



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

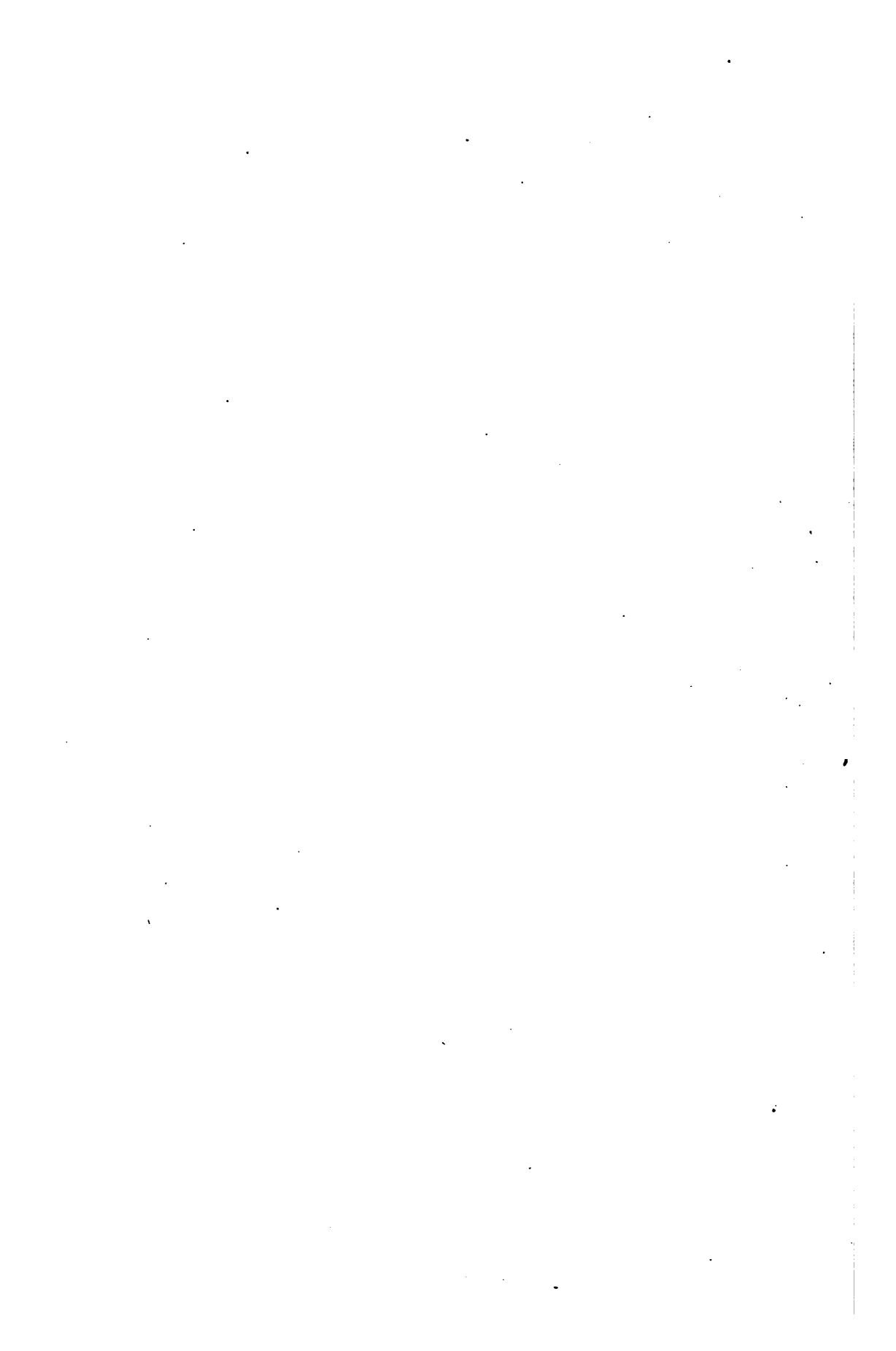
Inoltre ti chiediamo di:

- + *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
- + *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
- + *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
- + *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertarti di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

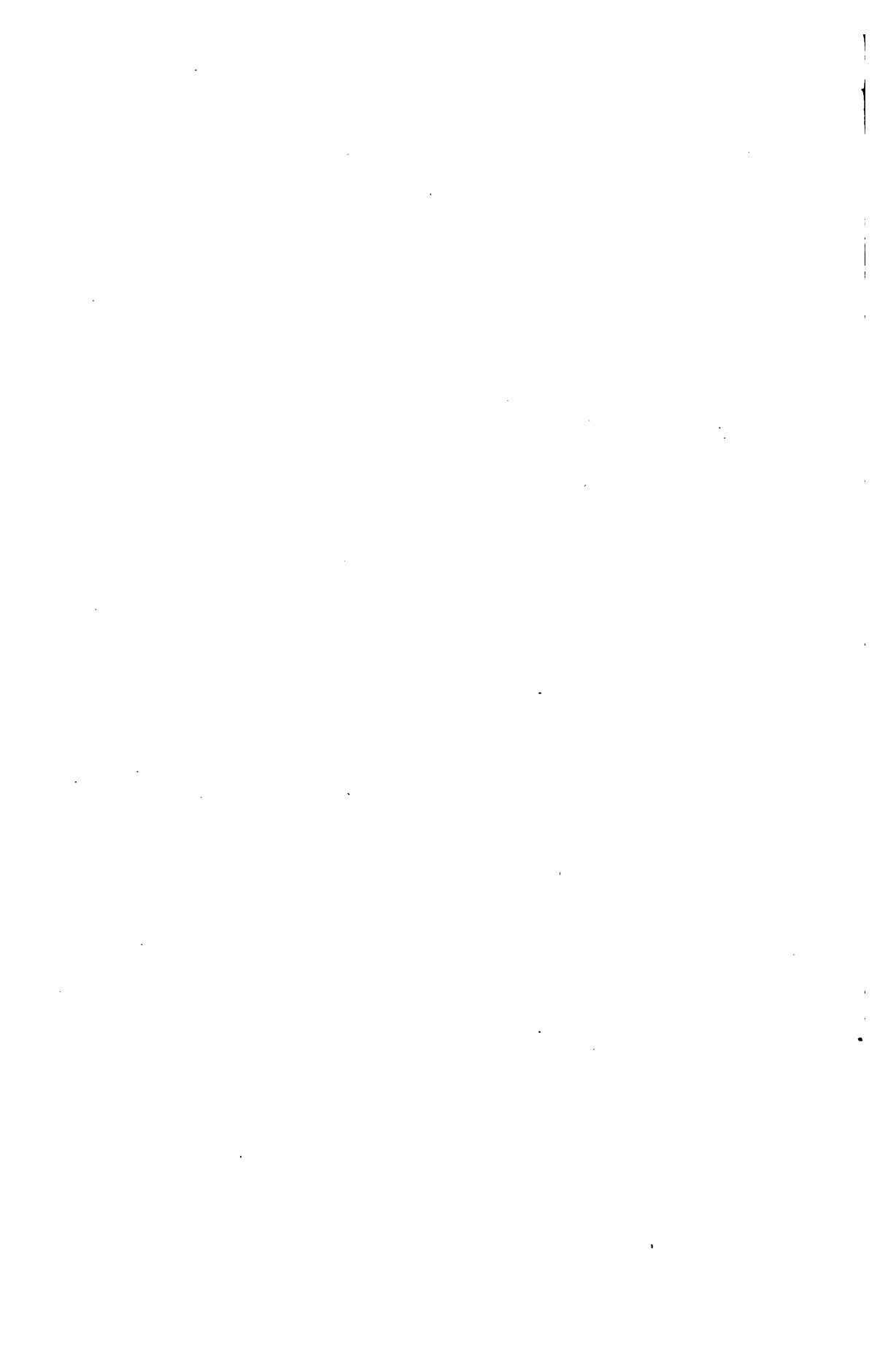
Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da <http://books.google.com>

162



COMMENTARIO ALLE PANDETTE



x **FEDERICO GLÜCK** c

COMMENTARIO
ALLE PANDETTE

TRADOTTO ED ARRICCHITO DI COPIOSE NOTE E CONFRONTI
COL CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

già sotto la direzione di

FILIPPO SERAFINI

DIRETTORI

PIETRO COGLIOLO E CARLO FADDA

LIBRO XIII

Tradotto ed annotato dai Professori

G. PACCHIONI - G. LEONI - C. FADDA - L. BUSATTI - A. ASCOLI
C. FERRINI - I. CUGUSI

MILANO

SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

Via Kramer, 4 A - Gall. De Cristoforis, 54-55

1906

T

SEP 20 1927

LIBRO XIII.

TITOLO I.

De conditione furtiva *)

§ 837.

*Diversi mezzi giuridici competenti al derubato.
Vantaggi della condictio furtiva ⁶⁹⁾.*

La *condictio furtiva* ha ciò di caratteristico di fronte a tutte le altre *condictiones*, che essa compete al proprietario. Questo fatto contrasta propriamente con la natura delle *condictiones* le cui formule sono rivolte ad un *dare oportere* ⁶⁹⁾. Ora il *dare* presuppone sempre che la cosa non sia già in proprietà di quegli che la pretende. *Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet*, dice GIUSTINIANO. Si domanda quindi: per qual ragione i legislatori romani introdussero questa

⁶⁹⁾ § 14 Inst. de actionibus [IV, 6].

*) I primi quattro titoli sono tradotti dal prof. G. PACCHIONI.

a) BIBLIOGRAFIA. — BARON, *Abhandlungen aus dem römischen Civilprocesse*. I. *Die Conditionen* 1881 §§ 3 e 6. — II. *Die adiecticischen Klagen* § 3 1882. — BARON, *Pandekten* (7.^a ediz.). — WINDSCHEID, *Lehrb.* — VANGEROW, *Lehrb.* — WITTE, *Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts*. Halle 1859. — VOIGT, *Ueber die condictiones ob causam*. Leipzig 1862. — BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*. Berlin 1871 — PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*. Halle 1873-78. — FERRINI, *La legittimazione attiva nell'actio legis aquiliae* [Estratto dalla *Rivista italiana per le scienze giuridiche* vol. XII fascicoli II-III]. — FERRINI, *Diritto penale romano*. Milano 1889. — FADDA, *Rapporti del conduttore coi terzi in materia di danni*.

Glück, *Comm. Pandette*. — Lib. XIII.

azione e le attribuirono una tale spiccata caratteristica? ^{b)}. Al derubato competono già molti altri mezzi giuridici pei quali egli può pretendere ciò che gli è stato tolto ed anche più ⁷⁰⁾. Egli può cioè valersi della *rei vindicatio* la quale compete non solo contro il possessore, ma anche contro quegli che *dolo desit possidere* ⁷¹⁾; fin il terzo possessore esente da colpa deve gratuitamente restituire la cosa al proprietario ⁷²⁾ il quale può inoltre agire *actione ad exhibendum*. Ciò trovasi detto

⁷⁰⁾ Vedi MATTHAEUS, *de criminibus ad lib.* XLVII Dig. tit. I cap. 4 num. 1 e MERILLIUS in *Commentar. ad § 14 Inst. de actionibus* [4, 6] pag. 474.

⁷¹⁾ L. 27 § 3 Dig. *de rei vindicat.* [6, 1].

⁷²⁾ L. 2 Cod. *de furtis* [XLVII, 2]; L. 3 e L. 23 Dig. *de rei vindicat.* [6, 1].
— TITTMANN, *Handbuch des gemein. deutschen peinl. Rechts* parte 3 § 442.

^{b)} Secondo l'antico diritto romano dal delitto non sorgono che due azioni rivolte ad una pena: anche nella violazione del patrimonio altrui vedeva quel diritto un'offesa alla persona del *dominus*, onde la prima necessità che gli si imponeva era di punire l'offensore: il concetto del risarcimento dei danni restava ancora in seconda linea (HERING, *Geist des röm. Rechts* I § 11). Perciò in origine dagli atti illeciti non sorgevano azioni reipersecutorie. Se in seguito ad un delitto venisse sottratta una cosa, il proprietario aveva naturalmente la *rei vindicatio*. Ma se la cosa andava distrutta tale azione diveniva inesprimibile, poichè il principio *dolus pro possessione est* è di origine relativamente recente. Se un delitto avesse procurato al delinquente un guadagno per altra guisa che non fosse l'apprensione del possesso della cosa altrui, il danneggiato non aveva in origine che l'azione penale, poichè non ancora riconosciuta era un'azione rivolta alla restituzione dell'indebito arricchimento. Da ciò due inconvenienti: anzitutto poteva avvenire che il danneggiato non volesse pretendere che il rifacimento del danno sofferto, non anche una pena del danneggiante; secondariamente, e ciò è anche più importante, l'azione penale poteva essere mossa contro il delinquente, non anche contro i suoi eredi. Da ciò venne svolgendosi il bisogno di azioni *rei persecutoriae*: s'imponeva il principio *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* (L. 134 D. *de div. reg. jur.* 50, 17): nel momento in cui il patrimonio del delinquente si aumentava in seguito alla sua azione delittuosa, doveva sorgere in lui un'obbligazione rivolta alla restituzione dell'aumento medesimo indipendentemente dall'obbligazione di pagare la pena. L'azione corrispondente a quella obbligazione massimamente doveva palesarsi necessaria nel furto, poichè per esso avveniva normalmente che una parte del patrimonio del derubato passasse in quello del ladro. Così sorse la *condictio furtiva*. Essa tendeva a concedere al derubato contro il ladro un mezzo giuridico per ottenere da lui l'arricchimento ottenuto col furto, quando non fosse più possibile l'esercizio della *rei vindicatio*. A che però un tal mezzo riescisse efficace, era necessario prosciogliere l'attore dalla ricerca se la cosa ancora esistesse in natura; era necessario non dichiarare inammissibile l'azione quando la cosa esisteva, e quando conseguentemente non poteva dirsi che il patrimonio del ladro si era realmente aumentato. Così si accordò *odio furum* un'*actio stricti iuris*, una *condictio* con l'*intentio* rivolta ad un *dare oportere* senza riguardo all'esistenza dell'oggetto rubato in luogo del quale, quando esso fosse distrutto o danneggiato, succedeva la sua *aestimatio*. WITTE, op. cit. pagine 313-314.

dallo stesso PAOLO nella L. 7 § 1 in fine Dig. XIII, 1: « Is cui furtum factum est habet et vindicationem habet et ad exhibendum actionem ». Se il furto è stato commesso su di una cosa che formava oggetto di un contratto, il derubato ha anche l'*actio ex contractu*. Così dice GIACCOLENO nella L. 71 Dig. *de furtis* [47, 2]: « Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit: agi cum eo et furti et commodati posse: et si furti actum est commodati actio extinguitur ». Oltre a queste azioni che sono semplicemente persecutorie, il derubato ha infine anche un'azione penale la quale tende talvolta al quadruplo talvolta al duplo a seconda che sia mossa contro il ladro sorpreso in fragrante o meno (*fur manifestus* o *nec manifestus*)⁷³). Ciò nullameno non sembrò superflua un'altra azione. Dice GIUSTINIANO al § 14 Inst. *de actionibus* [4, 6]: « Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: si appareat eos dare oportere: quamvis sit adversus eos etiam in rem actio per quam rem suam quis esse petit ». Solo a speciale favore del proprietario derubato venne introdotta in uso la *condictio furtiva* per proteggerlo in ogni evento, quando le rimanenti azioni non fossero per avventura applicabili. Poichè la *rei vindicatio* al pari dell'*actio ad exhibendum* presuppone che la cosa esista ancora in natura, o che il ladro abbia cessato di possederla *dolo malo*, mentre la *condictio furtiva* ha luogo anche quando il ladro non possedga più la cosa nè abbia cessato di possederla *dolo malo*⁷⁴). D'altra parte all'attore che agisce colla *condictio furtiva* non incombe la difficile prova della sua proprietà, la quale spesso rende inefficace la *rei vindicatio*. La semplice prova della sottrazione è sufficiente fondamento della *condictio furtiva* in quanto naturalmente non vi sia contesa fra più persone circa la proprietà della cosa⁷⁵). Poichè quando nessuno

⁷³) § 1 Inst. *de oblig. quae quasi ex delicto nascuntur* [4, 5].

⁷⁴) § 1 Inst. [4, 5]. Lo stesso furto non è per vero concepibile senza dolo: gli è però concepibile che il ladro perda *sine dolo* il possesso della cosa rubata.

⁷⁵) WERNHER, *Select. observat. for.* tomo II parte IX obs. 78. — Von QUISTORP, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts* parte I § 584. — BOEHMER *Doctrin. de actionib.* Sect. II cap. 5 § 36 nota q.

si oppone alla pretesa del derubato, a lui giova la presunzione che milita in favore del possessore ⁷⁶⁾. Il ladro infine resta tenuto con questa azione anche quando la cosa è andata distrutta per un caso fortuito, che l'avrebbe forse colpita anche presso il proprietario ⁷⁷⁾; in una ipotesi dunque nella quale la *rei vindicatio* neppure è applicabile contro il *malae fidei possessor* ⁷⁸⁾. Si comprende quindi come GIUSTINIANO possa dire: « plane odio furum effectum esse, ut rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur » ⁷⁹⁾. L'*actio furti* infine non tende alla restituzione della cosa, ma ad una pena privata, e perciò non compete contro gli eredi del ladro ⁸⁰⁾. Mediante la *condictio furtiva* invece, non solo può il ladro ricuperare senza difficoltà la cosa sua, ma egli può anche agire contro gli eredi del ladro, i quali sono del pari tenuti a risarcimento per il furto ⁸¹⁾. Ben si comprende dunque ora perchè al proprietario si sia concessa una *condictio*, in opposizione al senso della formola rivolta ad un *dare oportere*. Si volle a favore del derubato, per considerazione d'equità, apportare un'eccezione alla regola, poichè senza di ciò quegli che ancora è proprietario della cosa si troverebbe in condizione più sfavorevole di quelli che hanno una *condictio* avendo trasferita nel convenuto la proprietà della cosa loro. Così giustamente considera la cosa il CACCIO ⁸²⁾. La *condictio furtiva* quindi secondo la formola tendeva ad un *dare oportere*, come BACOVIO ⁸³⁾ e WISSENBACH ⁸⁴⁾ seguendo la Glossa insegnano, ma considerata nei suoi effetti tendeva realmente ad una restituzione ⁸⁵⁾. E però non senza fondamento afferma anche

⁷⁶⁾ BOEHMER, *Meditat. in constitut. crim. carolin.* art. CCVII § 2 pag. 928.

⁷⁷⁾ L. ult. Dig. h. t. L. 1 § 34 Dig. *de vi et vi armat.* [43, 16]. L. 2 C. h. t. — OTTO in *Comm. ad § 14 de actionibus*. VINNIUS, *Comment. ad eund.* §. Vedi pure questo *Commentario* § 327.

⁷⁸⁾ L. 15 § 3; L. 16 Dig. *de rei vind.* [6, 1]. Vedi questo *Commentario* § 588.

⁷⁹⁾ NOODT, *Comment. ad Pand.* h. t. pag. 234.

⁸⁰⁾ § ult. Inst. *de oblig. quae quasi ex delicto nascuntur* [4, 5]. L. 7 § 1 Dig. h. t. L. 12 Cod. *de furtis* [6, 2].

⁸¹⁾ L. 7 § 2 Dig. h. t.

⁸²⁾ *Iur. civ. contr.* h. t. Qu. 1.

⁸³⁾ *Tract. de actionib.* Disp. IV th. 20.

⁸⁴⁾ *Exercit. ad Pand.* parte I Disp. XXVI th. 1.

⁸⁵⁾ L. 29 § 1 Dig. *de verb. oblig.* [45, 1].

il VOET⁸⁶⁾ che la parola *dare* non è usata in questo riguardo nel suo vero e proprio significato: « nec est, quod quis existimet, impossibile ea ratione peti, ut nempe non dominus in dominum ipsum dominium transferat, si quidem datio tunc latius et sensu improprio accipiatur, non pro actu, quo dominium transit, sed pro quali quali possessionis translatione; eo modo, quo traditio dicitur de manu in manum datio, et ex depositi, commodati pignorisve causa res dari, dum traditur. Quamvis et fur heresque eius certo casu dare de suo teneatur, quoties scilicet non ultra superest penes eos furtiva res ». Questa spiegazione ne sembra per lo meno più naturale di quella data dal NOODT⁸⁷⁾, che è fondata sopra una finzione. Dice egli: « Adhuc latet qua ratione fur dicatur ad dandum condictioe furtiva conveniri; cum soli concedatur domino? eiusque, quod est iam eius, amplius dominus fieri nequeat. Aliis aliud sedet: mihi probabile est, hanc actionis formulam non procedere a vero; sed veteres, ut multa alia colore aliquo induxerunt, ita in proposito voluisse sub isto colore periculum rei furtivae, si quo fortuito casu pereat, reo, eidemque furi, tamquam domino, nocere potius, quam actori, ad quem alioquin jure dominii rei interitus pertineret ex regulis ». Molti perfino credono di potere spiegare la formola *dare oportere* nella *condictio furtiva* senza essere costretti ad allontanarsi dall'uso proprio della lingua. Così, ad esempio, scrive HOTOMAN⁸⁸⁾: « Superest ut videamus quo sensu verbum dandi in hac actione accipi oporteat. Nam quomodo dominii translationem designaret cum ea res sit actoris? Sed intelligendum est hanc actionem magis ad litis aestimationem quam ad ipsam rem persequendam valere ». Anche BROEUS⁸⁹⁾ e HUBER⁹⁰⁾ riferiscono il *dare oportere* della *condictio furtiva* all'estimazione che per essa vuolsi pretendere, poichè a questa è generalmente rivolta l'azione, e questa per lo meno non è proprietà dell'attore. Ma frattanto rimane sempre la difficoltà nei casi nei quali l'azione tende alla

⁸⁶⁾ *Comment. ad Pand. h. t. § 1.*

⁸⁷⁾ *Comment. ad Dig. h. t. pag. 304.*

⁸⁸⁾ *Comment. in Inst. ad § 14 Inst. de action.*

⁸⁹⁾ *Exposit. in Justin. Institution. ad § fin. Inst. de oblig. quae ex delicto nascuntur pag. 711.*

⁹⁰⁾ *Praelect. ad Pand. h. t. § 1 e ad Instit. lib. IV tit. 6 § 23.*

cosa stessa. Il VINNIO ⁹¹⁾ vorrebbe quindi spiegare il *dare* con *restituere*. Fra tutti i commentatori il FABRO ⁹²⁾ ha però colpito meno sul giusto là dove scrive: « Quamvis fur non fiat dominus rei furtivae, nullam tamen querelae occasionem habet, si ea actione conveniatur, qua conveniri iure posset, si voluntas eius effectum habuisset, id est, si per furtum factus dominus fuisset. Merito igitur condictione tenetur, non illa quidem, quae datur ob turpem vel injustam causam, quia ex turpi et injusta illa causa dominus factus non est, sed speciali condictione, in eam rem comparata, quae furtiva dicitur, ob hoc solum, quia fieri dominus voluit ». Si sarebbe dunque concessa la *condictio furtiva* contro il ladro, non perchè questi divenuto proprietario, ma perchè voleva tale divenire. « Id equidem non est τὸ πρὸν φάρμακον, dice HUBER ⁹³⁾ e ben giustamente; nec idonea ratio cur Justinianus exceptionem prodiderit celebrem a regula iuris fundamentali, non ex vera iuris ratione, sed ex opinione furis tam falsa quam malefica ».

§ 838.

Concetto della condictio furtiva. Condictio certi ed incerti.

La *condictio furtiva* ⁹⁴⁾ è un'azione personale e semplicemente persecutoria, la quale compete al proprietario derubato ed ai suoi eredi contro il ladro e contro i suoi eredi, qualche volta contro quelli che lo aiutarono, e tende alla restituzione della cosa rubata insieme ai frutti ed alle accessioni ⁹⁵⁾. Dobbiamo in questo proposito notare quanto segue:

⁹¹⁾ *Comment.* ad § 14 Inst. IV, 6 num. 2.

⁹²⁾ *Rationalia in Pand.* ad L. 1 Dig. h. t.

⁹³⁾ *Eunomia Rom.* ad L. 1 Dig. h. t. § 2 pag. 529.

⁹⁴⁾ Qua e là nelle fonti romane la *condictio furtiva* vien chiamata *actio furti*. L. 14 § 16. L. 52 § 29. L. 71 Dig. *de furtis* [47, 2]. L. 9 Dig. *de in lit. jur.* [12, 3]. L. 3 § ult. Dig. *Nautae caup. et stab.* [4, 9]. *Condictio furtiva* ed *actio furtiva* sono del resto due cose diversissime. Vedi L. 7 § 1 Dig. h. t.

⁹⁵⁾ STRAUCH, *Diss. I de conditione furtiva*. Jenae 1656. *Diss. II de conditione rei furtivae*. Jenae 1669. — WILDVOGEL, *Diss. de conditionis furtivae natura et*

1. La *condictio furtiva* compete propriamente solo al proprietario ⁹⁶⁾, sia egli vero proprietario o pretorio, tale cioè che ha ricevuto la cosa in buona fede e con giusto titolo da un non proprietario. Questi viene trattato come il vero proprietario ⁹⁷⁾. ULPIANO quindi dice nella L. 1 Dig. h. t.: « In furtiva re soli domino condictio competit » ⁹⁸⁾, e nella L. 14 § 16 Dig. *de furt.* [47, 2] pone come criterio

usu hodierno. Jenae 1714. — STRECKER, *Diss. de condictions furtiva.* Erford 1729. — CLUDIUS, *de conditione furtiva.* Lipsiae 1650, 4. — M. LYKLAMA a NYHOLT, *Operae gratuita de conditione furtiva.* Lipsiae 1616. Veggansi inoltre DUARENUS *ad tit. Pand. et Cod. de cond. furt.* e SCHIFORDEGHER *ad Ant. Fabrum* lib. II tract. I *de conditione furtiva repetita praelect. adv. Oujacium* pag. 1 e seg.

⁹⁶⁾ SCHIFORDEGHER *ad Ant. Fabrum* lib. II tit. I Qu. 6. — NOODT in *Comment.* ad Dig. h. t. pag. 303. — PACIUS, *Legg. conciliat.* Centur. IV qu. 23. WILDVOGEL, *Diss. cit.* § 8.

⁹⁷⁾ L. 136 Dig. *de div. reg. jur.* [50, 17].

c) A questa legge sembra ostare la L. 2 D. XIII, 3. ULPIANUS, libro *decimo octavo ad Sabinum*: « Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita si dominus sit qui dejectus condicat: ceterum si non sit possessionem eum condicere Celsus ait ».

Ma in realtà la contraddizione è tutta apparente, poichè nella legge citata nel testo si parla esclusivamente di *furtum rei* e *condictio rei*, le quali naturalmente competono solo al dominus ed ai suoi eredi. Di *furtum rei* e *condictio rei* trattano anche le L. 10 § 3 D. XIII, 1; L. 12 § 5 D. VII, 1; L. § 17 1 D. XIII, 1; L. 8 pr. e L. 10 § 2 D. *eod.* Un testo che presenta invece una certa difficoltà è la L. 14 § 16 D. XLVII, 2:

ULPIANUS libro *vicentesimo nono ad Sabinum*: « Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est, et puto omnibus quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati item locati *pignorisve accepti*, si hae subreptae sint omnibus furti actionem competere: condictio autem ei demum competit qui dominium habet » [cfr. L. 12 § 2 D. 13, 1; L. 22 pr. D. *eod.*].

