiti, il libro del Lenel potrà rendere grandissimi servigi allo studio della storia interna del diritto romano; studio che ogni giorno progredisce e nel quale tuttavia molto resta da fare; studio fecondo non solo per la storia in sè stessa, ma anche per il diritto attuale e soprattutto per una retta e veramente positiva filosofia del diritto. Esso non deve togliere al diritto giustiniano la somma sua impor-



tanza; ma può giovare anzi a farci meglio intendere anche questo, e nella sua posizione nella storia, e in sè stesso, poichè non credo si debba rifiutare nell'interpretazione dei testi giustiniani, pur come tali, la luce, che dal loro significato primitivo ne viene riflessa.

Nel chiudere questo cenno bibliografico, non posso tacere il desiderio che il Lenel all'opera sua apponga una lunga prefazione, nella quale dia ragione di tutti gli studi preliminari, che ad essa lo hanno condotto. Infatti un'opera come questa, tutta di risultati, ha il pregio grande di presentare cose concrete e di non ammettere facili sfuggite ed equivoche conclusioni; ma ha anche il difetto di nascondere il lavoro intellettuale, ch'essa ha costato, la cui cognizione può essere anch'essa di non poco vantaggio, e di non ammettere un'adeguata espressione del grado di dubbio e di probabilità dei risultati non certi. Soprattutto sarebbe desiderabile uno studio ampio, dimostrativo dei diversi sistemi delle opere riordinate dall'A., con tabelle comparative, le quali goveranno alla più facile e retta loro intelligenza.

## SULL'ETA' DEGLI ULTIMI LIBRI DELLE *DISPUTATIONES* DI CLAUDIO TRIFONINO (\*)

Il FITTING, *Alter der Schriften römischer Juristen*, pag. 32, parlando dell'età dei 21 libri delle *Disputazioni* di Trifonino ritiene che i primi 10 libri sieno stati scritti sotto Caracalla e Geta, perchè nel secondo e quarto libro si legge « *Imp. noster cum Divo Severo patre suo* » (l. 44 pr. *de excus.*, 27,1; l. 12, § 17, *de capt.*, 49, 15; confr. anche l. 11 pr. *de postul.*, 3, 1 estratta dal lib. 5), mentre nel libro 10 (l. 39 *de poenis*, 48, 19) si parla di un rescritto degli « *optimi Imperatores nostri* », i quali, dopo morto Settimio Severo, non potevano essere che Caracalla e Geta (anno 211 d. C.).

« I libri seguenti, continua il Fitting, *pei quali ci manca qualunque indizio*, debbono attribuirsi ai primi tempi dell'impero di Caracalla solo, se non si voglia ammettere, che tutta l'opera, che comprende 21 libri, sia stata scritta sotto Caracalla e Geta cioè nel corso di un anno ».

Simili osservazioni si trovano in KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, pag. 738. Recentissimamente poi il KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, pag. 201, nota 85, dopo avere ripetuto lo stesso per i primi dieci libri, soggiunge: « I libri posteriori non offrono alcun dato ».

A me sembra tuttavia, che possa stabilirsi con sufficiente probabilità che il libro 18 fu scritto sotto Caracalla nell'anno 213 o poco dopo. Ed ecco come.

Nel fr. 19, § 2, *de castr. pec.*, 49, 17 estratto appunto dal libro 18 delle *Disputazioni* di Trifonino, si legge:

« *Filius familias paganus de peculio castrensi fecit testamentum et, dum ignorat patri se suum heredem extitisse, decessit. non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis id in milite etiamnunc rescriptum sit, quia miles ab initio etc.* ».

Qui, come vedesi, si fa cenno di un rescritto, nel quale fu riconosciuto che il testamento fatto da un milite per i beni castrensi non impedisce l'apertura della successione *ab intestato* per i beni d'altra natura. Ora tale rescritto mi pare ci sia stato conservato nella c. 2 *de test. mil.*, 6, 21:

« *Miles si castrensiuum tantummodo bonorum commilitonem suum instituit heredem, cetera bona eius ut intestati defuncti mater eius iure possedit etc.* ».

Questo rescritto è dall'imperatore Antonino Caracalla diretto a *Septimo militi*, e porta nella sottoscrizione « *PP. XI K. Mart. Antonino A. IIII et Balbino cons.* »; è dunque del 19 febbraio 213.

Il rescritto citato da Trifonino era stato emanato poco prima che egli scrivesse (*etiamnunc*); se dunque, com'è probabile, esso è quello contenuto nella c. 2 *de test. mil.*, ne viene la conseguenza che il libro 18 delle *Disputationes* fu scritto non molto dopo il 19 febbraio 213.

Naturalmente tutto ciò non è assolutamente certo, perchè è sempre possibile che Trifonino alludesse ad altro rescritto; ma tuttavia non mi pare che si possa negare che la probabilità sia grande.

(\*) Pubbl. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1888, pag. 228.

SULLA BREVE RACCOLTA DI FRAMMENTI GIURIDICI IN PARTE ROMANI IN PARTE BARBARICI SCOPERTI DA CONRAT NEL COD. B. 32 FOL. 158 DELLA BIBLIOTECA VALLICELLIANA (\*)

Nel Cod. B. 32 fol. 158 della Biblioteca Vallicelliana di Roma il professore Max Conrat di Amsterdam scoprì recentemente una breve raccolta di frammenti giuridici in parte romani in parte barbarici. Il testo di questi frammenti è stato pubblicato dal prof. A. Gaudenzi di Bologna nella *Rivista italiana di scienze giuridiche*, vol. VI, pag. 234, segg., col titolo: *Tre nuovi frammenti dell'editto di Eurico*, avendo speciale riguardo ai testi barbarici. Probabilmente torneremo a parlare anche di questi frammenti per la parte di diritto romano.

Notiamo intanto che questi testi giuridici furono probabilmente trascritti in quel codice per riempire l'ultimo foglio del quaderno, che sarebbe altrimenti rimasto in gran parte in bianco. Il titolo (che fu trascritto dal Gaudenzi con qualche inesattezza) che apre la serie di questi frammenti è: *Lex legum brebiter facta a Leone sanctissimo papa et Costantino sapientissimo et piissimo imperatore ab instutoribus et libro novelle magni Justiniani dispositionis ad directionem humanitatis*. Esso parve strano al Conrat e al Gaudenzi: ma a noi non pare, poichè esso è solo una cattiva e interpolata versione del titolo dell'Ecloga di Leone Isauro e Costantino Copronimo. Il primo frammento poi corrisponde al c. 57 dell'editto di Teodorico; il secondo alla *Summa perusina* del Cod. Just. c. 7, *Unde vi*, 8, 4 (l'intitolazione *lex rerum privatarum* deriva dalla iscrizione della legge *ad Messianum comitem rerum privatarum*; il finale *quadruplum* trascritto dal Gaudenzi, a me pare volontariamente cassato dallo scrittore; il *reddere* può leggersi *reddet*); il terzo frammento non deriva già da una perduta costituzione del codice teodosiano, come suppose il Gaudenzi, ma è una parafrasi della c. 22 *de poenis*, 9, 47 del codice giustiniano.

Dei testi barbarici non è qui il caso di parlare: osserviamo solo che naturalmente il titolo, che più sopra abbiamo detto esser quello dell'Ecloga, non può avere diretta connessione con essi, nè coi testi di diritto romano.

(\*) Notizia pubbl. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1888, p. 258.

DUE INTERPRETAZIONI IN MATERIA DI SERVITÙ (\*)

I.

SULLA PRETESA SERVITÙ DI "ACTUS SINE ITINERE",

L. 4, § 1, D. *Si servitus vind.*, 8, 5:

Ulpianus, libro septimo decimo ad edictum. *Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur.*

L. 1, D. *De adim. vel transfer. leg.*, 34, 4:

Paulus, libro tertio ad Sabinum. *Qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia numquam actus sine itinere esse potest.*

Antica è la questione, alla quale hanno dato luogo queste due leggi, circa l'ammissibilità di una servitù di *actus sine itinere*. Molti furono anche i tentativi di conciliazione più o meno infelici, che possono vedersi lucidamente enumerati dal Vangerow (1); e parecchi autori hanno finito col ritenere insolubile l'antinomia, dando quindi la preferenza ad una legge o all'altra.

A me pare che il problema non sia tanto difficile, solo che prima di procedere al confronto e alla conciliazione dei testi si cerchi di intender bene ciascuno dei due isolatamente considerato.

Ora nella l. 1 *de adim.*, 34, 4, Paolo ci dice categoricamente, che non vi può essere mai *actus sine itinere*; ed in applicazione di questa regola nega la validità della detrazione dell'*iter* dall'*actus* legato. Non si può dunque, relativamente a questa legge, parlare di regole particolari dell'*ademptio legati*, nè si può ricorrere a sotterfugi per negare la regola, che è espressamente enunciata ed applicata. D'altra parte è anche conforme alla natura delle cose, che non sia ammissibile il passaggio di bestie senza quello di uomini; e lo stesso principio infatti si ritrova in altri testi, come nella l. 2 *Quemadm. serv. amitt.*, 8, 6, nella l. 58 *de v. o.*, 45, 1, nella l. 1 *de s. p. r.*, 8, 3, nel pr. *Inst. de servi.*, 2, 3 (confr. pure l. 13, § 1, *de accept.*, 46, 4).

Ulpiano invece nella l. 4, § 1, *Si serv. vind.*, 8, 5 non si propone la questione della possibilità di un *actus sine itinere*, ma si occupa solo dell'azione, che spetta a chi abbia un *iter sine actu* ovvero un *actus sine itinere*. Ora poichè per lo meno l'ammissibilità dell'*iter sine actu* come ser-

(\*) Pubb. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1889, pag. 165.

(1) VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 7ª ediz., vol. I, § 341, pag. 718 seg.; BÜCKING, *Pand. od. Inst.*, vol. II, § 170, not. 21, pag. 280 seg. Nulla di nuovo si è detto di poi: confr. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6ª ediz., vol. I, § 211, not. 1, pag. 723; DERNBURG, *Pandekten*, 2ª ediz., vol. I, § 242, not. 6, pag. 573 seg.



vitù per sè stante è fuori di ogni discussione, così per noi come per Ulpiano, non si può credere che il giureconsulto, nel passo che studiamo, avesse voluto affermare l'esistenza dell'*iter sine actu* e dell'*actus sine itinere*; egli ha detto semplicemente che chi ha l'uno o l'altro diritto può esercitare una data azione. È dunque necessario ritrovare quale difficoltà potesse opporsi ugualmente alla proponibilità di tale azione, tanto per chi avesse l'*iter sine actu*, quanto per chi avesse l'*actus sine itinere*. La difficoltà, che in diritto giustiniano non si può immaginare, subito invece si vede volgendo lo sguardo al diritto antegiustiniano vigente ai tempi di Ulpiano. È noto che l'*intentio* della formula relativa alle servitù di passaggio era così concepita (1):

« *Si paret A° A° ius esse per fundum illum ire agere* ».

La menzione dell'*ire* e dell'*agere* poteva a prima vista far credere, che la formula fosse destinata solo a chi avesse la servitù di *via*, la quale appunto comprendeva l'*ius eundi et agendi* (2).

Non poteva dunque servirsene chi avesse solo il diritto dell'*iter* o solo quello dell'*actus*? A tale domanda Ulpiano rispondeva nella nostra legge:

« *Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet hac formula utetur (scilicet detracta agendi vel eundi mentione)* ».

Le parole *actum sine itinere habet* non si riferiscono dunque ad una servitù di *actus*, dalla quale si fosse sottratto l'*iter*, come le parole *iter sine actu* non designano certamente l'impossibile figura di una servitù di *iter*, dalla quale si fosse detratto l'*actus*; ma quella frase significa l'*actus* semplice di fronte alla *via*, come questa l'*iter* semplice di fronte alla *via*.

Nulla dunque Ulpiano qui ha scritto, non solo che sia contrario al testo di Paolo (l. 1 *de ad. leg.*, 34, 4), ma neppure che sia relativo all'ammisibilità di una servitù di *actus* diminuita dell'*iter*.

Nel diritto giustiniano l'allusione alla formula non poteva conservarsi e perciò i compilatori al testo primitivo di Ulpiano sostituirono quelle incolori parole *actione de servitute utetur*, e il testo perdè il suo primitivo valore. Esso ormai non significa altro che la triviale verità, che possono agire con la confessoria anche coloro, i quali hanno il diritto di *iter* o quello di *actus*, come può agire colui che ha la *via*. Ma certamente non deve ammettersi che il testo abbia mutato significato fino al punto di riconoscere una servitù di *actus*, da cui siasi detratto l'*iter*; a ciò si oppongono le altre leggi sopra citate accolte nella compilazione, ed anche lo stesso tenore del nostro testo, dove l'*actus sine itinere* si trova pure sempre accanto all'*iter sine actu* e deve perciò spiegarsi in modo analogo a questo.

Se queste considerazioni valgono a farci escludere con sicurezza la pretesa servitù di *actus* priva dell'*iter*, e se ci dimostrano l'inesistenza della contraddizione tra la l. 1 *de ad. leg.*, 34, 4 e la l. 4, § 1, *Si serv. vind.*, 8, 5, non bisogna tuttavia esagerare la importanza di queste conclusioni fino al punto da negare che nell'*actus* il diritto di passare a piedi senza bestiame non possa essere ridotto in forza di modalità apposte alla servitù. Ciò anzi deve ammettersi, poichè « *modum adici servitutibus posse constat* », e dell'apposizione di modalità restrittive alle servitù di passaggio ci fanno espressa menzione le nostre fonti giuridiche (3).

(1) Vedi LENEL, *Edictum*, § 73, pag. 152.

(2) LENEL, *op. cit.*, pag. 151, nota 6. - L. 1 *de s. p. r.*, 8, 3; l. 7 *pr. eod.*; l. 11 *eod.*; l. 9 *pr. Si serv. vind.*, 8, 5; l. 6 i. f. *Quendam serv.*, 8, 6; l. 9 *de serv.*, 8, 1; l. 20 *pr. de s. p. r.*, 8, 3; CAIUS, 4, 3.

(3) Vedi l. 4, § 1, *de serv.*, 8, 1; l. 3, § 14, *de itin.*, 43, 19; l. 14 *Comm. praed.*, 8, 4. — Confr. PEROZZI, *Sulla struttura delle servitù prediali*, p. 41 segg.

Ma tuttavia è necessario sempre ricordare, che la restrizione apposta alla facoltà, che forma il contenuto proprio dell'*iter*, non poteva mai giungere nell'*actus* fino alla assoluta e totale esclusione dell'*iter*, nè si presentava mai alla mente dei romani come una detrazione dell'*iter* dall'*actus*; sicchè bene a ragione Paolo poteva scrivere: *numquam actus sine itinere esse potest*, negando l'efficacia dell'*ademptio* dell'*iter* dal legato di *actus*, e Ulpiano poteva designare l'*actus* semplice, in confronto della *via*, come *actus sine itinere*, senza paura che questa frase ai suoi tempi producesse nei lettori quella confusione, che pur troppo (anche per colpa della interpolazione triboniana) è fra i moderni interpreti fino ad oggi durata.

## II.

### SULLA ESTENSIONE DELLA SERVITÙ DI ACQUEDOTTO SULL'ALVEO ASCIUTTO (CON UNA DIGRESSIONE SUI FRAMMENTI DEI LIBRI DI POMPONIO AD SABINUM)

L. 3, § 2, *de aqua cott. et aest.*, 43, 20.

Pomponius libro trigesimo quarto ad Sabinum. *Si aquam ex flumine publico duxeris et flumen recesserit, non potes subsequi flumen, quia ei loco servitus imposita non sit, quamvis is locus meus sit. Sed si alluvione paulatim accesserit fundo tuo, subsequi potes, quia locus totus fluminis serviat ductioni. Sed si circumfluere coeperit mutato alveo, non potes, quia medius locus non serviat interruptaque sit servitus.*

Non è mia intenzione di incominciare con ricerche critiche su questo testo, il quale apparisce guasto in qualche punto (1). Dirò in seguito in

(1) Il Mommsen nella sua edizione propone di leggere *alveus* invece di *meus* nella frase *quamvis is locus meus sit*. Ma tale proposta non mi pare accettabile, perchè sarebbe strano che fosse detto *alveus* quel terreno appunto al momento, in cui cessa di esser tale (si badi al verbo *sit*); d'altronde il motivo della prima decisione sarebbe, così concepito, contrario a quello della seconda decisione contenuta nella proposizione seguente: *quia locus totus fluminis serviat ductioni*. — HUSCHKE nella *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, XX, p. 249 s., nota, e prima di lui POTHIER, *Pand.*, lib. VIII, tit. I, n. XII, ed altri vogliono leggere *fundo meo* invece di *fundo tuo*; e per verità un mutamento simile sembra necessario (quantunque non basti, come dimostrerò tra breve) se si vuole intendere la seconda proposizione, la quale non può, per tutto il contesto, significare soltanto che il proprietario di un fondo rivierasco, che prende l'acqua dal fiume, può continuare a prendersela anche se questo fiume faccia depositi alluvionali sulla riva del fondo; e non può certamente neppure significare ciò, che le fa dire il Sintenis nella versione tedesca del *corpus iuris*, vol. IV, pag. 479, ossia che il proprietario del fondo dominante può seguire la corrente del fiume, che per alluvione si avvicina al suo fondo, poichè è assurdo che si segua (*subsequi*) ciò che si avvicina, e assurda sarebbe la questione stessa risolta dal giureconsulto secondo tale ipotesi, e assurda la motivazione *quia locus totus fluminis serviat ductioni*. — Dionisio Gotofredo nelle sue note al nostro testo propone di sostituire *publicus* a *meus* nella frase *quamvis is locus meus sit*; ma veramente tale proposta non pare che meriti giudizio diverso da quello datone dallo SCHULTING, *Notae*, tom. VI, pag. 578 *ad h. l.*: « *Publicus legit. D. Goth. in not. Male* ». — Le edizioni glossate hanno *potest* in luogo di *potes* in tutti e due i casi, ma ciò non solo manca d'ogni fondamento nei migliori manoscritti, ma non giova neppure alla più chiara

qual modo, a parer mio, esso debba correggersi; per ora mi contenterò di considerarlo così com'è nelle sue linee maggiori.

Sebbene non possa parlarsi di concordia degli interpreti nella intelligenza della nostra legge (1), si può tuttavia ritenere che la grande maggioranza di essi crede, che sieno in questa discussi tre casi: 1° recesso del fiume lasciando l'alveo in parte o in tutto allo scoperto; 2° incremento del fondo rivierasco (soggetto alla servitù) per alluvione; 3° allontanamento del fiume per circonluvia. Nel primo e nel terzo caso non sarebbe ammessa la estensione dell'acquedotto fino alla nuova corrente del fiume, sicchè la servitù verrebbe a mancare; nel secondo caso invece, trattandosi di un incremento latente, sarebbe permesso il seguire la corrente. Di qui poi molti autori deducono la conseguenza, che l'abbandono parziale del letto del fiume si distingue essenzialmente dall'alluvione propriamente detta e costituisce un incremento fluviale di cosa indipendente più simile all'*insula nata* che all'alluvione.

Erronee mi sembrano tutte queste interpretazioni ed anche le altre, che se ne distaccano; ma invece di seguire e criticare i ragionamenti altrui, per semplicità e chiarezza, mi contenterò di esporre la mia opinione con le opportune giustificazioni: se riuscirò a dimostrare la verità della mia, sarà nello stesso tempo provata la erroneità delle altrui interpretazioni.

Io credo che la nostra legge non figuri tre casi diversi, ma contenga nella prima parte una decisione generale data in termini troppo vaghi e indefiniti, la quale nelle due parti seguenti viene meglio determinata con l'opportuna distinzione di due casi diversi, che richiedono diversa risoluzione. Il significato della prima parte deve dunque ricercarsi nelle altre due, sicchè in sostanza l'importanza giuridica del testo si riduce a queste due ultime parti. Ecco, secondo me, lo svolgimento delle idee di questa legge. Tu hai una servitù di acquedotto sul mio fondo per derivare l'acqua dal fiume, che costeggia questo mio fondo. Se il fiume recede, tu non puoi seguirlo, perchè lo spazio intermedio non è soggetto alla servitù di acquedotto, quantunque appartenga a me stesso. Convieni peraltro distinguere due modi di recesso del fiume, perchè, se il fiume si allontana per l'alluvione che accresce la mia riva, tu puoi seguire la corrente, perchè tutto lo spazio occupato dal fiume si deve dire soggetto al tuo acquedotto e perciò tu non eccedi il tuo diritto estendendo l'acquedotto stesso sul terreno allu-

intelligenza del testo e ne impedisce ogni corretta costruzione grammaticale. — Il BÖCKING, *Instit. od. Pand.*, II, § 170, nota 38, pag. 283, corregge in *abluzione* la parola *alluvione*. Ciò non offre di per sè difficoltà, ma si cade in tal modo nell'assurda interpretazione del Sintenis più sopra notata. — Constatiamo dunque che universale è l'opinione, che il testo sia guasto; quantunque le correzioni proposte siano o inaccettabili o insufficienti.

(1) Per le varie opinioni, oltre gli autori citati nella nota precedente, veggansi i soliti scrittori esegetici e CAEPOLLA, *De servit. rust. praed.*, cap. IV, n. 35 (Laus. et Gen. 1745, pag. 309 seg.); WESTPHAL, *De libertate et servitutibus praediorum* (Lipsiae 1773), § 175, nota 146, p. 142; GLÜCK, *Pand.*, vol. X, pag. 196 seg.; ELVERS, *Die röm. Servitutenlehre*, pag. 213; DERNBURG, *Pfandrecht*, I, pag. 438; BECHMANN, *Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession*, p. 14, num. 3, pag. 19 a, pag. 20, not. 2; DE CRESCENZIO, *Accessione* (nell'*Encicl. giuridica*, ed. Vallardi) num. 14, p. 188; FADDA, *Lezioni di diritto romano*, pag. 197; DESTRAIS, *De la propriété et des servitudes*, pag. 296; CAPORALI, *Contributi alla teoria dell'alluvione etc.* (estratto dal giornale *La Legge* 1886) pag. 43 segg., dove l'opinione qui da me svolta è già accennata come da me esposta nelle lezioni dell'anno 1885; COCLILO, *I diritti del creditore sopra l'isola nata nel fiume* (negli *Studi giuridici e storici per l'VIII centenario della università di Bologna*) pag. 77.

vionale, che appunto fa parte del letto del fiume. Se invece il fiume si allontana mutando l'alveo per circonluvia, tu non puoi seguire con l'acquedotto la corrente, perchè il terreno intermedio non è soggetto alla servitù e perciò l'acquedotto è interrotto. La decisione, dunque, che nel caso di recesso del fiume tu non puoi seguire la corrente, è vera per il caso di circonluvia, non già per quello di alluvione.

In tal modo nel nostro testo non si parlerebbe punto del caso di abbandono parziale del letto del fiume, o totale, ma in modo che il nuovo letto fosse precisamente contiguo all'antico. Questo caso, ancorchè fisicamente possibile indipendentemente dall'alluvione, è tuttavia abbastanza raro, sicchè non deve far meraviglia che il diritto non l'abbia preveduto. Certo mi pare che normalmente tale mutamento sarà il prodotto dell'alluvione, e che in ogni modo nelle fonti romane esso non è specialmente trattato. Se esso s'avverasse e si dovesse decidere secondo la l. 3, § 2, *de aq. cott.*, 43, 20, a parer mio, si dovrebbe ammettere l'estensione dell'acquedotto sulla parte lasciata asciutta, poichè si dovrebbe applicare la ragione di decidere da Pomponio riconosciuta per l'incremento alluvionale « *quia locus totus fluminis serviat ductioni* ». Anche la più semplice considerazione delle necessità pratiche dovrebbe del resto condurre alla stessa conclusione, poichè l'incremento fluviale della proprietà verrebbe, secondo la contraria opinione, a privare dall'acquedotto colui, che fin ora vi aveva diritto.