In questa legge infatti si limita la *condictio* al proprietario dopo avere accennato al possessore pignoratizio: la conclusione che poi naturalmente dipende da essa ci porterebbe quindi a negare la *condictio* al possessore. Tuttavia il testo può essere conciliato colla L. 2 D. XIII, 3 in due modi: α) o ammettendo col VOIGT (op. cit. pag. 330 not. 278) l'interpolazione delle parole *pignorisve accepti*, nel qual caso potrebbe concedersi avere ULPIANO ammessa la *condictio possessionis*, e ritenersi essersi egli riferito colle parole ultime del testo esclusivamente alla *condictio rei*; β) oppure storicamente ammettendo non avere ULPIANO accettata la teoria di CELSO sulla *condictio possessionis*. È evidente che dal punto di vista dogmatico è a preferirsi la conciliazione del VOIGT, però anche prescindendo da tale considerazione, questa conciliazione si raccomanda per sé stessa, in quanto è molto probabile che la teoria di CELSO sulla *condictio possessionis* avesse ai tempi di ULPIANO finito per prevalere nella giurisprudenza. Assai significativa in questo riguardo è l'analogia offerta dall'*actio quod metus causa*, la quale veniva concessa per il possesso.

L. 21 § 2 D. IV, 2. PAULUS, libro undecimo *ad Edictum*: « Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum vel

distintivo fra l'*actio furti* e la *condictio furtiva*, il fatto che quella compete anche al non proprietario: « *qualis ergo furti actio datur ei cui res commodata est, quaesitum est? Et puto omnibus quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati, pignorisve accepti* ⁹⁸⁾, *si hae subreptae sint, omnibus* ⁹⁹⁾ *furti actiones competere: condictio autem ei demum competit qui dominium habet* » ^{d)} non solo,

⁹⁸⁾ ALOANDRO e BAUDOZA CESTIO leggono qui « *veluti commodatae, item locatae, pignorisve nomine acceptae* ». Quasi nello stesso modo SCHULTING, *Theor. controv.* decad. XLV th. 4: « *veluti commodatae locatae pignorisve acceptae* ».

⁹⁹⁾ Il PITHOEUS *ad Collat. legum mosaicarum et roman.* tit. VIII § 5 nota 22 legge *omnes* invece di *omnibus* riferendosi a *furti actiones*. L'*omnes* andrebbe spiegato colle azioni in uso ai tempi di ULPIANO: « *actio furti manifesti, nec manifesti, concepti, oblati, prohibiti, non exhibiti* ». In ciò conviene anche SCHULTING, loc. cit.

simplum cum fructibus consequetur: aestimatur enim quod restitui oportet, id est quod abest: abest autem nuda possessio cum suis fructibus ».

È tanto più significativa, come osserva giustamente il VOIGT, loc. cit., in quanto la *eis* non solo dava fondamento all'*actio quod metus causa*, ma anche alla *condictio ob iniustam causam* ed alla *condictio furtiva*. Vedi L. 3 Cod. IV, 7; L. 7 D. XII, 5; L. 2 D. XIII, 3; L. 10 § 1 D. XIII, 1; L. 1 § 1 D. XIII, 3.

Anche al possessore derubato si accordò dunque contro il ladro la *condictio*, e non solo al possessore di buona fede; non però al ladro (BRUNS, *Besitzklagen* pagina 208). Questa *condictio* non è però a considerarsi come una estensione o adattamento della *condictio furtiva*, essa è una applicazione della *condictio possessionis* al caso di furto. E se LABEONE nella L. 25 § 1 D. 47, 2 la negava, non è già, come giustamente osserva il FERRINI, « pel motivo che egli respingesse la teoria sabiniana sul furto degli immobili bensì come appare dalla L. 2 D. XIII, 3 perchè non ammetteva la *condictio possessionis*. Infatti dalla L. 67 D. 23, 3 appare chiarissimo che PROCULO, il discepolo di LABEONE, non ammetteva in genere la tutela per *condictionem* del possesso » pag. 15 nota 1.

^{d)} I testi attribuiscono generalmente l'*actio furti* in base all'*interesse: cuius interfuit non surripi, is actionem furti habet*, dice ULPIANO nella L. 10 Dig. de furtis [47, 2] e PAOLO: *tuum is cuius interest, furti habet actionem, si honesta causa interest* e GIUSTINIANO infine nella L. 22 Cod. de furtis [6, 2]: *manifestissimi quidem juris est furto perpetrato ei competere furti actionem, cuius interest ne furtum committatur*. Ma il WINDSCHEID § 453 nota 14 osserva essere inesatte tali espressioni delle fonti: il concetto dell'*interesse* non è sufficiente fondamento al sorgere dell'*actio furti*. È necessario anche che l'*interessato* cui la cosa fu sottratta la tenesse *domini voluntate*. Tale ulteriore requisito trovato rilevato nella L. 86 [85] Dig. de furtis [47, 2] dal giurista PAOLO: *is, cuius interest non subripi, furti actionem habet, si et domini tenuit domini voluntate*. Il FADDA, *Rapporti del conduttore coi terzi in materia di danni* pag. 15 (1) pienamente convenendo nel principio esposto dal PAOLO nella L. 86 così molto propriamente spiega le altre leggi criticate dal WINDSCHEID: « È certo che i passi nelle fonti che accennano al semplice requisito dell'*interesse* non sono esatti:

ma neppure ad ogni proprietario si concede senza distinzione la *condictio furtiva*, ma solo a coloro che: 1.° non solo sono proprietari al momento in cui si fanno ad intentare l'azione, ma che tali erano anche nel momento in cui avveniva il furto *); 2.° che non si sono poi

ma ritengo che in quei passi non si intendesse punto dare una norma generale che definisse completamente i requisiti per la legittimazione attiva nell'*actio furti*, sibbene appunto determinare solo uno di questi requisiti. Tanto è che nel fr. 11 citato si comincia già meglio a limitare il requisito dell'interesse, limitazione che alla sua volta manca nel fr. 86 pur così completo, appunto perchè qua si considerava la cosa da un altro punto di vista ».

e) Questo principio riguardante la *condictio furtiva* trovasi nelle fonti romane stabilito in riguardo all'*actio legis aquiliae*. Queste due azioni hanno infatti una grande analogia fra di loro, specie per ciò che si attiene al loro fondamento giuridico: però è opportuno richiamare le leggi e la dottrina riguardanti l'*actio aquiliana* a chiarimento del principio nel testo rilevato in rapporto alla *condictio furtiva*. Nella dottrina moderna il quesito non è sempre stato trattato con speciale attenzione. Come osserva il LONCO, *Studi sull'actio legis aquiliae*. Catania 1839 pag. 4, i pandettisti moderni si limitano in generale a dire che l'azione compete al proprietario (così GLÜCK, *Erbaute*, IX § 704; ARNDTS-SERAFINI, § 324; VANGEROW, § 681 D. 1; DERNBURG, II, 339 § 131). Il PERNICE invece *Zur Lehre von der Sachbeschädigungen nach röm. Recht*, Weimar 1867, p. 183, esplicitamente afferma essere necessario che il *dominus* fosse tale al momento in cui avveniva il danneggiamento, mentre ritiene indifferente che il *dominus* sia tale anche nel momento in cui si fa ad intentare l'azione. Il CASTELLARI invece mentre naturalmente attribuisce l'azione al proprietario della cosa danneggiata, pure afferma che per poter usare di questa azione non è necessario essere stato *dominus* al momento in cui avveniva il danneggiamento: *Della lex Aquilia* (*Archiv. giur.* vol. XXII pagine 396-97). Le fonti in proposito sono le seguenti

L. 43 Dig. IX, 2 POMPONIUS, lib. XI, *ad Edictum*: « Ob id quod antequam hereditatem adires damnus admissum in res hereditarias est, legis Aquiliae actionem habes quod post mortem eius cui heres sit acciderit: *dominum enim lex Aquiliae appellat non utique eum qui tunc fuerit cum damnus daretur* ».

L. 56 Dig. XLIV, 7: « Quaecumque actiones servi mei nomine mihi coeperunt competere vel ex duodecim tabulis vel ex lege Aquilia —, eadem durant, etiamsi servus postea vel manumissus, *vel alienatus vel mortuus fuerit* ».

L. 11 § 7 Dig. IX, 2 ULPIANUS, lib. XVIII *ad Edictum*: « Si in eo homine quem tibi redhibiturus essem damnus iniuria datum esset, Julianus ait legis Aquiliae actionem mihi competere, neque, cum coeperim redhibere restitutum ».

L'esame impregiudicato di queste tre leggi, mentre mostra l'erroneità della opinione del CASTELLARI, conferma anche testualmente l'opinione del PERNICE, la quale d'altra parte, come giustamente osserva il FERRINI, *La legittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae* (*Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XII fasc II-III), può con sicurezza dedursi dalla natura stessa dell'azione aquiliana. Pertanto mentre la L. 43 Dig. IX, 2 si spiega perfettamente riferendola al caso speciale che considera di danno dato ad una *res hereditaria* (vedi L. 13 § 2 Dig. IX, 2, L. 24 Dig. IV, 16), le L. 56 Dig. XLIV, 7 e L. 11 Dig. IX, 2 esplicitamente affermano l'una in tesi generale, l'altra in una evidente applicazione il principio che l'*actio aquiliana* spettava a chi aveva il *dominium* nel momento in cui avveniva il danno.

* GLÜCK, *Comm. Pandette*. — Lib. XIII.

spogliati volontariamente della proprietà /); 3.° che hanno avuto in possesso la cosa rubata ¹⁰⁰). Conseguentemente nè il legatario nè l'erede possono muovere colla *condictio furtiva*, quando la cosa legata puramente al primo venne sottratta alla custodia del secondo. Infatti in questa ipotesi l'erede non era proprietario, ed il legatario non aveva posseduto la cosa. Questo ultimo quindi non può che rivendicare la cosa, poichè colla morte del testatore la proprietà di quella è passata *recta via* in lui. « Sed nec legatarius, dice PAOLO nella L. 11 Dig. h. t., condictere potest. Ei enim competit condictio, cui res subrepta est, vel heredi eius. Sed vindicare rem legatam potest ». Se invece la cosa, fosse stata legata sotto condizione, l'erede potrebbe, *pendente ea conditione*, muovere la *condictio furtiva*, poichè durante questo periodo di tempo egli ha la piena proprietà della cosa ¹⁾).

Il ladro può anche essere condannato a pagare il valore per il quale la cosa avrebbe potuto essere venduta ²⁾. Ma se la condizione si verifica durante il processo il ladro deve essere prosciolto dall'azione contro di lui mossa, in quanto l'erede ha cessato di essere proprietario, e quindi si considera come se egli avesse con un atto volontario rinunciato alla proprietà. L'atto del testatore, che ha legato la cosa,

100) Vedi VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 2. — FABER, *Rational. in Pand.* ad L. 10 § 2 e L. 11 Dig. h. t. — SCHULTING, *Theor. controvers.* Decad. XLV Theor. 2.

1) L. 12 Dig. *fam. herc.* [10, 2].

2) PACIUS, *Εναγτιολογαν* Centur. IV Qu. 28.

f) Mentre la *condictio furtiva* e l'*actio legis Aquiliae* competono del pari solo a chi era proprietario al momento in cui avvenne il danno o la *contrectatio fraudulosa*, esse poi si diversificano in ciò che mentre il domino che aliena la cosa danneggiata pur conserva anche dopo l'alienazione la sua *actio legis Aquiliae*, il proprietario invece insieme a tutti gli altri titolari della *condictio furtiva* non conserva la *condictio furtiva* dopo aver alienato la *res furtiva*. Il VOET, *Ueber di conditiones ob causam* pagine 761-762 considera questo principio come una *anomalia* riguardante la *condictio furtiva*, per la quale anomalia questa azione sarebbe a considerarsi come « un privilegio del derubato e del suo successore universale ». Il FERRINI, op. cit. pag. 4 (dell' Estratto) ritiene che questa differenza di trattamento si spieghi « collo scopo diverso delle due azioni ». Il VOET, op. cit. nota 713 « weil durch die Verausserung die Benachtheiligung sich aufhebt ». L. 10 § 3 D. XIII, 1; L. 14 § 1 D. XLVII, 22; L. 11 D. XIII, 1. Quanto poi all'acquirente, è opportuno notare che non acquista nè l'*actio legis Aquiliae* nè la *condictio furtiva*.

viene giuridicamente considerato come atto proprio dell'erede, e ciò non solo perchè l'erede rappresenta la persona del *de cuius*, ma anche perchè accettando l'eredità egli si è posto in un rapporto quasi contrattuale coi legatari ³⁾. Tutto ciò è confermato da GIULIANO nella L. 14 pr. Dig. h. t. ove dice: « Si servus furtivus sub conditione legatus fuerit, pendente ea heres conditionem habebit; et si lite contestata conditio extiterit, absolutio sequi debebit perinde ac si idem servus sub conditione liber esse iussus fuisset, et lite contestata conditio extitisset: nam nec petitoris jam interest hominem recipere, et res sine dolo malo furis eius esse desiit. Quod si pendente conditione judicaretur, iudex aestimare debebit, quanti emptorem invenerit » ⁴⁾. Spiegasi quindi anche come ULPIANO possa dire nella L. 10 §§ 2 e 3 Dig. h. t.: « tamdiu autem conditioni locus erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat, et ideo si eam rem alienaverit, condicere non poterit. Unde CELSUS libro XII digestorum scribit, si rem furtivam dominus pure legaverit furi, heredem ei condicere non posse. Sed et si non ipsi furi sed alii: idem dicendum est cessare conditionem quia dominium facto testatoris, id est domini discessit ». Se dunque la cosa era già stata sottratta al testatore e questo l'aveva poi legata ad un altro, non sorge la *condictio furtiva*. Ben avrebbe potuto muovere questa azione il testatore, ma non il legatario e l'erede. Poichè la proprietà passa qui direttamente al legatario, il quale tuttavia non era proprietario nel momento in cui avvenne il furto, ma tale diventa alla morte del testatore ⁵⁾. Il legatario quindi può solo rivendicare la cosa.

Quando invece la proprietà non cessa nel proprietario in forza di un suo atto volontario, allora il derubato conserva la sua *condictio furtiva*: ciò si verifica quando, ad esempio, la cosa sia stata distrutta dal ladro stesso ⁶⁾ o quando il derubato sia stato costretto alla divisione dal suo comproprietario. Queste cose ci vengono insegnate da ULPIANO nella L. 12 pr. e § 1 Dig. h. t.: « Sed si dominium non

³⁾ FABRI, *Rational. in Pand.* ad L. 14 Dig. h. t.

⁴⁾ Si confronti la L. 52 § 29 Dig. *de furtis* [47, 2].

⁵⁾ L. 64 Dig. *de furtis* [47, 2].

⁶⁾ § 26 Inst. *de rerum divis.* [2, 1].

tuo facto amiseris, condices. In communi igitur re, eleganter ait interesse utrum tu provocasti communi dividundo iudicio, aut provocatus es: ut si provocasti communi dividundo iudicio, amiseris conditionem, si provocatus es retineas ».

La *condictio furtiva* compete anche al tutore, poichè egli in riguardo all'amministrazione del patrimonio del suo pupillo o curando è considerato come proprietario. GIULIANO infatti scrive nella L. 56 § 4 Dig. *de furtis* [47, 2]: « quia tutor domini loco habetur, et curator furiosi adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur condicere rem furtivam tutor et curator furiosi eorum nomine possunt ».

L'usufruttuario invece non può muovere la *condictio furtiva*, anche quando il furto è avvenuto sui frutti ancora pendenti. « JULIANUS putat, dice ULPIANO nella L. 12 § 5 Dig. *de usufructu* [7, 1], quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiuntur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario conditionem competere ». All'usufruttuario si concede soltanto, prima della percezione dei frutti, l'*actio furti*: quoniam interfuit eius, fructus non esse ablatos. Al creditore pignoratizio invece compete la *condictio furtiva*, come *condictio incerti*, quando gli sia stato rubato il pegno. « NERATIUS libri membranarum ARISTONEM existimasse refert, dice la L. 12 § fin. Dig. h. t., cui pignori res data sit, incerti conditionem acturum si ei subrepta est » 7). Questa *condictio incerti* tende solo all'interesse del creditore pignoratizio 8), il quale, quando il possesso della cosa non gli venga restituito, consiste talvolta nel pagamento della somma dal creditore mutuata al pignorante, talvolta nel rifacimento del valore che aveva il pegno per sè stesso, a seconda che il creditore è senza colpa in riguardo al furto o viceversa; poichè in questa ultima ipotesi egli è responsabile di fronte al proprietario per il valore della cosa. Nella prima ipotesi invece il danno risentito dal creditore pignoratizio si riduce tutto al pagamento del suo credito o alla sicurezza per il medesimo 9). Se il pegno è stato rubato al creditore dal debitore — così-

7) Si confronti anche la L. 22 Dig. *de pign. act.* [13, 7] e la L. 25 § 1 Dig. *de furtis* [47, 2].

8) Veggasi FABER, *Rational. in Pand.* ad L. 12 § ult. Dig. h. t.

9) WESTPHAL, *Pfandrecht* § 19 nota 35.

detto *furtum possessionis*¹⁰⁾ — la *condictio incerti* tende solo alla somma dovuta insieme agli interessi, senza tener conto del valore del pegno^{11) 9)}.

Si distingue dunque la *condictio furtiva* in *condictio certi* ed *incerti* a seconda che essa è rivolta dal proprietario e dai suoi eredi alla ricupera della cosa rubata, oppure invece è rivolta da un non proprietario ad ottenere l'*aestimatio possessionis* o l'interesse¹²⁾.

¹⁰⁾ L. 10 § 1 Inst. *de oblig. quae ex delicto nascuntur* [4, 1].

¹¹⁾ L. 87 Dig. *de furtis* [47, 2].

¹²⁾ Alcuni scrittori respingono questa distinzione: così FABER *de error. Pragmaticorum*. Decad. LXXXI Err. 3. — SCHIFORDEGHER *ad Ant. Fabrum* libro II tit. I Quaest. 6. — STRAUCH, *Diss. de condictioe furtiva* cap. III § 13. — WILDVOGEL, *Diss. de condictioe furtivae natura* § 8. Contrariamente invece BACHOV VON ECHT, *Tract. de actionibus* Disput. IV th. 23. — VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 3. — PACIUS, *Επιτομή* Centur. IV Qu. 23. — SCHULTING, *Thes. controv.* Dec. XLV Thes. 2. — NOODT, *Comment.* ad Dig. h. t. Lo stesso FABRO si è posteriormente manifestato in favore della distinzione nei *Ration. in Pand.* ad L. 12 § 1 Dig. h. t. ove dice: « Est in hoc gravissimum error veterum omnium interpretum, qui post Accursium et Bartolum negant con-

g: In riguardo alla concessione della *condictio furtiva* al creditore pignoratizio, la quale è indubbia per diritto giustiniano, vi è nella dottrina controversia, in quanto da alcuni si vorrebbe estendere questa concessione ad ogni altro titolare di *iura in re aliena* da altri invece la si vorrebbe tener limitata al solo caso del creditore pignoratizio. Così scrive su questo proposito il FERRINI, op. cit. pag. 17: « L'opinione dominante inclina all'affermativa. Un grave argomento in contrario (tanto più trattandosi appunto del diritto nuovo) veggio nella recisa affermazione di STEFANO ad h. l. che qui si basa sui principi del *jus singulare*: τὰ δὲ παρὰ κανόνα, ἐφ' ὧν εἰσπράττειται καὶ μόνον κρατεῖται καὶ κατὰ τῶν ὁμοίων οὐκ ἐπιτρέπεται. Probabilmente si tratta pel *jus* nuovo di un rimedio introdotto inconsapevolmente per via di interpolazioni. Per diritto classico è però da ritenersi che i relativi testi trattassero della *fiducia* (Cfr. OERTMANN, *die fiducia* pag. 167; VOIGT, *Die XII Tafeln* II, 140). In quanto concerne il fr. 22 *de pign. act.* ormai non è più lecito il dubbio, trattandosi di un passo preso dal libro XXX *ad Edictum* di ULPIANO, che secondo la valida dimostrazione del LENEL si riferiva appunto alla *fiducia* (*Beitrage* nella *Zeitschr. der S. S. R. A.* 3, 108 e seg. I parte XIX, 2); anche il fr. 12 § 2 si spiega nel suo contesto originario assai meglio ove s'intenda della *fiducia*. Tema di quella trattazione è il quesito se e quando la perdita del dominio coinvolga quella della *condictio furti*. Con tale argomento non ha a che vedere « *eum cui pignori res data est incerti condictioe acturum, si ea surrepta sit* »; mentre si capisce benissimo il quesito se il debitore costituendo la cosa con *fiducia* (e così alienandola) conservasse o no la *condictio furtiva* la quale trattazione (ora soppressa) doveva condurre all'altra se e con quale efficacia potesse sorgere la *condictio* pel furto operato a danno del creditore fiduciario. Si aggiunga pure la nessuna verosimiglianza che NERAZIO, o anzi già ARISTONE conoscessero siffatto impiego della *condictio* ».

È controverso se quest'ultima *condictio* competa solo al creditore pignoratizio od anche ad altri che tenessero la cosa rubata in forza di un diritto personale, come ad esempio, al commodatario, al conduttore o a chi avesse un interesse qualsiasi che la cosa non fosse rubata. Certo è che a tutte queste persone competeva l'*actio furti* quando esse fossero obbligate a restituire la cosa al loro autore od anche solo quando fosse stato in loro facoltà il restituirla¹³⁾, e che non erano tenute a restituire il lucro così tratto al proprietario della cosa^{11) h)}. Sebbene però a tutte queste persone venga negata nella

dictionem hanc incerti speciem esse condictiois furtivae, novamque actionis speciem constituere quae dicatur condictio incerti ». Si confronti anche COCCEJO, *Ius civ. controv.* h. t. Qu. 4 ed EMMINGHAUS, *ad eundem* nota r.

¹³⁾ L. 10; L. 11 e 12; L. 14 § 2; 10; 12 e 16 Dig. *de furtis* [47, 2]. L. 85 Dig. *eodem*. L. 90 Dig. *eodem*; §§ 15 e 16 Inst. *de oblig. quae ex delicto nascuntur* [4, 1]; L. 114 Dig. *de div. regulis juris* [50, 17]. Veggasi SCHÖMAN, *Fragmente aus seinen civilistischen und criminalistischen Vorlesungen* I. Jena 1810. § 4.

¹⁴⁾ L. 6 Dig. *Locati conduti* [19, 2]. L. ult. Cod. *de furtis* [6, 2].

h) L'*actio furti* può competere al conduttore per due cause ben distinte. Può competergli in quanto egli sia obbligato alla restituzione della cosa al locatore, e può competergli indipendentemente da tale obbligo, in quanto sia stato privato dei frutti o d'altri prodotti o dell'uso della cosa che egli ha in locazione. Si riferiscono al primo caso le seguenti leggi: L. 14 § 2 Dig. *de furtis* [47, 2], L. 14 § 12 *eod.*, L. 14 § 16 *eod.*, L. 85 [85] *eod.*, L. 12 pr. *eod.*, GAIo, III, 205, Inst. IV, 1, 15 [17]. Il *dominus* avendo in tali casi azione contro il conduttore è normalmente privo d'interesse per agire contro il ladro. Quando però tale azione che egli ha contro il conduttore fosse inefficace, allora egli acquista l'*actio furti* direttamente contro il ladro. Così avviene a) quando il conduttore è insolvente: *si autem solvendo non est, ad dominum actio redit, nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est* (L. 12 cit.); b) quando il conduttore non è responsabile della sottrazione, o quando sia liberato dall'*actio locati*: vedi L. 91 (90) Dig. *de furt.* [47, 2] e L. 60 § 2 Dig. *locati* [19, 2]. Su questa ultima legge veggansi: GRADENWITZ, *Interpolationen* pag. 29 e le acute osservazioni del FADDA, op. cit. alla contronota a, pag. 18 e seg. Il FADDA conviene nell'opinione del GRADENWITZ pel quale la prima parte soltanto del testo fino a *sed iudicem*... deve ritenersi genuina, mentre crede che il rimanente da: *sed iudicem* fino a *compellet* sia interpolato; anzi il FADDA corrobora efficacemente con nuovi argomenti la supposizione del GRADENWITZ. Ma si allontana poi notevolmente dal GRADENWITZ nell'interpretazione data sia alla parte genuina del testo che a quella interpolata. Quanto alla parte genuina il FADDA ritiene che in essa si tratti della concorrenza della *rei vindicatio* e dell'*actio locati*, non già di quella fra l'*actio locati* e l'*actio furti*, e si concede al locatore l'*actio locati* anche quando gli competa la *rei vindicatio* op. cit. pag. 21. Quanto alla parte interpolata il FADDA ritiene che essa modificasse il diritto classico in questo senso: nel diritto classico è fuor di dubbio che al locatore non spetta la scelta fra l'*actio ex locato* e l'*actio furti*: così

L. 14 § 16 Dig. *de furtis* [47, 2] sopra citata, la *condictio furtiva*, tuttavia credono molto giuristi ¹⁵⁾ che ad esse dovrebbero oggi attribuire diritti pari a quelli del creditore pignoratizio. Senonchè la L. ult. § 3 Cod. *de furtis* [6, 2] alla quale questi giuristi si richiamano parla esplicitamente di *actio furti*; nè d'altra parte può sostenersi avere in tutti quei casi la *condictio furtiva* egual fondamento, poichè mediante il contratto di pegno si trasferisce nel creditore insieme alla detenzione anche il *jus possessionis*, il che non avviene negli altri contratti ¹⁶⁾.

¹⁵⁾ FABER, *Rational.* ad L. 12 § 1 Dig. h. t. pag. 438. — VOET, *Comment. ad Pand.* h. t. § 3 in fin. — MERILLIUS, *Exposit.* in L. *decisionum Iustin.* num. XIII § 3. — HUBER, *Praelection.* in *Pand.* h. t. § 10. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 10. — POTHIER, *Pandect. iustin.* h. t. num. V nota h. — SCHMIDT, *Lehrbuche von Klagen und Einreden* § 1380.