Ma convien dimostrare che realmente la prima parte del nostro testo non si riferisce al recesso del fiume per derelizione dell'alveo nel modo voluto dalla comune opinione, e che esso in sostanza dice solo in modo poco ben determinato ciò, che più specificatamente si ripete nell'ultima parte, e si riferisce perciò in sostanza alla derelizione dell'alveo per circonluvia.

In fine spiegherò in qual modo nel testo si possa trovare prima una decisione troppo generalmente concepita e perciò poco chiara, e quindi la più precisa dichiarazione della decisione stessa, cosa che, a prima vista, può sembrare strana e non accettabile.

Se il primo caso si riferisce all'allontanamento del fiume in modo da lasciare scoperto l'alveo in tutto o in parte tra la nuova corrente e il limite primitivo del fondo serviente, ov'era la presa d'acqua, si dovrebbe ammettere (e l'ammettono infatti gli interpreti, che io combatto) che la servitù di acquedotto resta interrotta, non estendendosi sulla parte dell'alveo rimasta asciutta. Ma ciò posto, è assurdo che si metta poi in questione il caso della derelizione dell'alveo e dell'allontanamento del fiume per circonluvia, e si neghi la estensione dell'acquedotto fino alla nuova corrente per la mancanza di servitù sul terreno intermedio tra l'antico alveo e il nuovo (*quia medius locus non serviat*), poichè la servitù sarebbe già interrotta dall'alveo derelitto, il quale già di per sè impedirebbe l'avanzarsi dell'acquedotto. Non solo dunque non s'intenderebbe come il terzo caso potesse proporsi, dopo avere deciso il primo, ma il motivo addotto per decidere il terzo sarebbe anche poco ragionevole.

Ho già notato più sopra come la ragione di decidere espressa per il caso dell'alluvione « *quia locus totus fluminis serviat ductioni* » dovrebbe servire a fare ammettere anche l'estensione dell'acquedotto sull'alveo in tutto o in parte derelitto. Ora anche a volere ritenere che tale ragione non fosse giusta (il che sarebbe pur sempre una gratuita asserzione), non si potrebbe mai spiegare come Pomponio l'avesse addotta proprio per decidere diversamente il caso dell'alluvione da quello dell'alveo derelitto.

Questi argomenti tratti dal testo medesimo dimostrano, io credo, abba-



stanza l'assurdità dell'interpretazione comune. Essi diventano più forti ancora, se vi si uniscono le considerazioni pratiche esposte più sopra.

A favore dell'interpretazione mia, si possono dal testo ricavare parecchi argomenti. La ragione portata a sostegno della risoluzione nella prima parte (*quia ei loco servitus imposita non sit*), è ripetuta in sostanza nella risoluzione dell'ultima parte (*quia medius locus non serviat*), il che ben si armonizza col supposto, che la prima e l'ultima parte trattino dello stesso caso. Le parole *quamvis is locus meus sit*, che si leggono nella prima parte, assumono un ben chiaro significato, se si riferiscono al *medius locus* tra l'alveo derelitto e il nuovo, poichè così il giureconsulto nega che si possa assoggettare alla servitù di acquedotto il fondo intermedio, ancorchè appartenga al medesimo proprietario del fondo serviente. Ottimamente si chiarisce come al *locus* così inteso si opponga il *locus fluminis* nel caso dell'alluvione; e come l'essere il terreno alluvionale *locus fluminis* possa far decidere il caso diversamente dall'altro, nel quale il terreno da attraversare non era un nuovo acquisto di terra prima coperta dalle acque, ma una parte di fondo non soggetta a servitù alcuna.

Contro la mia opinione non si può dunque elevare altra obiezione, che quella della apparente improbabilità, che il giureconsulto abbia prima espressa una decisione ambigua e poi l'abbia dichiarata distinguendo due casi, dei quali solo il secondo veramente corrisponde alla prima decisione.

Dirò tra breve come questa difficoltà si debba eliminare. Prima voglio parlare di un'altra legge relativa a casi di estensione di una servitù sopra incrementi fluviali, la quale credo che abbia molto influito sulla interpretazione della nostra l. 3, § 2, *de aq. cott.*, 43, 20. Ulpiano nella l. 9, § 4, *de usufr.*, 7, 1, tratta dal libro XVII *ad Sabinum*, così scrive:

« *Huius vicinus tractatus est, qui solet in eo quod accessit tractari: et placuit alluvionis quoque usum fructum ad fructuarium pertinere, sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usum fructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat: esse enim veluti proprium fundum, cuius usus fructus ad te non pertineat, quae sententia non est sine ratione: nam ubi latitet incrementum, et usus fructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit...* ».

L'usufrutto dunque si estende alla alluvione, perchè questa costituisce un incremento latente; non si estende invece alla *insula nata*, perchè questa è separata dal fondo tenuto in usufrutto. La legge non parla dell'alveo derelitto; ma si può ritenere che, trattandosi anche qui di incremento che può darsi separato, l'usufrutto non deve estendersi neppure a questo. Di qui si potrebbe concludere, con una generalizzazione affrettata, che le servitù si estendono all'alluvione, non all'isola, nè all'alveo derelitto. Ma questo sarebbe un errore logico. Ben s'intende che l'usufrutto, diritto determinato sopra cosa determinata, non si allarghi anche a cosa, che, come accessoria, ma separata e riconoscibile, si aggiunga a quella soggetta a servitù, poichè tale accessione non fu mai prima in alcun modo oggetto del diritto dell'usufruttuario. È invece praticamente assurdo, e non è richiesto neppure da alcuna logica formale, che colui che ha un diritto di acquedotto lo perda (poichè non bisogna dimenticare che il non ammettere l'estensione fino all'acqua del fiume significa perdita dell'acquedotto), solo perchè la proprietà del fondo serviente si è accresciuta di una striscia di terra, la quale era prima coperta dalla corrente e serviva perciò tutta alla derivazione dell'acqua. Per ben comprendere la differenza dei casi, si ponga mente alla differenza delle ragioni addotte nella l. 9 § 4, *de usufr.*, 7, 1 e nella l. 3,

§ 2, *De aq. cott.*, 43, 20 per la decisione del caso relativo alla alluvione: nella prima si insiste sulla non riconoscibilità dell'incremento, nella seconda invece si rileva che il terreno alluvionale era prima soggetto alla *ductio* come *locus fluminis*. Tale diversità, lo ripeto, deve necessariamente indurre diversità di decisione pel caso dell'alveo derelitto.

Ora eccomi all'ultimo punto, per verità, piuttosto grave. Che lo stesso giureconsulto abbia scritta la prima parte della nostra l. 3, § 2, *de aq. cott.*, 43, 20 in modo poco preciso, e l'abbia poi meglio dichiarata in seguito, ripetendo nella terza parte più esattamente lo stesso concetto, è cosa non impossibile certamente, ma pure poco probabile; e se tale improbabilità non si potesse toglier di mezzo, la mia interpretazione andrebbe sempre incontro ad obiezioni.

Ma non è difficile spiegare la cosa.

La l. 3 *de aq. cott.*, 43, 20 appartiene ai libri di Pomponio *ad Sabinum*. Si può dunque ritenere senza difficoltà, che la prima parte del nostro testo sia di Sabino, e che le altre due, che incominciano entrambe con le parole *Sed si*, contengano il commento e la illustrazione di Pomponio all'espressione troppo determinata di Sabino. Ciò posto, quello che prima pareva improbabile, diventa invece naturalissimo.

Ora che nei frammenti dei libri di Pomponio *ad Sabinum* (ed anche negli altri commentari a questo autore) si trovino dei passi di Sabino stesso, anche senza che ciò nelle Pandette esteriormente risulti in alcun modo, nessuno che abbia pratica delle nostre fonti vorrà negarlo. Recentemente pure il Lenel nella sua *Palingenesia*, vol. II, col. 187, nota 4, osservava: « *Pomponius, Ulpianus, Paulus in libris ad Sabinum inscriptis cum praeter iuris civilis libros quos ordine tractabant alii quoque Sabini libris usi sint, in incerto remanet, num ea commentariorum illorum fragmenta, quibus Sabinus non indicato libro laudatur, ad iuris civilis libros sint referenda: haec igitur, ne nimium coniecturae tribuerem, his libris adscribere non ausus sum, sed in indice suo loco adnotavi, quae fragmenta ex iuris civilis libris petita esse existimem. Praeter ea autem, quae in contextu retuli, per multa Sabino addixerim in commentariis Sabinianis sub nomine Ulpiani, Pauli, Pomponii tradita (compilatores enim quin saepissime Sabini non ibi deleverint non potest dubitari): quod ubicumque coniecturae ansa erat, apud auctores illos adnotavi* ».

Per convincersene basta del resto notare che ben di rado Sabino è citato nei frammenti dei libri *ad Sabinum*, mentre è impossibile che, soprattutto nei libri di Pomponio, ch'è il più antico dei tre commentatori, molto di Sabino non vi sia; e di quei pochi casi, nei quali il nome di Sabino si trova, il massimo numero appartiene certamente ad opere diverse dai libri *iuris civilis*, che formano il sostrato dei commentarii.

Non è qui il luogo di fare un'ampia ricerca dei passi di Sabino, che si trovano senza citazione di nome nei libri *ad Sabinum*. Forse su questo punto tornerò in altra occasione. Qui basterà accennare, a mo' d'esempio, ad alcuni casi, oltre quelli indicati dal Lenel nella sua *Palingenesia*, dove la cosa mi sembra avere un alto grado di probabilità: essi varranno anche come esempi del metodo, che deve, a parer mio, tenersi per riconoscere i passi di Sabino.

Nella l. 4 *de pec.*, 15, 1 (LENEL, *Paling.*, 514), dopo aver data una definizione del peculio, si fa una distinzione con le parole: « *Sed hoc ita*

« *verum puto, si..... si vero..... contra puto* ». Ciò è almeno un indizio, che la definizione non appartiene a colui, che ne fa la critica.

Nella l. 1 *de h. v. a. vend.*, 18, 4 (LENEL, 549) l'infinito « *nihil esse acti* » richiede una proposizione che lo regga, e che verosimilmente è « *Sabinus ait* ».

Lo stesso può ripetersi nella l. 16 *de aq. et aq. pl. arc.*, 38, 3 (LENEL, 677) per gl'infiniti « *posse* » e « *debere* ».

Se si confronta la l. 15, § 4, *de prec.*, 43, 26 con la l. 3, § 5, *de aq. v. am.*, 41, 2, a me sembra si debba concludere che quel testo è precisamente quello, al quale allude Paolo nella seconda legge con le parole: « *Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit* ».

Che testi come la l. 180 *de v. s.* 50, 16 (LENEL, 753) contenenti interpretazioni di parole delle 12 tavole appartengano a Sabino può essere incerto, ma non davvero improbabile: e così pure molte delle citazioni di più antichi giureconsulti possono essere pervenute nell'opera di Pomponio attraverso i libri di Sabino, e molte di quelle frasi e formulazioni di concetti, che sono passate quasi in proverbio.

Qualche volta la ricerca deve farsi con metodo più complicato. Così, per esempio, io credo che le parole « *Et liberi hominis..... emptio intellegitur* » della l. 4 *de c. e.*, 18, 1 (LENEL, 533) sieno di Sabino, ed ecco perchè. Questa l. 4 va evidentemente unita alla l. 6 *eod.* che è dello stesso Pomponio e dello stesso libro nono *ad Sabinum*, ed è separata da quella solo da poche parole di Paolo, che formano da l. 5 *eod.* Ora se si leggono di seguito la l. 4 e la l. 6: « *Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intellegitur, si ab ignorante emitur. — Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius* » presto si vede che Pomponio non può averle scritte in questo modo. Infatti sarebbe assurdo che alla proposizione « *emptio intellegitur si ab ignorante emitur* », si facesse seguire come opposizione di Celso: « *Sed Celsus ait..... scientem te emere non posse* », che non sarebbe altro che la ripetizione dell'idea stessa. I compilatori nel distaccare i due passi, per metterli d'accordo, aggiunsero al primo le parole « *si ab ignorante emitur* ». Oltre a ciò molto probabilmente la frase « *et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest* » fu anche aggiunta nella l. 4, traendola da quella più lunga relativa alle medesime cose, che sta nella l. 6. In questa l. 6 d'altra parte la frase « *nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse* » non può essere stata così scritta da Pomponio, perchè in sè grammaticalmente scorretta (1), e perchè la sua generale costruzione non si accorda con la proposizione precedente, nè con la seguente: « *hominem liberum scientem te emere non posse: nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca* » ecc. Tutto invece bene si intende e tutto grammaticalmente si accorda, se la frase stessa con questa interpunzione: « *nec cuiuscumque rei, si scias, alienationem esse* » si attribuisce ai bizantini compilatori, tendenti a generalizzare le parole di Pomponio. Anche l'ultimo inciso « *ut est campus Martius* » potrebbe essere un glossema più o meno antico; ma poichè tale esempio sembra essere comu-

(1) Spesso si è tentato di correggerla con rimedi critici: confr. SCHULTING-SMALLENBURG, *ad h. l.*, *Notae ad Pandectas*, vol. III, pag. 104 seg.; MOMMSEN, *ad h. l.*

nemente addotto dai romani (confr. l. 39, § 9, *de leg. I*, 30; § 4 *Inst. de leg.*, 2, 20) non oserei affermare ciò troppo recisamente.

Il testo genuino doveva dunque essere press'a poco questo:

« *Et liberi hominis emptio intellegitur. Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse, nec sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur (ut est campus Martius)* ».

Ciò posto si vede che la prima frase troppo generale, dove non si distingue tra compratore sciente e ignorante, la quale viene corretta dall'osservazione di Celso accettata da Pomponio, non può appartenere a Pomponio stesso, ma deve essere di un autore precedente, cioè di Sabino.

Credo così di avere completato la dimostrazione, che nella l. 3, § 2, *de aq. cott.*, 43, 20 la proposizione da « *Si aquam ex flumine.....* » fino a « *quamvis is locus meus sit* » possa appartenere a Sabino. E se ciò si ammette, vien meno anche l'ultima possibile obiezione contro la interpretazione da me qui sostenuta.

A complemento di questo articolo, tenterò ora anche la critica correzione del testo.

Ho già detto di sopra che la frase « *sed si alluvione paulatim accesserit fundo tuo* » sembra ai più, ed anche a me, errata: nè alcuna delle correzioni da altri proposte apparisce soddisfacente.

Io credo si debba anzi tutto notare che il verbo, che ora si legge « *accesserit* », deve necessariamente avere per soggetto *flumen* (1). Infatti i tre incisi: « *Si..... flumen recesserit* », « *Si alluvione paulatim accesserit* », « *Si circumfluere coeperit* » sono senza dubbio coordinati, e come il primo ha per soggetto espressamente *flumen*, e il terzo tacitamente, così anche deve averlo tacitamente il secondo. Ma la frase « *Si flumen alluvione paulatim accesserit* » non può stare, poichè essa non si potrebbe in altro modo spiegare, che figurando il caso di avvicinamento del fiume al fondo dominante, nel qual caso, come ho già detto più sopra (2), il *subsequi potes* diventa ridicolo, perchè non si segue ciò che si avvicina, e resta priva di senso la ragione « *quia locus totus fluminis serviat ductioni* ». Io penso pertanto che l'*accesserit* debba emendarsi in *recesserit*: la modificazione nella scrittura è lievissima, e si spiega anche facilmente come la vicinanza della parola *alluvione*, che richiama alla mente l'accessione, abbia potuto produrre lo scambio del *recesserit* in *accesserit*. Leggendo *recesserit* si intende bene anche il *fundo tuo* (3). Chi poi accetta la mia opinione circa la pertinenza della prima parte a Sabino e della seconda e terza al commento dichiarativo di Pomponio, ammetterà anche più facilmente, che quest'ultimo abbia usato lo stesso verbo *recesserit*, che si trovava nella frase troppo generale di quello.

(1) Molti invece ne fanno un verbo impersonale, e il BECHMANN, *op. cit.*, pag. 20, nota 2, fa anzi espressamente rilevare: « *Auch die unpersönliche Redeweise: accedit alluvione flumini (sic) findet sich in l. 3, § 2, D. de aqua* ». Veda il lettore quanto ciò sia probabile!

(2) Confr. nota 1 a pag. 391 a proposito delle opinioni del Sintenis.

(3) Col verbo *recedere* può forse stare anche il semplice *fundo tuo*: la correzione in *a fundo tuo* sarebbe del resto facilissima. — Si può tuttavia anche pensare che il *fundo tuo* sia stato aggiunto dopo, quando il *recesserit* già era mutato in *accesserit*, per non lasciare in aria questo verbo.



## LE DUE CITAZIONI DELLE ISTITUZIONI DI PAOLO TROVATE DAL SIG. P. THOMAS (\*)

Crediamo far cosa utile riproducendo qui per comodo dei cultori del diritto romano le due citazioni delle Istituzioni del giureconsulto Paolo, che furono trovate parecchi anni or sono dal signor P. Thomas in un commentario inedito del trattato *De inventione* di Cicerone scritto da un certo Teodorico. Infatti, quantunque questi stessi testi siano stati dallo stesso signor Thomas pubblicati nella *Revue de l'instruction publique en Belgique*, tom. XXI (Gand, 1878), pag. 30, 31, essi sono fino ad ora rimasti ignorati quasi totalmente dai giuristi. Vero è che il prof. P. Krueger, nelle note alla 9ª edizione del *Cursus der Institutionen* del Puchta da lui curata (Leipzig (1881), nel vol. I, § 104, pag. 283, nota t, e poi nella sua *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts* (Leipzig 1888), pag. 247, dava la notizia di tale pubblicazione; ma tuttavia i testi non furono mai riprodotti ad uso dei romanisti, e non si trovano neppure nella più recente edizione della *Iurisprudentia anteiustiniana* dello Huschke. Nè vedo che alcun giurista ne abbia fatto uso: neppure l'Ubbelohde nella sua edizione e continuazione del trattato della HARTMANN, *Ueber die römische Gerichtsverfassung* (Göttingen 1886), nel quale tanto a lungo si parla dell'*extra ordinem*, e dove tanti testi sono riuniti.

Ecco pertanto per intero l'articoletto del prof. Thomas.

« *Deux citations du jurisconsulte Paul* ».

« *Dans la séance tenue le 7 Avril 1877 par la Société pour le progrès des études philologiques et historiques, nous avons donné lecture d'une notice sur un commentaire inédit du de inventione de Cicéron (1). Ce commentaire, dû à un savant du moyen-âge nommé Theodoricus (ou Theodoricus) ne renferme guère d'intéressant que la mention de quelques variantes et deux citations du jurisconsulte Paul. Ce son ces deux citations que nous communiquons aujourd'hui aux lecteurs de la Revue.*

« *Le commentaire se trouve dans le manuscrit n. 10057 de la bibliothèque de Bourgogne (XII<sup>e</sup> Siècle).*

« *I. Fol. 24 v., col. 6. — Secundum Paulum in libris Institutionum, accipere nomen extra (2) ordinem est (3) sic accusare aliquem, ut oporteat eum*

\* Pubbl. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1890, pag. 6.

(1) *Revue etc. tome XX, 2 livraison, p. 83-84.*

(2) *Ms. extra (tra a été ajouté per la même main).*

(3) *est manqué dans le ms.*

« *respondere sine respectu loci, temporis, conditionis, dignitatis. Si quis enim accusetur de morte patris aut de eo quo dominum morti tradere voluerit, oportebit eum sine respectu alicujus horum respondere absque (1) dilatione cui (2) libet appellanti (3) illum. Nam in quocumque loco eum appellaverit, sive in quocumque tempore, cujuscunque dignitatis fuerit, sive sit servus (4) sive liber, oportebit eum respondere vel defendere se statim, quam (5) cito appellatus fuerit.*

« *II. Ibid. — Secundum Paulum in eodem libro, preiudicium est accipere (6) reatus ante causam.*

« *Le premier fragment contient une bévue: la définition donnée par Paul s'applique à l'expression deferre nomen extra ordinem, et non à accipere nomen e. o. A en juger par le style, il est douteux que ce fragment émane tout entier du jurisconsulte romain.*

« *Quoiqu'il en soit, il nous semble que ces deux citations offrent quelque intérêt au point de vue de l'histoire du droit romain pendant le moyen-âge.*

«P. THOMAS».

Poche parole possiamo aggiungere per conto nostro a quanto scrisse il sig. Thomas.

Anzitutto, perchè possano bene intendersi i due passi del commentatore, crediamo utile porre qui sotto gli occhi del lettore il luogo di Cicerone, al quale si riferiscono:

CICERO, *De inventione*, II, cap. 19, § 58:

... ut in quodam iudicio, quum venefici cuiusdam nomen esset delatum et, quia parricidii causa subscripta esset extra ordinem esset acceptum, quum in accusatione alia quaedam crimina testibus et argumentis confirmarentur, parricidii autem mentio solum facta esset; — defensor in hoc ipso multum oportet et diu consistat: quum de nece parentis nihil demonstratum sit, indignum facinus esse ea poena adficere eum, qua parricidae adficiuntur; id autem, si damnaretur, fieri necesse esse, quoniam et id causae subscriptum et ea re nomen extra ordinem sit acceptum.

*ibid.*, cap. 20, § 59, 60:

... agit is cui manus praecisa est iniuriarum. Postulat is, quicum agitur, a praetore exceptionem: « extra quam in reum capitis praeiudicium, fiat. » Hic is, qui agit, iudicium purum postulat; ille, quicum agitur, exceptionem ait addi oportere. Quaestio est: Excipiendum sit, a non. Ratio: Non enim oportet recuperatorio iudicio eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur praeiudicium fieri. Infirmatio rationis: Eiusmodi sunt iniuriae, ut de iis indignum sit non primo quoque tempore iudicari. Iudicatio: Atrocitas iniuriarum satisne causae sit, quare, dum de ea iudicatur, de aliquo maiore maleficio, de quo iudicium comparatum sit, praeiudicetur.

Circa la sostanza del primo frammento, che è di per sè abbastanza chiaro, il miglior partito è di rinviare il lettore al libro già citato di HARTMANN, *Ueber die römische Gerichtsverfassung* completato dal prof. Ubbelohde, dove

(1) *absque] prim. man. Ce mot a été corrigé en aliqua et la même main a ajouté devant et un peu audessus: sine.*

(2) *cui] prim. man. cujus; — us a été ensuite gratté.*

(3) *appellanti] prim. man. appellandi. Le copiste a corrigé plus tard d en t.*

(4) *servus] prim. man. severus. Corrigé par la même main.*

(5) *Ms. q.*

(6) *accusati] prim. man. accusanti (n a été supprimé par le correcteur).*

trovansi le più copiose notizie circa l'*extra ordinem* in tutte le sue applicazioni. Sono da riscontrarsi specialmente i luoghi, dove è illustrato il primo passo di Cicerone testè riferito (confr. gl'indici del libro). Avendo così presente lo stato delle nostre cognizioni, si può esattamente valutare l'importanza del nuovo testo di Paolo a noi indirettamente pervenuto; importanza che ognuno riconoscerà, se non grandissima, certo non punto spregevole.

Circa la lezione dei due testi si può qua e là aver qualche dubbio; tuttavia occorrerebbe rivedere il manoscritto per poter giudicare della esattezza della lettura e per poter proporre qualche correzione.

I dubbi, che sorgessero circa la verità delle citazioni, in quanto si riferiscono alle Istituzioni di Paolo, non mi sembrerebbero giustificati.