¹⁶⁾ Veggasi STRUW., *Synt. jur. civ.* Exercit. XVIII Th. 53 e ad *eundem.* — MÜLLER, nota α.λ. — COCCEIO, *Ius civ. contro.* h. t. Qu. 5 e EMMINGHAUS ad *eundem.*

pure per diritto classico non si poteva costringere il locatore a proporre la *rei vindictio* o la *condictio* prima dell'*actio ex locato*. Solo il conduttore poteva opporre all'*actio locati* la sua *actio ex conducto* per far valere il suo diritto che si esperimenti dal locatore le *condictio* siccome è detto nel fr. 60 § 5 cit. Questi erano i principii del diritto classico. I compilatori rimpastando il testo gli diedero un significato affatto diverso: « La riconvenzionale che mira ad un obbligo da imporre al locatore già risarcito, fu trasformata in una eccezione di ordine dilatoria. Il giudice deve decidere se si debba agire piuttosto contro uno che contro l'altro. In caso di difficoltà si grave si effettua la condanna del conduttore, ma obbligando il locatore a cedere le sue azioni. Questo è l'obbligo sostituito all'antico di proporre il locatore stesso l'azione nell'interesse del conduttore » pag. 22. Quanto alla natura giuridica dell'azione di furto concessa al conduttore nel primo caso il FADDA [op. cit. pagine 23-25] confuta la teoria dell'UNTERHOLTZNER accolta dal DOLLMANN e dal WÄCHTER, secondo la quale dovrebbe considerarsi quell'azione come *derivata*; in rapporto all'*actio furti* spettante al conduttore in quanto sia stato privato dei frutti, di altri prodotti o dell'uso della cosa che ha in locazione presentano alcune difficoltà i seguenti testi: L. 26 § 1 Dig. *de furtis* [47, 2], L. 83 [82] Dig. *eod.*, L. 52 § 8 Dig. *eod.*, L. 60 § 5 Dig. *locati* [19, 2]. Veggasi un'acuta esegesi di questi frammenti nell'opera citata del FADDA, pag. 25 e seg. I risultati di questa esegesi possono venire così riassunti. Per principio l'*actio furti* per la sottrazione dei frutti, o degli altri prodotti della cosa locata spetta unicamente al conduttore. Essa può però spettare anche al *dominus* quando il conduttore non paghi fitto, ma divida i frutti col colono in una determinata proporzione (così si conciliano le L. 26 § 1 cit. e L. 83 [82] cit.). Eccezionalmente poi, e per la considerazione della specialità del caso, ULPIANO accordava l'*actio furti* al *dominus* nella L. 52 § 8 cit.: questa speciale sentenza non è però da approvarsi, op. cit. pag. 31.

II. La *condictio furtiva* compete contro il ladro senza distinzione fra il caso in cui esso sia manifesto ed il caso opposto¹⁷⁾: in quel caso però è necessario che la cosa non sia reperibile presso il ladro o che egli l'abbia distrutta nel momento stesso del furto¹⁸⁾. Conseguentemente essa compete anche contro al rapitore in concorso coll'*actio vi bonorum raptorum*¹⁹⁾. Se poi il ladro è stato derubato alla sua volta da un terzo della cosa rubata, l'azione ha luogo anche contro questo terzo²⁰⁾. Se il furto è stato compiuto da un *filius familias*, potrà agirsi contro il padre solo in quanto egli sia arricchito mediante il delitto del figlio, e colla *condictio in peculium*: il figlio invece è tenuto pel tutto²¹⁾. Colla *condictio furtiva* non può essere convenuto che colui che ha compiuto il furto, o il suo erede²²⁾: essendo considerata come azione personale essa non compete contro il *successor singularis*²³⁾

17) Che debba intendersi per *fur manifestus* e *nec manifestus* insegnano le LL. 3, 4, 5, 6, 7, 8 Dig. *de furtis* [47, 2].

18) L. 10 pr. Dig. h. t.: « Sive manifestus fur, sive nec manifestus sit, poterit ei condici. Ita demum autem manifestus fur conditione tenebitur, si deprehensa non fuerit a domino possessio eius. Caeterum nemo furum conditione tenetur, posteaquam dominus possessionem apprehendit; et ideo Julianus, ut procedat in furto manifesto, tractare de conditione ita proponit: furem deprehensum aut occidisse, aut fregisse, aut effudisse id, quod interceperat ».

19) L. 10 § 1 Dig. *ead.* L. 2 § 26 Dig. *de vi bon. rapt.* [47, 8].

20) L. 76 § 1 Dig. *de furtis* [47, 2].

21) L. 5, L. 19 D. h. t.; L. 3 § 12 Dig. *de peculio* [15, 1]. Senza fondamento sostiene una diversa opinione FABER, *De err. pragm.* Dec. LXXVIII Err. 3. Vedi BACHOVIVS, *Tract. de actionibus* Disp. IV Th. 22.

22) L. 5 Dig. h. t.

23) Di opposta opinione BROEVS, *Exposit. in Iustin. Institut.* ad § 26 Inst. *de ver. div.* n. 3 pag. 325 e JANUS a COSTA in *Comm. ad eund.* § Inst. Ma le parole che trovansi nel § 26 Inst. *de rer. div.*: « nam extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt », dovendo riferirsi o col VINNIUS in *Comm.* ad h. § num. 5, ai *malae fidei possessoribus* che devono essere considerati come ladri § 2 Inst. *de usuc.* L. 3 Cod. *de cond. ex lege* [13, 2]; oppure devesi ritenersi col BARO, *Comm. ad Inst.* h. t. e col DOUJAT *ad Theoph. Paraphras. graec. Inst.* tomo I pag. 233 dell'edizione del REITZ, che nel nostro frammento non si tratti già di *condictio furtiva*, ma di altra *condictio* che in caso di provato arricchimento compete anche contro i possessori di buona fede, cioè la *condictio sine causa*. Non si può peraltro negare che TEOFILO nella sua parafrasi greca parla di *condictio furtiva*. Vedi COCCIO, *Ius civ. contr.* h. t. Quaest. VII, ed EMMINGHAUS, *ad eund.* nota b.

contro il quale dovrà muoversi colla *rei vindicatio* o coll'*actio publiciana*. In generale poi deve dirsi che questa azione presuppone nel convenuto l'imputabilità: essa pertanto ha luogo contro i pupilli solo in quanto essi siano *doli capaces* ²¹⁾; tale presupposto non si richiede però naturalmente negli eredi del ladro; questi sono responsabili *ex causa furtiva* del loro *de cuius* anche quando siano pazzi od infanti. In questa ipotesi l'azione dovrà essere intentata contro il tutore ²²⁾.

Se l'azione compete anche contro chi ha prestato aiuto al ladro è controverso. Questo intanto è certo, che un semplice consiglio, senza aiuto materiale, non è sufficiente a far sorgere l'azione contro il consigliere ²³⁾. Ma vi ha di più: essa non compete neppure, a tenore della L. 6 Dig. h. t., contro chi ha prestato assistenza al ladro col consiglio e col fatto (*ope consilio*): contro questi si accorda l'*actio furti*. Però PAOLO, nella L. 53 § 2 Dig. *de verb. signific.* [50, 16], ci insegna per l'appunto il contrario; dice egli: « Aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest ». Per conciliare questi due testi alcuni dicono ²⁷⁾, che a far sorgere la *condictio furtiva* contro colui che ha prestato aiuto al ladro a tenor della L. 6 cit. non basta consiglio e aiuto di lontano, mentre si richiede (L. 53 § 2 cit.) un aiuto prestato nel momento del furto per la sua esecuzione. Altri ²⁴⁾ ritengono che il semplice procurare gli strumenti, scale od altro, allo scopo del furto non sia sufficiente, ma richiedono inoltre che l'aiutante prenda parte all'atto della *contrectatio* affinché contro di lui possa muoversi, come contro il ladro, la *condictio furtiva*; che egli abbia ad esempio accolte presso di sé le cose rubate e le abbia trasportate, benchè non a proprio

²¹⁾ LL. 23 e 24 Dig. *de furtis* [47, 2].

²²⁾ L. 2 Dig. h. t. « Condiotioni ex causa furtiva et furiosi et infantes obligantur cum heredes necessari extiterunt, quamvis cum eis agi non possit ». Si confronti L. 2 § 1 Dig. *de admitt. tutel.* [26, 7]. L. 48 § 1 Dig. *de leg.* [30]. Vedi anche FABER, *Rationalia* ad L. 2 h. t.

²³⁾ § 11 in fin. *de oblig. quae ex delicto nascuntur*. L. 36 pr. L. 52 § 19 e L. 54 § 4 Dig. *de furtis* [47, 2].

²⁴⁾ Vedi POTHIER, *Pand. iustin.* h. t. num. XII nota c.

²⁵⁾ VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 5. — FABER, *Rationalia* ad L. 6 Dig. h. t. — STRUVIUS, *Syntagm. jur. civ.* Exerc. XVIII th. 55.

vantaggio, ma a vantaggio del ladro. Altri ancora ²⁹⁾ richiedono una cooperazione dovuta ad una identica intenzione, cioè ad aver parte nel lucro del furto. Questa sembra a noi l'opinione preferibile. Infatti alla prima osta il § 11 Inst. *de oblig. quae ex delicto nascuntur* combinato colle L.L. 5 e 6 Dig. h. t.: ma la semplice circostanza di aver preso parte al fatto della *contrectatio* non è sufficiente, poichè questa cooperazione può essere dovuta non a desiderio di lucro ma ad inimicizie verso il derubato, nel qual caso sarebbe fondata un'*actio furti* come *actio poenalis ex delicto* ³⁰⁾, non invece una *condictio furtiva* fondata sul principio di equità, che nessuno deve arricchirsi a danno altrui. Questa azione non può conseguentemente concedersi contro colui che ha aiutato il ladro se non in quanto anche a questi possa applicarsi il concetto del furto ³¹⁾.

§ 839.

*Fondamento dell'azione. — In quanto essa abbia luogo
contro gli eredi del ladro.*

La *condictio furtiva* presuppone sempre un furto nel senso romano ³²⁾, il quale viene concepito come mero delitto privato consistente non solo nella *contrectatio fraudolosa* di una cosa mobile altrui ¹⁾, sia che

²⁹⁾ KOCH, *Instit. jur. crim.* § 216 nota 1. — BOEHMER, *Doctr. de action.* Sect. II cap. 3 § 36. — QUISTORP, *Grundr. des peinlichen Rechts* parte I § 384 nota 5. — KLEINSCHROD, *Doctr. de reparatione damni delicto dati.* Specimen I (Virceburgi 1798, 4) § 8.

³⁰⁾ L. 50 § 1 Dig. *de furt.* [47, 2]. SCHÖMAN'S *Fragmente aus seinen civilistischen und crim. Vorles.* I § 5.

³¹⁾ L. 15 Dig. h. t. GOEDDAEUS in *Comment. repet. praelect. in tit. Pand. de verb. signif.* ad L. 53 Dig. h. t. n. 17 pag. 576.

³²⁾ L. 1 § 3 Dig. *de furt.* [47, 2]: « Furtum est contrectatio rei fraudolosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve ». Vedi KLEINSCHROD, *Abhandl. aus den peinl. Recht* parte II n. 8 e SCHÖMAN'S *Fragmente* I § 3.

¹⁾ La più antica definizione di furto a noi conservata è quella di SABINO ap. Gell. N. A. II, 18 § 20: « qui alienam rem adtrectavit cum id se invito domino facere iudi-

l'animum lucri faciendi fosse rivolto alla sostanza della cosa stessa (*furtum rei*) o all'uso di essa (*furtum usus*)³³⁾, ma consistente anche nella sottrazione fatta scientemente *lucri faciendi causa* della cosa propria a chi la deteneva in base a diritto di usufrutto, o in garanzia di un interesse, contro il suo volere, o consistente anche nella vendita di una cosa eseguita allo scopo di impedire l'azione reale cui solo tendeva quella detenzione (*actio hypothecaria*): *furtum possessionis*³⁴⁾. Se questa azione debba considerarsi *ex delicto* è controverso³⁵⁾ ^{k)}.

³³⁾ L. 16 Dig. h. t.: « Qui furtum admittit, vel re commodata vel deposita utendo condictio quoque ex furtiva causa obstringitur ». Vedi specialmente §§ 6-7 Inst. *de obliq. quae ex delicto nasc.* LL. 5, 8 Dig. *commodati* [13, 6], LL. 40, 54, 76 Dig. *de furt.* [47, 2]. — SCHOTT, *Dissertatio de furto usus.* Lipsiae 1776.

³⁴⁾ Commette furto il proprietario che sottrae a colui che la possiede e contro la sua volontà, la cosa propria a lui concessa o per diritto di pegno, o di usufrutto, o di ritenzione. L. 12 § 2; L. 15 §§ 1 e 2; L. 19 § 5; L. 20 § 1; L. 59; L. 66 Dig. *de furtis* [47, 2] e § 10 Inst. *de obliq. ex delicto.* Inoltre commette furto il proprietario che insciente e nolente il creditore vende la cosa a lui data in pegno: L. 19 § 6, L. 66 Dig. *de furtis* [47, 2], o che sottrae la propria cosa al possessore di buona fede. L. 20 § 1 Dig. *eod.* Vedi GRÖLLMANS *Grunds. der Criminalrechtswissenschaft* § 178 nota a.

³⁵⁾ NOODT, *Comm. ad Dig. h. t. princ.* — WISSENBACH, *Exercit. ad Pand. Disp.* XXVI th. 2. — BACHOV., *De action.* Diss. IV th. 21 pag. 155. — DUISSEMA, *Conjectural. juris civ.* lib. I cap. 8. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 5. — HUBER, *Praelect. in Pand.* h. t. § 2. — BOEHMER, *Doctrina de action.* Sect. II cap. 5 § 34. — HOFACKER, *Princ. juris civilis* tomo III § 2090.

«are deberet, furti tenetur». Questa definizione è molto inesatta ed è stata criticata vivamente sia perchè essa si riferisce soltanto al *furtum rei alienae* mentre ai tempi di SABINO era già noto il *furtum rei propriae*, sia perchè non parla dell'*animus lucri faciendi*, sia infine anche perchè erronea nell'ultima sua parte (Vedi in questo proposito FERRINI, *Dir. rom. pen.* pag. 132). La definizione sabiniana del *furtum* fece fortuna; essa è seguita da GAIO (III, 195), ULPIANO (L. 66 Dig. 47, 2), e PAOLO (R. S. II, 31, 1). Oggetto di viva discussione è la duplicità di definizione di *furtum* che trovasi in PAOLO poichè mentre nel frammento citato delle R. S. egli si attiene alla definizione sabiniana, nella L. 1 § 3 Dig. *de furt.* citata nella nota al testo, egli dà una nuova e più esatta definizione. Su questa questione è a consultarsi la trattazione del FERRINI, *Diritto penale romano* pag. 133 e seg.

k) L'indole della *condictio furtiva* è tuttora controversa. L'opinione dominante nega in principio che essa sia un'azione delittuosa (SAVIGNY, *System* V pag. 555-564; SINTESIS, II § 109 Anm. 123; VANGEROV, I pag. 216 III § 679 Anm. 2; BARON, *Pand.* § 341). Altri scrittori invece si dichiarano per la natura delittuosa della *condictio*: così WITTE, pagine 322-325; FRANKE, pagine 28-40. Vedi WINDSCHEID, § 359 nota 14. La difficoltà di

Alcuni lo negano fondandosi sul fatto che essa non era infamante, e sulla circostanza che nella L. 10 § 2 Dig. *de compensat.* [16, 2] non

questa questione dipende dalla varietà di effetti attribuiti alla *condictio* medesima; alcuni dei quali sono propri delle azioni delittuose, altri no. La questione dovrebbe quindi per amor di esattezza essere posta in questi termini: si ha nella *condictio furtiva* un'azione delittuosa alla quale si sono attribuiti degli effetti propri alle azioni non delittuose, o si ha invece un'azione non delittuosa con alcuni effetti propri delle azioni delittuose? Sia che si pervenga a l'uno o all'altro di questi risultati dovrà poi sempre spiegarsi la specialità dell'azione che consisterà nell'avere, essendo civile, alcuni effetti penali o viceversa, essendo penale, alcuni effetti civili.

Esaminiamo ora anzitutto gli argomenti addotti a sostegno delle non delittuosità della *condictio*, misuriamone la efficacia e confrontiamole poi con quelli degli argomenti addotti a sostegno della tesi opposta. Un primo argomento a sostegno della natura delittuosa della *condictio furtiva*, si vuol desumere da ciò che essa compete solo al proprietario, o all'avente un diritto reale, o al possessore di buona fede, cioè solo a tali persone che sarebbero protette anche indipendentemente dalla natura delittuosa dell'obbligazione. Contro questa argomentazione, pur prescindendo dalle considerazioni svolte nella contronota a pag. 13, è decisiva una considerazione logica, che cioè il fatto di avere il proprietario ragione d'essere protetto nella sua qualità di proprietario, non esclude menomamente che egli possa essere protetto nella medesima guisa con un'azione delittuosa: nulla esclude che possa essere protetto con un'azione delittuosa anche chi potrebbe essere indipendentemente da essa protetto; l'argomento non è dunque concludente. — Un secondo argomento contro la delittuosità della *condictio furti* lo si vorrebbe dedurre da ciò che si afferma non competere essa anche contro chi ha aiutato il ladro. Da ciò dovrebbe dedursi essere riposto il fondamento della *condictio furtiva* non già nella delittuosità del furto ma nel possesso della cosa rubata. In questo proposito conviene però rilevare che il principio così recisamente affermato non ha un fondamento certo nelle fonti. Anzi su questo riguardo si ha nelle fonti una antinomia fra le L.L. 5 o 6 Dig. XIII, 1, e la L. 53 § 2 Dig. 4, 16. È vero che si tenta di togliere di mezzo questa antinomia, ma la molteplicità stessa dei tentativi ne dimostra la difficoltà (oltre quelli sopra addotti dal GLÜCK vedi anche: COHN, *Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts* II pag. 22 e seg.; BARON, *Abhandl. aus dem röm. Civ. Process* I, 258 nota 4, contro LENEL, *Ed. perp.* pag. 262) mentre autorevolissimi scrittori non esitano a dichiarare impossibile ogni conciliazione e vedono nel contrasto di quelle due leggi una espressione della duplicità di carattere della *condictio furtiva* (vedi WINNSCHEID, § 453). Questo stato della dottrina in rapporto alle L.L. 5, 6 cit., e L. 53 § 2 cit. mostra pertanto e per sé solo quanto poco efficace sia l'argomento che dalle leggi medesime vuol trarsi in rapporto alla delittuosità della *condictio furtiva*. Un terzo argomento a sostegno della non delittuosità della *condictio* si vuole dedurre da ciò che gli eredi del ladro non sono tenuti soltanto nell'arricchimento come generalmente avviene nelle *obligationes ex delicto* ma nel tutto: L.L. 5, 7 § 2 Dig. XIII, 1; L. 9 *cod.*; § 5 Inst. IV, 1. Questo principio è certamente molto significativo, ma da esso non può desumersi il principio della non delittuosità della *condictio*. Qui viene a proposito la considerazione che facevamo al principio di questa nota. È innegabile che la *condictio furtiva* ha degli effetti propri delle azioni civili, ma prima di concludere da ciò che essa sia azione civile, bisogna vedere se tale effetto possa essere spiegato, pur tenendo fermo essere essa, fra la causa sua, azione delittuosa. Convincente mi sembra su questo riguardo l'interpretazione che a questo principio dà il WINNSCHEID (§ 425). Egli parte dalla considerazione che il diritto romano trattò in modo affatto particolare

insignificatamente essa è tenuta distinta dalle *actiones ex maleficio*. Essa sarebbe dunque a considerarsi fondata sul principio dell'equità

l'obbligazione di restituire l'arricchimento ottenuto mediante una conscia appropriazione illecita (*furtum* di cosa mobile, appropriazione di cose immobili). Questa obbligazione, egli osserva, tende infatti a più che non sia la restituzione dell'arricchimento; essa tende ad un completo risarcimento di danni, il che ha una grande importanza nel caso in cui il possesso della cosa sottratta sia andato nuovamente perduto. In questo caso infatti colui che si è illecitamente appropriata la cosa, non è tenuto soltanto, come propriamente dovrebbe, al risarcimento del valore del possesso, ma al risarcimento del valore della cosa: L. 7 § 2; L. 8 pr. § 1 Dig. XIII, 1. In altre parole: l'obbligazione di risarcire i danni sorgente dalla appropriazione illecita, viene qualificata come qualche cosa, che realmente non è (GAI, IV, 4 (§ 14 Inst. IV, 6); BEKKER, *Aktionen* I pag. 105; PERNICE, *Labeo* I par. 511 nota 25), dal che vengono tratte varie conseguenze e principalmente questa che l'obbligazione passa incondizionatamente negli eredi. Considerato da questo punto di vista l'obbligo degli eredi nel *solidum* acquista un significato ben diverso da quello che ad esso vogliono attribuire i sostenitori della non delittuosità della *condictio furtiva*, poichè anzichè provare questa non delittuosità esso mostrerebbe che all'azione per se stessa delittuosa si attribuisce una qualificazione non delittuosa per renderne maggiore l'efficacia.

Un quarto argomento a sostegno della non delittuosità della *condictio furtiva* si vuol infine trarre da ciò che per il furto commesso da un figlio di famiglia o da uno schiavo si concede nelle fonti un'*actio de peculio* nell'arricchimento contro il padre o il *dominus*. Ciò trovasi detto nella L. 3 § 12 Dig. XV, 1. ULPIANUS, libro vicensimo nono ad *Edictum*: « Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat, an vero in patrem vel in dominum de peculio danda est quaeritur: et est verius in quantum locupletior factus esset ex furto facto, actionem de peculio dandam: idem Labeo probat quia iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune, nam et circa rerum amotarum actionem filiae familias nomine in id quod ad patrem pervinet competit actio de peculio ». Vedi anche L. 30 pr. Dig. XIX, 1.

Ora da questi testi così si argomenta; poichè coll'*actio de peculio* non si possono far valere obbligazioni delittuose (vedi BARON, *Pand.* § 311 I d. e § 221 nota 23), se si accorda questa azione per far valere il contenuto della *condictio furtiva* contro il padre o il *dominus*, conviene concludere che l'obbligazione che si fa valere colla *condictio* medesima non è delittuosa. Tale argomentazione viene però giustamente combattuta dal WINDSCHIED, § 425 nota 4, il quale osserva come l'obbligazione del padre e del *dominus* viene nelle leggi citate limitata all'arricchimento attuale e che l'obbligazione nell'arricchimento attuale non la si era voluta escludere quando si poneva il principio che « *ex poenalibus actiones non solet in patrem de peculio actio dari* ». Anche questo quarto argomento addotto a sostegno della non delittuosità della *condictio furtiva* non è certamente decisivo (Sulla L. 3 § 12 Dig. XV, 1 vedi BARON, *Die adjectischen Klagen* pag. 19 e seg. e opere ivi citate).

Fin qui abbiamo esaminati gli argomenti addotti per provare la non delittuosità della *condictio furtiva*; ora dobbiamo esaminare gli argomenti addotti a sostegno della delittuosità. Prescindendo dalle leggi citate nel testo a sostegno della delittuosità della *condictio furtiva* si adducono le seguenti leggi:

1) L. 1 Cod. IV, 8: « Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA et CC Hermogeni Praeses, provinciae, sciens furti quidem actione singulos quoque in solidum teneri, condictiois vero nummorum furtim subtractorum electionem esse ac tum denum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros liberari, iure proferri sententiam curabit ».

naturale al pari delle altre *condictiones*: e MARCIANO infatti la fa discendere esplicitamente *ex iure gentium*: L. 25 Dig. *de act. rerum amot.* [25, 2]. Altri scrittori invece la ritengono *actio ex delicto* fondandosi sulle L. 11 §§ 5 e 6 Dig. *de act. rerum amot.* e L. 36 Dig. *de oblig. et ationibus* [44, 7]³⁶⁾. Queste due opinioni possono venir con-

³⁶⁾ VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 2. — CUJACIO, *Observat.* lib. XIII cap. 37. — STRUVIO, *Synt. jur. civ. Exerc.* XVIII Th. 50. — STRAUCH, *Diss. de condictione furtiva* cap. II.

Da questa legge risulta che più ladri sono tenuti colla *condictio furtiva in solidum*, e questa solidarietà dimostra la delittuosità della obbligazione loro.

II) L. 4 Dig. XIII, 1. ULPIANUS, libro quadragesimo primo *ad Sabinum*: « Si servus vel filius familias furtum commiserit condicendum est domino, id quod ad eum pervenit, in residuum noxae servum dominus dedere potest ».

Da questo testo si deduce la delittuosità della *condictio furtiva* in quanto in esso pel furto dello schiavo o del figlio di famiglia si accorda l'azione nossale contro il padre o il padrone (Vedi SAVIGNY, *System* V pag. 562; BEKKER, *Aktionen* II, 123 nota 42; WINDSCHEID, loc. cit. e BARON, *Die adject. Klagen* pag. 19 nota 8 il quale ritiene essere stato questo testo toccato dai compilatori in quanto nell'ultima proposizione non si parla più del *filius familiae*).

III) L. 8 § 1 Dig. XIII, 1. ULPIANUS, libro vicensimo septimo *ad Edictum*: « Si ex causa furtiva condicatur, cuius temporis aestimatio fiat quaeritur, placet tamen id tempos spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime cum deteriore rem factam fur dando non liberatur: semper eum fur moram facere videtur ».

Anche da questo testo risulta il carattere delittuoso dell'obbligazione che si fa valere colla *condictio furtiva*, carattere che in queste sue manifestazioni non è né potrebbe essere negato da alcuno. Senonchè rimane la difficoltà di conciliare questi dati fra di loro contraddittori e definire la vera indole della *condictio furtiva*. Qui anzitutto ne sembra inaccettabile la dottrina esposta nel testo, la quale distingue fra fondamento prossimo e remoto della *condictio furtiva*: questa distinzione potrà spiegare come la *condictio furtiva* abbia potuto assumere una così singolare figura giuridica, ma non la giustifica menomamente. Non si può concepire giuridicamente un'azione con due fondamenti, l'uno prossimo, l'altro remoto: il primo esclude naturalmente il secondo. Ma neppure è possibile definire nettamente la natura della *condictio furtiva* ascrivendola ad una categoria già formata (azione delittuosa, o non delittuosa). Non resta dunque che attribuirle una duplice natura; il che equivale a dire che la *condictio furtiva* è un'azione *sui generis*. Ciò per vero più o meno esplicitamente devono ammettere gli scrittori differendo fra di loro solo in ciò che alcuni sostengono essere in essa prevalente la natura propria alle azioni di arricchimento in genere, altri invece ritenendo in essa prevalente la natura implicata dalla sua causa concreta: il furto. Quale è la preferibile di queste due tendenze? L'esame critico cui abbiamo sottoposto gli argomenti addotti a sostegno della prima ci inducono a propendere per la seconda. Gli è infatti ben più difficile il poter conciliare colla prima tendenza tutti gli effetti penali della *condictio furtiva*, che non colle seconde gli effetti non penali. L'effetto principale della *condictio furtiva* incompatibile colla sua natura delittuosa è infatti riposto in ciò che essa compete contro gli eredi colla stessa efficacia che contro il ladro medesimo. Ma questa

ciliate fra di loro distinguendo fra fondamento prossimo e remoto dell'azione. Che i giuristi romani fondassero l'azione non direttamente sul furto ma sul principio che nessuno deve arricchirsi a danno altrui, non è dubitabile in base ai testi citati a sostegno della prima delle suesposte opinioni. Ma è del pari innegabile che il furto deve per lo meno essere considerato come il fondamento remoto dell'azione³⁷⁾. Ora per questa considerazione si spiegano gli effetti speciali dell'azione che sono stati rilevati dal HELLFELD. In causa del suo prossimo fondamento, cioè, l'azione compete anche contro gli eredi, nel tutto e per vero indipendentemente dal fatto di essere essi arricchiti o meno³⁸⁾: contro ciascuno però in proporzione della sua quota ereditaria. Il CUIACIO³⁹⁾ è per vero d'altra opinione. Egli sostiene che l'azione compete contro gli eredi solo nel concorso di queste condizioni: o che essa sia già stata mossa e contestata contro il ladro, o che gli eredi siano stati effettivamente arricchiti. Ma decisivi in favore della nostra opinione sono i seguenti testi:

L. 7 § 2 Dig. h. t. ULPIANUS, libro quadragesimo secundo *ad Sabinum*: « *Condictio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat: nec tantum si vivat servus furtivus sed etiam si decesserit. Sed et si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus, vel non apud ipsum, post mortem tamen furis dicendum est conductionem adversus heredem durare. Quae in herede diximus eadem erunt et in caeteris successoribus* ».