È notevole che ben poco di quest'opera ci è rimasto: oltre i tre passi, che se ne trovano nelle Pandette (D. 41, 2, 41; 8, 2, 4; 44, 7, 3 — confr. LENEL, *Palingenesia*, I, col. 1114), noi non ne conosciamo che un luogo tratto dal libro secondo, titolo *de dotibus*, conservatoci da Boezio nel suo commento a Cicerone, *Topica*, II, 4, 19 (confr. KRUEGER, *Collectio librorum iuris anteiustini*, tom. II [Berol. 1878], p. 160, e HUSCHKE, *Iurispr. anteist.*, 5ª ediz. [Lips. 1886], p. 561, il quale ultimo però nella nota 4 erra scrivendo che l'indice fiorentino attribuisce tre libri alle Istit. di Paolo, mentre invece ne attribuisce due soli, ed erra dicendo che i frammenti sinaitici citano il lib. 3 delle Istituzioni di Paolo, mentre citano invece le Istituzioni di Fiorentino).

Or non è senza interesse il ritrovare due altre citazioni dell'opera stessa presso un altro tardo commentatore di Cicerone. Ciò può far sospettare che le Istituzioni di Paolo fossero usate da qualche più antico commentatore di varie opere di Cicerone, al quale i posteriori attinsero poi le loro notizie. Che il Teodorico scrittore del commentario trovato dal signor Thomas difficilmente si possa credere diretto conoscitore e citatore delle Istituzioni di Paolo, si può argomentare anche dall'errore da lui commesso, e già ben rilevato dal Thomas, di dare il passo di Paolo ad illustrazione della frase *nomen accipere* anzichè di *nomen deferre*.

Notevole è che l'opera di Paolo, che da Boezio è citata: « Paulus institutorum libro secundo » etc., e nell'indice fiorentino è, come al solito, alla greca intitolato: « *instituton βιβλία δύο* », nel nostro commentatore porta il titolo di *Institutiones*, come nella iscrizione dei frammenti inseriti nelle Pandette.

Il contenuto delle citazioni dimostra come nei due libri dell'opera di Paolo molta fosse la materia trattata, comprendendosi anche notizie di procedura penale (1).

Fino a qual punto le parole usate dal commentatore nelle sue citazioni possano riguardarsi come pertinenti a Paolo non è facile determinare: tanto più che non potrebbe neppure escludersi l'ipotesi, che vi fosse per lo mezzo una di quelle *interpretationes*, che il breviario alariciano c'insegna a conoscere.

(1) Su questo punto rinviamo il lettore alla nota del prof. FERRINI (*Bull. Ist. dir. rom.*, 1890, p. 11).

## LA RIPRODUZIONE DELLE PANDETTE FIORENTINE (\*)

Ci è grato di poter confermare ai nostri socii e lettori la notizia che, per iniziativa di S. E. il cav. Mariotti, sottosegretario di Stato per la pubblica istruzione, col concorso di S. E. il ministro di grazia e giustizia, il governo imprenderà la riproduzione in foto-incisione del famoso manoscritto fiorentino delle Pandette.

La pubblicazione sarà invigilata da una commissione da nominarsi dal ministro della pubblica istruzione; della quale farà senza dubbio parte il cav. G. Biagi bibliotecario della Laurenziana, insieme con altri rappresentanti dell'arte paleografica e della scienza del diritto romano e della storia del diritto.

L'esecuzione della foto-incisione sarà, dal lato tecnico, curata dall'Istituto topografico militare di Firenze, del quale sono note l'abilità e la diligenza in simili operazioni.

Prima però di por mano alla riproduzione delle Pandette fiorentine, sarà eseguita la foto-incisione del codice laurenziano dell'Eschilo, il quale, com'è noto, costituisce il fondamento critico per la lezione delle opere del tragico greco.

Chi scrive, avendo veduto i primi saggi delle foto-incisioni dell'Eschilo, crede di poter assicurare i cultori della nostra scienza, che i mezzi tecnici corrisponderanno pienamente all'importanza scientifica dell'impresa.

Non è certo necessario aggiungere qui parole per rilevare tale scientifica importanza, per quel che concerne le Pandette fiorentine. I lunghi e diligentissimi studi fatti e nei secoli passati e negli anni più recenti non diminuiscono certo il valore di una esatta riproduzione; nè può dirsi assolutamente compiuta la cognizione del preziosissimo manoscritto, finchè non sia dato allo studioso di poterne ad ogni istante comparare il testo e minutamente riscontrare la scrittura. Anche pochi giorni or sono uno dei nostri più diligenti cultori della storia del diritto, il nostro socio prof. L. Zdekauer della R. Università di Siena, notava due sottoscrizioni esistenti nel manoscritto, importantissime per la storia di questo, e tuttavia fin qui rimaste inosservate (1).

D'altronde la stessa singolarità dell'eccellente manoscritto fa sì che ne sia desiderabile una riproduzione, la quale ne renda meno temibili i guasti,

(\*) Pubbl. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* 1890, pag. 13.

(1) Confr. ZDEKAUER, *Su l'origine del manoscritto pisano delle Pandette giustiniane* negli *Studi senesi* VI (1890), p. 287 segg. — Confr. la recensione del prof. Rossi nel *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1890, pag. 149.



che il tempo inevitabilmente produce e che talvolta anche per altre cause possono avvenire. Così si fosse a noi conservato almeno un fac-simile di quel foglio, che nei secoli passati andò disgraziatamente perduto!

E, poichè i mezzi tecnici si fanno ogni giorno più perfetti, sicchè la fotografia ha talora resi intelligibili manoscritti, che direttamente non potevano leggersi, converrebbe, a parer mio, studiare il modo di aggiungere alla riproduzione delle Pandette fiorentine, anche un facsimile dei preziosi frammenti napoletani, fatto in modo da renderne più agevole la lettura.

L'aumento della spesa sarebbe insignificante per la brevità dei frammenti stessi, e l'utilità ne sarebbe invece grandissima. Speriamo quindi che nulla impedisca l'accoglimento di questa proposta (1).

(1) Questa comunicazione era già stata da me fatta all'Istituto di diritto romano, quando mi è pervenuta la lettera del ch. prof. L. Chiappelli, che è pubblicata qui di seguito. [*Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1890, pag. 16]. Sebbene ad alcuni punti di questa lettera sia implicita la risposta nella mia comunicazione, credo tuttavia utilissimo renderla di pubblica ragione, così per la nota competenza di chi la scrisse, come per alcune proposte che in essa si contengono. È poi sempre utile il dimostrare come i nostri scienziati abbiano accolta con entusiasmo la disegnata pubblicazione. Veggasi anche la lettera del prof. Buonamici stampata nell'*Archivio giuridico* XLIV, p. 495 seg.

— [Dal *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1893, pag. 45:] La riproduzione del ms. fiorentino delle Pandette, mediante foto-incisione in rame, impressa dal ministero della istruzione pubblica di cui già demmo notizia (*V. Bullettino*, vol. III, p. 13 segg.) si è cominciata. Il 22 aprile u. s. venne offerto il primo fascicolo di 27 fogli a S. M. il Re, e il 25 aprile ne venne offerto altro esemplare a S. M. l'Imperatore di Germania. Il 27mo foglio termina, come è noto, col principio della l. 1 D. *de adopt.*, l. 7.

Le negative delle Pandette sono eseguite nel laboratorio fotografico annesso alla biblioteca Laurenziana; la foto-incisione in rame acciajato e la stampa vengono eseguite a Roma dagli addetti alla sezione foto-tecnica aggiunta alla R. Calcografia.

Nelle copie offerte alle Loro Maestà tutto ciò che nel manoscritto è in rosso fu pure riprodotto a mano in rosso. Il colore della foto-incisione è giallognolo e riproduce con grandissima verità il colore del vecchio inchiostro della pergamena.

Si calcola, che dovranno correre 7 anni prima di veder l'opera compiuta.

Il ministero della pubblica istruzione ha affidato l'incarico di scrivere la prefazione al chiarissimo prof. F. Buonamici, della R. Università di Pisa.

Noi auguriamo all'ardua e lodevolissima impresa un successo uguale al suo lieto principio.

## L'ORAZIONE DI DEMOSTENE CONTRO CALLICLE TRADOTTA ED ILLUSTRATA IN RAPPORTO ALLA TEORICA DELLE SERVITÙ PREDIALI IN DIRITTO GRECO (\*)

### PREFAZIONE

#### § 1.

#### Sull'esistenza delle servitù prediali nel diritto romano.

L'argomento greco premesso all'orazione di Demostene contro Callicle si può così tradurre:

« Callicle, contro il quale è diretta l'orazione, e il convenuto avevano i « fondi vicini, separati da una strada per lo mezzo. Per una pioggia dirotta, « l'acqua rovesciatasi dalla strada sul fondo di Callicle lo danneggiò. Perciò « egli intenta azione di danni contro il vicino, e dice esservi nel fondo di « Tisia un fosso fatto per raccogliere l'acqua della strada, l'ostruzione del « quale era causa del danno. Il figlio di Tisia all'incontro mostra anzitutto « esser l'opera antica e non fatta da lui; perchè dice il fosso essere stato « ostruito col muro da Tisia, mentre viveva ancora il padre di Callicle; e « poi dimostra che nel fondo non v'era neppur il fosso. Schernisce inoltre « il danno sofferto da Callicle come esiguo e non meritevole di siffatta azione: « e insomma dice che Callicle non ebbe a soffrire alcun torto, ma ch'egli cerca « d'usurpare i fondi e perciò vien macchinando processi vessatorii ».

L'azione intentata da Callicle era una *δίχη βλάβης ἀτίμητος*, cioè una azione di danni non diretta al semplice risarcimento del sofferto, ma ad un'ammenda fissa, che nel caso nostro era di 1000 dramme. Probabilmente era questa una pena privata comminata dalla legge contro chiunque avesse alterato lo scolo delle acque con danno del vicino.

Questa lite e la difesa scritta da Demostene per il figlio di Tisia sono di grande importanza nella difficile questione dell'esistenza delle servitù prediali nel diritto greco. Mi sembrò utile perciò di darne una versione italiana più esatta che mi fosse possibile, soprattutto sotto l'aspetto giuridico,

(\*) Presentata dal socio prof. CARLE nell'adunanza del 15 giugno 1890 delle classe di scienze morali, storiche e filosofiche dell'Acc. delle scienze di Torino (*Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, 1890, vol. 25, pag. 792).

trattando prima qui brevemente tale intricata e troppo negletta questione, ed accennando, in poche note aggiunte, agli altri punti importanti per il diritto.

È necessario anzitutto distinguere quelle limitazioni della proprietà, che il nostro codice civile chiama servitù legali, e che io pure designerò con questo nome, dalle servitù prediali, che il nostro codice chiama stabilite per fatto dell'uomo. Queste ultime sono le vere servitù, secondo il concetto romano di questo istituto; e solo di queste può dubitarsi se nel diritto greco esistessero. In quale relazione queste vere e proprie servitù stiano con le servitù legali, è molto controverso tra i giuristi: io dovrò altrove spiegare più a lungo il mio pensiero su questo punto; ma già qui nell'esame dello svolgimento del diritto ellenico avrò occasione di dimostrarlo almeno in parte.

Se poi io non parlerò delle servitù personali, e se tra le servitù prediali avrò occasione di menzionare solo una volta una servitù urbana, ciò non deve far meraviglia ai giuristi. Le servitù personali non sono tanto simili alle prediali, quanto la comunanza del nome generico potrebbe far credere: anche questa comunanza, come ognuno sa, nel diritto romano fu solo tardi ammessa e non molto usitata, e fu piuttosto il frutto di riflessione dei giurisperiti sul lato passivo dei rapporti giuridici delle due classi, che la constatazione di una intrinseca somiglianza indipendente dalla costruzione scientifica. Non si può perciò dalla esistenza o non esistenza di una delle due classi di diritti indurre senz'altro l'esistenza o non esistenza dell'altra. In quanto poi alle servitù urbane, conviene ricordare che ai bisogni, ai quali esse servono, provvedono il più delle volte i regolamenti urbani, e ch'esse facilmente anche si possono considerare come parte della cosa stessa che è oggetto della proprietà, sicchè il concepire come diritti reali per sè stanti è conseguenza del riconoscimento delle servitù rustiche ed estensione del concetto di queste.

L'opinione dominante tra gli scrittori di diritto greco è, che per lo meno non si possa affermare l'esistenza delle servitù propriamente dette; de' più antichi basta citare il Petit (1), il quale parla solo di servitù legali sotto il titolo *finium regundorum*; de' più recenti in sostanza Meier e Schömann (2), Platner (3), Telfy (4), Voigt (5), Leist (6), Hermann e Thalheim (7), Lipsius (8), quantunque non tutti si esprimano correttamente, alcuni essendo più filologi che giuristi.

Il Dareste (9) invece riconosce espressamente l'esistenza di vere servitù

(1) PETITUS, *Leges atticae*, nel 3° vol. della *Iurisprudentia romana et attica* (Lugd. Bat. 1741), lib. I, tit. V, pag. 37 seg., 480 segg.

(2) *Der attische Process*, 1ª ediz. (Berlin 1824), pag. 493, — 2ª ediz. rifatta da I. H. Lipsius (Berlin 1883-87), p. 675.

(3) *Der Process und die Klagen bei den Attikern* (Darmstadt 1824-25), II, pag. 309.

(4) *Corpus iuris attici* (Pest. et Lips. 1868), cap. IX, sect. 1, 2, dove parla solo di limitazioni legali, pag. 376 seg., 623 seg.

(5) *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten* (Leipzig 1874), estratto dai *Berichten der philol. — hist. Classe der Königl. Sächs. Gesellschaft der Wissenschaften*, p. 45 seg., nota 95.

(6) *Graeco-italische Rechtsgeschichte* (Iena 1884), p. 505.

(7) *Lehrbuch der griechischen Antiquitäten*, II Band, I Abtheilung; *Die griechischen Rechtsalterthümer*, 3ª ediz. (Freib. und Tüb. 1884), § 8, p. 52 seg.

(8) Nelle sue note alla citata seconda edizione dell'opera di Meier e Schömann, nota 528.

(9) *Les plaidoyers civils de Démosthène* (Paris 1875), I, pag. XXXIV., 180. — Avendo il Lipsius negato ogni fondamento alle affermazioni del Dareste, e parendo a me che questi tacitamente si fondasse sopra l'orazione di Demostene contro Callicle, ne feci

prediali nel diritto attico, ed enumera specialmente quelle di pascolo (*ἐπινομή*), di passaggio (*βαδίσειν*), di acquedotto (*χαράδρα*), di stillicidio (*χειμάρρους*) e finalmente la *servitus aedificandi* (*ἐπιτείχισμος*) ed altrove (1), commentando una legge di Efeso, fa rilevare la facoltà in essa concessa all'arbitro, nella divisione dei fondi, di riservare sopra una parte a favore dell'altra il diritto di passaggio ai luoghi sacri, alle acque, agli edifici e ai sepolcri.

Recentemente lo Schulin (2) per le servitù in generale nel diritto greco rinviava al *Corpus inscriptionum graecarum* numeri 1730, 2172, 2338, 3797 c.

Il Brugi (3), esaminando la questione solo relativamente alla servitù di acquedotto, ne riconosce l'esistenza, soprattutto in base ai passi di Platone nelle *Leggi*, lib. VIII.

Tale, se nulla d'importante mi sfugge, può dirsi lo stato della scienza sulla nostra questione.

Naturalmente una sola è la via da tenere per giungere ad una conclusione positiva. Conviene esaminare criticamente il fondamento delle varie opinioni per discernere il vero dal falso, il certo dal semplicemente probabile e dall'ipotetico. Nè bisogna dimenticare l'ordine cronologico nello studiare un diritto, che per più secoli si venne sviluppando, per non cadere in un errore simile a quello di chi parla di diritto quiritario a proposito della legislazione giustiniana. E sarebbe bene anche di tener distinti i diversi Stati della Grecia: ma pur troppo lo scarso numero dei documenti non ci permette di far ciò, e siamo costretti a servirci di tutto ciò che ci è pervenuto e dalla Grecia propriamente detta e dagli Stati ellenici anche fuori dell'Ellade. Il danno, che proviene da tale uso promiscuo dei documenti giuridici, non può essere di gran momento.

Se potesse riferirsi a servitù prediali, il più antico monumento sarebbe contenuto in una iscrizione di Gortina pubblicata e commentata per la prima volta dal Comparetti (4), e poi dal Dareste (5). Sono pochi versi, che fanno parte di una grande iscrizione contenente varie disposizioni, le quali forse costituivano una miscellanea appendice di correzioni ed aggiunte ad una legge precedente. Ecco il testo della parte che ci riguarda: [Θ]ιοί. Τῷ ποταμῷ αἴκα κατὰ τὸ μέτρον τὰν ῥοὰν θιθῆι ῥῆν [κ] | ατὰ τὸ Ἔδον αὐτῷ θιθεμένωι ἀ | πατον ἤμην τὰν δὲ ῥοὰν λει[π] | εν ἔττον κατέκει [ἀ] ἐπ' ἀγοραῖι δέπυρα ἢ πλίον, μεῖον δὲ μή (6).

espressa domanda all'illustre francese, il quale non solo confermò la mia supposizione, ma con somma cortesia mi comunicò parecchi dei testi, ch'io in seguito prendo a discutere. Mi è grato di adempiere qui pubblicamente all'obbligo di ringraziare il dotto e gentile scienziato.

(1) *Une loi éphésienne du premier siècle avant notre ère*, nella *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 1877, pag. 161 segg.; vedi specialmente p. 165 e nel testo della legge a p. 173 i versi 13, 14.

(2) *Römische Rechtsgeschichte* (Stuttgart 1889), pag. 292, nota 5.

(3) *Rapporti di vicinanza in materia d'acque nel diritto attico comparato al diritto romano*, nell'*Archivio giuridico*, XXXIV, pag. 297 segg. Questo egregio scrittore tratta la questione con grande erudizione ed eleganza; solo non mi riesce del tutto chiaro s'egli riconosca la servitù d'acquedotto come vera e proprio servitù, ovvero se le dia piuttosto il carattere di servitù legale.

(4) *Museo italiano di antichità classica*, II, pag. 636, 642 seg.

(5) *Revue des études grecques* 1888, pag. 86, 87.

(6) Poichè l'epigrafe presenta grandissima difficoltà d'interpretazione, io credo non poter far altro che riportar qui le illustrazioni, che ne hanno dato i due chiarissimi autori testè menzionati. Il Comparetti scrive:

« Sia che si tratti di proprietari, o di tenitori di terre allagate o concesse dalla città



Ma qualunque ne sia l'interpretazione migliore, noi possiamo con certezza affermare che in questa legge non si tratta di servitù prediali, ma di regolamenti delle acque pubbliche, del corso o della derivazione di esse, che tutt'al più potrebbero contenere limitazioni legali e servitù pubbliche, secondo la terminologia del nostro codice.

E ad usi civici, ossia a cosa ben diversa pure dalle servitù prediali private, si riferiscono anche quelle numerose epigrafi e quei testi, che fanno menzione della ἐπινομία (1), la quale altro non è che il diritto di pascolo sulle terre pubbliche spettante ai cittadini e concesso agli stranieri insieme con altri diritti nelle tavole di προξενία.

« (il che non possiamo sicuramente definire), c'è un atto della città pel quale questi proprietari o tenitori di terre percorse dal fiume sono tenuti ad una qualche servitù od onere concernente il fiume stesso, quale manutenzione di argini od altro, come sappiamo p. es. che per le vie vicinali presso i romani *unicuique possessori per singulos agros certa spatia adsignatur quae suis impensis tueatur*. SIC. FLACC., *De cond. agrar.*, p. 146. « Nel caso che un tenitore voglia dar via, affittare, ecc., un terreno su di una delle sponde o stabilire (θεῖναι, θεθεμένω,) nel contratto come limite fra la sua proprietà e quella, il fiume, può farlo, senza incorrere in multa (ἀπατον ἤμην) purchè stabilisca anche nell'atto stesso che il terreno sul quale corre il fiume è il suo. Insomma lo Stato non vuole che il terreno percorso dal fiume possa in alcun caso esser di proprietà indeterminata, o esser considerato come *res nullius* (confr. sull'assegnazione del fiume nella colonia romana quel che nota Rudorff nei *Röm. Feldmesser* di Lachmann, II, 399 seg.); ma là dove potrebbe nascer dubbio e discussione fra un primo e un nuovo proprietario di una delle due sponde vuole che possessore del terreno del fiume rimanga e si dichiari il primo. Un obbligo che s'impone al proprietario del terreno su cui corre il fiume è esplicitamente indicato in quel che segue; egli deve lasciar libero, ossia non coltivato nè occupato altrimenti, tanto spazio per l'alveo del fiume quanto è quello compreso dal ponte presso l'agora, o anche più ma non meno. Confr. per una eccezione di tal genere la iscrizione di Alesa C. I. G., 5594, l. 7 segg. » (a).

Il Dareste invece riassume la sua interpretazione in questa versione: « *Au nom des dieux. Si quelqu'un place une prise d'eau au milieu du fleuve, pour faire couler l'eau sur son propre fond, il n'aura aucune amende à payer. Seulement la prise d'eau devra laisser dans le fleuve tout le volume d'eau que mesure le pont qui est au dessus de l'agora, ou plus, mais pas moins* » — e poi soggiunge: « *Il faut supposer que le pont qui traversait le fleuve au dessus de l'agora servait de repère pour fixer la hauteur des eaux. Le fleuve avait ainsi un débit normal, minimum, que les prises d'eau devaient toujours respecter. Elles ne pouvaient fonctionner que lorsqu'il y avait dans le fleuve un surplus. La hauteur normale des eaux était marquée par une ligne horizontale tracée sur son propre fond, il n'aura aucune amende à payer. Seulement la prise d'eau devra*

L'interpretazione del Dareste pare veramente più semplice e conforme alla parola del testo, quantunque anch'essa non esente da ogni obbiezione, poichè ῥοά (la fluente) può intendersi bene per corpo d'acqua del fiume, o anche per l'acqua scorrente nel canale di derivazione, ma non altrettanto facilmente per un'opera necessaria alla presa d'acqua da collocarsi in mezzo (κατὰ τὸ μέτρον) al fiume; e ciò che il ponte contiene (κατέκει) sembra riferirsi piuttosto alla larghezza che alla profondità. Forse ad un risultato non lontano da quello ottenuto dal Dareste si potrebbe giungere con una versione leggermente diversa.

(1) Vedi gli indici del *Corpus inscriptionum graecarum* alle parole ἐπινομία ed ἐπινομίον. Confr. anche i grandi lessici a queste parole. — In CAUER, *Delectus inscriptionum graecarum* (Lips. 1883), n. 104, invece di ἐπινομίαν leggi ἐπινομίαν.

(a) Credo utile, per l'affinità che può avere col nostro argomento, riferire qui anche il passo dell'iscrizione alesina citata dal Comparetti. È una tavola relativa al regolamento dei confini delle terre di Alesa (Sicilia); nei versi 7-9 è scritto: « ... τὸ ὑπὸ τὸν ὄχθητον ἄχρι ποτὶ τὰν κρήναν | [τὰν Ἴπυρ]σαν οὐκ ἐργαῖται καὶ περιστάσιν ἀψηφείτα[ι] πό[δας] οὐ παντᾶ, τὰ δὲ δένδρεα καρπεύσ[ει] ... ».

Per avvicinarci di più al nostro tema, conviene anzitutto stabilire che fuori di ogni dubbio il diritto ellenico riconosceva in misura assai larga quelle servitù legali, senza le quali non sarebbe possibile la proprietà privata immobiliare.

È comunemente riconosciuto che anche in Grecia nella divisione delle terre si solevano lasciare tra i fondi striscie di terra libera dalla coltivazione (corrispondenti all'*iter limitare* dei romani) (1). Così si provvedeva al passaggio e ad alcuni bisogni della agricoltura.