³⁷⁾ Vedi WEBER, *zu Höpfners Commentar über die Institutionen* § 1030 nota 3.

³⁸⁾ L. 1 pr. Dig. *de priv. delict.* [47, 1].

³⁹⁾ *Observat.* lib. VII cap. 37 e lib. XIII cap. 37. Questa opinione è stata fondamentalmente confutata da FABER, *Rational. in Pand.* ad L. 9 h. t. e *De err. pragmat.* Decis. 78. — BACHOVIO, *Tract. de action.* Disp. IV Th. 21. — MERILLIUS, *Observat.* lib. VII cap. 3 e *Variantium ex Cuiacio* lib. I cap. 21 — COSTANTINEUS, *Subt. Enodation* lib. I cap. 10 (nel *Thes.* di OTTO tomo IV pag. 496) e SCHIFFORDEGER *ad Ant. Fabrum* lib. II tract. I Qu. 9.

particolarità può benissimo spiegarsi quando si pensi allo scopo pel quale la *condictio medesima* fu introdotta (vedi WINDSCHEID, § 425 nota 3 e 4), per il quale si può benissimo concepire che venissero ad essa attribuiti anche effetti speciali alle azioni non delittuose per accrescerne l'efficacia.

Inoltre:

L. 9 Dig. *ead.* ULPIANUS, libro trigensimo *ad Edictum*: « In conditione ex causa furtiva non pro parte, quae pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus: pro parte autem heres, pro ea parte, pro qua heres est, tenetur ».

Nè a queste leggi contrasta la

L. 6 § 4 Dig. *de act. rerum amot.* [25, 2]. PAULUS, libro septimo *ad Sabinum*: « Heres mulieris ex hac causa tenebitur sicut conditionis nomine ex causa furtiva »

poichè gli è erroneo il credere che l'*actio rerum amotarum* competi contro gli eredi solo in quanto essi siano arricchiti: al contrario le due azioni sono in questo riguardo completamente parificate. Espresamente ci dice la

L. 11 § 5 Dig. *ead.* [25, 2]. PAULUS, libro trigensimo septimo *ad Edictum*: « Haec actio (sc. *rerum amot.*), licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet sicut et condictio furtiva ».

A tale affermazione non osta il fatto che nella L. 3 § ult. Dig. *ead.* si accorda l'*actio rerum amotarum* contro il padre in base al delitto della figlia morta, solo per l'arricchimento. Poichè tale decisione ha un suo speciale fondamento: gli è che il padre riceve i bepi o la *dos profeticia* della figlia non come erede, ma *jure patriae potestatis*. E d'altra parte la L. ult. Cod. *rerum amot.* [5, 21], alla quale si richiamano gli scrittori avversari, può essere intesa così, che gli eredi possono essere convenuti per le cose dalla loro testatrice sottratte al marito, non come debitori correali, ma in proporzione delle rispettive quote ereditarie ⁴⁰⁾. Poichè essendo noto che gli imperatori romani nei loro rescritti s'attenevano normalmente al diritto comune, così l'interprete deve per quanto è possibile spiegare i loro rescritti conformemente al diritto delle Pandette ⁴¹⁾.

⁴⁰⁾ Vedi VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 4. — WESTENBERG, *Dig. lib. XXV tit. 2-22.* — KLEINSCHROD, *Doctrina de reparatione damni delicto dati.* Spec. I § 12. — JANUS e COSTA, *Praelect. ad illustr. quosdam titulos locaque sel. iuris civ.* pag. 215. — GIPHANII, *Explan. difficilior. LL. Cod. ad L. ult. rerum amotarum* pag. 455. — COCCEJI, *jur. civ. contr.* h. t. Qu. 6 et ad eundem EMMINGHAUS, nota 2.

⁴¹⁾ Vedi THIBAUT, *Theorie der logischen Auslegung der R. R.* § 38.

Poichè la *condictio furtiva* ha il suo remoto fondamento in un delitto, si comprende come più persone che abbiano insieme compiuto il furto siano responsabili nel tutto senza beneficio di divisione ⁴²⁾. Siccome però la *condictio furtiva* non è azione penale, così si comprende anche facilmente come mediante la prestazione di uno rimangono liberati anche gli altri ⁴³⁾. Da ciò consegue anche che l'azione non è infamante ⁴⁴⁾, perciò essa compete anche contro persone cui è dovuta *reverentia* ⁴⁵⁾.

§§ 840-841.

A che tenda la condictio furtiva. — Come si determini il valore della cosa rubata.

La *condictio furtiva* tende alla restituzione della cosa rubata insieme ai frutti da essa tratti o trascurati ⁴⁶⁾; inoltre alla prestazione dell'interesse ⁴⁷⁾. Essa può quindi indubbiamente tendere anche alla prestazione di usure ⁴⁸⁾. Se il ladro ha trasformata la cosa rubata, o l'ha fatta trasformare, se egli e. g. ha fatti dei calici coll'argento rubato o del vino coll'uva, può essere tenuto a consegnare le cose nuove così ottenute senza poter pretendere il costo di trasformazione ⁴⁹⁾; inoltre, almeno a tenore dei testi delle Pandette, gli è indifferente che le nuove cose possano o meno essere rimesse nella loro originaria forma ⁵⁰⁾. Poichè secondo la teoria dei giuristi classici, il cambiamento

⁴²⁾ L. 1 Cod. h. t.

⁴³⁾ KLEINSCHROD, op. cit. I §§ 9-10.

⁴⁴⁾ L. 36 Dig. de oblig. et action. [44, 7].

⁴⁵⁾ L. 3 § 2 Dig. de act. rerum amot. [25, 2]; L. 52 § 6 Dig. de furtis [47, 2] e MUELLER ad Struvium Exerc. XVIII th. 54 lit. o num. 4-6.

⁴⁶⁾ L. 8 § 2 Dig. h. t.; L. 2 Cod. de fruct. et lit. expen. [7, 51].

⁴⁷⁾ L. 3 Dig. h. t.

⁴⁸⁾ HOMMEL, *Rhapsod. Quaest. for. obs.* 28 in fine. QUISTORP, *Rechtliche Bemerkung.* I Bem. 73.

⁴⁹⁾ LL. 13, 14 Dig. h. t.

⁵⁰⁾ L. 52 § 14 Dig. de furtis [47, 2].

di forma non toglie il carattere della furtività⁵¹⁾. Siccome però per diritto giustiniano⁵²⁾ lo specificante diventa, quando la cosa non può più essere ridotta alla sua forma originaria, proprietario della nuova specie ottenuta, onde conseguentemente tale nuova specie perde il *vitiun* originario⁵³⁾, così in tali casi è a considerarsi come non più esistente la cosa rubata, e si può quindi richiederne il valore⁵⁴⁾. Ma se la cosa non esiste più, sia che il ladro l'abbia distrutta, alienata, o consumata, o che sia andata distrutta o perduta per caso fortuito⁵⁵⁾, può in sua vece pretendersi colla *condictio furtiva* il maggior valore della cosa raggiunto prima che fosse derubata⁵⁶⁾. Dice ULPIANO nella

L. 8 § 1 Dig. h. t. ULPIANUS, libro vicensimo septimo *ad Edictum*: « Si ex causa furtiva res condicatur cuius temporis aestimatio fiat quaeritur? Placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit: maxime cum deteriozem rem factam fur dando non liberatur. Semper enim moram fur facere videtur »¹⁾. Gli è appunto

⁵¹⁾ L. 4 § 20 Dig. *de usurpation. et usucapion.* [41, 3].

⁵²⁾ § 25 Inst. *de rer. div.* [2. 1].

⁵³⁾ WESTPHAL, *System des R. R. über die Arten der Sachen* § 730 cfr. § 461.
— THIBAUT, *Ueber Besitz und Verjährung* II § 22.

⁵⁴⁾ § 26 Inst. *de rer. div.*

⁵⁵⁾ L. 3, L. 8, L. 16, L. 20 Dig. h. t., L. 2 Cod. *eod.*

⁵⁶⁾ Si afferma da alcuni che nel diritto odierno la *condictio furtiva* tende solo al valore che la cosa aveva nel momento in cui venne rubata: vedi QUISTORP, *Grunds. des peinl. Rechts* I § 384. Tale affermazione è infondata: veggasi TITTMANN, *Handbuch des deutschen peinl. Rechts* parte III §§ 429 e 505.

¹⁾ Alla L. 8 § 1 cit. trascritta nel testo sembra contraddire in qualche modo la L. 2 § 3 Dig. 47, 1. ULPIANUS, libro quadragensimo tertio *ad Sabinum*: « Quaesitum est, si condictus fuerit ex causa furtiva an nihilo minus lege Aquilia agi posse, quia alterius aestimationis est legis aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva; namque Aquiliae eam aestimationem complectitur, quanti eo anni plurimi fuit, *condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus* ».

In questa legge rilevando la diversità che intercede fra l'*actio legis aquiliae* e la *condictio furtiva*, in riguardo al loro contenuto, ULPIANO dice che mentre coll'*actio legis aquiliae* si può domandare il maggior valore raggiunto dalla cosa nell'anno anteriore alla sua istruzione colla *condictio furtiva*: *non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus*. Ora potrebbe intendersi questa frase nel senso che il contenuto della *condictio furtiva* si avesse da determinare soltanto al momento dell'intentamento dell'azione. Ma una tale interpretazione oltre che in contrasto colla frase *iudicii accipiendi*

perchè il furto fonda l'obbligazione di restituire la cosa nel momento in cui avviene⁵⁷⁾: tale *mora* si verifica perfino nel *furtum usus*⁵⁸⁾. Del resto la *condictio furtiva* vien meno quando l'obbligazione sorta dal furto è stata tolta mercè novazione⁵⁹⁾, o quando il ladro ha cessato di essere in mora avendo offerta la restituzione della cosa ed il derubato essendosi rifiutato di riceverla⁶⁰⁾ o quando il derubato ha riottenuta la cosa, o ne ha ricevuto il valore⁶¹⁾. Essa invece non viene meno mercè la punizione del ladro⁶²⁾.

⁵⁷⁾ La L. ult. Dig. h. t. dice: « qui invito domino rem contrectavit semper in restituenda re, quam nec debuit auferre moram facere videtur ». E poichè dal principio di questa *mora* si ritiene sorgere l'azione si spiega come la L. 2 § 3 Dig. *de privat. delict.* [47, 1] dica: « condictio ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus ». Qui non si parla del tempo nel quale l'azione viene intentata, come a torto ha ritenuto il FABER (*Conject. iur. civ.* lib. XVI cap. 2) e l'espressione *iudicii accipiendi tempus* indica quell'intero periodo di tempo nel quale la *condictio* poteva essere intentata, finchè essa lo fu realmente. Vedi JENSI, *Strictur. in rom. iur. Pand. et Cod.* pag. 489. VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 6. — COCCII, *iur. civ. contr.* h. t. Qu. 8.

⁵⁸⁾ SCHÖMANS *Fragmente* I § 8 pag. 31.

⁵⁹⁾ L. 17 Dig. h. t., L. 20 § 1 Dig. *de verb. oblig.* [45, 1].

⁶⁰⁾ L. 8 pr. Dig. h. t., L. 2 Cod. h. t., L. 72 § 3 Dig. *de solut.* [46, 3]. — NOODT, *Comm. in Pand.* h. t. pag. 304.

⁶¹⁾ L. 10 pr., L. 14 § 2 Dig. h. t. — VOET, h. t. § 8. — SCHÖMANS *Fragmente* I § 8.

⁶²⁾ Vedi BOEHMERI, *Observationes select. ad Carpzovium Quaest. LXXX observ.* 10. — WERNHER, *Observat. forens.* tomo I parte IV obs. IV n. 123. — TITTMANN, *Handbuch* III § 505.

tempus che non è equivalente a *tempus iudicii accepti*, condurrebbe anche a questo strano risultato che il derubato nulla potrebbe ottenere dal ladro quando la cosa al momento dell'intentata *condictio furtiva* fosse già distrutta. Questa interpretazione è dunque da respingere. Invece si ottiene una perfetta intelligenza del testo riponendo in ciò la distinzione che in esso si rileva fra *actio legis aquiliae* e *condictio furtiva* che con quelle si può domandare il maggior valore raggiunto dalla cosa prima che fosse distrutta, con questa invece solo il valore raggiunto dalla cosa dopo il furto. Il momento del furto viene identificato col momento dell'intentata azione, perchè l'azione compete appunto dal momento del furto, e può in quel momento essere intentata.

TITOLO II.

De condictione ex lege

§ 842.

Concetto e determinazione di questa conditio.

Tutte le *condictiones* delle quali abbiamo fin qui trattato sono indicate nelle leggi con una speciale denominazione. La *conditio ex lege* della quale dobbiamo ora occuparci appartiene invece alle azioni innominate. I legislatori romani avevano cercato per quanto era possibile che non mancasse azione contro colui che per un fatto lecito od illecito si fosse obbligato di fronte ad altri. Perciò si erano introdotte per ogni negozio azioni con nomi e formole proprie. Già CICEBONE ¹⁾ poteva ai suoi tempi dire: *sunt jura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere injuriae, aut ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore incommodo calamitate, injuria publicae a praetore formulae, ad quos privata lis accomodatur.* Pure nello svolgersi della vita nuovi negozi venivano continuamente presentandosi pei quali non trovavasi nell'*album formularum* nè azione nè nome. Si pensi ai contratti innominati. Per questi i giuristi romani concepirono la formola dell'azione in armonia colle circostanze del fatto loro proposto, e chiamarono tali azioni innominate col nome generico di *actio praescriptis verbis* ²⁾. Inoltre col progredire dei tempi vennero riconosciuti molti atti, e

¹⁾ Orat. III *pro Roscio Comaedo* cap. 8.

²⁾ L. 1, 11, 22 Dig. *de praescr. verb.* [20, 5]. L. 6 Cod. *de transact.* [2, 4]. MEISTER, *Diss. de actionibus in factum* §§ 29 e 32 (in *opusc.* tomo I pag. 360 e seg.

molti contratti che secondo i principii dello *strictum jus* non producevano azione alcuna. Si pensi ai *pacta legitima* e ai *pacta praetoria*. Avrebbero potuto questi patti essere annoverati fra una qualche categoria di contratti; essi furono invece trattati come patti azionabili perchè tali divennero quando la serie dei contratti era già chiusa ³⁾. L'azione per far valere questi negozi giuridici o era specialmente indicata con nuove disposizioni, così e g.: *actio de constituta pecunia*, *actio hypothecaria*, o non aveva nome proprio. In quest'ultimo caso essa veniva chiamata *actio in factum* o *condictio ex lege* ⁴⁾.

Condictio ex lege è dunque quell'azione personale che una nuova legge introduce *aequitatis causa* a tutela di rapporti non riconosciuti dall'antico diritto civile, e che non ha un nome proprio ma viene indicata mercè citazione della legge dalla quale era stata introdotta. Dice PAOLO nella L. un. Dig. h. t.: « Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est » ^{a)}.

Da ciò discendono le seguenti verità:

I. La *condictio ex lege* è fondata sopra una *obligatio*: essa è quindi come ogni altra *condictio* un'azione personale. Non può ammettersi, come alcuni vorrebbero, una *condictio ex Novella* 18, cap. I o *ex Novella* 115, cap. 3 e 4, poichè nei casi dei quali si occupano queste

³⁾ Vedi HUGO, *Civilist. Magazin* vol. I pag. 456.

⁴⁾ STRAUCH, *De conditione ex lege*. Jenae 1716. — STURM, *Dissert. de pactis legitimis et conditionibus ex lege merito suspectis*. Vitembergae 1754. — WESTEMBERG, *De causis obligationi* Dissert. IV (*Operum* a Jo. Henr. Jungio editor. tomo I pag. 98 e seg.).

^{a)} Giustamente in riguardo a questo testo osserva il VANGEROW, I, pag. 202, che esso non ha tanto importanza in quanto per esso si accorda un'azione per un fatto non considerato per diritto civile, ma in quanto stabilisce che dove una legge introduce una nuova obbligazione, senza determinare l'indole dell'azione colla quale dovrà farsi valere, deve intendersi che questa azione debba valere come *condictio*: colla *intentio* rivolta ad un *dare oportere* o ad un *dare facere oportere* (senza l'aggiunta *ex fide bona*). In altri termini il testo di PAOLO non ha importanza solo nel senso che esso constata la concessione di un'azione in caso dove per diritto civile non se ne aveva alcuna, ma anche in quanto esso indirettamente, per la sua situazione nel titolo *de conditione ex lege*, ci indica l'indole di tali azioni di nuovo introdotte.

leggi si tratta di azioni ereditarie ⁵⁾. Il LINCKER ⁶⁾ afferma per vero che anche in base ad un diritto reale può competere una *condictio ex lege*, ma ciò deve ritenersi vero solo quando quel diritto non può farsi valere con altra azione che da esso sorga. In tali casi una nuova legge stabilisce un'obbligazione di risarcimento di danni, contro colui che altrimenti resterebbe arricchito. Un esempio ci è offerto dalla L. ult. § 6 Cod. *de jure delib.* [6, 38]:

« Sin vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint in solutum vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint: liceat aliis creditoribus qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, et a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere vel per hypothecariam actionem vel per conductionem ex lege nisi voluerint debitum eis offerre ».

Si tratta in questo testo dei vantaggi del beneficio d'inventario. Uno dei quali consiste in ciò che l'erede può soddisfare i creditori col patrimonio ereditario, di mano in mano che si presentano senza curarsi se alcuno sia rimasto trascurato avendo tuttavia un diritto di preferenza. Così pure dipende dall'arbitrio dell'erede il decidere, se convenga tramutare le cose ereditarie in denaro per pagare con questo i creditori, o se sia preferibile dare loro le cose stimandole. I creditori ipotecari che sono stati trascurati perchè si sono presentati troppo tardi, non possono perciò far valere ragione alcuna contro l'eredità, ma solo possono agire contro gli altri creditori i quali hanno ricevuto ciò che spettava loro (creditori ipotecari). A questo scopo si concede l'*actio hypothecaria* o la *condictio ex lege*: si distingue cioè il caso in cui le cose sulle quali essi avevano ipoteca si trovano in natura presso i creditori pagati, dal caso opposto. Nel primo caso essi agiscono coll'*actio hypothecaria*, nel secondo, essendo inespugnabile l'azione reale, si attribuisce loro una *condictio*, rivolta a quel tanto del quale il creditore convenuto si trova arricchito a danno del creditore ipotecario, poichè il suo diritto di preferenza non può essere intaccato a tenor di diritto e di equità dai principii che regolano il beneficio d'inventario ⁷⁾.

⁵⁾ § 550 di questo *Commentario* e § 551.

⁶⁾ *Analect. ad Pand.* h. t. th. 57.

⁷⁾ Vedi SICHARDI, *Praelect. in Cod.* tomo II ad L. fin. § *Et si praeferatam*.

II. L'*obligatio* sulla quale si fonda la *condictio ex lege* deve essere stata introdotta da una *Lex nova*, è necessario cioè, che ad un certo fatto dal quale il diritto civile non faceva scaturire azione alcuna, una nuova legge abbia attribuito l'efficacia di far sorgere una *obligatio*. Nè è necessario che questo fatto sia lecito, o costituisca un *pactum legitimum*, come afferma lo STURM⁸⁾; può anche essere un fatto illecito, come dimostrano i seguenti testi:

a) L. 27, § 15, Dig. *ad leg. Iuliam de adulteriis coercendis* [48, 5]: « Si reus vel rea absoluti fuerint: aestimari per iudices Lex damnari voluit: sive mortui fuerint, quantae pecuniae ante quaestionem fuerint; sive vivent, quantae pecuniae in his damnum datum factumve esset ».

L. 27, § 16, *eod.*

« Notandum est, quod capite quidem non cavetur: Si servus adulterii accusetur, et accusator quaestionem in eo haberi velit: duplum pretium domino praestare Lex jubet: at hic simplum ».

L. 28, *eod.*

« Quod ex his causis debetur per conductionem quae ex lege descendit, petitur ».

Nel sistema delle prove era ammessa per diritto romano la confessione ottenuta colla tortura degli schiavi, onde l'attore poteva anzitutto chiedere che gli schiavi del convenuto venissero per tal guisa indotti alla confessione. Questa maniera di ottenere la verità si usava in certi delitti fin anche contro la vita del *dominus* (*in caput domini*), e fra questi delitti era l'adulterio. Se pertanto anche per tal guisa non si giungeva ad ottenere prova alcuna, onde ne seguisse l'assoluzione del convenuto e la convinzione di calunnia nell'attore, questi doveva anche i danni subiti dal convenuto per esser stati storpiati

Cod. *de iur deliberandi* numeri 7 e 8 pag. 712. — GIPHANIL, *Explan. difficilior. et celebrior.* L.L. *Ord.* lib. VI *ad eandem legem fin.* § *Sin autem* Cod. *eod.* pag. 94. — WISSENBACH, *Commentar.* in Cod. *ad eund. legem. ult.* Cod. *de iure deliberandi* § 6.

⁸⁾ Diss. cit. §§ 3, 6 e seg. A questa opinione ostano le L. *fin.* § 6 Cod. *de iure delib.* [6, 30] e la L. 27 § 15 e L. 28 Dig. *ad legem Iuliam de adult. coerc.* [48, 5], nè è necessario sopprimere le parole *ex lege* che in questa legge si trovano, nè attribuire ad esse un significato improprio.

a morte, in causa della tortura, gli schiavi suoi ⁹⁾. L'attore poteva talvolta ottenere anche che fosse sottoposto alla tortura uno schiavo alieno: in tale ipotesi il convenuto doveva prestar garanzia di risarcire al padrone dello schiavo il danno che questi fosse per soffrire, vuoi per lo storpiamento vuoi per la morte dello schiavo torturato ¹⁰⁾. Una tale prestazione di garanzia non era necessaria a tenor della *Lex Julia de adulteriis coercendis*. Il *dominus* era in questo caso protetto da una *condictio ex lege* [sc. *Julia de adulteriis*], mercè la quale egli poteva ottenere il *duplum*, quando lo schiavo era stato torturato perchè confessasse un delitto proprio, il semplice valore quando era stato torturato per puntiglio perchè confessasse un delitto altrui ¹¹⁾.

b) § 24 Inst. *de actionibus* (IV, 6):

« Tripli vero agimus, cum quidam maiorem vera aestimatione quantitatem in libello conventionis in ferunt, ut ex hac causa viatores, id est, executores litium, ampliozem summan sportularum nomine exigent. Tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, triplum ab actore consequetur, ut in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur: quod nostra constitutio introduxit, quae in nostro Codice fulget, ex qua procul dubio est, ex lege condictitiam emanare » ¹²⁾.

c) § 25 Inst. *eodem*:

« Item ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur ¹³⁾, in qua-

⁹⁾ Dig. XLVIII, 18.

¹⁰⁾ L. 13 Dig. 48, 18.

¹¹⁾ L. 3 Cod. *ad leg. Iul. de adulteriis* [48, 5]. L. ult. Dig. *de calumniat.* [3, 6]. — HOFFMANN *ad leg. Iuliam de adul. coercendis* lib. sing. cap. VII §§ 4 e 5. — FELLEBERG, *Iurisprud. antiqua* tomo I pag. 259 e seg.

¹²⁾ La *Vulgata* legge qui erroneamente: *quam proculdubio certum est, ex lege condictitia emanare*. La vera lezione di questo passo accolta da HOTOMAN, MERILLIO, OTTO e VAN DE WATER è efficacemente confortata dalla parafrasi greca di TEOFILO la quale, secondo il RERTZ, tomo II pag. 814, suona così: τὴν γὰρ, *ex lege condictitiam ἀμάχως ἐκ διατάξεως τιθεσθαι συμβαίνει* i. e.: *namque ex lege conductionem sine controversia ex constitutione nasci convenit*. La costituzione stessa dalla quale sorge questa *condictio* è andata perduta: essa non trovasi neppure nei *Basilici* poichè l'imperatore COSTANTINO Porphyrogeneta la abrogò e le Nov. 7 e 8 introdussero un nuovo ordinamento delle sportule. Vedi CUTACIO, *Observ.* lib. XII cap. 22 e VINNIUS in *Comm.* ad § 24 Inst. *de actionibus*.

¹³⁾ La lezione comune: *item ex lege condictitia nostra constitutio oritur* è evi-

druplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra constitutionis normam a reis quidquam exegerint ».

Dopochè era caduta in disuso la *in jus vocatio* e le citazioni venivano insinuate da ufficiali del tribunale (*viatores*), il convenuto doveva pagare le spese d'insinuazione le quali secondo la natura dell'oggetto importavano $\frac{1}{2}\%$. Ora se l'attore avesse scientemente richiesta nella citazione una somma maggiore di quelle che egli poteva pretendere, il convenuto a tenor della costituzione di GIUSTINIANO poteva pretendere il triplo di ciò che aveva pagato in più; se poi il *viator* avesse ricevuto una ricompensa maggiore di quella dovutagli, doveva in base ad un'altra costituzione di GIUSTINIANO restituire il di più ottenuto *in quadruplum*. Nell'uno e nell'altro caso prendeva vita una *condictio ex lege*.

d) L. fin. Cod. de revoc. donat. [8, 56]. Imp. JUSTINIANUS JULIANO pp.:

« Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatæque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur ita ut injurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat, vel jacturae molem ex insidiis suis ingenerat, quæ non levem sensum substantiæ donatoris imponat vel vitæ periculum aliquod ei intulerit, vel quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spondit, minime implere voluerit. Ex his enim tantummodo causis, si fuerint in judicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatæ, etiam donationes in eos factas everti concedimus ».

Questa costituzione dell'imperatore GIUSTINIANO, permette che una donazione fra vivi, la quale per altri riguardi è irrevocabile, possa venir revocata in certi casi per grave ingratitudine del donatario; tuttavia essa non attribuisce a questo scopo una speciale azione, e però parlasi qui di *condictio ex L. fin. Cod. de revocand. donat.*

e) L. 4 Cod. finium regundorum [3, 39]:

« Si constiterit eum qui finalem detulerit quaestionem, priusquam aliquid sententia determinetur, rem sibi alienam usurpare voluisse:

dentemente erronea. Vedi VINNIUS ad § 25 Inst. de action. La costituzione greca si trova L. fin. Cod. de sportulis. Vedi OTTO ad § 25 Inst. de actionibus.

non solum id, quod male petebat amittat, sed quo magis unusquisque contentus suo rem non exspectat juris alieni, qui irreptor agrorum fuerit in lite separatus tantum agri modum, quantum adimere tentavit amettit ».

Si tratta in questa legge del caso in cui un comunista dopo aver sollevato questione di confini, durante il giudizio e prima della sua decisione abbia preso possesso del campo controverso e lo conservi anche dopo aver perduto la lite. In base a questa costituzione di COSTANTINO il convenuto vincitore potrà pretendere dall'attore sconfitto una porzione del suo campo così grande quanto era quella che egli aveva tentato di usurpare. L'azione accordata a questo scopo vien detta *condictio ex lege* 4 Cod. *finium regundorum* ¹¹⁾ ^{b)}.

La maggior parte delle *condictiones ex lege* si fondano tuttavia su fatti leciti, e provengono o dai così detti patti legittimi, o da qualche altro fatto lecito. Alle *condictiones* della prima specie appartengono e. g. le seguenti:

a) *Condictio ex L. 6 Cod. de dot. promiss.* [5, 12], la quale secondo la costituzione di TEODOSIO e VALENTINIANO può essere mossa in base ad una semplice promessa di costituzione di dote, mentre per regola la promessa è obbligatoria solo quando sia prestata nella forma della *stipulatio*.

b) *Condictio ex L. 35 § ult. Cod. de donation.* [8, 54] per la donazione fra vivi, la quale a tenore di questa costituzione produceva un'obbligazione azionabile indipendentemente dalla forma della stipulazione ¹⁵⁾ ^{c)}.

¹¹⁾ Vedi MYLII, *Disput. de condictioe ex L. 4 Cod. fin. reg.* Lipsiae 1707.

¹⁵⁾ Nov. CLXII cap. I § 1.

^{b)} Abbiamo rilevate nella contronota a la natura *stricti iuris* della *condictio ex lege*. Potrebbe sembrare a prima vista che quella affermazione urtasse con quanto sostiene il GLÜCK, che cioè la *condictio ex lege* può sorgere anche da un fatto illecito. È infatti noto come controversa sia l'indole delle azioni civili sorgenti da delitto e come alcuni neghino essere esse azioni *stricti iuris*. Questa controversia però non può avere alcuna decisiva importanza in riguardo al nostro tema. Infatti anche quegli scrittori che negano essere le azioni *ex delicto stricti iuris* non vogliono per ciò concludere che sieno *bonae fidei* ma solo che esse sono al di fuori di quella partizione delle azioni. Questa questione che anche per sé stessa ha una ben tenue importanza, poichè tutte ammettono un fine che le azioni *ex delicto* sono rette dai principi materiali delle azioni *stricti iuris* (Vedi VANGEROW, I, pag. 203) non può menomamente influire sui risultati ottenuti nel testo.

^{c)} Vedi WINDSCHEID, *Lehrb.*, § 366 nota 1.

c) *Condictio ex L. 7 De nautico foen.* [22, 2] che è fondata sul *pactum de nautico foenore* mediante il quale il creditore si assume il rischio di una somma di denaro trasportata per mare, durante il viaggio, dietro prestazione di un interesse pur elevato, convenuto. Questo fatto era ritenuto così valido come una stipulazione onde nella legge citata è detto: *in quibusdam contractibus etiam* ¹⁶⁾ *usurae debentur, quemadmodum per stipulationem. Nam si dedero decem trajectitia ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere* ¹⁷⁾.

Fra le *condictiones* della seconda specie sono:

a) *Conditio ex lege* 30 Cod. *de inoff. test.* [18, 3, 28] ¹⁸⁾.

b) La *condictio ex L. 1* Cod. h. t. [4, 9] che il Fisco può intentare a sua tutela per un credito primipilo contro il debitore del suo debitore anche se il debito di quello non sia ancora esigibile. Questa legge di DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, dice così:

« Licet ante tempus debita exigi non possint, tamen si te ex primipilo ¹⁹⁾ debitorem constitutum fisci, ac patrimonium tuum exhaustum praeses provinciae compererit; ut ad solutionis securitatem so-

¹⁶⁾ NOODT, lib. IV *Probabil.* cap. 6 *de foenore et usuris* lib. III cap. 2 vorrebbe aggiungere alla parola *etiam* del testo: *ex pacto*. Ma questa correzione non è necessaria essendo l'elissi che ivi si riscontra assai comune come ha ricordato il WIELING, *Lectio. iur. civ.* lib. II cap. 9 § 1.

¹⁷⁾ Da quali fonti provenga questa *obligatio foenoris nautici* non è facile determinare. HUDTVALCKER, *Diss. de foenore nautico rom.* Hamburgi 1810 § 13, crede che essa sia stata introdotta *aequitalis causa* dall'*ius honorarium*. Sarebbe dunque stato il pretore che avrebbe concessa l'azione. La prova di questa ipotesi dovrebbe desumersi dall'iscrizione della L. 7 cit. nella quale si parla di essa: ULPIANUS, libro III *ad Edictum*. Ma la legge 7 non è tolta da ULPIANO bensì da PAOLO, libro III *ad Edictum* ed in questo libro PAOLO trattava dei patti legittimi come risulta dalla L. 6 Dig. *de pactis* che è pure tolta dal libro terzo di PAOLO *ad Edictum*. Ivi egli dice: *legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur et ideo interdum ex pacto actio nascitur*. Il *pactum de nautico foenore* non è dunque un patto pretorio ma un *pactum legitimum*. Da qual legge venisse introdotto non si sa. Veggasi del resto: NOODT *ad Edictum praetoris de pactis* cap. 13.

¹⁸⁾ Vedi questo *Commentario*, vol. VII pag. 142 (Ediz. ital. libro V § 550).

¹⁹⁾ i. e. « ex causa primipilari. Est autem hic *Primipilus* annona militaris ». Vedi GOTHOFREDUS in *Comm. ad L. 6* Cod. Theod. *de cohortal.*, e NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.* pag. 305.

lum fenebris pecunia ²⁰⁾ subsidium superesse videatur; commonebit debitorem tuum si saltem ipse sit solvendo, ut ante definitum tempus debita repraesentet: ut fisco, cuius ob necessitates publicas causam potiorum esse oportet debita pecunia exsolvatur » ²¹⁾.

c) *Condictio ex L. ult. § 1 Cod. de hered. pet.* [3, 31] mediante la quale colui che aveva promosso la petizione di eredità ed era in essa rimasto soccombente poteva esigere dal possessore dell'eredità ciò che avesse pagato ai creditori o ai legatari della medesima. *Quodsi petitor victus fuerint*, dice l'imperatore GIUSTINIANO nella legge citata, *simili modo a possessore iudicis officio* ²²⁾ *ei satisfiat vel si hoc fuerit praetermissum, negotiorum gestorum vel ex lege condictione.*

d) *Condictio ex L. ult. Cod. de dotis promiss.* [5, 11] la quale si fonda sopra l'obbligazione legale del padre di dotare la figlia. Nella legge citata così si esprime GIUSTINO: *neque enim leges incognitae sunt quibus cautum est, omnino paternum esse officium dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie.* Ora poichè questo obbligo venne originariamente imposto ai padri dalla *Lex Julia de maritandis ordinibus*, come Giovanni CONRAD SIEGLITZ ²³⁾ ed Emilio Lodovico HOMBERG ZU BACH ²⁴⁾ hanno posto fuor di dubbio, l'azione potrebbe anche venir chiamata *condictio ex lege Julia de maritandis ordinibus*, come secondo ogni verosimiglianza fu detta in origine. Siccome poi quell'ordinamento venne confermato da una costituzione degli imperatori SEVERO ed ANTONINO, ed esteso alle provincie, come risulta dalla L. 19 Dig. *de ritu nupt.* [23, 2] si comprende a quali leggi si riferisca l'imperatore GIUSTINO nel testo sopra trascritto. È del pari indiscusso che

e) l'azione cui allude SOEVOLE nella L. 65 Dig. *soluta matri-*

²⁰⁾ i. e. « pecuniae, quam foenori collocasti ».

²¹⁾ Che l'azione spettante al Fisco in questo caso sia la *condictio ex h. l.*, ha dimostrato anche POTHIER. *Pand. iustin.* tomo I h. t. num. 1 nota h.

²²⁾ Le parole *iudicis officio* vogliono significare che il giudice nella sua sentenza colla quale respinge l'attore deve provvedere che il convenuto lo risarcisca dei pagamenti eseguiti ai creditori e legatari dell'eredità.

²³⁾ *Diss. de necessitate patris conditionem filiabus quaerendi.* Halae 1757 § 2 e seg.

²⁴⁾ *Diss. de obligatione patris ad constituendam dotem non promissam* Marburgi 1770 § 19.

monio [24, 3] non è che una *condictio ex lege Julia de maritandis ordinibus*; ciò hanno dimostrato OUIACIO ²⁵⁾ e RAMOS DEL MANZANO ²⁶⁾. La summenzionata *Lex Julia* trattava anche della manumissione di uno schiavo dato in dote ²⁷⁾. In questo proposito si distinguono tre casi:

1.° Se la moglie ha donato al marito il servo dotale allo scopo di farlo manomettere, il marito non è tenuto a risarcire in alcun modo la moglie per l'avvenuta manumissione anche se da questa abbia ritratto dei vantaggi ²⁸⁾.

2.° Se il marito ha manomesso il servo dotale della moglie in qualità di *negotiorum gestor*, la manumissione è valida ²⁹⁾, ma il marito deve restituire alla moglie non solo tutto ciò che egli ha ottenuto mediante la manumissione per diritto di patronato, ma deve risarcirla anche di ciò che egli avrebbe potuto ricevere se non avesse evitato di farlo *dolose* ³⁰⁾. Tutto ciò invece che egli abbia ottenuto dal liberto, non come suo patrono, ma *alio jure* egli può ritenere ³¹⁾. L'azione mediante la quale la moglie poteva agire in quel caso era la *condictio ex lege Julia*.

3.° Se poi il marito avesse manomesso il servo dotale contro il volere della moglie, bisogna anzitutto distinguere il caso in cui il marito fosse in grado di pagarne il valore dal caso opposto. In questa ultima ipotesi la manumissione è nulla anche se il marito non abbia alcun altro creditore ³²⁾; in quella invece egli diventa bensì patrono dello schiavo manomesso ma rimane obbligato a restituire alla moglie tutto ciò che egli ha acquistato mediante la manumissione o sia per

²⁵⁾ *Observation*. lib. II cap. 34.

²⁶⁾ *Commentar ad leges Juliam et Papiam* lib. IV Reliquat. 29 (*Thes. Meermanniano* tomo V pag. 493).

²⁷⁾ L. 14 § ult. Dig. *de lege Cornelia de falsis*.

²⁸⁾ L. 27 § 4, L. 62 Dig. *sol. matr.* [24, 3], L. 7 § ult. Dig. *de don. inter virum et uxorem* [24, 4], L. 22 Cod. *eod.* [5, 16].

²⁹⁾ L. 3 Cod. *de iure dotium* [5, 12]; L. ult. Cod. *de servo pign. dato manumiss.* [7, 8], L. 3 § 2 Dig. *de suis et legitimis hered.* [38, 16].

³⁰⁾ L. 64 §§ 5-7 Dig. *solut. matr.* [24, 3], L. 14 § ult. confr. colla L. 6 § ult. Dig. *ad L. Corn. de falsis* [9, 22].

³¹⁾ L. 64 § 5 Dig. *solut. matr.* [24, 3].

³²⁾ L. 31 Dig. *de manumiss.* [40, 1], L. 1 Cod. *de servo pign. dato manum.* [7, 8].

diritto di patronato sia altrimenti con questa sola distinzione³³⁾, che tutto ciò che egli aveva ottenuto come patrono doveva restituirlo anche durante il matrimonio, essendovi tenuto mercè la *condictio ex lege Julia*, mentre quanto aveva altrimenti ottenuto era obbligato a restituirlo solo dopo lo scioglimento del matrimonio convenuto coll'*actio dotis* o come dicevano i giuristi classici coll'*actione rei uxoriae*. Così si spiega perfettamente la L. 65 Dig. *de solut. matrim.* [24, 3] dove SCEVOLA dice: *haec actio [i. e. condictio ex lege Julia, o come il POTHIER³¹⁾ la chiama: ex lege Papia], etiam constante matrimonio competit*, quando con essa si confronti la L. 61 Dig. *ead.* ove PAPIANO dice: *Dotalem servum vir invita uxore manumisit, heres solus vir a liberto institutus portionem hereditatis quam ut patronus consequi potuit ac debuit restituere debet; alteram vero portionem, dotis iudicio; si modo uxor manumittere refragatur^{d)}*.

III. L'obbligazione che si fa valere colla *condictio* di cui trattiamo in questo paragrafo, deve essere stata introdotta mediante

³³⁾ L. 3 Cod. *de iure dotium* [23, 3], L. ult. Cod. *de servo pign. dato manum* [7, 8].

³¹⁾ *Pand. iustin.* tomo II tit. *solut. matrimonio* num. LXXXVIII.

d) Il nome di *condictio ex lege* è stato a torto attribuito a tutte le azioni delle quali non fosse apparente o determinato un nome proprio. Alcuni esempi di questa erronea tendenza sono rilevati nel testo: contro di essa si è giustamente levato il VANGEROW, I, § 139, pag. 202. Il VANGEROW ritiene che si possano additare come esempi certi di *condictio ex lege* quelli contenuti nelle L. 27 §§ 15 e 16; L. 28 Dig. 68, 5; L. ult. § 1. Cod. III, 31; L. ult. § 6 Cod. 6, 30. Inst. §§ 24 e 25, IV, 6; L. 35 § 5 Cod. 8, 54; L. 6 Cod. 5, 12; L. 10 Cod. 8, 56. Alcuni altri esempi adduce, come risulta dal testo, il GLÜCK il quale però omette uno dei casi più interessanti, cioè quello contenuto nella

L. 5 Cod. III, 29:

Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA Cottabeo.

« Si totas facultates tua per donationes vacuefecisti, qua in emancipatos filio contulisti, id, quod ad submovendos inofficiosi testamenti querellas non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, ut filii vel nepotes, qui postea ex quocumque legitimo matrimonio nati sunt, debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum revertetur ».

Il diritto di ripetizione stabilito in questa costituzione non è una *querela inofficiosae donationis*, ma un diritto di credito comune: la così detta *condictio ex lege*. Così WINDSCHEID, § 586 nota 16. Controverso è se questa obbligazione possa farsi valere soltanto dai figli o anche dal testatore medesimo. Il GLÜCK sta per la prima di queste due opinioni ed è seguito dal SAVIGNY, *Sistema* (trad. SCIALOJA) IV, pag. 275 nota c e dall'ARNDTS ed altri. Il WINDSCHEID, loc. cit., accoglie invece la seconda, fondandosi sulla frase: *ad patrimonium tuum revertetur*.

una nuova legge. Se essa è stata confermata dal pretore l'azione non chiamasi più *condictio ex lege* ma *actio in factum*, in quanto, ben s'intende, non abbia un nome suo proprio³⁵⁾. Ma che dobbiamo noi intendere per *Lex nova*? Pressochè tutti gli scrittori intendono per *Lex nova* una legge posteriore a quella delle XII tavole³⁶⁾, e questa opinione è confermata da PAOLO nella L. 7 pr. *de capit. minut.* [4, 5]. Ma lo STURM³⁷⁾ ritiene che la spiegazione contenuta in questa legge non abbia riferimento alla nostra *condictio* la quale non poteva a suo avviso concepirsi prima che l'indice dei contratti fosse completo e venissero introdotti i *pacta legitima*. *Lex nova igitur est, dice egli, quae post confectum catalogum contractuum novam actionem personalem, pacto nudo, sine nomine dedit.* Questa opinione dello STURM, per la quale non si concepirebbero *condictiones ex lege* se non sorgenti *ex pactis legitimis*, è stata già sopra confutata. Dagli esempi numerosi, che noi abbiamo adottati di *condictiones ex lege*, scaturisce naturalmente il concetto di *Lex nova*: essa consiste generalmente in una *constitutio principis* ma può talvolta essere una legge ben più antica e fin anche una legge comiziale, del che abbiamo visto sopra esempio.

IV. Infine è necessario che neppure sia determinato il *genus actionis quo experiendum*. Il WESTENBERG³⁸⁾ intende questa indeterminatezza non solo in riguardo al nome, ma anche alla natura e alla forma dell'azione.

Ad analogia delle *condictiones ex lege* si parla anche di *condictiones ex canone, ex statuto ed ex moribus*³⁹⁾. Come esempi di *condictiones ex canone* si adducono i seguenti:

a) *Condictio ex cap. I X de pactis*. Ma questo esempio è evi-

³⁵⁾ L. 11 Dig. *de praescr. verbis* [19, 5]. — SCHULTING, *Thes. controv.* Decad. XLV th. 9.

³⁶⁾ BACHOV, *Tr. de action.* Disp. IV Th, 12. — VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 1. — WESTENBERG, *de causis obligation.* Disp. IV cap. I §§ 9 e 10.

³⁷⁾ *Diss. cit. de pactis legitimis et condictione ex lege* § 5.

³⁸⁾ *De causis obligation.* Diss. IV cap. I § 12.

³⁹⁾ HUBER, *Praelect. h. t.* §§ 3 e 4. — STRUVIO, *Exercit.* XVIII th. 58. — LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract. Pand.* h. t. § 9. — SCHMIDTS *Lehrb. von gerichtlichen Klagen* §§ 1338 e 1339.

dentemente immaginario ⁴⁰⁾ e proviene dalla falsa opinione che l'azionalità generale dei contratti che vige nel diritto moderno sia dovuta al diritto canonico. Questa opinione è stata da noi confutata ⁴¹⁾.

b) *Condictio ex can. Redintegranda*, 3 Caus. III Qu. 1 o *ex capite 18 X de restitut. spoliator*. La prima di queste due *condictiones* è altrettanto immaginaria quanto la fonte dalla quale la si vorrebbe trarre. Poichè anche a prescindere da ciò, che il canone *Redintegranda* è una delle Decretali inventate per le quali la collezione pseudoisidorica seppellì la fama dell'arcivescovo e del Sinodo provinciale, e che come abbiamo altrove notato proveniva da falsa lezione ⁴²⁾, gli è certo che in esso non era fondamento ad un diritto d'azione, ma soltanto ad una eccezione, che competeva al vescovo cacciato, o spogliato del suo patrimonio contro l'azione del sinodo, la quale eccezione aveva per effetto di paralizzare quell'azione finchè il vescovo non fosse riposto nel possesso dei suoi beni. In riguardo ai danni che egli avesse potuto sentire s'accordano a lui due mezzi giuridici ben noti, cioè l'interdetto romano *unde vi* e la *rei vindicatio* ⁴³⁾.

Per ciò che si attiene poi alla *condictio ex cap. 18* certamente il testo introduce qui un diritto d'azione, per un caso nel quale il diritto romano non ne concedeva alcuno. Il diritto romano infatti non concedeva contro i terzi azione per il possesso perduto, neppure quando il terzo avesse ottenuta la cosa da colui che l'aveva rapita, e sapendo in qual modo il suo autore avesse acquistato il possesso ⁴⁴⁾. Questo rigore del diritto civile venne modificato e contro colui che *scienter reus spoliata* *repperit* si accordò un'azione come contro lo spogliante medesimo. Ma quest'azione non è una *condictio* bensì la nota azione di spoglio ^{e)}.

⁴⁰⁾ FICHTNERI, *Diss. de condictione ex canone non debili ex cap. I e 3, X de pactis*. Altorffii 1707.

⁴¹⁾ Vedi questo *Commentario* vol. IV pag. 281 (ediz. ital. lib. II § 312).

⁴²⁾ Vedi questo *Commentario* vol. II pag. 589 nota 88 (Ediz. ital. libro I § 181 pag. 796 nota 88).

⁴³⁾ Carl. von SAVIGNY, *Recht des Besitzes* § 50.

⁴⁴⁾ L. 3 § 10 Dig. *uti possidetis* [43, 17]. — SAVIGNY, op. cit. pag. 523.

e) Sulla *condictio ex canone Redintegranda*, vedi WINDSCHEID, *Lehrb.*, § 162 nota 1 e VANGERROW, *Lehrb.*, III, pag. 331.

c) Un esempio più giusto crede il BÖHMER ⁴⁵⁾ di aver trovato nel *cap. 2 de pactis in 6to* e *cap. 26 e 28 X de iureiurand.* secondo i quali si ammette che un negozio invalido per diritto civile possa dar nascimento ad un'azione quando sia rafforzato mercè giuramento. Egli adduce l'esempio di una donazione fra vivi che superi la somma di 50 solidi, e la quale non sia stata insinuata ma solo rafforzata mercè giuramento. Qui si dovrebbe, secondo lui, poter agire colla *condictio ex canone*. Ma già il CARRACH ⁴⁶⁾ ha ricordato in questo proposito come non sia affatto necessario, fingere una tale *condictio* sul diritto canonico. Poichè anzitutto nei testi citati non si parla menomamente di un nuovo diritto d'azione, ma solo si dice in essi che il giuramento deve essere rispettato, e che non si possono impugnare degli atti che sono stati confermati mercè giuramento anche se tali atti siano ritenuti nulli per diritto romano. Si tratta dunque in essi di un'eccezione da opporsi all'azione di nullità fondata sul diritto civile, in base al prestato giuramento. Secondariamente poi deve notarsi che anche per diritto romano l'azione per una donazione non insinuata superante 500 solidi non è assolutamente inefficace bensì tale oltre i 500 solidi. Perchè dunque non si dovrebbe potere intentare anche qui la *condictio ex lege* competente per diritto romano per le donazioni in generale? Se il convenuto opporrà all'attore che la donazione non venne insinuata giudizialmente e che quindi essa non vale che fino ai 500 solidi, e che quindi egli si è reso colpevole di una *plus petitio (exceptio pluris petitionis)*, egli potrà alla sua volta in una replica opporre che la donazione venne rafforzata mediante giuramento e che quindi per diritto canonico essa vale, malgrado la mancata insinuazione, oltre ai 500 solidi. Rimane qui la questione circa al vedere se la prestazione del giuramento equivalga all'insinuazione giudiziaria. Molti negano e con ragione poichè l'insinuazione ha per iscopo di evitare le frodi e di tutelare gli interessi dei terzi ⁴⁷⁾. Pertanto anche per questa ragione non sarebbe prudente agire con una *condictio ex canone*.

⁴⁵⁾ *Doctrina de actionibus* Sect. II cap. V § 42.

⁴⁶⁾ *Adnot. ad Boehmeri doctrinam de actionibus* pag. 208.

⁴⁷⁾ CARPZOV, parte II Const. XII def. 14. — LUDOVICI, *Diss. de genuino intellectu brocardici vulgaris: omnem iuramentum servandum esse*, ecc. § 12 e seg.

d) Si cita infine ad esempio la *condictio ex cap. 5 X de raptor.*, colla quale si potrebbe agire contro gli eredi di un delinquente per ottenere risarcimento dei danni da lui arrecati fino a concorrenza dell'eredità⁴⁸⁾. Ma anche qui non è necessario agire *condictione ex canone*, poichè oggigiorno le azioni sorgenti dal delitto del *de cuius* passano contro gli eredi secondo i principi del diritto naturale e canonico, fino all'ammontare dell'eredità⁴⁹⁾; ciò abbiamo veduto trattando delle singole azioni sorgenti da delitto.

Per ciò che riguarda la *condictio ex statuto* si trovano esempi in STRICKIO⁵⁰⁾ e WEENHEE⁵¹⁾.

Una *condictio ex moribus* infine è ad esempio quell'azione che, secondo un principio di diritto consuetudinario generalmente accolto in Germania, sorge da qualsiasi contratto, che secondo i principi del diritto romano sarebbe stato considerato *pactum nudum* e quindi privo d'azione. Essa viene peraltro chiamata anche *actio ex pacto*⁵²⁾.

Devesi poi evitare di confondere la *condictio ex lege* coll'*imploratio* dell'*officium iudicis*⁵³⁾. Per tale *imploratio* intendesi, secondo il diritto romano, una richiesta che avviene in giudizio, quando sia assicurata per legge una protezione giuridica all'implorante ma non trovi luogo alcuna azione ordinaria. Ad esempio la domanda di un minorenne di essere rimesso nelle condizioni in cui si trovava prima⁵⁴⁾ o la richiesta di una *cautio damni infecti*⁵⁵⁾. Qui si aveva più riguardo alla forma del procedimento che al nome e al fondamento dell'azione.

— AYRER, *Diss. de abusu iuramentorum* § 40. — WALCH, *Introduct. in contr. iur. civ.* pag. 405, e THIBAUT, *System des P. R.* II § 903.

⁴⁸⁾ BOEHMER, *Doctrin. de actionib.* Sect. II cap. V § 43 nota * in fine; confronta anche § 10 nota n, e SCHMIDTS *Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen* vol. V § 1339.

⁴⁹⁾ Vedi CARRACHI, *Adnot. ad Boehmeri Doctr. de action.* §§ 9 e 10.

⁵⁰⁾ *Us. mod. Pand. h. t.* § 6.

⁵¹⁾ *Select. Observ. for.* tomo II pag. VII obs. 160.

⁵²⁾ CARPZOV, *Diss. de conditione ex moribus.* Lipsia 1685. — BASTINELLER, *Diss. de actione ex quocumque pacto moribus data.* Vitemb. 1718. — *Lehrb. von Klagen.*

⁵³⁾ KÜNHOLD, *Diss. de remedio implorationis officii iudicis.* Lipsiae 1720. — COCCEJI, *jus civ. contr. h. t.* Qu. 1.

⁵⁴⁾ L. 1 pr. Dig. *de minor.* [4, 4], L. 8, L. 24 § ult. Dig. *cod.*

⁵⁵⁾ L. 4 § 8 Dig. *de damno infecto* [39, 2], L. 5 Dig. *de verb. oblig.* [39, 2].

poichè secondo l'ordinamento giudiziario romano non veniva per questo caso come per le azioni ordinarie, nominato un *judex pedaneus* ⁵⁶⁾. Oggigiorno per *imploratio* intendesi in generale l'esercizio dell'azione nel processo sommario, e specialmente intendesi l'intentamento di un'azione che non ha un fondamento nel diritto civile, ma nel diritto naturale. Questa azione viene anche altrimenti chiamata *actio in factum* ⁵⁷⁾.

⁵⁶⁾ WAGNERI, *Méditationes ad Boehmeri Doctrina de actionibus* parte I § 29 e § 33.

⁵⁷⁾ SCHMIDTS *Commentar über seines Vaters Lehrb. von Klagen und Einreden* parte I § 24 e § 57.

TITOLO III.

De Condictione triticiaria *)

§ 843.