GAIO, *lib. IV ad leg. XII tabul.* (l. 13 D., *Fin. reg.*, 10, 1) ci attesta aver Solone fissato le distanze da osservarsi tra vicini nelle varie piantagioni, nelle escavazioni, e nelle edificazioni presso i confini; e Plutarco (*Solon*, c. 23), oltre al confermare, con altri particolari in ispecie sulle distanze degli alveari, quanto dice Gaio, ricorda anche l'obbligo imposto ai vicini di lasciar attinger l'acqua nel proprio pozzo a quei vicini, che non potessero procurarsela dai pozzi pubblici, nè, scavando nel proprio, ne avessero trovata.

Platone (*Leges VIII*, p. 843 B. segg.) nella sua legislazione ideale tratta piuttosto a lungo dei rapporti tra vicini, che vuole siano governati dal principio, che un vicino non leda l'altro ed anzi gli giovi (843 C.); vieta quindi gli atti che direttamente o indirettamente possano danneggiare i fondi vicini (invasione dei campi e dei pascoli — persecuzione e usurpazione degli sciami delle api altrui — incendio incauto dei boschi), regola le distanze delle piantagioni, ed espone norme particolari circa le acque, notando espressamente di seguire in ciò le buone leggi preesistenti (2). Ognuno può dalle pubbliche sorgenti condur l'acqua nel proprio fondo, purchè non la tolga ad altre fonti private già aperte, non attraversi case, luoghi sacri o religiosi, nè rechi ai fondi attraversati alcun danno oltre quello che porta il canale dell'acquedotto. Che se, per la natura del suolo, manchi l'acqua, nè se ne sia trovata scavando fino agli strati argillosi, si ha diritto di mandarla al vicino per la quantità necessaria; e, se il vicino sia anch'esso scarso d'acqua, il magistrato fisserà la quantità a ciascuno spettante. Se invece l'acqua sovrabbondi, il proprietario del fondo inferiore non deve impedire lo scolo dell'acqua dal fondo superiore, e il proprietario di questo non deve renderlo più nocivo all'inferiore. — Seguono poi molte altre regole relative alla coltivazione, alla raccolta dei frutti, al permesso dato ai peregrini di prender qualche frutto nei campi, ecc. Notevoli finalmente i provvedimenti penali contro coloro che avvelenino o altrimenti corrompano le acque o le divertano, e la facoltà concessa di esportare i frutti per qualunque luogo, purchè senza danno dei vicini. — Con questo luogo del lib. VIII delle *Leggi* è utile confrontare l'altro del lib. VI, p. 761, dove, enumerando le attribuzioni degli agronomi e dei frurarchi, loro s'impone di curare la divisione e l'incanalamento delle acque, per modo che non siano nocive e si portino nei luoghi di maggiore aridità.

In una questione, come quella che ci siamo proposti, anche queste disposizioni delle leggi di Platone vanno considerate quasi fossero leggi positive, sia perchè veramente sono modellate in generale sopra leggi positive, sia perchè in ogni modo ci dimostrano i concetti giuridici dell'autore.

(1) Confr. HERMANN-THALHEIM, *op. cit.*, § 8, p. 52, nota 8. Vedi anche MAZUCHI, *Comm. in R. Herculensis Musei aeneas tabulas Heracleenses* (Neap. 1754), pag. 180 segg.

(2) Relativamente alla cura straordinaria dei greci, e soprattutto degli attici, per quanto riguarda le acque, si confrontino: BÜCHSENSCHÜTZ, *Besitz und Erwerb im griechischen Alterthume* (Halle 1869), pag. 298 segg. e i testi e gli autori da lui citati; HERMANN-BLÜMNER, *Die griechischen Privat-alterthümer* (Freib. und Tüb. 1882), pag. 103 seg.

A me però sembra chiaro, che si hanno qui sempre limitazioni legali della proprietà, che non possono dirsi vere e proprie servitù prediali. Anzi la stessa larghezza, con la quale il legislatore ammette siffatte limitazioni, sta piuttosto a far prova ch'egli non conosce limitazioni reali di natura convenzionale.

Con Platone noi giungiamo ai tempi di Demostene ed alla nostra orazione contro Callicle.

La questione principale agitata nella lite, per la quale l'oratore greco scrisse questo discorso, non è certamente di servitù, ma bensì di limitazione legale della proprietà (1). Evidentemente infatti Callicle, domandando una ammenda fissa, fa valere il suo diritto leso da un atto, ch'egli dice contrario alle norme generali della legge. Non vanno dunque lontano dal vero coloro (2), che affermano esser l'azione intentata da Callicle un'*actio aquae pluviae arcendae*, poichè tale era per il suo fondamento giuridico, benchè fosse diversa per l'oggetto della domanda.

Nè credo che il passo dell'orazione relativo alle ragioni, che avevano spinto Tisia a cinger di muro il fondo, possa riguardarsi come prova della esistenza di vere servitù di ἐπινέμειν e di βαδίζειν, come volle il Darestè. Infatti questo stesso dotto giurista riconosce che il pascolare e il passare dei vicini sul fondo, che Tisia volle impedire, non possono in alcun modo considerarsi come servitù, essendo semplici abusi; solo egli crede che da questi abusi possa inferirsi l'esistenza di diritti di simile contenuto e di simil nome. Ma la illazione mi pare troppo arrischiata, nè è probabile che i greci avrebbero mai adoperata la parola βαδίζειν per designare il diritto di passaggio: piuttosto avrebbero usate le parole ὁδός, εἴσοδος e simili, come tra breve avremo occasione di notare.

E se per la servitù, ch'egli chiama di ἐπιτείχισμος, il Darestè si fonda, come io credo, sul diritto che Demostene riconosce a Callicle e rivendica a Tisia di edificare il muro di cinta al proprio fondo, anche in ciò io non saprei trovare il contenuto di una servitù, ma soltanto l'esplicazione di una facoltà di ogni proprietario.

Assai maggiore verosimiglianza ha invece la servitù χαράδρα e quella di χειμάρρους. Demostene infatti ammette che per lo scolo delle acque si fanno nei fondi, per comune consenso dei proprietari, fossi, che raccolgono le acque e le scaricano finalmente in qualche luogo, dove non siano ad alcuno nocive; e ciò che si dice dei fossi, deve riferirsi anche ai canali che raccolgono le acque dei tetti delle case, ai quali espressamente quei fossi sono paragonati. Non è possibile negare il carattere reale del diritto su questi fossi e canali: la natura stessa delle cose rende necessario questo carattere, e d'altronde l'oratore sembra ammettere che, se si fosse trattato di uno di tali fossi, Callicle avrebbe avuto ragione d'intentare l'azione da lui sperimentata, la quale, quantunque personale e diretta ad ottenere una somma a titolo di pena per il diritto leso, evidentemente presuppone la lesione di un rapporto giuridico reale come primo suo fondamento.

Tuttavia non deve lasciarsi inosservato il carattere speciale di questi fossi e canali, dei quali parla Demostene. Essi non servono soltanto alla utilità di un fondo dominante, ma riescono vantaggiosi a tutti i fondi attraversati; nè vi sono fondi meramente servienti; perchè se da una parte il proprietario del fondo inferiore è soggetto a ricevere il fosso di scarico, dall'altra parte

(1) I greci la dicevano un'orazione περί χωρίου cioè intorno a un fondo.

(2) Vedi per esempio PLATNER, *op. cit.*, II, pag. 309, e Hultwalker da lui citato.

ha diritto di proibire al proprietario del fondo superiore di ostruire il fosso e di nuocere facendo defluire l'acqua in altro modo; egli è quindi liberato dallo scolo irregolare e più nocivo dell'acqua piovana, che altrimenti per legge dovrebbe sopportare. In sostanza dunque si tratta veramente di un regolamento convenzionale di una servitù legale, vantaggioso a tutti, anzichè di un vero tipico rapporto di servitù.

E questa osservazione a me pare importantissima. Essa ci dà la chiave del problema della origine delle servitù prediali; e con essa si riesce ad intendere anche l'ulteriore svolgimento di questo istituto nel diritto ellenico. Dimostrerò altrove come uno svolgimento simile si possa riconoscere nel diritto romano, pervenendo, ben s'intende, a maggior perfezione e precisione giuridica.

Amnesso un regolamento convenzionale di servitù legale, e amnesso (espressamente o no, coscientemente o no, poco importa) il carattere reale del rapporto che ne nasce, procedendo più oltre si potrà ammettere anche che per volontà delle parti si possa *ex novo* costituire un rapporto reale tra due fondi di contenuto analogo a quello delle servitù legali, ma a vantaggio di un fondo e a carico dell'altro.

Ora, se seguiamo lo studio dei pochi documenti relativi alla nostra materia, conservati specialmente nelle epigrafi, troviamo che effettivamente ciò si viene a poco a poco avverando.

È naturale che il primo passo consista nella costituzione di un diritto speciale di acquedotto o di passaggio, per riguardo di pubblica utilità e per volontà del popolo. Come la legge generale impone limitazioni generali, così la legge particolare può imporre una particolare limitazione.

Insigne monumento di questo genere ci è conservato nella iscrizione di Mylasa nella Caria, *C. I. G.* 2692 (1), contenente un decreto dei cittadini per costituire un acquedotto, che porti le acque al giardino del re Filippo Arideo, fratello e successore di Alessandro Magno (a. 323-317), attraverso ai fondi vicini.

Similmente può interpretarsi l'iscrizione di Mitilene, *C. I. G.* 2172, che fa menzione di un acquedotto per le terme di quella città.

Nell'Εφήμερις ἀρχαιολογική, anno 1869, pag. 317, n. 404 α, il signor Eustratiadis pubblicò una lunga iscrizione contenente una concessione del prosciugamento di un lago, per decreto dei cittadini di Eretia nella Eubea. Il concessionario è autorizzato a far passare i canali su qualunque terra, pagando una dramma per piede (se al v. 20 deve leggersi δραχμήν νοῦ πόδος) (2).

Nella grande iscrizione di Teno, *C. I. G.* 2338, che contiene la descrizione di più case e fondi venduti, si trovano qua e là (p. es. v. 18, 52, 56, 79, 94, 99, 100, 105, 112, 124) menzionati acquedotti, acque, vie, ecc., che possono accennare a servitù di questo contenuto, ma che possono anche interpretarsi come acque e derivazioni nei fondi propri, vie pubbliche o private su fondi propri, o anche servitù legali, ecc. Nè l'epoca della iscri-

(1) Vedi anche FRÖHNER, *Les inscriptions grecques du Musée du Louvre*, Paris 1865, n. 133.

(2) Può tuttavia dubitarsi del carattere giuridico di tale facoltà. Costituisce forse una occupazione temporanea? Si tratta di un diritto d'acquedotto sul fondo altrui, ovvero della espropriazione della striscia di terra necessaria al canale di scarico? Simili dubbi possono affacciarsi anche per qualcun altro dei testi citati.



zione è sicura, quantunque il Böckh (1) la creda anteriore all'epoca romana. Poca luce perciò si può trarre da questo testo per la nostra questione.

E così pure non giova molto l'iscrizione data nella *Ἐφημερίς ἀρχαιολογική*, I, anno 1856, pag. 1375, n. 2751, dov'è menzionato l'.....ἔρο [ς] | χωρίων και οἱ[κ] | τας και τοῦ ὕδα[τ] | ος τοῦ προσόν[τ] | ος τοῖς χωρίοι [ς κ] λήρων δυεῖν [τ] ὁ τετιμέν[ον π]αισιν ἔρφα | [νοῖ]ς κ. τ. ν; la quale però è certo del secolo 4° av. Cristo.

Di capitale importanza invece è la celebre iscrizione di Efeso pubblicata per la prima volta dal Wood nel 1877 e ripodotta più volte dappoi (2). Per provvedere alle economiche calamità prodotte dalla guerra mitridatica, gli efesii, regolando con una legge i rapporti tra debitori e creditori, specialmente ipotecari, permettono ai debitori di liberarsi dividendo coi creditori i fondi in proporzione dei loro diritti e valutando le terre secondo la estimazione di esse prima della guerra. A noi importa ora solo la disposizione, v. 13 sg., che gli arbitri incaricati della divisione debbono riservare il passaggio ai luoghi sacri, ai corsi d'acqua, alle abitazioni e ai sepolcri: ἀφορίζε- τωσαν δὲ ἐν τῇ διαιρέσει τῆς χώρας ὁδοὺς πρὸς τε τὰ ἱερὰ και πρὸς ἃ ὕδατα και πρὸς τὰς ἐπαύ[λ]ιας και [πρὸς] τὰφους.

È questo il monumento, nel quale la figura della servitù apparisce più chiaramente delineata; e per vero, se una simile disposizione s'incontrasse in un documento di diritto romano, nessuno dubiterebbe di chiamare servitù stabilita per aggiudicazione il passaggio riservato dall'arbitro della divisione a favore di una parte del fondo sull'altra parte divisa.

Ma tuttavia anche qui non conviene affrettare soverchiamente le conclusioni. Infatti, una disposizione di tal natura si può ben concepire anche in un diritto che non conosca ancora la figura della servitù propriamente detta, ossia della servitù convenzionale. Il passaggio, del quale qui si tratta, è veramente un passaggio necessario, che ci richiama piuttosto alla categoria delle servitù legali, che a quella delle convenzionali. A simili necessità provvedeva d'ordinario la legge generale con la conveniente distribuzione delle strade pubbliche, con la determinazione dell'*iter* al confine dei fondi, o con l'obbligo imposto ai vicini di lasciar passare i vicini, ecc. Quando la divisione ordinata dalla legge veniva a rompere l'unità normale del fondo, era necessario provvedere a quelle necessità con disposizioni particolari: di qui la facoltà attribuita agli arbitri della divisione.

Insomma, anche in questa legge di Efeso noi non abbiamo una prova sufficiente e certa del riconoscimento delle servitù prediali nel diritto greco; possiamo dire tuttavia che le cose erano oramai giunte a tal punto, che la esistenza di vere servitù non ci dovrebbe far meraviglia.

Ma con questa legge siamo giunti ad un tempo assai vicino all'impero romano. Il mondo ellenico era venuto a strettissimo contatto con Roma, e il diritto latino a poco a poco si estendeva dappertutto e si sostituiva al diritto locale. Così, anche se non vi giunse da sè per il corso naturale del proprio svolgimento, il diritto delle provincie greche ricevette dal romano l'istituto delle servitù prediali. GAIO, II, 31, ci mostra anzi in qual modo il diritto provinciale si appropriò l'istituto romano; e noi sappiamo che questo diritto provinciale reagì poi sul diritto romano stesso.

(1) C. I. G. ad cit., 2338: «*Iam vero in nostro titulo, qui Romana potentia anti- quior esse videtur nec quidquam Romani continet moris.....*»

(2) WOOD, *Discoveries at Ephesus* (London 1877), App. 8, p. 2, n. 1; DITTENBERGER, *Sylloge Inscr. graec.*, n. 344, e soprattutto DARESTE, *Une loi éphésienne*, etc., nella *Nouv. Revue hist. de droit français*, etc., 1877, sopra citato, pag. 161 segg.

In ogni modo non possiamo servirci per la nostra ricerca relativa al diritto ellenico dei più recenti monumenti dell'epoca romana. Ci asteniamo quindi dal richiamare, qualunque possa essere il loro significato, le iscrizioni C. I. G. 1730, 3454, 3797 c, che menzionano acquedotti, C. I. A. III, 55, dove si parla di χειμάρρους e di ὁδός; C. I. A. III, 411, 1979, che ricordano l'εἴσοδος, iscrizioni che sono tutte del tempo dell'impero romano.

## § 2.

### Cenni sull'orazione contro Callicle e sulla versione italiana.

L'orazione contro Callicle doveva essere recitata dalla parte stessa litigante, secondo le regole della procedura attica, e la durata ne era prefissa e misurata con la clessidra. Indi il tuono familiarmente vivace e risentito: indi le proporzioni della dimostrazione. Nè bisogna dimenticare che il figlio di Tisia, che doveva pronunziare il discorso, rispondeva alle orazioni degli attori; egli era bensì appellante dalla condanna contro di lui pronunziata dall'arbitro pubblico nel giudizio contumaciale di primo grado, ma l'appello non mutava la posizione delle parti nel giudizio di secondo grado, dinanzi al tribunale popolare degli eliaisti.

L'orazione, mirabilmente semplice e naturale, sembra quasi un discorso improvvisato, tanto è nascosta l'arte nella disposizione delle parti, nella narrazione dei fatti, che s'intreccia con gli argomenti e con le deposizioni dei testimoni.

Che l'orazione sia scritta da Demostene sembra certo. Il dubbio sollevato da I. Bekker, nella sua edizione lipsiense del 1855, non ebbe seguito. Opera giovanile la ritenne lo Schaefer (1). Non vi è alcun elemento per determinarne l'anno.

Nel tradurre ho cercato di essere fedele, conservando il carattere dell'originale. Mio principale scopo fu di rendere precisamente tutto ciò che si riferiva al diritto; ma non ho trascurato ogni intento letterario. A che siano riusciti i miei sforzi, non io, ma il lettore dovrà giudicare. A me non resta altro che dichiarare che ho tenuto presenti nel tradurre il sunto tedesco dello Schaefer (2), la versione italiana del Mariotti (3), e quella francese del Dareste (4).

### ORAZIONE DI DEMOSTENE CONTRO CALLICLE

Nulla v'è al mondo, o ateniesi, di più molesto che l'aver che fare con un vicino maligno e invadente, siccome ora appunto m'è toccato. Avendo messo gli occhi su' miei fondi, Callicle incominciò a vessarmi con le liti; e prima istigò suo cugino (5) a rivendicar come proprii i miei fondi (6).

(1) A. SCHAEFER, *Demosthenes und seine Zeit* (1ª ediz., Leipzig 1878), vol. III, pag. 256, n. 3.

(2) *Op. cit.*, pag. 252-257.

(3) *Le orazioni di Demostene* (Firenze 1877), vol. III, pag. 440-447.

(4) *Les plaidoyers civils de Démosthène* (Paris 1875), tom. I, pag. 166-179.

(5) L'originale ha ἀνέψιος, che in senso stretto significa nipote; ma, poichè in senso lato serve a designare anche i collaterali di grado più lontano, ho tradotto cugino col Dareste e col Mariotti.

(6) Ἀμφισβητεῖν μοι τῶν χωρίων espressione tecnica per rivendicare contro di me i fondi; ἀμφισβητεῖν è usato in questa stessa orazione più oltre nel significato di porre

Dimostrata manifestamente ingiusta questa pretensione, essendo io sfuggito ai loro raggiri, ecco ch'egli ottenne in mia contumacia due sentenze arbitrali contro di me (1); una egli stesso per mille dramme, l'altra mettendo sù costo suo fratello Callicrate (2).

Or vi prego di starmi tutti a sentire e di prestarmi attenzione, non già ch'io sappia fare de' bei discorsi, ma perchè dai fatti stessi voi possiate intendere che mi si vuol proprio opprimere coi cavilli.

Una considerazione, o ateniesi, già basta a giustificarmi contro tutti gli argomenti di costoro. Questo fondo fu cinto di muro da mio padre quasi prima ch'io nascessi, mentre viveva ancora Callippide padre di costoro e nostro vicino; che conosceva le cose certamente meglio di essi, e mentre Callicle già era uomo fatto e stava in Atene: or per tutti questi anni niuno mai venne a reclamare, nè a querelarsi, — eppure è certo, che dell'acqua ce n'è stata più volte in questo tempo, — né alcuno proibì (3) la nuova opera, posto che veramente mio padre avesse leso l'altrui diritto cingendo di muro il fondo, nè alcuno fece divieto, nè protestazione (4), quantunque per più di quindici anni visse ancora mio padre, nè per minor tempo il padre di costoro Callippide. Eppure, o Callicle, voi potevate bene allora, vedendo ostruire il fosso col muro, farvi subito innanzi a reclamare, e dire al padre mio: « Tisia, perchè fai tu ciò? Ostruisci tu il fosso? Così l'acqua si rovescerà sul nostro fondo ». Sicchè, se egli avesse ceduto, ogni ragione di dissenso tra noi era tolta di mezzo; s'egli invece non se ne fosse curato, e fosse poi accaduto ciò che ora accade, avresti potuto servirti dei testimoni allora presenti. E, per Dio, tu avresti dovuto mostrare a quanti v'erano quel fosso, se esisteva, per poter provare, non con mere parole, come ora fai, ma co' fatti, la colpa di mio padre! Eppure di tutto ciò niuno allora credette far nulla. Chè lui davvero non avreste potuto far condannare in contumacia, come me pur ora, nè con lui vi sarebbero giovati a nulla i cavilli e gl'inganni. Ma se avete allora portato testimonii, e vi foste appoggiati alle loro deposizioni, egli, conoscendo bene come stavano le cose, avrebbe tutto spie-

*in controversia*; alludendo alle contrarie affermazioni delle parti è diventato più proprio delle controversie di rivendicazione. Confr. in generale G. A. LEIST, *Der attische Eigenthumstreit im Systeme der Diadikasiaen* (Iena 1886). Gli scrittori di diritto greco per lo più si fermano solo sulla distinzione tra ἀμφισβήτησις e παρακαταβολή nelle controversie ereditarie; così vedi MEIER-SCHÖMANN-LIPSIUS, *op. cit.*, p. 608 e segg.; CAILLEMER, v.º *amphisbetesis* nel *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* di DAREMBERG e SAGLIO.

(1) Dinanzi all'arbitro pubblico (δικαιτητής) nei giudizi di primo grado il figlio di Tisia, che aveva proposto di rimetter la controversia ad arbitri privati, si mantenne contumace e fu perciò condannato. Il giudizio presente è in appello dalle sentenze arbitrali e si agita dinanzi ai giudici popolari giurati (δικασταί, ἡλιασταί). Vedi specialmente CAILLEMER, v.º *diatētai* e v.º *dikastai* nel citato *Dictionnaire* di DAREMBERG e SAGLIO, e gli autori da lui menzionati.

(2) L'azione intentata da Callicle era diretta ad una multa fissa e non all'estimazione dell'*id quod interest*. Perciò è detta più oltre δίκη ἀτιμῆτος (« ἔπου, γὰρ νομὶ ἀτιμῆτους φέρω δίκας »). Sulla distinzione tra δίκαι ἀτιμῆτοι e δίκαι τιμηταί non sempre bene intesa, cfr. MEIER-SCHÖMANN-LIPSIUS, *op. cit.*, p. 210 e segg.; CAILLEMER, v.º *agon III* nel *Dictionnaire* di DAREMBERG e SAGLIO, v.º *dike*, *ibid.*, vol. 3º, p. 302 e seg.

(3) Non traduco il greco ἐκώλυσεν ἐξ ἀρχῆς con *denunziò la nuova opera*, per non lasciar credere che si trattò veramente di un istituto uguale a quello della *operis novi nuntiatio* del diritto romano.

(4) Διεμαρτύρατο: protestò dinanzi a testimoni: cfr. MEIER-SCHÖMANN-LIPSIUS, *op. cit.*, p. 875; HEFFTER, *Die athenäische Gerichtsverfassung* (Cöln, 1822), p. 340, not. 3.

gato, e avrebbe svelata la corruzione dei facili testimoni. Di me, io penso, così giovane e inesperto degli affari, voi tutti avete creduto di non darvi pensiero. Ma io contro tutti costoro, o ateniesi, oppongo gli atti loro stessi come le più forti testimonianze. Perchè infatti, nessuno raccolse testimonii, nè reclamò, nè si dolse mai, ma e' si contentarono di lasciar correre, mentre si faceva loro torto? Io credo veramente che ciò basti a rintuzzare le loro accuse. Ma perchè, o ateniesi, voi conosciate anche tutto il resto, e come nè mio padre fece loro alcun torto cingendo di muro il fondo, e come costoro vengano cumulando menzogne contro di noi, anche più chiaramente mi accingo a dimostrarvelo. Che il fondo sia di nostra proprietà, è riconosciuto da essi stessi. Ciò posto, o ateniesi, ottimamente scorgereste, vedendo i luoghi, che mi si muove una lite infondata. Perciò appunto voleva io rimetter la cosa ad arbitri periti e giusti: ma non costoro, come ora pretendono. Anche ciò vi sarà tra breve manifesto. Ma prestatemi attenzione, o ateniesi, per Giove e tutti gli Dei! In mezzo ai fondi, tra il mio e il loro, v'è una strada. Dal monte, che li circonda, l'acqua defluendo sui fondi va in parte nella strada, in parte nei campi. Quella che scende sulla strada, se la trova libera, scorre giù per la strada stessa; se v'è qualche ostacolo, è forza che inondi i campi. Ora in questo fondo, o giudici, avvenne che per dirotta pioggia l'acqua si rovesciasse. Senza cura lo teneva, non già il padre mio, ma un uomo che aveva in odio quei luoghi e preferiva la città, sicchè due o tre volte l'acqua inondandoli danneggiò i campi e si tracciò la via da sè. Quindi mio padre, ciò vedendo, come ho sentito dire da quelli che lo sanno, e anche perchè i vicini venivano a pascolare e a camminare pel fondo, innalzò questo muro di cinta. E per mostrare ch'io dico il vero, io vi porterò testimonii, che ben conoscono le cose, e argomenti, o ateniesi, assai più forti dei testimonii. Callicle infatti dice che io gli reco danno per aver ostruito il fosso: io vi dimostrerò invece che si tratta d'un campo e non d'un fosso. Se non fosse riconosciuto che quel luogo è di nostra proprietà, noi potremmo aver commesso un atto illecito, occupando col muro parte del suolo pubblico; ma ciò essi non mettono neppure in contestazione, e in quel luogo sono piantati parecchi alberi, viti e ficaje. Or, chi mai potrebbe pensare di piantar questi alberi in un fosso? Nessuno di certo. E, più ancora, chi vi seppellirebbe i suoi progenitori? Ma nessuno, io credo. Ebbene, o giudici, e l'una e l'altra cosa quivi fu fatta; perchè e gli alberi vi furon piantati prima che mio padre costruisse il muro di cinta e vi sono sepolcri antichi edificati prima che noi acquistassimo il fondo. Or dunque, se tutto ciò è vero, qual ragionamento, o ateniesi, potrebbe esser più forte di questo? I fatti ci danno la prova più manifesta. Prendi dunque ora tutte le testimonianze e leggile.

#### Testimonianze.

Udite, o ateniesi, le testimonianze. Non vi pare dunque che attestino chiaramente, e che il fondo è pieno d'alberi, e che vi sono sepolcri, e tutto il resto, come in qualunque altro fondo? E inoltre che il fondo fu cinto di muro, vivente ancora il padre di costoro, e senza contestazione nè per parte loro, nè per parte di alcuno de' vicini?

Conviene ora, o giudici, che voi m'ascoltiat anche sull'altre cose, delle quali parlò Callicle.

E ripensate prima se alcuno di voi vide o udì mai, che vi fosse un fosso lungo una strada. Io credo veramente che non ve ne sia neppur uno in tutto il paese: perchè infatti, per l'acqua, che può scorrere sulla pubblica via,



farebbe alcuno un fosso nei propri fondi? Ma chi di voi, sia in campagna, per Giove, sia in città, riceverebbe l'acqua che scorre per la strada, nel proprio fondo o nella propria casa? Ma al contrario non usiamo noi tutti, se le acque irrompono con violenza, opporvi argini e ripari? Eppure costui pretende ch'io debba ricevere l'acqua della strada nel mio fondo, e poi, oltrepassato il termine del suo fondo, ricondurla sulla strada. Allora però l'altro vicino, che coltiva i suoi campi dopo quelli di costui, a sua volta protesterà; perchè lo stesso diritto, che s'ammette per costui, evidentemente potrà invocarsi anche da tutti gli altri. Che se poi io mi trattenessi dal ricondurre l'acqua sulla strada, allora, fattomi animo e coraggio, dovrei scaricarla sul fondo del mio confinante. Ma se già io sono convenuto in giudizio per essere condannato ad ammende fisse, perchè l'acqua, che scorre dalla strada, s'è rovesciata sul fondo di costui, che mai mi toccherà, per Giove, per parte di coloro, che saranno danneggiati dall'acqua defluente dal fondo mio? Ma se nè sulla strada, nè sui fondi mi sarà lecito scaricar l'acqua, dopo averla ricevuta, che mi resterà, o giudici, per gli Dei? Callicle certo non mi sforzerà a beberla.

Tutto ciò avendo io sofferto da essi, e anche molti altri e gravi torti, pur non desidero prenderne vendetta, ma solo non averne altro danno per giunta.

Infatti, o giudici, se vi fosse un fosso inferiore, che a sua volta ricevesse l'acqua dal mio, allora io farei atto illecito non ricevendola: così vi sono in alcuni altri fondi dei fossi stabiliti per comune consenso: e li ricevono i primi, siccome i canali dalle case, e dopo di essi gli altri via via nella stessa maniera; ma questo nostro, nè alcuno a me lo trasmette, nè alcuno dopo di me lo riceve. Come potrebbe dunque esser questo un fosso? L'acqua irrompente ha danneggiato spesso, io direi, molti, che non vi opposero riparo, e ora ha danneggiato anche costui. Ma ciò che soprattutto m'offende, è che Callicle, per ripararsi dall'acqua irrompente sul fondo, vi fa portare carri di pietre e costruisce muri, e perchè mio padre per la stessa causa ha cinto di muro il proprio fondo, quasi fosse questo un atto illecito, intenta contro di me l'azione di danni. Ma se tutti coloro, che hanno sofferto per le acque che scorrono per questa parte, intentassero contro di me la stessa azione, non mi basterebbero tutti i miei beni per quanto si volessero moltiplicare. Ora, in ciò differiscono costoro dagli altri, che essi, pur non avendo sofferto nulla, come tra breve io vi dimostrerò chiaramente, in mezzo a molti molto e gravemente danneggiati, sono i soli che abbiano osato intentar l'azione contro di me. Eppure a qualunque altro, piuttosto che ad essi, ciò sarebbe convenuto; perchè costoro, se mai hanno sofferto qualche cosa, essendosi danneggiati da sè, muovon lite temeraria; quelli invece, se non altro, non hanno alcuna colpa di questo genere.

Ma affinchè io non abbia a far confusione nel ragionare, prendimi le testimonianze dei vicini.

#### Testimonianze.

Non è dunque strano, o giudici, che mentre non reclamano contro di me, pur avendo sofferto tanto, nè questi, nè alcun altro dei danneggiati, ma sopportano in pace il caso, costui mi muova una lite temeraria? E ch'egli stesso sia in colpa, prima per aver fatto più stretta la via portando in fuori il muro, sì da includervi gli alberi della via, poi per aver rigettato lo sterco sulla strada, ond'è avvenuto che questa si è alzata di livello e si è ristretta, voi l'intenderete dalle testimonianze tra breve più chiaramente. Che senz'aver perduto nulla, nè sofferto alcun danno di qualche momento, egli m'intenta

contro quest'azione, di ciò voglio subito farvi convinti. Mia madre, infatti, era in relazione con la madre di costoro, prima ch'essi avessero preso a perseguitarmi con le male liti, e si scambiavano visite, com'è naturale tra persone abitanti in campagna e vicine, e i cui mariti furono in buoni rapporti finchè vissero. Essendo dunque mia madre andata a trovare la loro, questa si lamentò dell'accaduto e le mostrò ogni cosa; e così noi fummo informati di tutto, o giudici. Ed io ripeto ciò che udii da mia madre; così possa io aver buona fortuna, e se mentisco tutto mi vada a traverso! Ella appunto diceva d'aver veduto e sentito dalla madre di costoro, che dell'orzo si era bagnato, ed ella stessa lo vide che si asciugava, ma neppure eran tre medimmi, e della farina circa mezzo medimmo; d'olio dicevano che s'era rovesciato un vaso, senza però che ne fosse venuto alcun male. Tali, o giudici, erano i danni recati a costoro, pei quali io sono convenuto con un'azione per multa fissa di mille dramme! Perchè d'un certo muro vecchio, ch'egli ha rifatto, io non ho da tener conto, poichè non cadde, nè soffrì alcun grave guasto. Pertanto s'io lor concedessi d'esser colpevole di tutto ciò ch'è accaduto, i danni dell'acqua sarebbero questi. Ma poichè nè da principio il padre mio fece atto illecito cingendo di muro il fondo, nè costoro reclamarono mai durante tanto tempo, e gli altri, che hanno sofferto molti e gravi danni, di nulla mi muovono querela, e poichè voi tutti solete scaricare sulla strada l'acqua delle case e dei campi, e non già, per Giove, ricever nel vostro l'acqua della strada, a che far più parole? Non può certo esser dubbio che manifestamente mi s'intenta una lite di mala fede da costoro, che non hanno sofferto nessun torto, nè sono danneggiati, come dicono. Affinchè poi sappiate che essi e rigettarono lo sterco sulla strada, e col portare innanzi il muro resero più stretta la strada, e ancora com'io deferii il giuramento alla madre di costoro e dichiarai che la mia avrebbe giurato lo stesso (1), prendimi le testimonianze e l'intimazione.

#### Testimonianze - Intimazione.

Ma vi furon mai uomini più sfacciati e di più manifesta mala fede nel litigare, di questi, che, avendo spinto innanzi il loro muro e rialzata la strada, intentano contro altri l'azione di danni, e per la pena fissa di mille dramme, mentre, tutto sommato e compreso, non hanno perduto cinquanta dramme?

Voi ben vedete, o giudici, quanti ebbero a soffrir danni dalle acque nei campi, e in Eleusi e in altri luoghi (2). Ma nessuno mai di questi, per la terra e per gli Dei!, penserà di farsi ripagare i danni dai vicini; ed io stesso, che avrei ragione di risentirmi per la via ristretta e rialzata, me ne stò quieto; costoro invece hanno l'audacia, come vedete, di muover anche lite a coloro che hanno offesi.

Però, o Callicle, se a voi è lecito di cinger di muro il vostro fondo, certo anche noi era lecito cingere il nostro. Che se mio padre costruendo il muro ledeva il vostro diritto, anche voi ora ledete il mio con le vostre costruzioni: è evidente infatti che, essendo cotesto muro di grosse pietre, l'acqua respinta si rovescerà sul mio fondo, o forse anche un giorno mi getterà giù a un tratto il muricciuolo. Ma non perciò io voglio prendermela contro costoro, ma tollero in pace la sorte, e farò in modo da difendere i miei

(1) Su questo giuramento deferito alla madre dell'attore con dichiarazione della madre del convenuto di esser pronta a giurare lo stesso, cfr. MEIER-SCHÖMANN-LIPSIUS, p. 899 e segg.

(2) È ignoto il fatto, al quale qui si allude.

beni. Ed è così, che, quando costui munisce le sue terre, io penso ch'egli opera saviamente; ma quando m'intenta lite, lo dichiaro disonestissimo e affatto privo di senno.

Nè vi meravigli, o giudici, l'audacia sua, nè l'aver egli osato testè allegare il falso. E infatti già dapprima, avendo istigato suo cugino a rivendicare contro di me il fondo, egli produsse istrumenti inesistenti, e pur ora egli stesso in mia contumacia ottenne un'altra sentenza arbitraria dello stesso genere, chiamando in giudizio Callaro uno dei miei schiavi (1). Perchè oltre alle altre malizie, hanno anche ritrovato questo cavillo: intentano contro Callaro la stessa azione. Ma può esser mai che uno schiavo cinga di muro il fondo del padrone senza ordine del padrone stesso? Non avendo altro da imputare a Callaro, lo chiamano in giudizio per quell'opera, fatta la quale mio padre visse ancora per più di quindici anni. Ma, se io cedo loro i fondi, o vendendoli o permutandoli con altri fondi, Callaro non ha fatto nulla d'illecito; se io invece non voglio conceder loro la mia proprietà, d'ogni più grave lesione essi son vittime per parte di Callaro, e cercano un arbitro che loro aggiudichi i fondi e decisioni tali da ottenere i fondi.

Se dunque, o giudici, i raggiratori e i litigatori di mala fede debbono averla vinta, a nulla possono giovare le mie parole; ma se voi avete in odio siffatta genia, e sentenziate il giusto, non avendo Callicle sofferto alcun danno, nè alcun torto, nè da Callaro, nè da mio padre, io non so che cosa dire di più.

Affinchè però conosciate e che dapprima cercando d'usurparmi i fondi istigò il cugino, e che ora egli stesso ha ottenuto contro Callaro un'altra sentenza arbitraria simile a questa, minacciandomi perchè io tengo in gran conto quell'uomo (2), e che un'altra lite torna a muovere contro Callaro, di tutto ciò vi saranno lette le testimonianze.

#### Testimonianze.

Non mi abbandonate dunque, per Giove e per gli Dei, o giudici, a costoro, non essendo colpevole di nulla! Perchè non m'importa tanto della multa, benchè grave a chiunque ha scarso patrimonio; ma essi mi scacciano del tutto dal demo (3), perseguitandomi e vessandomi con le liti. E che noi di nulla siamo colpevoli, eravamo pronti a rimetterne il giudizio a persone perite, imparziali, elette di comune accordo, eravamo pronti a giurarlo nel modo prescritto dalla legge; poichè queste prove pensavamo dover essere le più forti che si potessero portare a voi, che avete giurato (4). Ora prendimi l'intimazione e le rimanenti testimonianze.

#### Testimonianze - Intimazione.

Roma, giugno, 1890.

(1) Sulla chiamata dello schiavo Callaro in giudizio e sulla sua capacità e sul suo rapporto col padrone, vedi HEFFTER, *op. cit.*, p. 95 e segg.; MEIER-SCHÖMANN-LIPSIUS, *op. cit.*, pag. 766 e segg.; PLATNER, *op. cit.*, I, p. 91. Cfr. DEMOST. c. *Panteneto*, 981, 15, 20.

(2) Ciò si riferisce certamente alla *noxae datio*: il padrone poteva liberarsi dalla responsabilità dei fatti dello schiavo abbandonandolo all'attore; ma se voleva conservarlo, doveva difenderlo e risarcire il danno da esso cagionato. Cfr. DARESTE, *Les plaidoyers civils de Démosthène*, I, p. 180, nota 11; HERMANN-THALHEIM, *op. cit.*, § 15, p. 104, nota 4; MEIER-SCHÖMANN-LIPSIUS, *op. cit.*, p. 653.

(3) Essendo il *demos* una circoscrizione territoriale, il figlio di Tisia perdendo il proprio fondo avrebbe dovuto uscire dal proprio *demos*.

(4) Sul giuramento della parte, e sul giuramento che prestavano i giudici, cfr. MEIER-SCHÖMANN-LIPSIUS, p. 898 e segg., 152. Sul giuramento dei giudici anche CAILLEMER, v.º *dikastai IV* nel *Dictionnaire* di DAREMBERG e SAGLIO, vol. 3º, p. 190.

## MISCELLANEA EPIGRAFICA

### DIPLOMA MILITARE (\*)

Nel vol. III, p. 172 del nostro *Bullettino*, noi annunciammo la scoperta di un diploma militare trovato in Roma nell'alveo del Tevere, presso i bagni di Donna Olimpia al ponte Palatino, il 3 maggio 1890. Eccone ora il testo edito con dotto commento dal prof. BARNABEI nei *Monumenti antichi pubblicati per cura della R. Accademia dei Lincei*, vol. I, punt. 2ª, anno 1891, col. 429 e segg.:

*habent. Si qui eorum feminam peregrinam / duxerit, dumtaxat singuli singulas quas / primo duxerint cum iis habeant conubium. / hoc quoque iis tribuo, ut quos agros a me / acceperint quasve res possederunt III K. / [i]anuar. Sex. Marcio Prisco Cn. Pinario Aemilio Cicatricula cos., sint immunes. /*

..... C. f. Galeria. Saturnini / [C]lunia. Cho. II. Pr.

È la seconda tavoletta di un diploma militare. È di bronzo, larga m. 0,175, alta m. 0,14, spessa più di un millimetro, forata come sogliono essere le tavole dei dittici. Degli 83 già prima noti (80 editi del MOMMSEN, *C. I. L.* III ed *Ephem. Epigr.*; uno nel 1884 dal HAMPEL, *Atti dell'Acc. di Budapest*, XII, 1; uno nel 1887 dal BORMANN, *Archäol.-epigr. Mittheilungen aus Oesterreich-Ungarn*, XI, 1, p. 24, cfr. *Bull. dell'Ist. di dir. romano*, I, p. 81 e segg.; un altro scoperto a Brigetio, che sarà edito dal Bormann) la serie più numerosa si riferisce al *ius civitatis et conubii* concesso dagli imperatori ai soldati dei corpi ausiliari e della flotta, la più ristretta al semplice *ius conubii* concesso per legge speciale ai militi delle coorti pretorie e urbane. Agli undici diplomi appartenenti a quest'ultima serie si aggiunge ora il nostro: i soldati delle coorti pretorie, cui apparteneva il nostro Saturnino, erano già cittadini romani prima di essere ammessi in quelle milizie, non era dunque il caso di concedere loro la cittadinanza al momento della *missio*. Nuova assolutamente è la concessione della immunità. In altri diplomi era compreso il possesso di terre assegnate, ma ciò si riferiva a coloni militari, ai quali si accordava solo il diritto di trasmettere il possedimento ai legittimi loro successori, purchè avessero continuato nel mestiere delle armi a difesa dello Stato, e continuata la dimora nei confini militari o nei *castella*. (Vedi MOMMSEN, *Ephem. epigr.*, IV, p. 508 e segg.). La immunità concessa nel

(\*) Pubbl. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1891, p. 157.



nel nostro diploma, secondo il Mommsen, è la personale (D. 50, 6, 1, 1) e si riferisce specialmente al tributo, a cui in generale anche i cittadini romani erano soggetti quando possedevano terre provinciali (MOMMSEN, *Staatsrecht*, III, 737).

Nuova è la notizia del consolato di Sesto Marcio Prisco e di Gneo Pinario Emilio Cicatricula. Da quanto si sa già su questi personaggi, il prof. Barnabei ritiene che quel consolato debba porsi tra l'anno 74 e il 98 d. C. Il Mommsen assegna al decreto la data probabile del 30 dicembre 79, ovvero 80, giorno natalizio dell'imperatore Tito, nel quale sembra probabile essersi congedati i pretoriani.

#### MULTE SEPOLCRALI (\*)

Nel sepolcreto dei militi di Concordia (cfr. *Bullettino dell'Ist. di dir. rom.* III, p. 265) continuano a scoprirsi delle arche sepolcrali colla menzione di multe. Nel fascicolo di novembre 1890 delle *Notizie degli scavi* (p. 339 e segg.) il sig. Bertolini pubblica le seguenti:

1. *Fl(avius) Bruna de numero Bataorum / seniorum, qui vixit annos XXV, arca / sibi de proprio suo emit. Si quis eam / voluerit aperire dabit fisco auri / uncias tres.*

2. *Fla(vius) Ziperga PZ (?) de n(umero?) primae Martiae vic(tricis) an / nis vixit XXVII, milita(vit) stipen(dis) VIII. / Fl(avii) Vitalis q (?) et Maximianus armat(urae) convicani fecerunt de prop(rio). Si quis / arcam auvitavere (?) voluerit / inferat fisco auri lib / ras octo iuxta et poena capitis.*

A questa iscrizione l'editore appone la nota seguente, che riferiamo senza prenderne responsabilità alcuna:

« . . . . È degna di nota la pena comminata, la quale è libbre otto d'oro e per di più il taglio della testa. Fin qui si avevano nel sepolcreto tre lapidi (C. I. L., V, numeri 8761, 8762, 8768) che comminavano ai violatori della tomba il taglio della mano ed una multa in suo luogo. Forse nell'intenzione dell'autore di questa epigrafe voleasi dare una pena principale, la pecuniaria, libero al reo d'offrire in sua vece la propria testa. E se ciò fosse, come vi ha tutta la ragione di ritenere, allora si avrebbe nella presente iscrizione il primo esempio del *vidrigildo*, il quale, come è noto, nella legge longobardica era la multa redimibile colla pena capitale ».

3. *Fl(avio) Martidio p(rae)p(osito) auxiliariorum mili(ariensium) equi / tum, qui militavit ann(is) XXVIII, Fl(avius) Exu[per]anc(ius) / filius patri carissimo arcam comparavit / et ordinavit (quod) si quis eam contrerivit (contractaverit?) / capitis periculum patiatur.*

(\*) *Bull. Ist. dir. rom.*, 1891, p. 158.

4. *Fl(avio) Cascinivo ducenario / ex numero armatura / rum [q]ui vixit annis / XLIII et militavit an(nis) XXIII / arcam de proprio suo / ubi positus est collegas / sui comparaverunt. Si quis / eam aperire voluerit dabit / in fisco auri pondo sex.*

5. . . . *si quis aute(m) hanc sepulturam move (sic) / temptaverit, inferre debe[bit] . . . f]isco a / uri libr(as) VI. Fl(avius) Tovinianus bearcus draco-narius ex numero / octava Dalmatas militavit annos / XX vixit anos XL. Posuit memoria / Tovinus prot. parens suus.*

6. *Flavius Severianus centenarius / de numerum equit(u)m cata-fractariorum / militavit annis XXII habiens parentes Miarium XI / de vico Suriliaci (?). Si quis voluerit eam arcam aperire / dabit poenam fisci auri p(ondo) duum.*

Una pena per violazione di sepolcro è comminata pure nella seguente lapide trovata a Roma nei lavori per l'ampliamento del cimitero a Campo Verano (*Notizie degli scavi*, 1890, p. 355):

*D(iis) M(anibus). Statilia Euhodia viva fec(it) sibi et / Statilio Erasto coniugi optimo, / item Statiliae Eraste fil(iae) eorum / et Statilio Procteto viro et lib(erto) / eius, item lib(ertis), libertab(us), posterisque / eorum. Hoc moni(men)tum sive sepulchrum / quod est via Tiburtina clivo Bassilli / parte laeva, quod est conclusum in / fra maceria Caesae Paulinae si quis / vole[t m] anus inicere sive vendere / sive abalenar(e) dabet poenae nomi / ne aerario populi Romani (sextertia) viginti n(ummum).*

#### IUS SEPULCRI (\*)

Nel *Bullettino della commissione archeologica comunale di Roma* (an. 1891, pp. 71-72) è pubblicata una importante iscrizione ritrovata nella costruzione delle fogne di via Leone IV. L'iscrizione è notevole per la formula con cui si dà all'erede lo *ius sepulcri*.

Da un lato si legge:

*D(iis) M(anibus) / Heraclitus . Hermiae . F / Bargylíetes fyles Alatidos / fecit sibi et suis libertis libertabusq(ue) vix(it) ann....*

Dall'altro:

*(D(iis) Manibus [Hermi]one? He . . . . e her . . [fec] it . . . o [e]t sibi et Heraclidae posterisque suis. Huic (l)oco dolus malus abesto, cum quando-que defuncta fuero, heredem meum sequetur. Locus in fronte pedes VI, in agro pedes.*

(\*) *Bull. Ist. dir. rom.*, 1891, pag. 160.