Concetto, nome e natura della condictio triticiaria.

La teoria della *condictio triticiaria* appartiene indubbiamente alle più difficili teorie del diritto romano ⁵⁸⁾. Gli scrittori non sono concordi nè sul nome nè sulla natura di quest'azione perchè i frammenti di giuristi classici a noi pervenuti, che trattano di essa, sono in parte manchevoli, in parte oscuri e contraddittori. Il grande NOODT ⁵⁹⁾ pertanto sorvola sulla trattazione di questo titolo nel suo *Commentario alle Pandette*, contentandosi di professarsi modestamente « non ad-suetus alios docere quod ipse non intelligo. Memoria teneo omnia, egli prosegue, de hac condictione tradita a Titulis huius interpretibus, sed expensis omnibus diligenter, adeo nihil probare mihi permisi: ut contra saepe sim miratus, tam secure tractari actionem, cuius nemo non modo usum, ac nec nomen, ad probabile explicando adduxit, tantum abest, ut quisquam utrumque aut alterum sit ex solido

⁵⁸⁾ Di questa azione trattano: FABER, *de Error. pragmat. et interpretation. juris* Decad. LXXXIII Error. 1 e 2; Decad. LXXXIV Error. 4 e seg.; Decad. LXXXV Error. 1; Decad. LXXXVIII Error. 9-10; Decad. LXXXIX Error. 1 e seg.; MASIUS, *Tract. de rei debitae aestimatione*. Lovanii 1653 parte III cap. I e seg.; DUARENUS in *Comment. ad h. t. Dig.* — STRAUCH, *Diss. de condictione triticiaria*. Jenae 1670. — WACHENDORFF, *Diss. de conditione triticiaria in eiusdem Dissert. triade*. Trajecti ad Rhen. 1730, 8 Diss. II pag. 201 e seg. — WESTENBERG, *de causis obligationum* Dissert. VII cap. 5 in *Operibus jurid. a Jangio editis* tomo I num. III pag. 145 e seg.

⁵⁹⁾ *Comment. ad Dig. h. t.* tomo II *Oper.* pag. 305.

*) Vedi la bibliografia in fine di questo titolo.

consecutus ». Nessuna meraviglia quindi, se gli scrittori, che hanno tentato spiegare questa azione non si trovano fra di loro concordi. In generale si afferma che la *condictio triticiaria* è una speciale azione personale, colla quale nei negozi *stricti juris*, pei quali alcuno che sia debitore verso l'attore di qualsiasi cosa che non sia una certa somma di danaro, e non abbia adempito la sua promessa, o l'abbia adempita ma non a tempo debito, si può pretendere l'interesse a seconda dell'apprezzamento del giudice in un caso nel quale l'*actio ex stipulatu* non può aver luogo ⁶⁰⁾. Ma i testi contenuti nelle *Pandette* non alludono in alcun modo in riguardo alla nostra azione, ai *negotia stricti juris*. Che al contrario la *condictio triticiaria* potesse aver luogo anche pei *negotia bonae fidei*, può desumersi da ciò che, secondo SERVIO, seguito da ULPIANO ⁶¹⁾, la determinazione del valore della cosa dovuta deve avvenire nel momento della condanna. Ora i *negotia stricti juris* si distinguono da quelli *bonae fidei* appunto per ciò, che in questi la determinazione del valore è fissata nel *tempus rei judicatae*, in quelli nel *tempus litis contestatae* ⁶²⁾. A ciò si aggiunga che la *condictio triticiaria* ha luogo secondo l'opinione di ULPIANO ⁶³⁾ anche quando l'obbligazione del convenuto proviene da delitto. Onde altri scrittori ⁶⁴⁾ dicono che essa è quell'azione personale colla quale l'attore può pretendere qualsiasi cosa a lui dovuta, sia essa determinata o meno, purchè non sia una somma di danaro, e per vero di guisa tale che qualora il convenuto in adempimento della sentenza non consegni o restituisca la cosa, ecc., possa esser condannato al risarcimento del valore della medesima. Anche questa idea non è però conforme alle fonti, poichè se la *condictio triticiaria* fosse stata realmente un'*actio arbitraria* nel senso di tendere al valore della cosa determinabile dal giudice, bisognerebbe provare, come ha già profondamente osservato WACHENDORFF ⁶⁵⁾,

⁶⁰⁾ WACHENDORF, *Diss. cit.* cap. II § 7. — BOEHMER, *Doctrin. de actionib.* Sect. II cap. V § 46. — SCHAUMBURG, *Compend. iuris* Dig. h. t. § 1. — GÜNTHER, *Princip. iuris rom. privati noviss.* tomo II § 943. — SCHMIDT, *Lehrbuch von gerichtlichen Klagen* § 1384.

⁶¹⁾ L. 3 Dig. h. t.

⁶²⁾ L. 3 § 2 Dig. *commodati* [13, 6].

⁶³⁾ L. 1 § 1 Dig. h. t.

⁶⁴⁾ Vedi STRAUCH, *Diss. cap. II Sect. I § 1 e Sect. IV § 3.*

⁶⁵⁾ *Diss. cit.* cap. II § 7 pag. 257 e seg.

che richiedevasi una sentenza preliminare del giudice, prima che il convenuto potesse essere condannato a pagare il valore della cosa. Il giudizio che noi ci siamo formati per quanto la difficoltà della materia ce lo ha concesso è che la *condictio triticiaria* non fosse un'azione principale (*Hauptklage*). Il nome ad essa attribuito sta ad indicare l'oggetto di qualsiasi azione personale tendente ad un dare, e che deve caso per caso esser determinato. In questa idea convengono i più celebri giuristi antichi e moderni ⁶⁶⁾. Resta tuttavia a spiegarsi donde sorgesse tale denominazione. Che essa provenga dal nome di una persona non può ammettersi, poichè non risulta l'esistenza di alcun *Triticus* al quale attribuire la nostra azione: la storia della famiglia romana, la quale URBINO, AGOSTINO e PAVINIO hanno così diligentemente elaborata, non presenta nulla di simile. E però è a meravigliarsi che il CUIACIO abbia sostenuto quella opinione e che DUARENO, TREUTLER e DONELLO si siano uniti a lui. Meno attendibile è tuttavia l'opinione di BARTOLO, che fantasiava derivare il nome di *condictio triticiaria* da un certo monaco TRITICIO dell'ordine dei minori o Francescani ai quali è vietato maneggiar danaro. Giustamente il WISSENBACH ⁶⁷⁾ enumera questa opinione fra gli *aegras deliria mentis* e *quartanae somnia febris*. Più propriamente altri derivano il nome della *condictio triticiaria* dal *triticum*: ma anche su questo punto quante dissensioni fra gli interpreti! Molti ⁶⁸⁾ ritengono che con quella parola cominciasse l'editto del pretore che introdusse la *condictio triticiaria*: « *Triticum vinum oleum frumentum, similisque res praeter pecuniam numeratam, si petatur, nec extat: de eo judi-*

⁶⁶⁾ Vedi VOET, *Comment. ad Pand.* h. t. § 1 e 2. — VINNIUS, *Select. iuris Quaest.* lib. I cap. 39 pag. 100. — ECK, *Comment. de septem damnatis LL. Pand. seu crucibus Iolorum* cap. I § 7. — COCCEJI, *Ius civ. contr.* h. t. Qu. I e 10. — HOFACKER, *Princip. iuris civ. Rom. Germ.* tomo III § 17, 49. — MALBLANCK, *Princip. iur. rom.* parte I § 270 in fine. — THIBAUT, *Syst. der Pand. Rechts* I § 276.

⁶⁷⁾ *Exercit. ad Pand.* parte I Disp. XXVI Th. 7.

⁶⁸⁾ SCHULTING, *Thes. controuv. Decad.* XLVI Th. 1. — WISSENBACH, loc. cit. — ZUICHEMUS, *Praelect. ad Eubr. Dig. Si certum petatur* n. 28. — BOECKELMANN, *Comment. in Dig.* h. t. § 1. — WESTENBERG, *Princip. juris secundum ordinem Dig.* § 56. — LYNKER, *Analect. ad Dig.* h. t. — POTHIER, *Pand. Iust.* tomo I h. t. num. 1 nota h.

cium dabo ». Ma dove trovasi la più lieve traccia di un simile editto? Noi abbiamo già notato in altro luogo ⁶⁹⁾ che le *condictiones*, delle quali abbiamo fin qui trattato, sono azioni civili. Tanto meno è da credersi che la storia di mal augurio del dormiente Mida, la quale racconta VALERIO MASSEMO ⁷⁰⁾, abbia dato occasione al nome dell'azione. Poichè se colla parola *triticum* si fosse voluto intendere ogni sorta di bene e ricchezza umana, come si avrebbe potuto escludere la *condictio triticiaria* per le somme di danaro? CUIACIO ⁷¹⁾ quindi è piuttosto inclinato ad affermare con STEFANO, lo Scoliaсте greco, che la voce *triticum* si trovasse nell'antica formola dell'azione perchè di essa si servì la prima persona che agì per la consegna di una quantità di frumento. Più acuta tuttavia è la supposizione di VOET ⁷²⁾, seguita da WACHENDORFF ⁷³⁾. I provinciali dovevano, come CICERONE racconta ⁷⁴⁾, consegnare alla repubblica una certa quantità di grano: quelli pertanto ai quali era troppo grave la consegna per la grande distanza dal luogo ove essa doveva avvenire, domandavano per grazia di pagare in denaro. La notificazione del tempo della consegna chiamavasi *condictio triticiaria* o *triticiaria*. Può però anche darsi che la consegna di grano fosse il caso più frequente nel quale aveva luogo questa *condictio*, o che, come pensa EINECCIO ⁷⁵⁾, essa venisse designata a *tritico tamquam nobilissimo mercium genere*.

Per conoscere poi da vicino l'indole della *condictio triticiaria* devono notarsi i seguenti principi.

1.º La *condictio triticiaria* ha luogo in tutti i casi nei quali alcuno ha diritto di pretendere il valore di una cosa, che il convenuto doveva o dare o restituire, e che invece o per colpa non ha consegnato, o non ha consegnato a tempo debito. Non importa che la cosa che forma l'oggetto dell'obbligazione sia mobile o immobile, fungibile o infungibile, corporale o incorporale. La *condictio triticiaria* solo

⁶⁹⁾ Vedi § 820.

⁷⁰⁾ Lib. I cap. 6.

⁷¹⁾ Tract. II ad *Africanum* ad L. 23 Dig. de reb. cred. [12, 1] e in *Paratitula* Dig. h. t.

⁷²⁾ *Comment. ad Pand. h. t.* § 1.

⁷³⁾ *Diss. cit.* cap. II § 4 pag. 245 e seg.

⁷⁴⁾ Orat. III in *Verrem* cap. 82 e seg.

⁷⁵⁾ *Elem. juris civ. secund. ord. Pand.* parte III § 84.

allora non ha luogo quando l'oggetto dell'obbligazione è una determinata somma di danaro, poichè il danaro non abbisogna di alcuna altra ulteriore determinazione di valore, ma al contrario è la misura del valore di tutte le cose ⁷⁶⁾. Essa viene quindi contrapposta alla *condictio certi* che serve a pretendere una determinata somma di danaro, e viene dai pratici chiamata scherzosamente *azione francescana* ⁷⁷⁾. In questo riguardo è notevole il seguente testo di ULPIANO.

L. 1 pr. Dig. h. t.

« Qui certam pecuniam numeratam petit illa actione utitur. Si certum petatur: qui autem alias res per triticiariam conditionem petet. Et generaliter dicendum est eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam sive in pondere sive in mensura constant, sive mobiles sint sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sit: sive jus stipulatus quit sit veluti usumfructum vel servitutem utrorumque praediorum ».

Molti giureconsulti ⁷⁸⁾ negano per vero che la *condictio triticiaria* tenda al valore della cosa: essi credono piuttosto che il testo citato da ULPIANO contenga una prova sufficiente che con quella *condictio* si possa pretendere la cosa medesima. Inoltre, dicono essi, gli è portato della natura di tutte le azioni sia *bonae fidei* che *stricti juris*, questo di tender al valore della cosa dovuta quando la cosa stessa pur non esiste, valore che può anche essere determinato mediante giuramento dell'attore ⁷⁹⁾. Ma se l'azione si rivolgesse alla cosa medesima non sarebbe essa una *condictio certi*? « Certi enim condictio, dice ULPIANO ⁸⁰⁾, competit ex omni causa ex omni obligatione ex qua certum petitur: sive ex certo contracto petatur sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere » ⁸¹⁾. Ora PAOLO

⁷⁶⁾ L. 3 Dig. *de in litem iur.* [12, 3]. L. 42 Dig. *de fidejussoribus*. L. 1 Dig. *de contrahend. emptione* [18, 1]. Vedi BACHOVIL, *Tr. de actionibus* Disp. IV Th. 23. — WACHENDORFF, *Diss. cit.* cap. II § 6.

⁷⁷⁾ FICHTNER, *Diss. de Franciscanorum actione*. Aldorfii 1724, 4.

⁷⁸⁾ FABER, *De error. Pragmaticorum* parte I Dec. LXXXIII Error. 7. — SCHULTING, *Thes. controversar.* Decad. XLVI Th. 2. — STRAUCH, *Diss. cit.* cap. II Sect. III § 9. — COCCEJI, *jur. civ. contr.* h. t. Qu. 4. — PUFENDORFF, *Observ. iur. un.* tomo II observ. 41 § 12.

⁷⁹⁾ L. 5 § ult. Dig. *de in litem iur.* [12, 3]. L. 3 § 2 Dig. *commodati* [13, 6].

⁸⁰⁾ L. 9 pr. Dig. *de rebus hereditatis* [12, 1].

⁸¹⁾ L. 6 Dig. *eod.*

ci dice: « certum est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur ». ULPIANO poi contrappone espressamente la *condictio triticiaria* alla *condictio certi*. Perciò la maggior parte dei giuristi ⁸²⁾ si trova concorde nel ritenere essere la *condictio triticiaria* una *condictio incerti* ⁸³⁾. Imperocchè in tutti i casi, nei quali l'azione del creditore è diretta all'*id quod interest* o al valore della cosa, essa è una *condictio incerti* ⁸⁴⁾. Appunto perchè l'azione tende al valore della cosa dovuta, si spiega soltanto come essa non possa aver per oggetto una determinata quantità di danaro. Infine gli è affatto erroneo il ritenere che le azioni sorgenti da *negotia stricti juris* potessero venir rivolte in linea generale alla prestazione del valore quando la cosa dovuta non potesse venir prestata. PAOLO ⁸⁵⁾ ci insegna invece il contrario, e MARCIANO ⁸⁶⁾ concede soltanto in un caso determinato il giuramento estimatorio nelle azioni *stricti juris*. Certamente non può negarsi che nella *condictio* deve farsi precisa menzione della cosa stessa, appunto come avviene nella *condictio certi*, e ciò è quanto nella L. 1 Dig. h. t. vien detto: « rem per hanc actionem peti — fundum per hanc actionem petimus », ma questa menzione non avviene già allo scopo di far condannare il convenuto alla consegna della cosa che più non esiste o che più non servirebbe all'attore; no! lo scopo e l'intenzione dell'attore è di ottenere invece della cosa il suo valore determinato a seconda del giusto arbitrio del giudice. Gli è perciò che la L. 3 e 4 Dig. h. t. parlano di determinazione del valore ⁸⁷⁾.

⁸²⁾ CUIACIUS, *Observ.* lib. VIII cap. 2. — CHESIUS, *Different. iuris* cap. 49 (in *Iurisprudentia Rom. et Attica* tomo II pag. 771). — WESTENBERG, *De causis obligationum* Diss. VII cap. V § 17 e seg. — WACHENDORFF, *Diss. cit.* cap. II § 7 — e specialmente COCCETTI, *de iure civ. contr.* Qu. I num. 3.

⁸³⁾ L. 22 Dig. *de novat.* [46, 2].

⁸⁴⁾ L. 22 § 1; L. 40 § 1; L. 65 § 6 Dig. *de conditione iud.* [12, 6]; L. 3 Dig. *de conditione sine causa* [12, 7]; L. 8 pr.; L. 20 Dig. *de conditione furt.* [13, 1]; L. 75 pr. e § 1-3 Dig. *de verb. oblig.* [45, 1].

⁸⁵⁾ L. 6 Dig. *de in litem iur.* [12, 3].

⁸⁶⁾ L. 5 § ult. Dig. *eod.*

⁸⁷⁾ Vedi WACHENDORFF, *Diss. cit.* cap. II § 7 pag. 258 in fine e seg. — EMMINGHAUS *ad Cocceii jus civ. contr.* h. t. Qu. 4 nota V tomo II pag. 225

2.° La *condictio triticiaria* non sorge soltanto dai *negotia stricti juris*, al contrario essa può sorgere da qualsiasi altra obbligazione in forza della quale debba prestarsi una certa cosa suscettibile di una stima di valore: non importa se tale *obligatio* sia *ex contractu* o *quasi ex contractu* od *ex delicto* ⁸⁸). La *condictio triticiaria* concorre quindi con altre *condictiones* che tendano alla prestazione del valore di una determinata cosa dovuta: concorre fin anche colla *condictio furtiva* ⁸⁹).

3.° Essa presuppone tuttavia che l'azione principale che compete all'attore, per la cosa stessa della quale egli chiede ora il valore, sia personale, poichè nelle azioni reali il risarcimento del valore della cosa si ottiene coll'*actio in rem* colla quale si persegue la cosa stessa ⁹⁰).

4.° Con la *condictio triticiaria* non si può per regola pretendere il valore della cosa propria. Ciò non permette la formola stessa delle *condictiones: reum dare oportere* ⁹¹). Anche qui però si fa eccezione per il caso nel quale sia concessa al proprietario una *condictio*. Dove cioè si accorda al proprietario la *condictio furtiva* per la cosa che gli è stata sottratta, si può anche accordargli la *condictio triticiaria* per il valore della cosa, quando questa più non esista: così ci insegna ULPIANO nella:

L. 1 § 1 Dig. h. t.

ULPIANUS, libro vicensimo septimo ad edictum :

« Rem autem suam per hanc actionem nemo petet nisi ex causa, ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi mobili re abrepta ».

5.° Poichè la *condictio triticiaria* non è un'azione nuova, bensì una *qualitas adjecta* di un'altra azione, così essa assume la natura ed i caratteri di questa. Quindi essa è talvolta *bonae fidei*, talvolta *stricti juris* a seconda che l'azione principale colla quale si avrebbe potuto chiedere la cosa era *bonae fidei* o *stricti juris* ⁹²).

Tuttavia è sempre necessario:

6.° che l'oggetto dell'obbligazione sia costituito da una cosa certa che non sia una somma determinata di denaro. Se esso con-

⁸⁸) VOET, *Comment. ad Pand.* h. t. § 1.

⁸⁹) L. 1 § 1 Dig. h. t.

⁹⁰) VOET, h. t. § 1.

⁹¹) § 4 Inst. *de actionibus* [IV, 6].

⁹²) VOET, h. t. § 2.

sisteva *ab origine* nella prestazione del valore di una cosa, non può aver luogo la *condictio triticiaria*, poichè non può in tale ipotesi esser questione sul valore di una cosa da determinarsi dal giudice, ma in essa si agisce per quel valore che la cosa aveva al momento in cui sorse l'obbligazione senza distinzione fra *negotia stricti juris* e *bonae fidei*, e senza considerare se il valore della cosa sia in seguito aumentato o diminuito ⁹³). I seguenti testi ci persuaderanno pienamente di ciò:

L. 28 Dig. *de novationibus* [46, 2].

PAPINIANUS *libro secundo definitionum*.

« Fundum Cornelianum stipulatus, quanti fundus est, postea stipulor: si non novandi animo secuta stipulatio facta est, cessat novatio, secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus sed pecunia debetur etc. In altera vero ea aestimatio venit, quae secundae stipulationis tempore fuit ».

L. 37 Dig. *mandati* [17, 1].

AFRICANUS, *libro octavo quaestionum*.

« Hominem certum pro te dari fidejussi, et solvi. Cum mandati agatur, aestimatio eius ad id potius tempus quo solutus sit quo agatur, referri debet: et ideo etiamsi mortum fuerit, nihilominus utilis ea actio est ».

Un tale che aveva prestato fidejussione per la consegna di un certo schiavo, aveva anche effettivamente eseguita l'obbligazione. Qui la rivalsa del fideiussore non poteva tendere che al rifacimento del valore dello schiavo. Ma in qual momento doveva esser stimato questo valore? Naturalmente nel momento nel quale il fidejussore lo aveva consegnato, poichè solo in questo momento aveva preso vita il suo credito verso il debitore principale, contro il quale era sorta l'*actio mandati*.

§ 844.

A qual momento debba il giudice riferirsi nel valutare la cosa: in quanto venga preso in considerazione il luogo.

Poichè la *condictio triticiaria* tende al valore della cosa dovuta, il quesito più importante che la riguarda consiste nel sapere a qual momento

⁹³) VOET, h. t. § 3 e WACHENDORFF, *Diss. cit.* cap. I § 4 e 5.

debba il giudice riferirsi nel valutarla. Abbiamo a questo proposito due testi assai notevoli i quali però sono così contraddittori da costituire uno scoglio contro il quale, come si esprime il CUIACIO, si sono infranti gli sforzi di tutti i giudici e giureconsulti ⁹⁴⁾.

Noi vogliamo tentare di superare questa difficoltà.

I testi sono i seguenti:

L. 3 Dig. h. t.

ULPIANUS, *libro vicensimo septimo ad Edictum.*

« In hac actione si quaeratur, res quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed *in πλάτει*, secundum Celsum erit spectandum. Non enim debet novissimum vitae tempus aestimari: ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifere vulnerato. In utraque autem si post moram deterior res facta sit Marcellus scribit lib. 20 habendam aestimationem, quanto ⁹⁵⁾ deterior res facta sit. Et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum. Quare ad tempus morae in his erit reducendum aestimatio ».

L. 4 Dig. eod.

GAIUS *libro nono ad Edictum provinciale.*

« Si merx aliqua quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum: tanti litem aestimandam, Cassius ait, quanti fuisset eo die quo dari debuit. Si de die nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur. Idemque iuris in loco esse: ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit: si de loco nihil convenit, is locus spectetur quo peteretur: quod de caeteris rebus iuris est ».

Chi volesse consultare gli scritti ed i commentari di CUIACIO ⁹⁶⁾,

⁹⁴⁾ *Tract. ad Africanum VIII ad L. 37 Dig. mandat.* [77, 1].

⁹⁵⁾ Il Codice delle *Pandette* di Erlangen legge più giustamente *quanti* ed è seguito dall'ALOANDRO.

⁹⁶⁾ *Comm. ad L. 50 D. de verb. obl.* [45, 1] e *Tract. VIII ad Afr. L. 37 D. mand.* [17, 1].

VOET ⁹⁷⁾, DONELLO ⁹⁸⁾, FABRO ⁹⁹⁾, BARCLAY ¹⁰⁰⁾, MERRILLIO ¹⁾, LYCLAMA VON RYEHOLT ²⁾, VINNIO ³⁾, CARONDAS ⁴⁾, MASIUS ⁵⁾, MAGNUS ⁶⁾, CHRISIUS ⁷⁾, WAHLENDORFF ⁸⁾, COCCOIO ⁹⁾, WESTEMBERG ¹⁰⁾, SCHULTING ¹¹⁾, PACIUS ¹²⁾, STRAUCH ¹³⁾, HUBER ¹⁴⁾, BERGER ¹⁵⁾, PAGENSTECHE ¹⁶⁾, PUFENDORFF ¹⁷⁾, EMMINGHAUS ¹⁸⁾ e confrontarli fra di loro, resterebbe meravigliato dalla grande difformità delle opinioni professate da questi interpreti per conciliare fra di loro i due frammenti di ULPIANO e di GAIO sopra trascritti.

Noi risparmieremo al lettore una esposizione critica di tutte queste opinioni: ci sembra più conveniente trattare invece separatamente i diversi casi considerati nelle nostre leggi e solo incidentalmente, quando se ne presenti il destro, occuparsi delle varie opinioni pro-

⁹⁷⁾ *Comm. ad Pand. h. t. § 3.*

⁹⁸⁾ *Comm. ad h. tit. e LL. cit.*

⁹⁹⁾ *Conject. iur. civ. lib. XVI cap. I seg. e De err. pragm. dec. LXXXIII e LXXXV; dec. LXXXVIII err. 9 seg.; dec. LXXXIX err. 1-3 e ad Cod. lib. IV tit. 2.*

¹⁰⁰⁾ *Comm. ad L. de reb. credit. (Thesaur. juris rom. Ottonis III pagina 867).*

¹⁾ *Observ. lib. III cap. 34 e in Comm. ad. L. de reb. cred. (tomo III Thes. Ottonis pag. 677).*

²⁾ *De inculda rei aestimatione lib. Comment. ad L. de reb. cred. [12, 1] Leoverdiae 1644, 12.*

³⁾ *Select. juris quaestion. lib. I cap. 12 (Thes. Ott. t. I pag. 710).*

⁴⁾ *πυδανόν s. Verisimil. lib. I cap. 12 (Thes. Ott. t. I pag. 710).*

⁵⁾ *Tract. de rei debita aestimatione parte III-V.*

⁶⁾ *Ration. et different. juris civ. lib. II cap. 13 (Thes. Meerm. tomo III pagina 315).*

⁷⁾ *Different. juris cap. 49 e 50 (Jurispr. Rom. et Attic. tomo II pag. 771).*

⁸⁾ *Diss. cit. cap. 2 § 8 seg. in Triad. pag. 260.*

⁹⁾ *Iuris civ. contr. h. t. qu. 2.*

¹⁰⁾ *Princ. juris secundum ord. Dig. lib. XII tit. I § 45.*

¹¹⁾ *Thes. contr. dec. XLVI th. III e IV.*

¹²⁾ *Εναυτοπαι s. Legg. Concil. Centur. III qu. 72.*

¹³⁾ *Diss. cit. cap. III sect. II § 4 seg.*

¹⁴⁾ *Praelect. ad Pand. h. t. § 3 seg.*

¹⁵⁾ *Diss. An in contractibus rerum fungibilium ex tempore moras praestanda et aestimatio maxima. Vitemb. 1703.*

¹⁶⁾ *Scilim ad Lauterbach. mamp. IV.*

¹⁷⁾ *Observ. iuris univ. tom. II obs. 41 § 14.*

¹⁸⁾ *Ad Coccei jus civ. contr. h. t. qu. 2 nota t.*

fessate da altri. Anzitutto dobbiamo osservare che nei nostri testi trattasi di quella stima la quale, in base al valor comune, avviene *officio judicis*. Giacchè solo per una tale stima è possibile assumere come criterio un determinato momento. Noi escludiamo quindi il caso nel quale il valore della cosa può venir determinato mediante il giuramento dell'attore, perchè nei casi nei quali ha luogo il *juramentum in litem* l'attore può stimare la cosa che gli è dovuta di suo arbitrio a seconda dell'affezione che ad essa portava, senza tenersi vincolato al prezzo di mercato ¹⁹⁾: pertanto in tale ipotesi non è possibile stabilire un momento nel quale la stima debba avvenire ed il prezzo debba esser determinato. Con ragione scrive HUBER ²⁰⁾: *Quando veram dicimus aestimationem peti, excludimus ab hoc quaesito eam quae fit per jurandum in litem, quae non secundum veritatem, sed pro affectione jurantis instituitur, et quae quum in infinitum extendi queat nulla temporis aut modi limitatione restringi patitur; nec etsi moderatio judicis accedere possit ea ex actis et probatis certo tempore vel modo usquam restricta legitur, sed eius prudentiae committitur*. Molti sono, per vero, di altra opinione e credono che, anche nel caso nel quale il valore della cosa sia a determinarsi mercò giuramento dell'attore, debbasi tuttavia precisare un certo momento il quale, secondo alcuni ²¹⁾, sarebbe quello della condanna; secondo altri ²²⁾, invece sarebbe necessario distinguere fra *judicia bonae fidei* e *judicia stricti juris*. Per i primi dovrebbero aver riguardo al *tempus rei judicatae*, per i secondi al *tempus litis contestatae*. L'una e l'altra di queste opinioni è dovuta ad una falsa interpretazione della L. 3 § 2 Dig. *Commodati* [13, 6] ove ULPIANO dice: *In hac actione sicut in ceteris bonae fidei judiciis, similiter in litem jurabitur: et rei judicandae tempus, quanto res sit, observatur: quamvis in stricti* ²³⁾ *litis contestatae tempus spectetur*.