## CIPPO TERMINALE DEL TEVERE (\*)

Dagli scavi del Tevere proviene un cippo terminale delle rive del fiume riferibile alla terminazione fatta sotto Antonino Pio nell'anno 161 (*Notizie degli scavi*, 1890, p. 355):

[Imp(erator) Caesar T(itius) Aelius / Hadr]ianus An[toninus] / Aug(ustus) Pius po(n)tifex maxim(us), / trib(unicia) pot estate XXIII, imp(erator) II, co(n)sul III, p(ater) p(atriciae) / [A.] Platorio Nepote / Calpurniano curat(ore) / alvei Tiberis et ripar(um) et cloacar(um) / urbis terminos vetust(ate) dilapsos / exaltavit et restit(uit) rect(o) rigore / proximo cippo p(edes) . . . positos ex auto / ritate imp(eratoris) Caes(aris) divi Nervae fil(ii), Nervae / Traiani Aug(usti) Germ(anici) pont(ificis) max(im)i, trib(unicia) / potest(ate) V, co(n)s(ulis) III, p(atris) p(atriciae), curatore / alvei Tiberis et ripar(um) et cloacar(um) / Iulio Feroce.

## DECRETO DI GORDIANO AGLI ABITANTI DI SCAPTOPARENE (\*\*)

L'epigrafe marmorea recentemente pubblicata, contenente un decreto di Gordiano agli abitanti di Scaptoparene, fu scoperta nel 1868 a Gramadi, a mezz'ora circa dal villaggio bulgaro di Dsciumaja, nell'antica Tracia a 30 miglia circa a sud-est dell'antica Pautalia, nella fertile valle dello Strimone. Il signor Costantino Kapelas l'aveva trascritta, mentre la tavola era ancora intiera; più tardi, quando già la parte superiore era stata rotta e il resto assai guasto, il signor A. Kontoleon ne mandò un calco all'istituto archeologico in Atene. Il Kontoleon stesso ne pubblicò la parte greca nelle sue *Ἀνέκδοτοι μικρασιαναὶ ἐπιγραφαί* (fasc. 1, Atene 1890, pp. 36 e segg.) e poi nelle *Mitteilungen des K. deutschen archaeologischen Instituts, Athenische Abtheilung*, vol. XVI (1891), fasc. 3, pp. 270 e segg. con note e osservazioni dei professori Wilamowitz, Wolters e T. Mommsen, e con un breve articolo illustrativo di quest'ultimo (*ibid.*, pp. 279-282). Poi, nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. XII, *Romanistische Abtheilung*, II *Helft* (1892), pp. 244-267, il Mommsen medesimo ha scritto un nuovo importantissimo articolo, riproducendo il testo dell'iscrizione e commentandone specialmente la parte latina in relazione alla pubblicazione dei rescritti imperiali.

Io credo utile di ripubblicare qui il testo, importante per i cultori del diritto romano, seguendo la lezione proposta dal Mommsen, e aggiungendo solo, per comodità dei giuristi non filologi, una versione latina della parte greca.

Avverto intanto che la prima parte latina è scritta in testa all'epigrafe in linee lunghe per tutta la larghezza della lastra; segue poi la parte greca in

(\*) Pubbl. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1891, p. 160.

(\*\*) Pubbl. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1892, p. 23.

tre colonne; e poi di nuovo in linee lunghe come le prime viene in quattro versi il rescritto imperiale latino.

Ecco il testo:

*Bona fortuna. Fulvio Pio et [P]o[n]tio Proculo cons. XVII kal. Ian. descriptum [e]t reco[g]nitum factum [e]x-[l]ibro [l]ibellorum rescript[or]um a domino n[ost]ro imp. Ca[es]. M. Antonio Gordiano Pio Felice Aug. [e]t propo[s]it[or]um [R]oma[e] in portic[u] the[r]marum Tr[ai]anarum in ve[r]ba [q]uae) i[n]fra s[cripta] s[unt].*

*Dat[um] per Aur[elium] Purrum mil[item] coh[ortis] X [pr]aetoriae p[rae]f[ectus] [i]d[e]lis G[ordiana] [centuria] Proculi con[vi]canu[m] et con[pr]ossess[or]em.*

Ἀυτοκράτορι Καίσαρι Μ. Ἀντωνίῳ Γορδιανῷ Εὐσεβεῖ Εὐτυχεῖ Σεβ. δέησις παρὰ κωμητῶν Σκαπτοπαρήνων τῶν καὶ Γρησειτῶν. Ἐν τοῖς εὐτυχιστάτοις καὶ αἰώνιοις σου καιροῖς κατοικεῖσθαι καὶ βελτιοῦσθαι τὰς κώμας ἡπερ ἀναστάτους γίγνεσθαι τοὺς ἐνοικοῦντας πολλάκις ἀντέγραψας. ἔστιν γε καὶ ἐπὶ τῇ τῶν ἀνθρώπων σωτηρίᾳ τὸ τοιοῦτο καὶ ἐπὶ τοῦ ἱερωτάτου σου ταμείου ὠφελεία. Δι' ὅπερ καὶ αὐτοὶ ἔννομον ἱκεσίαν τῇ θεϊότητι σου προσκομίσομεν, εὐχόμενοι ἰλέως ἐπιπεύσαι ἡμῖν δεομένους τὸν τρόπον τοῦτον. Οἰκοῦμεν καὶ κεκτήμεθα ἐν τῇ προγεγραμμένῃ κώμῃ οὐση εὐπερράστῃ διὰ τὸ ἔχειν ὑδάτων θερμῶν χρῆσιν καὶ κεῖσθαι μέσον δύο στρατοπέδων τῶν ὄντων ἐν τῇ σῆ Ἐράκῃ, καὶ ἐφ' οὗ μὲν τὸ πάλαι οἱ κατοικοῦντες ἀόχλητοι καὶ ἀδειάσειστοι ἔμενον, ἀνευδῶς τοὺς τε φόρους καὶ τὰ λοιπὰ ἐπιτάγματα συντελοῦν, ἐπεὶ δὲ κατὰ καιροὺς εἰς βίαν προχωρεῖν τινες καὶ βιάζεσθαι ἤρξαντο, τηλικαῦτα, ἐλαττοῦσθαι καὶ ἡ κώμη ἤρξατο. Ἀπὸ γε μειλίων δύο τῆς κώμης ἡμῶν πανηγύρεως ἐπιτελούμενης διαβόητου οἱ ἐκέισε τῆς πανηγύρεως εἵνεκεν ἐπιδημοῦντες ἡμέρας πέντε καὶ δέκα ἐν τῇ τόπῃ τῆς πανηγύρεως οὐ καταμένοντι, ἀλλ' ἀπολιμπάνοντες ἐπέρχονται εἰς τὴν ἡμετέραν κώμην καὶ ἀναγκάζουσιν ἡμᾶς ξενίας αὐτοῖς παρέχειν καὶ ἕτερα πλείστα εἰς ἀνάλημψιν αὐτῶν ἀνευ ἀργυρίου χορηγεῖν. Πρὸς δὲ τοῦτοις καὶ στρατιῶται ἀλλαχοῦ πεμπόμενοι καταλιμπάνοντες τὰς ἰδίας ὁδοὺς πρὸς ἡμᾶς παραγείνεται καὶ ὁμοίως κατεπέγουσιν παρέχειν αὐτοῖς τὰς ξενίας καὶ τὰ ἐπιτήδεια μηδεμίαν τιμὴν καταβαλόντες. Ἐπιδημοῦσι δὲ ὡς ἐπὶ τὸ πλείστον διὰ τὴν τῶν ὑδάτων χρῆσιν οἱ τε ἡγούμενοι τῆς ἐπαρχίας ἀλλὰ καὶ οἱ ἐπίτροποι σου. Καὶ τὰς μὲν ἐξουσίας συνεχέστατα δεχόμεθα κατὰ τὸ ἀναγκαῖον, τοὺς δὲ λοιποὺς ὑποφέρειν μὴ δυνάμενοι ἐνετύχομεν πλειστάκις τοῖς ἡγεμόσι τῆς Ἐράκης, οἵτινες ἀκολούθως ταῖς θεαῖς ἐντολαῖς ἐκέλευσαν ἀοχλήτους ἡμᾶς εἶναι, ἐδηλώσαμεν γὰρ μηκέτι ἡμᾶς δύνασθαι ὑπομένειν, ἀλλὰ καὶ νοῦν ἔχειν ἐγκαταλιπεῖν καὶ τοὺς πατρίους θεμελίους διὰ τὴν τῶν ἐπερχομένων ἡμῖν βίαν, καὶ γὰρ ὡς ἀληθῶς ἀπὸ πολλῶν οἰκοδοσποτῶν εἰς ἐλαχίστους κατεληλύθαμεν. Καὶ χρόνῳ μὲν τινι ἴσχυσεν τὰ προστάγματα τῶν ἡγουμένων καὶ οὐδεὶς ἡμῖν ἐνόχλησεν οὔτε ξενίας ὄνοματι οὔτε παροχής ἐπιτηδείων, προ ὄντων δὲ τῶν χρόνων πάλιν ἐτόλμησαν ἐπιφύεσθαι ἡμῖν πλείστοι ὅσοι τῆς ιδιωτίας ἡμῶν καταφρονοῦντες. Ἐπεὶ οὖν οὐκέτι δυνάμεθα φέρειν τὰ βάρη καὶ ὡς ἀληθῶς κινδυνεύομεν ὅπερ οἱ λοιποὶ τότε καὶ ἡμεῖς προλιπεῖν τοὺς προγονικοὺς θεμελίους, τούτου χάριν δεόμεθά σου, ἀνίκητε Σεβαστέ, ὅπως διὰ θείας σου ἀντιγραφῆς κελύσης ἕκαστον τὴν ἰδίαν πορεύεσθαι ὅδον καὶ μὴ ἀπολιμπάνοντας αὐτοὺς τὰς ἄλλας κώμας ἐφ' ἡμᾶς ἔρχεσθαι, μηδὲ καταναγκάζειν ἡμᾶς χορηγεῖν αὐτοῖς προῖκα τὰ ἐπιτήδεια, ἀλλὰ μηδὲ ξενίαν αὐτοῖς παρέχειν, οἷς μὴ ἔστιν ἀνάγκη, (ὅτι γὰρ οἱ ἡγούμενοι πλεονάκις ἐκέλευσαν μὴ ἄλλοις παρέχεσθαι ξενίαν εἰ μὴ τοῖς ὑπὸ τῶν ἡγουμένων καὶ ἐπιτρόπων πεμπομένοις εἰς ὑπηρεσίαν· εἴαν γε βαρῶμεθα, φευξόμεθα ἀπὸ τῶν οἰκείων καὶ μεγίστην ζημίαν τὸ ταμεῖον περιβληθήσεται) ἵνα ἐλεηθέντες διὰ τὴν θεῖαν σου πρόνοιαν καὶ μείναντες ἐν τοῖς ἰδίοις



τούς τε ἱεροὺς φόρους καὶ τὰ λοιπὰ τελέσματα παρέχειν δυνησόμεθα. Συμβήσεται δὲ τοῦτο ἡμῖν ἐν τοῖς εὐτυχεστάτοις σου καιροῖς, ἐὰν κελύσῃς τὰ θεῖα σου γράμματα ἐν στήλῃ ἀναγραφέντα δημοσίᾳ προτίθεσθαι, ἵνα τούτου τυχόντες τῆ τύχῃ σου χάριν ὁμολογῆν δυνησόμεθα, ὡς καὶ νῦν καὶ . . . ὄμενοι σου ποιούμεν.

Διογένης ὁ Τύριος ὁ πραγματικὸς ἀπὸ θείας φιλανθρωπίας ἐπὶ τὴν ἔντευξιν ταύτην ἐλήλυθεν. Δοκεῖ δέ μοι θεῶν τις προνοήσασθαι τῆς παρουσίας ἀξιώσεως. Τὸ γὰρ τὸν θεϊότατον αὐτοκράτορα περὶ τούτων πέμψαι τὴν ἰδίαν γνώσιν ἐπὶ σε ὅτι δεήσῃ φθάσαντα περὶ τούτου καὶ προγράμ || μασιν καὶ διατάγμασιν δεδωκέναι, τοῦτο ἔμοι δοκεῖ τῆς ἀγαθῆς ἔργον εἶναι.

. . . ἡ ἀξίωσις. Ἡ κώμη ἡ τοῦ βοηθουμένου στρατιώτου ἐστὶν ἐν τῷ καλλίστῳ τῆς πολιτείας τῆς ἡμετέρας τῶν Παυταλιωτῶν πόλεως κειμένη, καλῶς μὲν τῶν ὄρων καὶ τῶν πεδίων ἔχουσα, πρὸς δὲ τούτοις καὶ θερμῶν ὑδάτων λουτρὰ οὐ μόνον πρὸς τρυφήν, ἀλλὰ καὶ ὑγίαν καὶ θεραπείαν σωμάτων ἐπιτηδεύουσα, πλησίον δὲ καὶ πανήγυρις πολλάκις μὲν ἐν τῷ ἔτει συναγομένη, περὶ δὲ καλ. ὀκτωμβρίας καὶ εἰς πέντε καὶ δέκα ἡμερῶν ἀγομένη. Συμβέβηκεν τοίνυν τὰ δοκούντα τῆς κώμης ταύτης πλεονεκτήματα τῷ χρόνῳ περιελθυθέναι αὐτῆς εἰς ἔλλαμπτώματα (1) διὰ γὰρ τὰς προειρημένας ταύτας προφάσεις πολλοὶ πολλὰκις στρατιώται ἐνεπιδημοῦντες ταῖς τε ἐπιξενώσεσι καὶ ταῖς βαρῆσεσιν ἐνοχλοῦσι τὴν κώμην· διὰ ταύτας τὰς αἰτίας πρότερον αὐτὴν καὶ πλουσιότεραν καὶ πολυάνθρωπον || || οὔσαν νῦν εἰς ἐσχάτην ἀπορίαν ἐληλυθέναι. Ἐπεὶ τούτων ἐδεήθησαν πολλάκις καὶ τῶν ἡγουμένων, ἀλλὰ καὶ μέχρις τινὸς ἴσχυσεν αὐτῶν τὰ προστάγματα, μετὰ δὲ ταῦτα κατωλιγωρήθη διὰ τὴν συνήθειαν τῆς τοιαύτης ἐνοχλήσεως· διὰ τοῦτο ἀναγκαίως κατέφυγον ἐπὶ τὸν θεϊότατον.

*Imp. Caesar M. Antonius Gordianus pius felix Aug. vikanis per Pyrrhum mil. composes / sore[m]. Id genus qu[ae]rellae praecibus intentum an[te] iustitia pr[aesi]dis / potius super his quae adlegabuntur instructa discinge [q]uam rescripto principali / certam formam reportare debeas. Rescripsi. Recognovi. Signa.*

*Imperatori Caesari M. Antonio Gordiano pio felici Augusto supplicatio vicanorum Scaptoparenorum et Gresitarum. In felicissimis atque aeternis tuis temporibus saepe rescripsisti ut incolis frequentarentur melioresque redderentur vici potius quam expellerentur inhabitantes. est enim hoc pro hominum salute et pro utilitate sacratissimi fisci tui. Ideo et ipsi legitimam precem divinitati tuae offeremus, supplicantes ut benigne assentiaris nobis rogantibus hoc modo. Habitamus ac possidemus in vico supra scripto amabilissimo quod habeat usum thermarum et sit interiectus duobus castris in Thracia sitis, et donec ab antiquo incolae turba et molestia vacantes et perquam securi manserunt, copiose tributa et reliqua vectigalia solverunt; post vero quam per tempora in vim procurrere aliqui et vexationes facere coeperunt, tum vicus quoque deterior reddi coepit. Cum scilicet duobus millibus passuum spatio a vico nostro celebratur famosum sollemne, qui illuc sollemnis causa adveniunt, quindecim dies non in loco sollemnis consistunt, sed abeuntes invadunt vicum nostrum et cogunt nos hospitium ipsis praestare et alia plurima ad recreationem ipsorum sine pecunia subministrare. Ad haec etiam milites aliorum missi relinquentes propria itinera veniunt ad nos et similiter nullo expenso pretio nos compellunt ut ipsis hospitium et victum subministremus. Veniunt autem ut maxime propter usum aquarum praesides provinciae*

(1) V. nota 1 a pag. 423.

*et etiam tui procuratores. Et magistratus quidem recipimus assidue iuxta necessitatem, reliquos vero cum perferre nequeamus accessimus saepissime ad praesides Thraciae, qui convenienter divinis mandatis jusserunt nos turba et molestia vacare; palam enim feceramus nos amplius sustinere non posse, quin etiam animum habere derelinquendi vel patrias sedes propter illatam nobis vim, et revera e compluribus patribusfamilias ad perpauca redacti sumus. Et aliquo quidem tempore vigerunt jussa praesidum et nemo nos turbavit neque hospitii nomine neque victus suppeditandi causa; procedentibus tamen temporibus denuo ausi sunt adoriri nos quamplurimi imperitiam nostram contemnentibus. Cum igitur nequeamus amplius ferre haec onera et revera sicut ceteri e nobis ita nos quoque periclitemur deserere avitas sedes, ideo rogamus te, invicte Auguste, per divinum rescriptum tuum jubeas unumquemque propriam sequi viam, neque ipsos vicos ceteros pratermittentes ad nos venire, neque nos cogere ipsis victum gratis ministrare, sed neque hospitium iis praebere, quibus necesse non sit (nam praesides saepe jusserunt ne aliis praeberemus hospitium nisi quos praesides et procuratores propter ministerium misissent: quodsi gravati erimus, fugiemus domo et magno detrimento fiscus afficietur), ut miseratione digni habitus per divinam tuam providentiam et nostris sedibus manentes sacra tributa et reliqua vectigalia conferre possimus. Hoc vero continget nobis in felicissimis tuis temporibus, si jusseris divinas tuas literas in columna inscriptas publice proponi, ut id nos assequuti felicitati tuae gratias agere possimus, sicut et nunc agimus.*

*Diogenes Tyrius advocatus (?) ex divina humanitate in istam rogationem devenit. Videtur autem mihi deorum aliquis prospexisse praesenti postulationi. Quod enim divinissimus imperator de his remiserit propria cognitionem ad te, qui quod oportet jam prius et praescriptionibus de hoc et edictis concessisti, id videtur mihi factum propitiae sortis esse.*

*[Est autem haec] petitio. Vicus militis cui auxilio venit positus est in pulcherrima parte administrationis nostrae civitatis Pautaliae, bene se habens et monte et planitie, ad haec thermarum balnea habens non modo ad mollitiem sed etiam ad valetudinem et curationem corporum aptissima, proxime vero est etiam sollemne saepius in anno celebratum, circa kalendas octobres et per quindecim dies productum. Contigit igitur ut apparentes huius vici praerogativae temporis cursu in perniciem (1) eius versae sint; (namque ob supra dictos illos praetextus multi saepe milites advenae et hospitii et oneribus turbant vicum), et ut his causis ipse (vicus) antea et ditior et hominum frequens jam in extremam inopiam venerit. Quum de his (vicani) supplicaverint saepius etiam praesidibus, sed aliquamdiu quidem horum praecepta vigerint, post vero neglecta sint propter consuetudinem eiusmodi turbationis, propterea necessario ad divinissimum confugerunt.*

La prima parte latina, che è anche la più importante per noi, contiene la autenticazione della copia rilasciata al rappresentante dei vicani di Scaptoparene il 16 dicembre 238, autenticazione cui appartiene anche l'ultima parola *signa*. Segue poi la domanda dei vicani presentata da Aurelio Pirro pretoriano all'imperatore. Ma a questa domanda tien dietro immediatamente non il rescritto imperiale, che invece si legge infine, ma, dalle parole Διογένης ὁ

(1) Latine verito ἔλλαμπτώματα quasi scriptum esset ἐλαττώματα admonente collega Piccolomini. Confr. πλεονέκτημα — ἐλάττωμα in Dione Cassio, 43, 37.

Τόπος in poi, il discorso dell'avvocato dei vicani al preside della provincia, al quale l'imperatore aveva rimessa la cognizione della cosa. Questo discorso non sembra neppure terminato al punto, in cui è finalmente riprodotto il rescritto imperiale, che regolarmente avrebbe dovuto trovare posto alla fine della domanda dei vicani, a cui risponde. Forse un'altra tavola conteneva la continuazione del discorso di Diogene, e la finale definizione della questione per parte del preside della provincia, e forse anche dell'imperatore. Tale pare almeno anche a me esser la più probabile tra le varie congetture messe innanzi dal Mommsen.

La sostanza stessa della domanda fatta dai vicani e la risposta dell'imperatore non offrono campo a notevoli considerazioni. Invece, come ho già detto, è di grande importanza la prima parte, che, con le ultime parole dell'ultima parte, ci dà molta luce sul modo come erano redatti e pubblicati i rescritti.

Io darò qui, in brevi parole, un cenno delle conclusioni del Mommsen in proposito, rinviando il lettore al bellissimo scritto di lui per la più ampia dimostrazione.

Confrontando il presente rescritto con gli altri già noti di Antonino Pio dell'anno 139 (C. I. L. III. 411) e di Commodo ai coloni d'Africa (C. I. L., VIII, 10570; BRUNS, *Fontes*<sup>5</sup>, p. 228), il Mommsen ricorda che l'imperatore a piedi del rescritto preparato dagli scrivani dell'ufficio scriveva di propria mano *rescripsi*, ovvero *scripsi*, o talvolta formule diverse di saluto a colui cui il rescritto era indirizzato. In seguito a questa sottoscrizione si trova la parola *recognovi*, dovuta all'impiegato imperiale (nel citato rescritto di Antonino Pio indicato col numero *undevicensimus*), che riconosceva la copia conforme dell'atto. Si avevano così due esemplari di ogni rescritto: l'originale e la copia collazionata. L'originale si mandava al postulante, la copia (che molte volte doveva comprendere anche la copia della domanda) si conservava negli archivi imperiali.

Nuove notizie ci porta la nostra iscrizione circa la comunicazione del rescritto a coloro cui era indirizzato; poichè ci dimostra che, almeno al tempo di Gordiano, invece di essere spedito al postulante assente, o consegnato al presente, il rescritto poteva essere pubblicato mediante la *propositio*. Esso era mandato al *praefectus urbi*, il quale ne curava l'inserzione nel *liber libellorum rescriptorum a domino nostro propositorum Romae*; ciò permetteva a tutti gl'interessati di prenderne cognizione e copia, senza bisogno dello speciale permesso richiesto nel caso che il rescritto non fosse stato pubblicato. La copia mandata agli Scaptopareni è infatti una copia privata autenticata nel modo consueto, coi nomi e i sigilli dei testimoni (*signa*). Probabilmente in simili casi la prima copia ufficiale era conservata nei commentari imperiali, l'originale si spediva al magistrato, che ne curava la pubblicazione.

Non deve dunque meravigliarci, nè deve più revocarsi in dubbio il fatto che così gran numero dei rescritti dei codici che abbiamo portino nella sottoscrizione la formula *proposita*. La pubblicazione dei rescritti ci spiega poi come essi abbiano ottenuto forza di legge; la stessa pubblicazione dimostrava la volontà dell'imperatore di farli passare come massima da seguire anche in futuro. Così pure è chiaro come i giureconsulti potessero aver notizia dei rescritti indirizzati a così varie persone. E siccome probabilmente i rescritti pubblicati erano riuniti in volumi annuali (come fu fatto per la corrispondenza di Gregorio Magno) si avrebbe in ciò anche la spiegazione del fatto, che nelle raccolte di costituzioni alcune annate non sono punto o sono pochissimo rappresentate.

Nei primi tempi, secondo ogni verosimiglianza, i rescritti non furono pubblicati; i rescritti riferiti dai giuristi ed inseriti nelle raccolte risalgono solo ad Adriano, e solo per rare eccezioni a Traiano. Il Mommsen ritiene anche che il passo della biografia di Macrino (c. 13, 1) « ...cum Traianus nunquam libellis responderit, ne ad alias causas facta proferrentur, quae ad gratiam composita viderentur » significhi solo che Traiano, per impedire che i rescritti costituissero legge per i casi futuri, non li faceva pubblicare con la *propositio*.

La pubblicazione dei rescritti, tenuta in limiti ristretti dagli imperatori del II secolo, diventò molto più usuale da Severo in poi, e fu amplissima sotto Diocleziano. Se con Costantino cessano i rescritti come fonte di diritto, ciò si spiega con un ritorno agli usi più antichi smettendo la *propositio*.

Lo scopo poi della pubblicazione dei rescritti dovette essere quello di rendere obbligatorie le autentiche interpretazioni degli imperatori, le quali poi si trasformarono anche in modificazioni del diritto vigente. Ma a questa ragione si aggiunse l'altra della maggior comodità, che la proposizione presentava, di fronte alla insinuazione, per gli uffici imperiali.

#### NUOVA ISCRIZIONE RELATIVA ALLA LEX HADRIANA PEI COLONI AFRICANI (\*)

In Africa, in una valle dei contrafforti al sud-ovest di Djebel Gora, a 10 chilometri da Tebursuk, a 1500 metri da Henscir-Scett, a 5 chilometri da Henscir-Duamis (antica Uci Maius), vi è una fonte detta Aïn-Uassel, dove furono già altre volte trovate parecchie antichità. Ivi il signor dottor Carton ha rinvenuta un'ara di pietra calcarea iscritta su tre faccie, alta m. 0,95, nella parte iscritta 0,60, larga 0,53 nelle faccie che portano le iscrizioni prima e terza, 0,40 nelle altre. L'altezza delle lettere varia da 0,03 a 0,35. La parte superiore della iscrizione è guasta, il resto in buono stato.

Lo stesso dottor Carton ha pubblicato questa importantissima epigrafe nella *Revue archéologique*, 1892, pp. 214-222, in un articolo intitolato *Nouveau document épigraphique relatif au colonat en Afrique*, dandone una figura incisa, e illustrandola specialmente dal punto di vista della topografia. Il signor Mispoulet poi nella *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1892, pagg. 117-124, in un articolo intitolato *L'inscription d'Aïn Uassel* ha riprodotto il testo della iscrizione secondo la propria lezione, dandone anche l'interpretazione propria e quella comunicatagli dal signor Dareste, e illustrandola dal punto di vista giuridico, specialmente col confronto della famosa epigrafe del *Saltus Burunitanus*, relativa ad altra parte del medesimo territorio, nella quale si regolavano rapporti della medesima natura e si faceva menzione della stessa *lex Hadriana*.

Non potendo io dar qui subito una conveniente dichiarazione di questo monumento importantissimo, e riserbandomi di tornarvi sopra o di farlo illustrare da persona più competente, credo tuttavia utile di non ritardare la pubblicazione del testo con la menzione dei dati, che possono servire ad illustrarla.

(\*) Pubbl. in *Bull. Ist. dir. rom.*, 1892, p. 31.



Ho riscontrato il testo sul disegno dato dal signor Carton, e posso perciò riprodurlo in modo più corretto che non abbia fatto il Mispoulet.

1<sup>a</sup> colonna.

..... MISEVERI PII  
 ..... OMNAE AVG MATR  
 . . . . . ORVM ARAM LEGIS DIVI HA  
 DRIANI PATROCLVS AVGGG LIB  
 PROC. INSTITVIT ET LEGEM INFRA  
 SCRIPTAM · INTVLIT  
 EXEMPLVM LEGIS HADRIANAE  
 INARA PROPOSITA · SERMO PROCV  
 RATORUM QUID CAESAR N̄ PRO III  
 FATIGABILI CURATOR · PERQV  
 AM ADSIDVE PRO HVMANIS VTI  
 LITATIBUS EXCVBAT OMNES PAR  
 TES AGRORVM QUAMTAM OLEIS

2<sup>a</sup> colonna.

.....  
 ..... QVAE IN CENTV  
 ..... IS SALTVS BLANDIANI  
 ..... N :: : S PARTIBUS SV. .  
 QUAE EX SALTVLAMIANO ET DOM  
 ITIAND IVNCTA THVSDRITANO  
 SVNT NEC A CONDUCTORIBVS EX  
 CENTVRISQVE QVI OCCUPAVERINT POS  
 SIDENDI AC FRVID HEREDIQUE Su  
 O RELINQVENDI ID IVS DATVR  
 QVOD ET LEGE HANA COMPRE  
 HENSVM DE RVDIBVS AGRIS  
 ET IIS QVI PER · X · ANOS CONTI  
 NVOS INCVLTI SVNT NEC EX  
 BLANDIANO ET VDENSI SAL  
 SALTV MAIORES DARTES FRVC

3<sup>a</sup> colonna.

(1) . . . . .  
 . ORIBVS OCCVPAVE . . . . .  
 (?)  
 TENT TERTIAS PART . . . . .  
 BIT DE HIS QVOQVE R . . . . .  
 EXLAMIANO ET DOMIT . . . . .  
 CTA THVSDRITANO SVN . . . . .  
 BIT DE OLEIS QVAS QVISQ . . . . .  
 RIBVS POSVERIT AVT · OLEASTRIS . . . . .  
 RVERIT CAPTORVM FRVCTVVM NV . . . . .  
 DECEM PROXIMIS ANNIS EXIGET  
 SET NEC DE POMIS SEPTEM ANIS PROXIMIS  
 NEC ALIA POMIN DIVISIONE VNQVAM  
 CADENT QVM QVAE VENIBVNT A POSSES  
 SORIBVS QVAS PARTES ARIDAS FRVCTu  
 VM QVISQVE DEBEBIT DARE EAS PRO  
 XIMO QVINQVENNIO EI DABIT IN  
 CVIVS CONDVCTIONE AGROCCVPA  
 VERIT POST IT TEMPVS RATIONI

Ecco intanto come credo si possa leggere il testo:

1<sup>a</sup> colonna:

Pro salute . . . . . imperatoris Caesaris L. Septi]mi Severi Pii [et Juliae D]omnae Aug(ustae) matr(is) [castr]orum aram legis divi Hadriani Patroclus Aug(ustorum trium) lib(ertus) proc(urator) instituit et legem infra sc[r]iptam intulit.

Exemplum legis Hadrianae in ara proposita[e]. — Sermo procuratorum. — Quid Caesar n(oster) pro i[n]fatigabili cura perquam adsidue pro humanis utilitatibus excubat, omnes partes agrorum, qua[e] tam oleis. . . . .

2<sup>a</sup> colonna:

..... quae in centu[ris . . . . .] is saltus Blandiani . . . . ., n, , , s partibus su[nt] quae ex saltu Lamiano et Domitian[o] junctae Thusdritano sunt. Nec a conductoribus ex centuris qu[a]e . . . . . [iis]qui occupaverint possidendi ac fru[endi] heredique suo relinquendi id ius datur, quod et lege Ha[dria]na comprehensum de rudibus agris et iis qui per X an[n]os continuos inculti sunt. Nec ex Blandiano et Udensi saltu maiores [p]artes fruc[tuum].....].

(1) Nel primo verso, quasi a mezzo, vi sono tracce della parte inferiore di alcune lettere, forse MICO.

3ª colonna:

..... [. conduct(?)]oribus occupave[r]int ..... ] tent tertias part[es ..... dare debe]bit. De his quoque r[eliquis quae] ..... ex Lamiano et Domit[iano ..... iun]cta Thusdritano sur[t ..... dare debe]bit. De oleis quas quisqu[ue .....]ribus posuerit aut oleastris [inse]ruerit captorum fructuum nu[lla pars] decem proximis annis exiget[ur(?)]. Set nec de pomis septem an[n]is proximis. Nec alia pom[a] in divisione unquam cadent qu[a]m quae veniunt a possessoribus. Quas partes aridas fruct[u]m quisque debebit dare, eas proximo quinquennio ei dabit, in cuius conductione agr[um] occupaverint, post it tempus rationi . . .

Questo notevole testo epigrafico viene oggi a collocarsi fra gli altri già noti, relativi ai rapporti dei coloni possessori di parti dei vasti salti imperiali in Africa. La *lex Hadriana* è evidentemente quella che si trova menzionata nella iscrizione di Suk-el-Khmis, scoperta nel 1879, contenente la supplica dei coloni del *Saltus Burunitanus* e il relativo decreto di Commodo [vedi *C. I. L.*, VIII, p. 933, n. 10570, col complemento nell'*Ephemeris epigraphica*, V, n. 470; BRUNS, *Fontes*<sup>5</sup>, p. 228; MOMMSEN nell'*Hermes*, XV, pp. 385-411, 478-480; FUSTEL DE COULANGES, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire* (1885), pp. 25 segg.; CAGNAT et FERNIQUE, nella *Revue archéologique*, 1881, pp. 94 segg., pp. 137 segg.; ESMEIN, *Mélanges d'histoire du droit* (1886), pp. 293 segg.; G. SEGRÈ, *Studio sulla origine e sullo sviluppo storico del colonato romano* (1890), p. 6 e passim, confr. *Archivio giuridico*, XLII, p. 470, e volumi seguenti passim]. Inoltre il nostro testo si riconnette anche all'altro trovato a Gasr-Mezuar, contenente anche un decreto di Commodo pubblicato nella *Ephemeris epigraphica*, V, n. 465 (e prima da VINCENT et PAPIER, *Comptes-rendus de l'Académie d'Hippone*, 12 oct. 1882, pp. 2 segg.; 23 novembre 1882, p. 12 segg.; PAPIER, *Bulletin de l'Académie d'Hippone*, XVIII (1883), pp. 100 segg.), e al piccolo e poco importante simile frammento trovato ad Ain-Zaga, edito nella *Ephemeris epigraphica*, V, n. 471 (e prima VINCENT et PAPIER, *Compte-rendu de l'Académie d'Hippone*, 28 déc. 1882, pp. 2 segg.; CAGNAT, *Rapport*, II, pp. 141, n. 234).

## DIPLOMA MILITARE (\*)

Un nuovo diploma militare di Traiano, trovato a Cherchel dal signor Waille, fu pubblicato nel *Bulletin archéologique du Comité des travaux historiques*, p. 501, e poi di nuovo, rivedutone il testo, dal CAGNAT, *Revue archéologique*, 1892, pp. 292 segg. Non lo riproduciamo perchè non offre nulla di speciale per i giuristi.

NOTA ALL'ARTICOLO DEL PROF. S. PEROZZI:  
*FRUCTUS SERVITUTIS ESSE NON POTEST*<sup>(\*)</sup>

Il chiaro collega S. Perozzi ha dimostrato (1) in modo, a parer mio, molto persuasivo, che la regola tradizionale *servitus servitutis esse non potest* non ha buon fondamento, e che nel solo testo, ove essa oggi si trova, cioè nella l. 1 D. *de usu et usufr. leg.*, 33, 2, vi si deve sostituire la regola *fructus servitutis esse non potest*, che si trova anche nella l. 33, § 1, D. *de serv. praed. rust.*, 8, 3.

A complemento della sua dimostrazione sarà utile notare come la rassomiglianza grafica tra le parole *fructus* e *servitus* molto facilmente ha potuto indurre un copista in errore, tanto più che la parola *fructus* stava nel testo immediatamente prima di *servitutis*, sicchè l'occhio ha potuto trascorrere dal principio della parola precedente al principio della susseguente.

Nella scrittura romana lo scambio tra *fructus* e *servitus* era anche più facile che non sia nella scrittura moderna. Basterà a provarlo il trascrivere qui l'una sotto all'altra le due parole nei caratteri, p. es., del frammento *de formula Fabiana* secondo le tavole della bella pubblicazione dei professori Pfaff e Hofmann (confr. *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, I, p. 126 segg.) (2).

SERVITUS  
FRUCTUS

Ma in qual tempo lo scambio può essere avvenuto? prima di Giustiano nel libro di Paolo, o nel trascrivere il passo di Paolo quando le *Pandette* si compilavano, o dopo Giustiniano nel copiare le *Pandette*?

La cosa è incerta.

Contro l'ipotesi di un errore commesso dai copisti posteriori a Giustiano starebbe la coincidenza del testo delle *Pandette* fiorentine colla versione greca conservataci nel Tipucito (HEIMBACH, *Basil.*, lib. 44, tit. 5, c. 1, vol. IV, pag. 396): δουλείας γὰρ οὐκ ἔστι δουλεία. Tuttavia io ho accennato altrove che tale coincidenza, per quanto possa essere di grandissima importanza, non ha tutta quella forza decisiva che l'opinione dominante le attribuisce (confr.

(\*) Pubbl. in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1893, pag. 37.

(1) V. *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1893, pag. 1.

(2) [V. pag. 374].

(\*) Pubbl. in *Bull. Ist. dir. rom.*, 1892, pag. 36.



V. SCIALOJA, *La l. 14, § 3, D. de alim. vel cib. leg., 34, 1* nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, V [1888], pag. 41 segg. (1).

In ogni modo si può, fino a prova in contrario, ritenere più probabile che l'errore sia dovuto a copie del libro di Paolo prima di Giustiniano. Non oserei dire a copie del libro di Sabino, quantunque mi sembri assai probabile, soprattutto per la maniera di designare le servitù prediali, che la prima parte della l. 1 D. *de usu et usufr. leg.*, 33, 2 sia da attribuire addirittura a Sabino. Certamente però, se Paolo avesse trovato l'errore nella copia dei libri sabini da lui usata, l'avrebbe corretta.

Ma posto che nelle Pandette di Giustiniano già si leggesse *servitus servitutis esse non potest*, avrà tale regola in forza della sanzione imperiale (Const. *Tanta* § 19) un qualche valore almeno per diritto giustiniano? L'avrebbe certamente, se contenesse un precetto pratico d'immediata applicazione; ma poichè essa non potrebbe mai avere altro che una importanza teorica (2), e la teoria sfugge alle sanzioni dei legislatori, io credo che anche pel diritto giustiniano la regola *servitus servitutis esse non potest* non debba più preoccupare gl'interpreti; molto meno poi pei diritti moderni.

## RUDOLPH VON JHERING -- BERNHARD WINDSCHEID (\*)

Il 17 settembre 1892 moriva in Gottinga il professore Rodolfo di Jhering, lasciando nella scienza e nell'insegnamento un vuoto irreparabile.

Nato ad Aurich il 22 agosto 1818, dall'avv. Giorgio Alberto Jhering, egli compì in patria gli studi secondari, e quindi dopo aver frequentate dal 1836 in poi le università di Heidelberg, Monaco, Gottinga e Berlino, si addottorò in quest'ultima nel 1842. Il 26 aprile 1843 egli conseguì nella stessa università la docenza, quindi come professore ufficiale tenne la cattedra di diritto romano nelle università di Basilea (1845), di Rostock (1846), di Kiel (1849), di Giessen (1852), di Vienna (1868) e finalmente di Gottinga (1872), donde più non si mosse, rifiutando gli inviti e le offerte fattegli da altre università.

Le sue opere sono i maggiori avvenimenti della sua vita operosa, e il maggior suo monumento. Esse sono tra gli scritti più noti di diritto romano anche fuori della Germania, ed anche fuori della cerchia dei giuristi. Questa grande diffusione è dovuta a due virtù principali, l'artistica bellezza dello stile sempre vivo, animato, focoso, chiaro e incisivo, da lui studiato con somma cura, perfettamente conforme alla energia della mente e al pugnace ardimento dell'animo, e l'indirizzo largo e filosofico delle sue indagini e dei suoi pensieri.

Il suo primo lavoro fu la tesi di laurea in latino *Dissertatio de hereditate possidente* (Berol. 1842).

Due anni dopo apparirono le *Abhandlungen aus dem römischen Recht* (Leipzig, 1844), le quali conservano ancora oggi un valore nelle questioni che trattano. Nel 1847 fu edito a Lipsia il primo fascicolo della raccolta di casi pratici, che per tutta la vita lo Jhering curò ed accrebbe in molteplici edizioni (6ª edizione, Jena 1892) e che fu parte fondamentale dell'insegnamento a lui più gradito. Nel 1847 ugualmente fu pubblicata una sua lunga recensione sul libro di SELL, *über bedingte Traditionen* nei *Kritische Jahrbücher* di Richter e Schneider, XXII, nella quale egli espose le proprie idee sopra tale materia. Nel 1851 lo Jhering curò la 5ª edizione della *juristische Encyclopädie* del Falk. Nel 1852 venne alla luce in Lipsia il primo volume dell'opera, che portò lo Jhering ad uno dei più alti posti tra i moderni romanisti, e che costituisce ancora il suo più durevole titolo di gloria: ognuno intende ch'io parlo del *Geist des römischen Rechts*. La prima edizione procedette fino al 1865; ma l'opera si arrestò al primo tomo della terza parte, poichè l'autore fu, dallo svolgimento stesso delle sue idee, trascinato ad altri studi e ad altre opere. L'ultima edizione del *Geist* è la 4ª, 1878-83; della 5ª fu pubblicato il solo 1º volume nel 1891. Un estratto di un capitolo del *Geist* è l'opuscolo intitolato: *Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt*, Leipzig, 1865.

(\*) Pubbl. in *Bull dell'Ist. di dir. rom.*, 1893, p. 46.

(1) [V. pag. 359 segg.].

(2) Mera importanza teorica io attribuiva ad essa parecchi anni or sono, in un mio articolo negli *Studi senesi*, I (1884) pag. 109 segg. [v. pag. 248]. Fu appunto a proposito di quel mio articolo che il prof. Lenel, come io ho già ricordato nel *Bullettino*, IV, p. 334, mi espresse privatamente l'opinione che la vera regola fosse soltanto *fructus servitutis esse non potest*.

Neppure nel tempo in cui compose il *Geist* il nostro autore cessò dal pubblicare altri lavori minori. Nel 1857, infatti, egli fondò insieme col GEBBER il periodico *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Jena, Mauke, poi Dufft, poi Fischer), che continuò fino alla sua morte a dirigere, mutando più volte i condirettori. Gli articoli dello Jhering, che hanno spesso grandi proporzioni, sono certo tra i più preziosi di questo periodico e taluno può annoverarsi anche tra i migliori lavori dell'autore. Tutti furono poi raccolti dall'editore Fischer in tre volumi col titolo: *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heut. röm. u. deutschen Privatrechts*, Jena, 1881-86.

Uno di questi articoli: *Beiträge zur Lehre vom Besitz I. Der Grund des Besitzschutzes* (1868) fu pubblicato anche come volume a parte ed ebbe due edizioni (la seconda è del 1869).

Un parere nella celebre causa tra Basilea campagna e Basilea città a proposito della proprietà del luogo risultante dalla demolizione delle fortificazioni di Basilea fu pubblicato dallo Jhering nel 1862: *Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel*, e fu susseguito nella stesso anno da una replica *Erwiderung* contro il parere avverso pubblicato dal Dernburg.

Nel 1867, celebrandosi il cinquantesimo anniversario dell'insegnamento del penalista prof. Birnbaum, lo Jhering per mandato della facoltà di Giessen stampò l'opuscolo: *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift*, e nell'anno medesimo pubblicò nell'*Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, N. F. IV (del quale era divenuto condirettore dal 1866, vol. III della nuova serie, e tale rimase fino al 1877, vol. XI) due sentenze da lui redatte per la facoltà di Giessen nella lite per le azioni della società della ferrovia Lucca-Pistoia:

I. *Der Lucca-Pistoja Eisenbahnstreit. Ein Beitrag zu mehreren Fragen des Obligationenrechts, insbesondere der Theorie des dolus und der Lehre von der Stellvertretung.* — II. *Der Lucca-Pistoja-Actienstreit. Zweiter Beitrag, betreffend die Frage vom Abschluss der Verträge für, aber nicht auf Namen des Mandanten.*

Nel 1870 usciva la prima edizione del libretto col titolo: *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens*, che giunse poi rapidamente alla settima edizione (Jena, 1889).

Lo seguiva dappresso (Vienna, 1872) il *Kampf ums Recht*, che pervenne nel 1891 alla decima edizione.

Nel 1877 lo Jhering stampò, ma per allora non pubblicò, un parere circa alcune questioni di servitù e d'interpretazione di contratto: *Rechtsgutachten in Sachen der Stadt Bern gegen die Schweizerische Centralbahn zu Basel betreffend Schiessplatz Wylerfeld*, al quale fece seguire una risposta ad un contrario parere del Bluntschli: *Bemerkungen zum Rechtsgutachten des Geheimrath Prof. Doct. Bluntschli in Sachen der Stadt Bern gegen Centralbahn betreffend Schiessplatz Wylerfeld* (1878).

Anche nel 1877 lo Jhering pubblicò in Lipsia il primo volume dell'altra sua maggiore opera *Der Zweck im Recht*, della quale il secondo volume venne alla luce nel 1883. Come il *Geist*, così lo *Zweck* è rimasto interrotto: i due volumi furono editi di nuovo con qualche ritocco nel 1884-86. Una terza edizione postuma è ora incominciata (vol. I, 1893). L'opuscolo *Das Trinkgeld* (Braunschweig, 1882) è una derivazione dello *Zweck*.

Nel 1879 il nostro autore raccolse in un volume col titolo: *Vermischte Schriften juristischen Inhalts* (Leipzig) parecchi degli opuscoli e pareri so-

pra menzionati, cioè la dissertazione del 1842, la recensione del Sell, il *Schuldmoment* (con una nuova aggiunta), il parere per Basilea (omessa la replica al Dernburg), le sentenze per la causa Lucca-Pistoia, i due pareri per Berna.

Così con questa raccolta e coi tre volumi già ricordati contenenti gli articoli dei *Jahrbücher* si venne a formare una quasi completa collezione degli opuscoli jheringiani. Ne rimasero fuori, oltre ai maggiori lavori da me ricordati, alcune recensioni ed articoli da lui non creduti degni di essere riprodotti (vedi *Verm. Schriften*, prefazione, p. IV seg.).

Ed ecco nel 1884 apparire a Lipsia il volume *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (4<sup>a</sup> ediz. accresciuta 1891), nel quale lo Jhering, tra molte cose nuove, inserì anche molti articoli da lui già pubblicati nella *Preussische [poi Deutsche] Gerichtszeitung* (Berlino 1860-66) sotto il titolo *Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz* (anonimo) e nei *Juristische Blätter* di Vienna (XI, 1880) sotto il titolo *Plaudereien eines Romanisten*.

Nel 1889, quasi inaspettato venne alla luce il nuovo libro sul possesso, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*.

Finalmente nel 1891 l'articolo *der Besitz* nello *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*. Questo articolo è ora ristampato nel volume XXXII, pag. 41 seg., dei *Jahrbücher*, che sotto il titolo di *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* sono continuati dai professori di Gottinga F. Regelsberger e V. Ehrenberg in unione ad Unger, Gierke e Strohal.

Non sappiamo se tra i manoscritti dello Jhering si trovi alcuna parte della storia del diritto romano, ch'egli aveva promessa per la collezione di manuali giuridici diretta dal Binding, e alla quale pare ch'egli facesse allusione in una nota all'articolo *Rechtsschutz gegen injuriösen Rechtsverletzungen* nei *Jahrbücher*, XXIII, p. 204, nota 2.