¹⁹⁾ L. 1, L. 4 § 2. L. 8 D. *de in litem jurando* [12, 3].

²⁰⁾ *Praelect. in Pand. h. t.* § 4.

²¹⁾ CHARONDAS, lib. I *Verisimil.* cap. 12. — DONELLUS, *Comm. ad L. 3 D. h. t.* e PUFENDORFF, *Observ. juris univ.* tom. II obs. 41 § 14.

²²⁾ VAN ECK, *Diss. de septem damnat. LL. Pand. seu crucibus IConsultorum* cap. I § 3. — WESTENBERG, *Princ. juris secundum ordinem Digest.* lib. XII tit. I § 47. — PAGENSTECHE, *Scilim ad Lauterbachium* mamp. IV e von WACHENDORF, *Diss. cit.* cap. II § 16.

²³⁾ Tale è la lezione Fiorentina; BAUDOZA legge invece *in stricti juris judiciis*,

In questo frammento infatti non si fa distinzione fra il caso in cui il valore della cosa deve essere determinato mercè giuramento dell'attore, dal caso in cui esso deve essere determinato *officio iudicis*: ciò risulta all'evidenza dal contrapposto rilevato in esso fra il *quanti ea res est* e l'*in litem jurare* ²⁴⁾. In questo ultimo caso peraltro di un momento nel quale debba avvenire la stima non può parlarsi, giacchè le leggi permettono all'attore di giurare *in infinitum* ²⁵⁾. ANTONIO FABRO ²⁶⁾ ha già biasimato l'errore testè rilevato. Scrive egli: *quod ait ULPIANUS L 3 § in hac. Dig. Comm. proculdubio sic accipiendum est, ut docere velit, duo esse in actione commodati, in quibus, ut in caeteris omnibus, ea actio conveniat cum aliis bonae fidei iudiciis; quorum unum illud est, quod in ea iuratur in litem, quemadmodum et in aliis in quibus agit quis ad rem propriam contra dolosum repetendam: alteram est, quod si quaeratur de re, quae petitur, non ab actore per jurjurandum in litem sed ab ipso iudice aestimanda, quanti re vera sit, rei iudicandae tempus spectatur, ut in caeteris bonae fidei iudiciis fieri solet, non litis contestatae ut in strictis*. Essendo animato da una così viva convinzione noi non ci meraviglieremo se il grande giurista in altro luogo ²⁷⁾ così si esprima: *Cum quaerimus de re debita aestimanda per jusiurandum in litem, ridiculi et inepti sumus, si quaeramus an huius aut illius temporis rationem haberi oporteat. Fit enim aestimatio eiusmodi ex affectione jurantis, cui si indulgere legislator nollet, non esset cur ei iurandum deferre deberet*.

Ciò premesso è necessario distinguere i seguenti casi:

1.º L'inadempimento dell'obbligazione non è stato preceduto da *mora*, ma ha piuttosto il suo fondamento nel dolo o nella colpa dell'obbligato, o in un'altra causa per la quale l'oggetto dovuto non potè esser prestato senza, per altro, che il debitore fosse liberato dalla sua obbligazione. In questa ipotesi bisogna considerare:

HALOANDER: *in stricti juris*, ed il nostro Codice di Erlangen: *in strictis iudiciis*.

²¹⁾ L. 3 D. *de in lit. jur.* [12, 3].

²²⁾ L. 4 § 2 D. *eod.*

²⁶⁾ *Conject. juris civilis* lib. XVI cap. I pag. 541.

²⁷⁾ *De error. pragmat.* parte I dec. XVII err. 6.

a) se fosse determinato un tempo nel quale la cosa dovuta dovesse venir prestata: in tal caso essa deve essere stimata nel valore che essa aveva in quel tempo, senza distinguere se esso fosse certo od indeterminato, poichè prima di questo termine di prestazione, la cosa non avrebbe potuto essere pretesa. Così pure gli è indifferente che l'oggetto della prestazione sia un *genus* o una *species*. Su questo punto sono concordi i giuristi romani. Così dice GAIO nella L. 4 Dig. h. t.: *Si merx aliqua quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum oleum frumentum: tanti litem aestimandam, Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit.*

E con GAIO convengono GIULIANO, CELSO, ULPIANO e AFRICANO come risulta dai seguenti frammenti:

L. 22 Dig. *de reb. cred.* [12, 1].

IULIANUS *libro quarto ex Minico.*

« Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est: quaesitum est cuius temporis aestimatio fieret: utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur? Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset ».

L. 11 Dig. *de re iudicata* [42, 1].

CELSUS *libro quinto digestorum.*

« Si Calendis fieri aliquid stipulatus sum, nempe quandocumque post calendas accepto iudicio, tanti aestimanda lis est, quanti interfuit mea, calendis id fieri: ex eo enim tempore quidquid aestimatur, quo ²⁸⁾ novissime solvi poterit ».

L. 59 Dig. *de verb. oblig.* [45, 1].

IULIANUS *libro octagensimo octavo digestorum.*

« Quotiens in diem vel sub conditione oleum quis stipulatur: eius aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit: tunc enim ab eo peti potest: alioquin alias rei captio erit » ²⁹⁾.

L. 22 Dig. *de oblig. et act.* [44, 7].

²⁸⁾ La Fiorentina legge erroneamente *quod* invece di *quo*.

²⁹⁾ Queste ultime parole hanno affaticato molto gl'interpreti. HOTOMANN, *Quaestion illustr.* lib. IV, XVI pag. 127, vorrebbe leggere *alioquin alius rei pactio erit* attribuendo a queste parole il seguente significato: se si volesse considerare come criterio di stima, non già il momento nel quale la cosa in

AFRICANUS *libro tertio Quaestionum.*

« Cum quis in diem mercem stipulatus, fidejussorem accepit eius temporis aestimatio est praestanda, quo satis accepit ».

In questo ultimo testo non si parla soltanto del debitore ma anche del fidejussore: non si creda pertanto che per quest'ultimo valesse un principio diverso che per quello. Dalle parole del testo sembrerebbe, è vero, che per il fidejussore non si dovesse già aver riguardo al momento della prestazione, bensì a quello della assunta fidejussione e questa idea pare anche riconfermata dal testo corrispondente dei Basilici ³⁰⁾ che suona così:

Ἐν τις ἐπὶ φορτίῳ πρασίμῳ λαβὴ ἐγγυνητῆν, ταύτου τοῦ καιροῦ ἢ διατίμεις τοῦ φορτίου σκοπιέται, καθ' ὅν ὁ ἐγγυνητὴς προσελήφθη. i. e. *Si quis super merce venali fidejussorem acceperit, illius temporis aestimatio mercis spectatur, quo fidejussor adsumptus fuit.* Ma questa interpretazione ur-

forza del contratto deve essere prestata, ma il momento nel quale venne conclusa la stipulazione, il contratto tenderebbe ad una prestazione affatto diversa da quella che costituisce l'oggetto dell'obbligazione. Questa opinione è stata giustamente respinta dal WACHENDORFF in *Triad. Dissert.* pag. 268, il quale accoglie l'opinione di LYCLAMA van RYEHOLT che nel suo *Tract de insunda rei aestimatione* § 35 pag. 131, spiega la parola *alias* con riferimento al *tunc* che precede, come *atio tempore* e *rei captio* per *acceptio* o *adeptio* *olci*, allo stesso modo per cui dicesi *captio pignorum captio bonorum*. Il significato delle parole in questione sarebbe quindi il seguente: la stima di una cosa promessa per un certo tempo deve farsi sul valore che la cosa medesima ha in questo tempo. Infatti se si volesse assumere come criterio un altro momento, sarebbe come dire che la cosa può essere domandata in un altro momento, giacchè il valore della cosa si sostituisce qui alla cosa medesima. Chi non sente però che tale spiegazione è forzata? La parola *captio* significa più propriamente nel linguaggio dei giuristi classici *fraus* o *deceptio*: vedi BRISSONIUS, *De verb. sign.* Inoltre la parola *rei* non deriva nel testo da *res*, ma da *reus* e si riferisce al promittente. Il senso delle parole di GIULIANO non può pertanto essere che il seguente: se nella stima della cosa dovuta si dovesse prendere in considerazione un momento diverso da quello nel quale la cosa doveva venir prestata, si perverrebbe a risultati dannosi al debitore. Così nel caso in cui la cosa nel momento in cui fosse da prestare anche un valore minore che in qualsiasi altro. Tale interpretazione è accolta da CUIACIO, *Comm. ad tit. D. de verb. oblig.* h. L. — DONELLUS, *Comm. ad eund. Tit. et Leg.* n. 9 pag. 239. — POTHIER, *Pand. Justin.* tom. III lib. XLV tit. I n. CIX nota c pag. 312.

³⁰⁾ Lib. LII tit. I const. 21 in Ger. MEERMANNI, *Theo. jur. civ. et can.* tom. V pag. 99.

terebbe contro i più noti principi giuridici, poichè, da una parte, nel caso in cui il giudice determina il valore della cosa dovuta non si tien conto del momento in cui venne conchiuso il contratto; d'altra parte, l'obbligazione del fidejussore essendo accessoria va giudicata a seconda dell'obbligazione principale del debitore. Non è però neppure necessario, l'emendare le parole del testo e con ANTONIO FABRO ³¹⁾ leggere: *non quo satis accepit*, e neppure è necessario interpretare quelle parole *per elipsim* come se fosse scritto: *de quo* oppure *pro quo satis accepit*. Tanto meno è possibile intendere il testo come riferentesi all'*actio mandati* in regresso per risarcimento di danni spettanti al fidejussore come vorrebbero il VOET ³³⁾ ed il MASIVS ³⁴⁾ ma piuttosto è da ritenersi col CUIACIO ³⁵⁾, con IANO a COSTA ³⁶⁾ e con WACHENDORFF ³⁷⁾ che la legge in esame tratti del caso in cui il debitore, trascorso il termine nel quale doveva eseguire la prestazione, si fosse costituito un fidejussore *morae purgandae causa* ottenendo così un nuovo termine. Giacchè in tale caso essendovi novazione, non è più a parlarsi del tempo già trascorso, ma solo del nuovo termine ora concesso al debitore. Pertanto si fa menzione del tempo *quo satis accepit creditor*, non già che si voglia con ciò affermare essere decisivo il momento in cui la fideiussione venne assunta, ma per indicare il momento nel quale il fideiussore ha promesso di pagare. Ora questo è anche il tempo nel quale il debitore principale doveva pagare la cosa dovuta ed in esso deve conseguentemente determinare il valore della cosa per il fideiussore. In ciò convengono anche DONELLO ³⁸⁾, BARCLAY ³⁹⁾, CHABONDAS ⁴⁰⁾, LYOLAMA VON BYRHOLT ⁴¹⁾ e GHIFANIUS ⁴²⁾ (vedi note 40 a 42 a pag. 59).

³¹⁾ *Conjectur.* lib. XVI cap. 10 e *de error. prag.* dec. XVI err. VII.

³²⁾ LABITTI, *Usum iudicis Pand.* cap. III § 89 nota q in *Iurispr. Restituta* tom. II pag. 69.

³³⁾ *Comm. ad Pand.* h. t. § 3.

³⁴⁾ *Tract. de rei debitas aestimatione* parte V cap. 12.

³⁵⁾ *Tract. III ad Afric.* ad L. 22 D. *de oblig. et action.* [44, 7].

³⁶⁾ *Praelect. ad illustr. quosdam titulos locaque selecta juris civ.* ad L. 22 D. *de oblig. et action.* pag. 137 seg.

³⁷⁾ *Cit. Triad. Diss.* pag. 275.

³⁸⁾ *Comm. ad L. 59 D. de verb. oblig.* n. 2 pag. 235 seg.

³⁹⁾ *Comm. ad tit. Pand. de reb. cred.* [XII, I] ad L. 22 h. t. — OTTO, *Thes.* III pag. 869.

1.° In rapporto al primo caso, al caso cioè in cui fosse determinato un certo tempo per la prestazione della cosa dovuta, la maggior parte degli autori convengono nella nostra opinione. Solo il FABRO ⁴⁰⁾ si allontana dagli altri sostenendo una propria opinione. Egli crede che quando il termine fissato è un *dies certus*, si debba stimare la cosa precisamente in questo giorno senza considerare se il debitore sia in *mora* o meno. Se invece questo tempo è indeterminato, *dies incertus*, allora crede sia necessario distinguere fra le azioni *stricti juris* e *bonae fidei*: per quelle egli assume, come momento decisivo per la stima della cosa dovuta, la *litis contestatio* anche se poi il convenuto si sia trovato in *mora*; per queste al contrario crede debba distinguersi il caso in cui l'inadempimento dell'obbligazione dipenda da *mora* precedente, dal caso contrario: in quello il valore della cosa andrebbe stimato nel momento dell'iniziata *mora* o in quello della condanna a seconda che in quello o in questo il valore di essa fosse maggiore; nel secondo caso invece ritiene sia a considerarsi decisivo per la stima della cosa il momento della *litis contestatio*. Di tutta questa complicata teoria non trovasi però nelle fonti romane, rettamente interpretate, alcun sicuro fondamento: noi quindi non ci indugeremo su di essa tanto più che già il MASIVS ⁴¹⁾ l'ha completamente confutata.

2.° In rapporto poi al caso nel quale non fosse determinato un certo tempo per la prestazione della cosa, a noi sembra che in base alle fonti che ne trattano debbasi anzitutto considerare:

a) se l'oggetto della prestazione consta di un *genus*, e. g. grano, vino, ecc. In tale ipotesi devesi tener presente nella stima della cosa il momento nel quale essa è stata richiesta giudizialmente od estragiudizialmente, e non importa se l'obbligazione in forza della quale la cosa è dovuta sia sorta da un contratto *stricti juris* o *bonae fidei*. Il fondamento di questa decisione è in parte riposto nella natura della cosa, poichè trattandosi di cose fungibili non interessa conoscere

⁴⁰⁾ *Schol. ad tit. Pand. de verb. oblig.* ad L. 59 D. h. t. — OTTO, I pag. 829.

⁴¹⁾ *Tract. de ineunda rei aestim.* § 49.

⁴²⁾ *Lectur. Althorph. ad tit. Pand. de oblig. et action. eiusq.* L. 22 pag. 580.

⁴³⁾ *Conject. lib. XVI cap. I seg. e loc. supra cit.*

⁴⁴⁾ *Tract. de rei deb. aest.* parte III seg.

quanto esse costassero al momento in cui venne conchiuso il contratto, bensì trattasi di vedere quanto denaro fosse necessario per procurare al momento delle *solutio* una cosa di quella specie e qualità che il debitore doveva prestare e che non potè prestare: in parte è testuale. Non solo GAIO infatti nella L. ult. Dig. h. t. dice:

« Si de die nihil convenit, quanti tunc cum iudicium acciperetur »⁴⁵⁾,
ma anche GIULIANO sulle orme di SABINO nella L. 22 Dig. *de rebus cred.* [12.1]:

« Si dictum non esset quo tempore redderetur quanti tunc cum petitum esset ».

Nell'uno e nell'altro di questi testi trattasi di un *genere debito*: che però il principio in essi sancito valga solo quando non vi sia stata *mora* da parte del debitore, risulta dalla L. 37 Dig. *Mandati* [17, 1] nella quale AFRICANO dice:

« In stipulatione id tempus spectatur quo agitur; nisi forte, aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret aut per creditorem quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustatio sua prodesse debet ».

Gli è vero che in questo testo trattasi di una *specie debita* cioè *de homine certo*: ma la giustificazione addotta a sostegno della decisione in esso contenuta è generale.

Potrebbe essere vero obiettare che l'obbligato vien posto in mora per il fatto medesimo di essere della cosa richiesto: dice PAPINIANO infatti nella L. 3 Dig. *de usuris* [22, 1]: « *quod non facile evenire possit ut mora non precedente, perveniat ad iudicem* ». Ma che frattanto non sempre il debitore possa esser considerato moroso per il semplice fatto di esser stato convenuto dicono pure chiare leggi⁴⁶⁾. E per vero, finchè il creditore non sia convinto, o per legge non venga considerato come convinto, di dover prestare alcunchè, egli può senza

⁴⁵⁾ È appena necessario l'osservare che l'espressione *iudicium accipere* applicata al convenuto corrisponde al *litem contestari* applicata all'attore. Vedi i miei *Opuscula* fasc. II pag. 374 nota 84. Nei Basilici tom. III pag. 572, è detto esplicitamente *προς τον καιρον της προκαταρξιος* i. e. *ad tempus litis contestatae*.

⁴⁶⁾ LL. 21, 22, 23 pr. LL. 24 e 47 D. *de usuris* [22, 1]. LL. 63 e 99 D. *de div. reg. juris* [50, 17].

pregiudicarsi condur il processo ⁴⁷⁾. Solo allora l'interpellazione del creditore pone *in mora* il debitore quando si possa dire che questi preferisce il litigare all'adempire la sua obbligazione ⁴⁸⁾.

Che al contrario per ciò che si attiene alla determinazione del valore della cosa dovuta sia necessario distinguere il caso in cui l'obbligazione ha per oggetto una *specie* da quello in cui abbia invece un *genus* sarà dimostrato in seguito. Sembrano, è vero, ostare a tale affermazione le ultime parole delle L. 4 Dig. h. t. che suonano così: *quod et de ceteris rebus juris est*; ma GAIO nel punto ove così si esprime non si riferisce al tempo nel quale deve avvenire la stima della cosa dovuta, ma al luogo, come giustamente ha già rilevato il MASIUS ⁴⁹⁾: « ut proinde Gaius velit, così scrive questo giureconsulto, quod non solum in merce spectari debeat locus, quo dari debuit, vel quo peteretur si de loco nihil convenisset, sed etiam in caeteris rebus. Quare cum diversus sit tractatus, cuius temporis aestimatio spectanda sit, a loci aestimatione, consequens sit, clausulam, quam in loci aestimatione. Caius obtinere voluit, non esse ad temporis aestimationem extendendam ».

Prima di passare alla considerazione di un altro caso è necessario che noi esaminiamo una speciale opinione che il PAGENSTECHEE ⁵⁰⁾ ed il BERGEE ⁵¹⁾ hanno cercato di sostenere. Questi scrittori affermano che quando non esista un termine per la prestazione, ed il debitore non sia *in mora*, si deve prendere in considerazione il tempo nel quale è stato concluso il contratto. Questa opinione non è giustificata di fronte ai testi romani, poichè il responso di PAOLO, contenuto nella L. 3 Dig. *de reb. cred.* [12, 1] al quale PAGENSTECHEE e BERGEE si richiamano, non si riferisce alla nostra attuale ricerca. In esso trattasi della restituzione di un mutuo. Questa restituzione deve naturalmente avvenire nella stessa quantità e qualità nelle quale avvenne la *datio* senza badare se le cose mutuate sieno nel frattempo aumentate o diminuite

⁴⁷⁾ L. 79 pr. D. *de iudic.* [5, 1]. L. 40 D. *de hered. petit.* [5, 3]. — SCHÖMANN, *Fragments aus seinen civilist. und crim. Vorlesungen* I § 13 pag. 43.

⁴⁸⁾ L. 82 § 1 D. *de verb. obl.* [45, 1].

⁴⁹⁾ *Tract. de rei aestim.* parte II cap. 8 n. 4 pag. 139.

⁵⁰⁾ *Sicilim ad Lauterbach* mamp. IV.

⁵¹⁾ *Diss. cit.* § 19 vol. II. *Select. Diss.* 1492.

di valore. Ben diverso è il caso in cui devesi risarcire il valore di una cosa dovuta: questo sale e discende a seconda del momento senza che la bontà della cosa (*die Güte der Sache*) ne resti alterata. Siccome invece nel mutuo la cosa data vien consumata, così gli è necessario al momento della restituzione riferirsi al momento del contratto per determinare in quale specie e qualità essa debba seguire.

Altrettanto insignificante allo scopo cui viene adottata è la decisione di ULPIANO contenuta nella L. 41 § 1 Dig. *de verb. oblig.* [45, 1] nella quale è detto:

« *Quotiens in obligationibus dies non ponitur praesenti die pecunia debetur* ».

Da questa legge infatti risulta che il creditore di una cosa può chiederla quando vuole quando non sia stato determinato un termine per il pagamento: non risulta del pari che per la determinazione del valore della cosa dovuta si debba aver riguardo al momento in cui fu conchiuso il contratto ⁵²).

Infine anche meno probatoria per l'opinione del PAGENSTECHEE e del BERGEE è la L. 60 Dig. *de verb. oblig.* [45, 1] dove ULPIANO dice:

« *Idem erit et si Capuae centum olei pondo dari quis stipulatus sit nam eius temporis fit aestimatio cum peti potest: peti autem potest quo primum in locum pervenire potuit* ».

Infatti in questo frammento non si tratta già di una *obligatio pura* ma di un contratto *stricti juris* al quale mercoè convenzione delle parti è stato tacitamente aggiunto un *dies incertus* ⁵³). Gli è questo principalmente il caso quando si sia determinato un luogo nel quale la prestazione debba avvenire: giacchè in tale determinazione è inclusa una tacita convenzione delle parti che la cosa debba venir prestata entro lo spazio di tempo necessario per trasportarla nel luogo dove essa deve appunto essere prestata. GIUSTINIANO insegna ciò a chiare parole nel § 1 Inst. *Verb. oblig.* dove dice:

⁵²) VAN WACHENDORFF, *Diss. cit.* cap. II § II in *Triad.* pag. 294.

⁵³) DONELLUS in *Comm. ad tit. D. de verb. oblig.* ad L. 41 *bis* h. t. numeri 5-8.

« Loca etiam inseri stipulationi solet: veluti, Cartagine dare spondes? Quae stipulatio licet puri fieri videatur tamen re ipsa (sc. ex loco ad dandum constituto) habet tempus iniectum quo promissor utatur ad pecuniam Chartagine dandam. Et ideo si quis Romae ita stipuletur, hodie Chartagine dare spondes? inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio ».

Nessuna meraviglia quindi che anche in rapporto alla determinazione del valore della cosa si avesse riguardo al tempo così tacitamente dalle parti convenuto.

b) Se la cosa dovuta è una *species* bisogna distinguere:

α) se l'obbligazione proviene da un contratto *stricti juris*, secondo le decisioni di ULPIANO, AFRICANO, PAPINIANO, deve aver riguardo al valore che la cosa ha al momento in cui viene chiesta: *quando lis contestatur. Meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris postea fundo*, dice PAPINIANO nella L. 28 Dig. *de novat.* [46, 2] *praesens aestimatio fundo petito, recte considereretur*. Ed AFRICANO, trattando di un caso nel quale era dovuto un *homo certus*, del valore del quale si trattava, pone la regola: L. 37 Dig. *mandato* [17, 1]: *in stipulatione id tempus spectatur quo agitur*. Regola questa confermata anche da ULPIANO nella L. 3 § 2 Dig. *commodati* [13, 6] dove dice: *quanti res sit, in stricti iudiciis litis contestatae tempus spectetur*. Il fondamento di tali decisioni è riposto, come il CUIACIO⁵⁴) osserva a ragione, nella speciale natura delle azioni *stricti juris* della quale noi abbiamo già in altro luogo⁵⁵) trattato.

β) Se invece l'obbligazione proviene da un *negotium bonae fidei* deve aver riguardo al momento della condanna. La sentenza di ULPIANO contenuta nella L. 3 § 2 Dig. *Commod.* [13, 6]: *in bonae fidei iudiciis rei iudicandae tempus quanti res sit observatur*, non lascia alcun dubbio in proposito. Se però la cosa fosse andata distrutta dovrebbero aver riguardo al valore che essa aveva al momento in cui andò distrutta, poichè in tale ipotesi il giudice non potrebbe sti-

⁵⁴) *Comm.* ad L. 59 D. *de verb. oblig.* [45, 1].

⁵⁵) Vedi la parte IV di questo *Commentario* § 310 pag. 251 (Ediz italiana libro II tit. 14 § 310).

mare la cosa nel momento della condanna nel quale essa più non esista. Ciò può anche dedursi dalla L. 3 Dig. h. t. dove ULPIANO dice:

« Si vero desierit esse in rebus humanis mortis tempus erit spectandum ».

Va da sè che la distruzione deve essere attribuibile all'obbligato; POMPONIO scrive in proposito nella L. 23 Dig. *de verb. oblig.* [45, 1]:

« Si ex legali causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo, eum mihi dares: quod ita sit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum ».

Il fondamento di questa distinzione fra i *negotia bonae fidei* e quelli *stricti juris* viene profondamente così spiegato dal MAGNUS (propriamente LEGRAND)⁵⁶: « *Ratio differentiae strictorum et bonae fidei iudiciorum, haec est quod in illis stricta petitio est, et super ea obligatione litis contestatio et ex ea obligationem itidem stricta: et partes iudicis strictae, an verum sit deberi: et deberi eo ipso die quo petitur. In his autem mitius agitur nec strictum quid petitur: sed illud tantum quanti aequum est condemnari reum. In illis petitur quantum paruerit deberi in his quanti aequum est damnari. In illis sententiae quantitas ab obligatione, in his obligatio et petitio ab ipsa sententia modum accipit* ».

II) Nel caso in cui vi sia mora bisogna distinguere:

1.° Se il creditore è *in mora* praestandi. In questo caso egli deve pagare il massimo valore dalla cosa raggiunto dal principio della sentenza, nè importa che l'obbligazione di prestare provenisse da un atto lecito od illecito del debitore, da un *negotium stricti juris* o *bonae fidei*⁵⁷. A convincerci di ciò bastano i seguenti testi:

L. 3 Dig. h. t.

ULPIANUS libro vicensimo septimo ad Edictum.