Parecchie delle opere dello Jhering furono tradotte in molte lingue. Noi accenneremo qui soltanto alle traduzioni francesi del de Meulenaere, le quali hanno tanto contribuito alla diffusione dei prodotti dell'ingegno del grande romanista tedesco. *Esprit du droit romain* (trad. del *Geist*), voll. 4, Paris, 1877-78, 3<sup>a</sup> ediz. 1886-1888, e sotto il titolo generale *Études complémentaires de l'esprit du droit romain* una serie di volumi: I. *De la faute en droit privé*, 1880, (trad. dello *Schuldmoment*). — II. *Fondement des interdits possessoires. Critique de la théorie de Savigny*, 1882, (trad. della 2<sup>a</sup> edizione del *Grund des Besitzschutzes*). — III. *Actio injuriarum. Des lésions injurieuses en droit romain*, 1888 (trad. dell'articolo dei *Jahrbücher* XXIII: *Rechtsschutz gegen injuriösen Rechtsverletzungen* testè citato). — IV. *Du rôle de la volonté dans la possession* 1891 (trad. del *Besitzwille*). — Alcune furono anche tradotte in italiano. Il primo volume dello *Spirito del diritto romano* dal BELLAVITE (Milano, 1855); *La giurisprudenza della vita quotidiana* da V. PERUGIA (Bologna, 1871); *Sul fondamento della protezione del possesso* dal FORLANI (Milano, 1872); l'articolo inserito nei *Jahrbücher*, III, IV; *Sulla teoria del rischio e pericolo nel contratto di compravendita* da F. SERAFINI (Pavia, 1862); *La lotta pel diritto* dal MARIANO (Milano-Napoli, 1875); *Della natura e della capacità giuridica dei così detti comitati*; *Sull'elemento del valore pecuniario e dell'interesse proprio nelle obbligazioni*, sunto fatto dall'autore di questa necrologia di due parti dell'articolo inserito nei *Jahrbücher* XXVIII col titolo *Rechtsgutachten* ecc. (nell'*Archivio giuridico* XXV, p. 473-492) (1).

(1) [V. pag. 63].



\* \* \*

Un'altra gravissima perdita faceva la scienza del diritto romano con la morte di Bernardo Windscheid il 25 ottobre 1892. Il Windscheid era nato il 26 giugno 1817 a Düsseldorf; il padre Ferdinando Windscheid era conservatore delle ipoteche. Compiuti gli studi secondari in Recklinghausen e Düsseldorf, dal 1834 frequentò le università di Bonn, di Berlino e poi di nuovo di Bonn, dove si addottorò il 22 dicembre 1838. — Nel 1840 ottenne la libera docenza in Bonn ed ivi pure nel 1847 fu nominato professore straordinario di diritto romano e francese. Ma nell'anno medesimo andò a Basilea come professore ordinario, donde poi passò successivamente nelle università di Greifswald (1852), Monaco (1857), Heidelberg (1871), e Lipsia (1874), dove rimase fino al termine della sua vita, interrompendo l'insegnamento solo dal 1880 al 1883 per prender parte in Berlino ai lavori della commissione incaricata di redigere il progetto del codice civile per l'impero germanico.

Un tratto singolare fu il mutamento di religione negli ultimi tempi della sua vita; egli si fece protestante, mosso dallo spettacolo di esagerate e false cerimonie del culto cattolico. Ciò può far meraviglia a noi italiani; ma ben si comprende dato il carattere profondamente tedesco del Windscheid.

Non saprei garantire la completezza del catalogo delle sue opere, non avendo egli raccolti mai i suoi scritti minori; ma credo di non ometterne alcuna importante nel seguente elenco, al quale dovrebbero aggiungersi solo alcuni articoli scritti in forma popolare in periodici non giuridici, p. es. *Nord und Süd*, vol. IV.

*De valida mulierum intercessione*, Dissertatio inauguralis, Bonnae, 1838.

*Ueber den Besitz an Theilen einer zusammengesetzten Sache* (*Jahrb. f. hist. und dogm. Bearbeitung des röm. Rechts* dei Sell, vol. I, Braunschweig, 1841).

*Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, 1847.

*Ueber l. 9, § 3, D. qui potiores* (*Zeitschrift für Civilrecht und Civilprocess* del Linde, N. F. III, Giessen, 1847).

*Ueber das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten* (*ibid.* N. F. IV, Giessen, 1847).

*Ueber das Prinzip des S. C. Vellejanum* (*Archiv für civ. Praxis*, XXXII, Heidelberg, 1849).

*Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* (Düsseldorf, 1850)

*Die Wirkung der erfüllten Bedingung* (Basel, 1851).

*Ueber Wirkung der erfüllten Potestativbedingung* (*Archiv f. civ. Praxis*, XXXV, Heidelberg, 1852).

*Die Singularsuccession in Obligationen* (*Kritische Ueberschau*, I, München, 1853).

*Die ruhende Erbschaft und die vermögensrechtliche Persönlichkeit* (*ibid.* I, München, 1853).

*Recht und Rechtswissenschaft. Eine Festrede* (Greifswald, 1854).

Recensione di MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* (nella *Kritische Zeitschrift* II, III, Heidelberg, 1855-56).

Recensione di NUSSBAUMER VON KÜSSNACHT, *Ueber das Mass des Schadensatzes* (*ibid.* III, Heidelberg, 1856).

*Die Actio des römischen Civilrechts Standpunkte des heutigen Rechts* (Düsseldorf, 1856).

*Die Actio. Abwehr gegen Theod. Muther* (Düsseldorf, 1857).

Recensione di FITTING, *Ueber den Begriff der Rückziehung* (*Kritische Zeitschrift*, IV, Heidelberg, 1857).

*Grundriss zu Pandectenvorlesungen* (München, 1858; 2<sup>a</sup> ed., *ibid.* 1862).

*Zur Lehre von der Correal obligation* (*Kritische Ueberschau*, VI, München, 1859).

Recensioni di SCHLESINGER, *Zur Lehre von den Formalcontracten und der querela non numeratae pecuniae*; WITTE, *Die Bereicherungsklagen*; GROSKOPF, *Zur Lehre vom Retentionsrechte*; GERBER, *Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast*; MOMMSEN, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*; PECERT, *Erklärung der l. 12 Cod. de usufructu*; BRUNNOW, *Querela non numeratae pecuniae*; GIRTANNER, *Ueber die Bedeutung der sponsio*; BUELOW, *de praejudicialibus formulis*; LEIST, *Civilistische Studien*, 3 Heft.; GIRTANNER, *Die Stipulation*; UNGER, *System des österr. allg. Privatrechts* (*Kritische Vierteljahresschrift*, I, München, 1859).

Recensioni di KNIEP, *Einfluss der bedingten Novation*; MUELLER, *Proeve eener geschiedenis der historische school* (*ibid.* II, München, 1860).

Recensioni di ENDEMANN, *Das Prinzip der Rechtskraft*; SAMHABER, *Zur Lehre von der Correalobligation* (*ibid.* III, München, 1861).

*Lehrbuch des Padektenrechts*, vol. I, Düsseldorf, 1862 — Il vol. II fu pubblicato negli anni 1865-66; il vol. III nel 1870 — La seconda edizione del *Lehrbuch* è degli anni 1867, 1869, 1871 — La terza degli anni 1870, 1871; ristampata poi negli anni 1872, 1873 — La quarta degli anni 1875-1878 — La quinta del 1879 — La sesta del 1887 — La settima ed ultima: Frankfurt, 1891. — Una traduzione italiana, con pregevoli aggiunte, si viene pubblicando dai signori professori Bensa e Fadda col titolo *Diritto delle Pandette*, Unione tipo-editrice, 1887 segg.

Recensione di SERAFINI, *Il telegrafo* (*Krit. Vierteljahresschrift*, V, München, 1863).

Recensioni di GREGORY, *Specimen iur. civ. de ratihabitione*; KRAMER, *de leer van den psychischen dwang*; SALPIUS, *Novation* (*ibid.* VI, München, 1864).

*Rede an den Studirenden*, München, 1867.

Recensioni di REGELSBERGER, *Civilrechtliche Erläuterungen*; *Archivio giuridico* (*Krit. Vierteljahresschrift*, X, München, 1868).

*Zur Erinnerung an Berthold Delbrück* (*ibid.*).

Recensioni di POLIGNANI, *La dottrina della ratihabitio*; PADELLETTI, *die Lehre von der Erbeinsetzung ex certa re* (*ibid.*, XII, München, 1870).

Recensione di FITTING, *das castrense peculium* (*ibid.*, XIII, München, Leipzig, 1892).

*Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung*, Leipzig, 1878.

*Wille und Willenserklärung*, Leipzig, 1878 (ripubblicato poi nell'*Archiv f. civ. Praxis*, LXIII, 1880). — Un sunto in italiano fu da me fatto nell'*Archivio giuridico* 1880, vol. XXV, p. 457-473 (1).

G. von Waechter, Leipzig, 1880.

*Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1884.

*Die Voraussetzung* (*Archiv f. civ. Praxis*, LXXVIII, Freiburg, 1892).

(1) [V. pag. 52].

*Die indirekte Vermögensleistung, Leipziger Festgabe für O. Müller* Leipzig, 1892.

Ho ommesso appositamente in questo elenco alcune recensioni di libri di diritto penale firmate W. e attribuite al Windscheid negli indici della *Kritische Vierteljahresschrift*, perchè credo che tale attribuzione sia erronea; il Windscheid firmava o col cognome per disteso o B. W. Nè vale a distogliermi dalla mia opinione il fatto che il Windscheid fu condirettore della rivista stessa dal vol. X al XIII, perchè egli certamente non compilava gli indici.

\* \* \*

L'alto posto, che lo Jhering ed il Windscheid tenevano nella scienza del diritto romano, l'essere essi quasi coetanei e morti a così breve distanza l'uno dall'altro, inducono noi, come già molti altri, a paragonarli e a farne un parallelo.

Lo Jhering fu robusto di corpo e di mente; artista della parola, oratore eloquente, scrittore eccellente, chiarissimo, incisivo, brioso, pieno di colorito, talora anzi sovrabbondante. Egli s'innamorava dei soggetti, che prendeva a trattare, si compiaceva delle difficoltà da vincere, si lasciava trasportare da un'idea all'altra, così da lasciare interrotti i suoi lavori, quando la sua attenzione era attratta dalla soluzione di altri problemi. Vedeva facilmente il lato pratico delle teorie giuridiche, ed amava ritrovare la teoria nei casi pratici; rapidamente risaliva poi alle idee più generali e filosofiche. La storia diventa per lui piena di vita, le ombre del passato riprendono corpo, anzi accade che talora prenda corpo anche qualche mero prodotto della fantasia. Fu infatti la fantasia una delle doti artistiche e scientifiche più eminenti dell'ingegno dello Jhering, ma ai grandi pregi di essa andarono in lui naturalmente uniti qualche volta i difetti. Discepolo dei più eccellenti rappresentanti della scuola storica, lo Jhering fu da principio ammiratore e partigiano del Puchta; ma tutta la sua opera scientifica fu poi diretta a trovare nuovi indirizzi; ad oltrepassare i limiti del diritto romano positivo pur fondandosi su di esso; a ricostruire la storia del diritto romano ricercandone le più intime e nascoste cause e correnti, anche indipendentemente dalle dirette testimonianze delle fonti; a combattere finalmente le teoriche astratte dei moderni giuristi tedeschi, le costruzioni di concetti, il metodo meramente logico applicato al diritto, opponendovi la ricerca delle cause reali, degli scopi pratici, che sono la vera fonte delle regole giuridiche. Egli voleva acquistarsi gloria pari a quella del Savigny.

Alle sue grandi qualità di giurista teorico e pratico mancò tuttavia forse qualche cosa. La temperanza, per esempio, ed il perfetto equilibrio, somma qualità dei giureconsulti romani e di parecchi dei grandi nostri giuristi medioevali. Così delle questioni pratiche, come delle teoriche, il perfetto giurista deve vedere e criticare tutti i diversi lati senza esagerazione. Lo Jhering invece peccò forse talvolta di esagerazione e di unilateralità; tutto intento a rilevare alcuni aspetti dei metodi, degli istituti, delle questioni storiche, dogmatiche e pratiche, egli ne trascurò gli altri, sicchè quantunque tutte le sue opere costituiscano un forte contributo alla verità, non sempre contengono tutta la verità. Così, per esempio, dopo avere nel *Geist* descritta stупendamente la tecnica giuridica, nelle sue opere posteriori per mettere in

evidenza l'elemento dello scopo pratico, egli prende a combattere la costruzione teorica dei concetti, nello *Zweck*, nello *Scherz und Ernst*, nel *Besitzwille*, giungendo fino alla derisione dei fabbricatori di concetti e di Paolo metamorfizzato in Puchta dell'antichità. Ora in ciò noi possiamo volentieri riconoscere che il diritto si forma per cause pratiche, che queste cause si debbono riguardare anche dall'interprete per la cognizione ed applicazione del diritto, e che erra chi si edifica concetti astratti credendoli per sè stanti, immutabili e inviolabili; ma d'altra parte non dobbiamo dimenticare che nella stessa costituzione del diritto l'armonia necessaria di esso si traduce in esigenza logica, e che soprattutto poi nella interpretazione del diritto costituito e nella pratica applicazione di esso non è possibile fare astrazione dalle operazioni meramente logiche e specialmente per l'analogia di ordine più elevato non si può non ricorrere alla definizione esatta dei concetti, costituiti per induzione a fine di giovarsene per la necessaria deduzione. Così, per passare ad altri esempi, mentre nessuno vorrà negare l'alto valore della teorica generale del diritto subbiiettivo, come interesse protetto dal diritto, si dovrà pure ammettere che essa deve in concreto coordinarsi alla teorica della volontà, cosa trascurata dallo Jhering, quantunque poi il suo senso pratico gli abbia rivelato in alcune applicazioni tutto un notevole aspetto di tale connessione e coordinazione. Così pure nessuno vorrà negare l'importanza della causa del possesso per determinarne la natura, importanza ben rilevata dallo Jhering nel *Besitzwille*, quantunque non forse con tutta quella novità, ch'egli credeva; ma è un'esagerazione il pretendere che il diritto romano più avanzato non sia passato dalla teoria della *causa* a quella dell'*animus*, accentuando il lato subbiiettivo di quella; essendo ciò richiesto non solo da un più generale indirizzo delle dottrine giuridiche, ma da esigenze pratiche del più raffinato diritto, poichè in molti casi la causa obiettiva essendo inesistente o imperfetta, o non si trova o mal si riconosce, e il possesso allora ha bisogno di fondarsi sopra l'elemento subbiiettivo; sicchè in tutto questo Paolo è assai più innocente di quel che lo raffiguri lo Jhering, anche astrazione fatta dal non esser egli nè il solo, nè il primo imputabile (Vedi Celso, per esempio, l. 68, *de furt.*, 47, 2; e, se genuino, Afric. l. 41, *de r. c.*, 12, 1). Anche qui a me pare che il nostro autore abbia confusi due diversi momenti del diritto; quello della sua costituzione e quello della sua applicazione.

Ma i libri, a parere mio, meno perfetti dello Jhering sono quelli di natura filosofica. L'opuscolo sulla lotta nel diritto, brillantissimo nella forma, alla quale deve la massima parte del suo successo, è dedicato a dimostrare essere il diritto frutto della lotta, ed essere dovere di ognuno di far valere il proprio diritto: ma pecca di soverchia limitazione al diritto rispetto al primo punto non molto nuovo, e di grande esagerazione rispetto al secondo, nel quale si dimentica che il diritto non deve essere fine a sè stesso, ed è anzi spesso in concreto un male necessario. Lo *Zweck im Recht* contiene lo sviluppo di un'idea di alto valore. Ciò che crea il diritto è lo scopo; dagli scopi individuali si producono gli scopi sociali e ciò non vale solo pel diritto, ma anche per le altre regole e consuetudini, che governano la società. Ma i due volumi, che contengono la dimostrazione di queste tesi filosofiche, non sono forse preparati con la necessaria ampiezza di studi. Lo Jhering sembra ignorare la maggior parte dei mirabili lavori inglesi, consacrati alla dimostrazione di tesi simili; e se il suo libro supera quei lavori per quanto si riferisce alla cognizione tecnica del diritto, è ad essi inferiore per la larghezza della base delle osservazioni comparate di sociologia e per la vastità delle ricerche e l'ampiezza dello spirito filosofico. È poi questo *Zweck* il solo libro dello Jhering, che contenga delle parti anche artistica-



mente di minor valore e qualche volta addirittura prolissamente noiose. Per me il capolavoro dello Jhering resta sempre il *Geist*, che è il libro più attraente di tutta la letteratura giuridica moderna; accanto ad esso collocherei piuttosto che altre delle opere maggiori, alcuni degli splendidi articoli dei *Jahrbücher*. A coloro poi che desiderassero conoscere lo Jhering per ritratti indirettamente fatti da lui medesimo, io consiglierei di leggere l'articolo *Unsere Aufgabe*, che inizia la pubblicazione dei *Jahrbücher* e alcune delle sue commemorazioni di altri giuristi, come quella del Savigny e quella del Wunderlich.

Molto diverso il Windscheid. Al fuoco, all'ardimento, alla artistica bellezza dello Jhering, in lui si contrappongono la serenità, la diligenza assidua, lo studio della completezza, la critica attenta delle opere altrui, l'esposizione sempre chiara e precisa. Egli aveva per la sua materia un vero culto, e lo dimostrava agli studenti col suo nobile insegnamento, al pubblico più largo con le sue opere, sempre accurate, sempre intente alla ricerca del vero: sicchè la grande impressione che il robusto e ardente Jhering produceva con la vivacità, l'entusiasmo, la plasticità e la praticità, era dal Windscheid prodotta col sentimento della santità della scienza, con l'austera diligenza, con la pienezza e la proporzionata armonia del dettato. Può sembrare strano che, essendo il Windscheid spirito molto meno pratico dello Jhering, il complesso delle opere di lui sia stato destinato a materie molto più attinenti alla pratica e che abbia avuto sulla pratica tedesca un'efficacia molto maggiore di quella dello Jhering, e probabilmente sia destinato ad averla in futuro. Ma il Windscheid, la cui mente era dotata di minore slancio e originalità, potè forse appunto perciò applicarsi per tutta la vita ad un solo genere di lavoro, mentre lo Jhering si lasciava trascinare dalla storia alla pratica, dalla pratica alla filosofia. È necessario poi considerare che il pratico ha soprattutto bisogno di un'opera completa, che risponda direttamente o indirettamente a tutti i quesiti, che rappresenti l'ultimo sviluppo della scienza, ma senza originalità arrischiate, anzi con la critica di tutti i nuovi concetti giuridici. Or tutto ciò si riscontra appunto nel trattato del Windscheid, completo, pieno di notizie, sempre al corrente, ricco di critica. Mentre lo Jhering presenta come nuove tutte le sue idee, anche quando talvolta nuove non sono, il Windscheid invece presenta anche le idee nuove o proprie o altrui come già elaborate e vagliate a traverso la più matura riflessione, e ciò piace al pratico, che è sempre naturalmente e salutarmente conservatore nelle teorie giuridiche. E per le ragioni, che ho più sopra accennate a proposito dei lavori dello Jhering sul metodo e sul possesso, è da notare, che al pratico giova anche quell'attento studio del Windscheid posto nella sistemazione e nella esatta determinazione dei concetti giuridici, quantunque per questa parte vi sia certamente nel Windscheid dell'esagerazione. Un ultimo punto richiama la nostra attenzione. Se può far meraviglia, che abbia avuto così larga accoglienza nella pratica tedesca un libro, come il trattato del Windscheid, il quale in più luoghi, esagerando l'attuale applicabilità del diritto romano, sembra poco convenire ai rapporti della vita odierna, conviene osservare che da una parte è assai facile in pratica non tener conto del diritto poco praticabile, e dall'altra parte che il Windscheid costantemente pone in rilievo l'elemento soggettivo della volontà e dell'intenzione individuale, nel quale il pratico trova sempre il rimedio a tutte le teorie che alla pratica poco si confanno. È questa una delle ragioni per le quali il diritto romano giustiniano ha potuto così facilmente adattarsi a

tante genti e a tanti tempi diversi, ed è questa anche una delle ragioni, per le quali il Windscheid può al pratico giovare più dello Jhering.

Fra le opere del Windscheid il *Lehrbuch des Pandektenrechts* non solo occupa il primo posto, ma assorbe, si può dire, tutte le altre; è del *Lehrbuch* infatti, ch'io ho veramente sin qui parlato. La grande influenza del *Lehrbuch* sarà in Germania perpetuata nel codice civile, il progetto del quale è spesso volte modellato su quel trattato.

Le opere minori si possono considerare come preparazioni o sviluppi del *Lehrbuch*; alcune delle principali, come quella sulla *Voraussetzung* e l'altra sull'*Actio*, hanno veramente un valore più che altro sistematico. Esse non mi paiono sempre riuscite, nè destinate ad avere, almeno presso di noi, tutta quella importanza, che loro si è attribuita in passato in Germania.

Io sono disposto ad ammirare assai più le belle critiche pubblicate dal Windscheid, e soprattutto quelle della *Kritische Zeitschrift* di Heidelberg e della *Kritische Ueberschau*; in esse a me sembra che si rivelino le qualità, che rendono veramente prezioso il *Lehrbuch*.

Prima di chiudere questi brevi cenni sopra i due grandi scrittori di diritto romano, dei quali deploriamo la perdita, è bene notare come l'uno e l'altro molto affetto portassero all'Italia nostra; questo affetto fu più volte espresso dallo Jhering venendo anche tra noi; il Windscheid lo manifestò tenendo conto, veramente non in modo sempre completo ed esatto, ma tuttavia con certo studio, anche dei lavori che in questi ultimi tempi si sono pubblicati in Italia. Noi dimostriamo la nostra riconoscenza onorandone le persone e traducendone alcune opere in italiano.

## ERRATA CORRIGE

- Pag. 39, riga ultima: in luogo di « *consuetudo*, 8, 57 (53) » si legga: *consuetudo*, 8, 52 (53) »
- » 75, riga ultima: in luogo di « *Paxis* » si legga: « *Praxis* »
  - » 125, riga 40: in luogo di « *facoltatibus* » si legga « *facultatibus* »
  - » 158, riga 30: in luogo di « *homin esliberi* » si legga: « *homines liberi* »
  - » riga 45: in luogo di « (1) » si metta « (2) »
  - » 159, riga 16: in luogo di « *arbitrus* » si legga: « *arbitratus* »
  - » 163, riga 6: in luogo di « ἀναλαβειν » si legga: « ἀναλαβεῖν »
  - » » riga 11: in luogo di « σπόλεως » si legga: « πόλεως »
  - » » riga 12: in luogo di « πολεως » si legga: « πόλεως »
  - » 168, riga 41: in luogo di « *Strafrechispflege* » si legga: « *Strafrechtspflege* »
  - » 169, riga 33: in luogo di « *anglischen* » si legga: « *englischen* »
  - » 186, riga 1: in luogo di « *evict. ionibus* » si legga: « *evictionibus* »
  - » 217, riga 39: in luogo di « fr. 2 § 2 » si legga: « fr. 2 § 1 »
  - » 218, riga 36: in luogo di « *iusurandum* » si legga: « *iusiurandum* »
  - » 234, riga 33: in luogo di « *Recthes* » si legga: « *Rechtes* »
  - » 242, riga 1: in luogo di « *Grundeigentumms* » si legga: « *Grundeigentums* ».
  - » 251, riga 32: in luogo di « pag. 201 » si legga: « pag. 801 »
  - » 263, riga 24: in luogo di « *Rechtgeschichte* » si legga: « *Rechtsgeschichte* ».
  - » 298, riga ultima: in luogo di « *Base* » si legga: « *Basel* »
  - » 369, riga 21: in luogo di « *beaucopu* » si legga: « *beaucoup* »
  - » 372, riga 22: in luogo di « casa » si legga « cosa »
  - » 405, riga 33: in luogo di « τὸ μέττον » si legga: « τὸ μέττον » e si metta un punto in alto alla fine della riga.



FINITO DI STAMPARE IL 22 APRILE 1933 - XI  
NELLA TIPOGRAFIA DELL'ANONIMA ROMANA EDITORIALE  
CONFERENDOSI IN CAMPIDOGLIO  
LA CITTADINANZA ROMANA ONORARIA  
A  
VITTORIO SCIALOJA

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04122