⁵⁶) *Ration. et differentiar. iuris civ.* lib. II cap. 14. — MEERMANN, *Theis.* III pag. 317.

⁵⁷) STRAUCH, *Diss. de cond. trit.* cap. III sect. II § 9. — PAGENSTECHEER, *Sicilim ad Lauterbach* mamp. IV. — STRUV, *Syntagma juris civilis* ex. XVIII th. 64. — BERGER, *Diss. an in contr. rer. fungibil. ex tempore morae praestanda sit aestimatio maxima* § 21. — Van WACHENDORFF, *Diss. cit.* cap. II § 15. — HUFELAND, *Lehrb. des Civilrechts* I § 349.

« In hac actione, si quaeratur, res quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, verius est quod Servius ait condemnationis tempus spectandum. — Si post moram deterior res facta sit etc. — quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio ».

L. 8 § 1 Dig. *de cond. furt.* [13, 1].

ULPIANUS *libro vicensimo septimo ad Edictum.*

« Si ex causa furtiva res condicatur cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur? Placet tamen id tempus spectandum quo res unquam plurimi fuit: maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur. Semper enim fur moram facere videtur ».

Questo frammento è preso, come la L. 3 Dig. h. t. sopra citata, dal libro 27 di ULPIANO *ad Edictum* e sta col medesimo nel più stretto rapporto. ULPIANO pone in esso il principio che il ladro deve prestare il massimo valore della cosa rubata quando non sia in grado di restituire la cosa medesima. Ora forse che questo principio è a considerarsi come eccezione alla regola? e come eccezione introdotta in rapporto al ladro? No! gli è che il ladro dal momento in cui ha compiuto il furto è costituito senz'altro *in mora*. Gli è appunto in seguito alla *mora* che il valore della cosa viene elevato, onde erroneamente alcuni scrittori⁵⁸⁾ vogliono riferire il contenuto di questo testo solo a quella *mora* la quale sorge per dolo o per delitto. Le leggi non fanno distinzione alcuna fra il ladro e qualsiasi altro debitore moroso come a noi insegna PAOLO⁵⁹⁾ e la ragione addotta da CELSO⁶⁰⁾: *ridiculum esse meliorem furis conditionem esse propter continuationem furti*, si attaglia perfettamente anche a qualsiasi altro debitore moroso⁶¹⁾.

c) L. 3 § 3 Dig. *de action. empt. et vend.* [19, 1].

POMPONIIUS *libro nono ad Sabinum.*

⁵⁸⁾ FABER, *De error. pragm.* dec. LXXXIV err. 8 e fra i moderni specialmente TURIN, *Diss. de aestimatione quanti plurimi Erfordiae* 1775 § 8 e seg.; § ult.

⁵⁹⁾ L. 83 § 7 D. *de verb. sign.* [50, 16].

⁶⁰⁾ L. 67 § 2 D. *de furtis* [47, 2].

⁶¹⁾ VAN WACHENDORFF, *Diss. de cond. trit.* cap. II § 15 — e WEHRN, *Doctrina juris explicatrix principior. et causar. damni praestandi* cap. VI § 70.

« Si per venditorem vini mora, fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit ⁶²⁾ vel quo lis in condemnationem deducitur » ⁶³⁾.

d) L. 21 § 3 Dig. eod.

PAULUS libro trigesimo tertio ad Edictum.

« Cum per venditorem steterit quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est non magis quam si triticum emerit et ob eam rem quod non sit traditum familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici non servorum fame necatorum, consequitur. Nec major sit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat si vinum hodie pluris sit. Merito: quia sive datum esset, haberem emptor, sive non: quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit » ⁶⁴⁾.

La regola per la quale il debitore moroso deve prestare il massimo valore che la cosa dovuta ha raggiunto, dal momento in cui cominciò la mora fino alla sentenza del giudice, soffre una eccezione nel caso in cui la cosa dovuta fosse una *species*, e che fosse andata distrutta o deteriorata prima della sentenza. Poichè in tale evenienza il debitore o non può più adempire la sua obbligazione o non la può convenientemente adempire, quando la cosa sia deteriorata ⁶⁵⁾: pertanto egli non può esser tenuto che a pagare il massimo valore raggiunto dalla cosa dal momento della iniziata *mora* a quello della di-

⁶²⁾ La maggior parte degli scrittori intendono, per questa espressione, il tempo nel quale venne concluso il contratto; ciò non è peraltro necessario. Più giustamente DONELLO ad L. 22 D. *de reb. cred.* [12, 1], la riferisce invece al tempo nel quale il vino in forza del contratto doveva andar consegnato. Allo stesso modo POMONIO chiama il luogo nel quale deve avvenire la tradizione *locum quo venit*. Vedi van WACHENDORFF, *Diss. cit.* cap. I § 6 in *Triad. Diss.* pag. 224 seg.

⁶³⁾ A torto il LYCLAMA van RYEHOLT, *De inundata rei aest.* § 68 pag. 332, afferma che queste parole si riferiscono al momento della *litis contestatio*; esse si riferiscono invece al momento della sentenza giudiziaria come ha dimostrato van WACHENDORFF, *Diss. cit.* pag. 227.

⁶⁴⁾ HAOLANDER legge: « quia si datum esset, hoc haberet emptor: quoniam vero non dedit, saltem hodie dandum est quod jam alim dari oportuit ».

⁶⁵⁾ L. 84 § 4 in fine D. *de legatis* I. L. 33 § 1 D. *de solut.* [46, 3].

struzione o deteriorazione della cosa medesima. Che in tale ipotesi non si abbia riguardo al momento della condanna si comprende naturalmente: il valore di una cosa distrutta o deteriorata non può più salire. ULPIANO conferma questo principio esplicitamente quando, nella L. 3 Dig. h. t., dice: « Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed *ἐν πλάτῃ* ⁶⁶⁾ secundum Celsum erit spectandum. Non enim debet novissimum vitae tempus aestimari: ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifere vulnerato. In utraque autem si post moram deterior res facta sit Marcellus scribit libro 20 habendam aestimationem quanto deterior res facta sit. Et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit nec liberari eum. Quare ad tempus mora in his erit reducenda aestimatio ».

Siccome poi la legge in riguardo alla determinazione del valore non pone distinzione di sorta fra la *mora ex re* e la *mora* per interpellazione estragiudiziale, gli è indubitato che anche a quest'ultima si debbono attribuire gli effetti propri di quella prima. Il LYKLAMA VON RYEHOLT ⁶⁷⁾ è per vero di opposta opinione, ma senza addurre validi argomenti: infatti le leggi non richiedono una interpellazione giudiziale a che si verificchino gli effetti della *mora* di cui ci siamo qui occupati. MARCIANO ⁶⁸⁾ dice in generale:

« Mora fieri intelligitur non ex re sed ex persona: id est si interpellatus opportuno loco non solverit. Quod apud iudicem examinabitur. Nam difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius rescripsit: an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla neque juris auctorum questione decidi posse, cum sit magis facti quam juris ».

Anche POMPONIO ⁶⁹⁾ conviene in ciò quando scrive:

« Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas

⁶⁶⁾ L'espressione *ἐν πλάτῃ* s'incontra frequentemente nei testi romani: vedi e. g. L. 28 D. *de prob.* [22, 3]. L. 13 D. *de solut.* [46, 3]. L. 12 § 2 D. *rem ratam haberi* [46, 8]. In questo ultimo testo è detto: « Hoc autem *ἐν πλάτῃ*, id est cum laxamento et amplitudine accipiendum, et cum spatio quodam temporis, nec minimo nec maximo, et quod magis intellectu percipi quam elocutione exprimi possit ». Vedi CURTIJ, *Εἰσαγωγή* lib. I cap. 18 in *Thes. Otton.* V pag. 112.

⁶⁷⁾ *De ineunda rei aestim.* § 56.

⁶⁸⁾ L. 32 pr. D. *de usur.* [22, 1].

⁶⁹⁾ L. 23 D. *de verb. oblig.* [45, 1].

non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit quominus vivo eo mihi dares: quod ita fit si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum ».

Su questo punto del resto son d'accordo la maggior parte degli scrittori ⁷⁰⁾, che cioè anche per la *mora* costituita con interpellazione estragiudiziale abbia luogo l'*aestimatio quanti plurimi*. Molti peraltro affermano che anche nel caso di *mora* devesi, a tenor delle fonti romane, distinguere fra *negotia bonae fidei* e *stricti juris*. Solo in quelli dovrebbe trovar applicazione la regola sopra esposta, mentre in questi il momento fino al quale il giudice potrebbe discendere per stabilire il massimo valore della cosa sarebbe la *litis contestatio*. Così il VOET ⁷¹⁾ insegna: « Quod si non aestimatio sed res principaliter obligatione comprehensa fuerit, generalem puto regulam servandam esse quae inter bonae fidei ac stricti juris judicia distinctionem ponit ac vult, in bonae quidem fidei judiciis rei judicandae seu judicatae tempus observandum esse, quanti res sit, seu tunc valeat; in iis vero, quae stricti juris sunt, tempus litis contestatae: L. 3 § 2 Dig. Comm., non eo sensu quasi precise illud litis contestatae, vel condemnationis tempus, ac nullum aliud antecedens, spectandum esset; nam si moram praecesserit, dubium non est, quin frustatio moratori, et non alteri obesse debeat: ac propterea si inter moram et litem contestatam remve judicatam rem pluris valuerit, quam ipso litis contestatae vel condemnationis momento, reus in id, quanti res plurimi fuit a tempore morae ad tempus litis contestatae in stricti juris aut rei judicatae in bonae fidei judiciis, damnandus foret — L. 37 in fin. Dig. mandati [17, 1]; L. 3 in fin. Dig. h. t. — sic ut tempus morae sit veluti terminus a quo incipit aestimationis ratio haberi: et tempus litis contestatae vel rei judicatae sit terminus ad quem ». La medesima dottrina insegnano VINNIO ⁷²⁾, HUBER ⁷³⁾, POTHIER ⁷⁴⁾, BOEHMEE ⁷⁵⁾,

⁷⁰⁾ STRAUCH, *Diss. de cond. trit.* cap. III sect. II §§ 9-10. — VINNIUS, *Select. juris quaest.* lib. I cap. 39 fin. — COCCEJI, *Jur. civ. contr.* h. t. qu. 2 exc. I. Van WACHENDORFF, *Diss. cit.* cap. II § 13. — STRUV., *Synt. jur. civ. ex. XVI* th. 37. — WEHRN, *Doctr. jur. expl. princip. damni praestandi* § 69.

⁷¹⁾ *Comm. ad Pand.* h. t. § 3.

⁷²⁾ *Select. jur. quaest.* lib. I cap. 39.

⁷³⁾ *Praelect. ad Pand.* h. t. § 7.

⁷⁴⁾ *Pand. Justin.* tom. I lib. XIX tit. I n. LXXXI nota a pag. 530.

⁷⁵⁾ *Doctr. de actionibus* sect. II cap. V § 49.

HOFACKER ⁷⁶⁾, e THIBAUT ⁷⁷⁾. Senonchè i testi sopra citati in riguardo alla mora del debitore non conoscono affatto tale distinzione, e d'altra parte non è a trovarsi una seria ragione per attribuire alla mora una diversa efficacia nei *negotia stricti juris* e *bonae fidei*. A ciò si aggiunga che PAPIANO nella L. 3 § 1 Dig. *de usuris* [22, 1] dice:

« In his quoque judiciis quae non sunt arbitraria vel bonae fidei post litem contestatam actori causa praestanda est (senza dubbio quindi anche il valore nel luogo della cosa) in eum diem qua sententia dicitur ». L'opinione qui avversata è stata più diffusamente confutata dall'OSIUS AUBELIUS ⁷⁸⁾.

Ci resta ora a trattare:

2.º il caso in cui il creditore sia in *mora accipiendi*. In tal caso egli non può pretendere che il minimo valore che la cosa raggiunge dal momento dell'iniziata mora. Scrive POMONIO nella

L. 3 § 4 Dig. *de action. emti venditi* [19, 1].

« Quod si per emptorem moram fuisset aestimari oportet pretium quod sit, cum agatur et quo loco minoris sit »:

Il GUIACIO ⁷⁹⁾ fa seguire a questo testo il seguente commento: « Haec lex indicat, si per creditorem moram fuerit, quominus acciperet, utro tempore minoris res fuerit, id tantum consequetur, ut si morae initio minoris fuerit, et pluris litis contestatae tempore, referetur aestimatio ad tempus morae non ad tempus litis contestatae ». E conclude poi con questa osservazione generale: « et haec non tantum ita procedunt in conditione triticiaria ex mutuo vel ex stipulatu, sed etiam ex causa furtiva vel rerum amotarum, et ex alia qualibet causa. Constat enim ex omni causa conditionem triticiaria dari ».

Siccome il prezzo delle cose può esser diverso non solo per la diversità dei tempi, ma anche per la diversità dei luoghi, così nella determinazione di esso deve anche a questa aver riguardo; e per vero il valore di una cosa deve essere determinato o in rapporto al

⁷⁶⁾ *Princ. juris civ.* tom. III § 1749.

⁷⁷⁾ *Syst. des Pand. Rechts* I, § 103.

⁷⁸⁾ *Dispunct. ad Merill. seu de variantibus Cujacii interpr.* dispunct. XXII in *Out. Thes.* tom. III pag. 751.

⁷⁹⁾ *Ad Afric. tract.* VIII ad L. 37 D. *mandati* [17, 1] circa fin.

prezzo che essa faceva sul luogo convenuto per la consegna o sul luogo nel quale essa può venir richiesta. Su questo punto non vi è controversia di sorta giacchè le leggi romane sono esplicitamente in proposito.

Così dice GIULIANO nella L. 22 Dig. *de reb. cred.* [12, 1].

« Interrogavi cuius loci pretium sequi oporteat? Respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanto eo loco esset: si dictum non esset quanti ubi esset petitum »;

e GAIO L. 4 Dig. h. t.

« Idemque juris in loco esse ut primum aestimatio sumatur eius loci quo dari debuit: si de loco nihil convenit, is locus spectetur quo peteretur ».

Circa all'uso odierno della *condictio triticiaria* i pratici non sono concordi. Alcuni, come il MOENAC, il BACHOVIO, il GRONENWEGEN, ne dubitano completamente e di tale avviso è anche il BÖEHMER⁸⁰⁾. Essi si fondano su questa ragione: *quia apud nos stricti juris negotia et actiones non dentur*. Ma chi non vede che si pone così a fondamento di una opinione una idea errata circa la natura di questa azione? Oggigiorno infatti non avviene più di udire davanti ai tribunali il nome di questa azione, poichè esso non era che una aggiunta ad una più ampia azione personale ed oggi non si ha riguardo all'indicazione specifica delle azioni mercè termini speciali. Ma non per questo può negarsi l'uso della nostra azione, poichè anche oggigiorno, per la non avvenuta prestazione di qualsiasi cosa, eccettuata una determinata somma di denaro, si può agire per il valore che essa aveva senza considerare se il convenuto sia, oppure non sia in mora⁸¹⁾; ed il giudice deve anche oggigiorno applicare gli stessi principi de-

⁸⁰⁾ *Doctr. de actionibus* sect. II cap. V §§ 50 e 51.

⁸¹⁾ Un esempio efficace, nel quale il debitore è impossibilitato di prestare la cosa stessa, senza cadere in *mora*, e senza quindi obbligarsi a prestare al creditore della cosa invece della cosa medesima il suo valore ci è offerto dalla L. 71 § 3 D. *de leg. I* dove ULPIANO dice: « Qui consistetur, se quidem debere, justam autem causam adfert, cur utique praestare non possit, audiendus est: utputa si aliena res legata sit, negetque dominum eam vendere vel immensum pretium eius rei petere adfirmet: aequissimum est enim concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare ». Cfr. L. 11 § 17 D. *de leg. III*.

terminati dal diritto romano circa la valutazione della cosa dovuta. Così pensano anche SCHILTER ⁸²⁾, HUBER ⁸³⁾, STRYK ⁸¹⁾, MEEBENDA ⁸⁵⁾, VON WACHENDORFF ⁸⁶⁾ e LEYSER ⁸⁷⁾ ai quali si unisce il COCCOIO ⁸⁸⁾. Gli è vero che a questa opinione si oppone che nel diritto odierno in base a qualsiasi negozio può agirsi per l'interesse ⁸⁹⁾, ma qui non bisogna dimenticare che interesse e valore della cosa sono due cose distinte ⁹⁰⁾. L'azione può aver luogo senza che neppur lontanamente possa parlarsi di interesse. Si supponga che al debitore sia impossibile restituire un mutuo ricevuto in eguale specie e bontà (in gleicher Art und Güte): in tale ipotesi non si può agire colla *condictio certi ex mutuo*, bensì colla *condictio triticiaria* per ottenere il valore della cosa determinabile *officio iudicis* ⁹¹⁾. Un formulario di tale azione è dato dallo SCHMIDT ⁹²⁾ a).

⁸²⁾ *Prax. jur. rom. ex. XXIV* § 61.

⁸³⁾ *Praelect. ad Pand. h. t.* § 13.

⁸¹⁾ *Us. mod. Pand. h. t.* § 2.

⁸⁵⁾ *Controv. jur. civ. lib. XIII cap. 20 n. 11.*

⁸⁶⁾ *Diss. de cond. trit. cap. II* § 17.

⁸⁷⁾ *Medit. ad Pand. vol. III spec. CL med. 1-3.*

⁸⁸⁾ *Jur. civ. contr. h. t. qu. 11.* — Vedi anche EMMINGHAUS, *Ad eund.* nota 6 tom. II pag. 227.

⁸⁹⁾ THIBAUT, *Syst. des Pand. Rechts* vol. I § 276.

⁹⁰⁾ L. 193 D. *de verb. sign.* [50, 16]: « Haec verba: quanti eam rem pareret esset non ad id quod interest sed ad rei aestimationem referentur ».

⁹¹⁾ L. 22 D. *de reb. cred.* [12, 1]. Vedi la parte XII di questo *Commentario* § 783.

⁹²⁾ *Lehrbuch von Klagen* § 1393.

a) Sulla *condictio triticiaria*, o come ora più correttamente si dice *triticiaria*, sono a vedersi BEKKER, *Die Aktionen* I vol. Berlin 1871; KELLER, *Der römische Civilprocess* [6.^a ediz. curata da WACH]. Leipzig 1883; BARON, *Abhandlungen aus dem röm. Civilprocess I e Pandectenrecht* § 84; LENEL, *Das Edictum perpetuum*. Quanto alla denominazione di questa *condictio* questi scrittori sono concordi nel ritenerla dovuta, come il nostro autore sostiene, al *triticum*, solo il BEKKER, op. cit. pag. 101, ritiene che tale denominazione attribuita in origine, quando l'azione aveva un oggetto più limitato, venisse poi conservata anche quando l'oggetto dell'azione venne ampliato: *actio de omni certa re praeter pecuniam numeratam*. Quanto alla sua origine processuale la *condictio triticiaria* dipende direttamente dalla *l. a. per conditionem* insieme alla *condictio certi*, e segna il primo affermarsi della *formula* nel processo romano [KELLER, op. cit. pag. 120]. Secondo una teoria svolta con molto acume dal BARON nelle sue

Abhandlungen, la *condictio (certi triticaria incerti)* è un'azione astratta che prescinde dalla *causa debendi*. Essa riteneva in ciò la caratteristica che lo stesso scrittore attribuisce alla *legis actio per conditionem*, la quale non avrebbe richiesto l'esposizione *in iure* della *causa debendi*. Per tale caratteristica si spiegherebbe la ragion d'essere di questa nuova *legis actio*, la quale era già oscura a GAIO. Egli infatti scrive: « Quare autem haec actio desiderata sit cum de eo quod nobis dare oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere valde quaeritur ». Accolta la teorica del BARON, si è necessariamente indotto a ritenere estranea all'epoca classica la divisione delle *conditiones* in *condictio indebiti, sine causa*, in cui la sola divisione classica sarebbe questa: *condictio certi, condictio triticaria, condictio incerti*. Le formule di queste *conditiones* potrebbero pertanto venir così ricostruite:

Condictio certi. — *Si paret N^m A^o decem dare oportere.*

Condictio triticaria. — *Si paret N^m A^o Stichum dare oportere.*

Condictio incerti. — *Si paret N^m A^o quanti M^s operas A¹ conducturus.*

Vedi PADELETTI-COGLIOLO, *Storia del diritto romano* pagine 331-332; LENEL, *Das Ed. perp.* 187. I pandettisti più recenti non si occupano che incidentalmente della *condictio triticaria*: vedi WINDSCHEID, KELLER, ARNDTS-SERAFINI, VANGEROW, ecc., ecc.

TITOLO IV.

De eo, quod certo loco dari oportet *)

§ 845 a).

Fondamento, concetto ed origine di questa condictio.

La *condictio de eo quod certo loco* presuppone una persona che sia tenuta a prestare alcunchè in un determinato luogo. Secondo le regole dello *strictum jus* la prestazione non può avvenire contro il volere del creditore in alcun altro luogo diverso da quello convenuto ⁹³⁾. Allo stesso modo il debitore non può essere costretto ad eseguire la prestazione in un luogo diverso ⁹⁴⁾; poichè nessuna delle parti può essere privata dei vantaggi a lei provenienti dal dover la prestazione avvenire in un certo luogo. Questi vantaggi possono essere specialmente rilevanti quando si tratti di merci e di monete, poichè l'esperienza dimostra come questi oggetti non abbiano il medesimo valore e corso in tutti i luoghi ⁹⁵⁾. Quando però la prestazione non sia seguita nel luogo determinato, sia che il debitore non vi si sia trovato e sia che non vi si sia recato il creditore, la prestazione può avvenire anche in un altro luogo, salvo il risarcimento dei danni da prestarsi all'altra parte. Ma con quale azione? In questo proposito è

⁹³⁾ L. 9 D. h. t.: « Is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest ».

⁹⁴⁾ L. 1 D. *ead.*: « Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere ».

⁹⁵⁾ L. 3 D. *ead.*

*) Questo titolo è tradotto dal prof. G. LEONI.

a) Vedi l'Appendice prima del traduttore a questo paragrafo.

assai notevole la distinzione che il diritto romano fa fra i *negotia bonae fidei* bilaterali e quei *negotia*, in base ai quali, non si poteva propriamente ripetere che quanto direttamente era posto nella natura del negozio medesimo, in quanto che non si poteva rimediare alla severità del diritto con una aggiunta, che estendesse l'azione derivante dal detto affare. Nei *bonae fidei negotia* bastava all'attore l'azione contrattuale al raggiungimento del suo scopo: poichè in tale ipotesi il giudice può riconoscere doversi all'attore, non solo tutto ciò che risponde al contenuto del negozio, ma anche tutto ciò che secondo equità può a lui spettare⁹⁶). Perciò PAOLO nella L. 7 Dig. h. t. così si esprime:

« In bonae fidei judiciis, etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur ex empto vel vendito vel depositi actio competit: non arbitraria actio ».

Nei *negotia* della seconda specie sopra accennati invece, l'azione che da essi deriva non è sufficiente a dar piena soddisfazione al creditore. Si ponga il caso che taluno abbia promesso il pagamento di una data somma in un determinato luogo, sia mediante stipulazione, sia mediante *constitutum*; oppure si supponga che si sia da alcuno dato a mutuo del danaro di tal guisa che la restituzione dovesse avvenire in un certo luogo; od infine si immagini che un testatore abbia stabilito che il pagamento dei legati avvenga in un certo luogo: a rigor di diritto in tutti questi casi la prestazione non dovrebbe poter chiedersi che nel luogo determinato per il pagamento. La natura del negozio e dell'azione da esso sorgente non permetterebbe di agire per la prestazione altrove e di pretendere l'interesse del luogo. Non sarebbe possibile in questo caso di evitare l'eccezione della *plus petitio*. Senonchè ammettendo questo rigore di diritto si sarebbe reso assai facile al debitore di rendere illusoria l'azione del suo creditore: sarebbe bastato che egli non si facesse cogliere sul luogo del pagamento. Però ad evitare questo inconveniente si ammise che il creditore potesse convenire il suo debitore anche in un luogo diverso da quello nel

⁹⁶) § 30 Inst. de action. [4, 6]. L. 31 pr. D. depositi [16, 3]. L. 11 § ult. e L. 50 D. de action. emt. et vend. [19, 1]. L. 54 pr. D. locati [19, 2]. L. 1 D. de usuris [22, 1]. L. 7 D. de neg. gest. [3, 5].

quale avrebbe dovuto avvenire il pagamento. Solo egli doveva nella formula dell'azione indicare il luogo, dove la prestazione da lui pretesa avrebbe dovuto seguire, rilasciando all'arbitrio del giudice il valutare l'interesse del luogo ⁹⁷⁾. Così all'azione principale venne unita una aggiunta, che le diede il nome di *condictio de eo, quod certo loco*. In tal proposito conviene fermar l'attenzione sui seguenti testi classici:

a) § 33 *Inst. de actionibus* [4, 6].

« *Loco plus petitur: veluti cum quis id, quod certo loco sibi dari, stipulatus est, alio loco petit, sine commemoratione illius loci in quo sibi dari stipulatus est: verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit, Ephesi dari spondes? Romae pure intendat sibi dare oportere. Ideo autem plus petere intelligitur: quia utilitatem quam haberet promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam, alio loco petenti arbitraria actio proponitur: in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spondit ⁹⁸⁾. Quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur: veluti vino, oleo, frumento, quae per singulas regiones diversa habent pretia. Sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub iisdem usuris foenerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat quo, ut sibi detur, stipulatus est, pura actione recte agit: idque etiam Praetor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori ».*

b) Theophilus nella Paraphrasi graeca ad h. § (secondo la versione latina di GUGLIELMO OTTO REITZ).

« *Loco plus petitio b) committitur, veluti si, quod mihi debetur in certo loco solvendum, in alio loco petiero, non facta mentione loci*

⁹⁷⁾ Secondo HOTOMANN; *Comm. ad § 30 Inst. de actionibus*, p. 470, la formula dell'azione avrebbe suonato così: « Aio te mihi Ephesi centum dare oportere: sed hoc ioco mihi satis erit, quod arbitro videbitur ». Il decreto del pretore ad istruzione del giudice sarebbe stato, secondo il BACHOVIO, *Tract. de action. diss. VII parte II Th. 1 in fine*, così concepito: « Si paret, Titium decem Ephesi debere, neque in eo loco pecuniam debito tempore solvisse, iudex ex arbitrio tuo condemna ».

⁹⁸⁾ Così leggono HALOANDER, BAUDOZA, HUGO A PORTA, HOTOMANN, VINNIUS, CHARONDAS e Baptista DE TORTIS; ma CUIACIO, OTTO e VAN DE WATER escludono le ultime parole: *quo se soluturum spondit*, le quali mancano nell'edizione di Norimberga di Antonio KOBERGER dell'anno 1486.

b) Vedi l'Appendice seconda del traduttore a questo paragrafo.

in quo mihi debitum solvendum erat: veluti in huiusmodi specie: sic a te stipulatus fui: spondesne mihi dare Ephesi solidos C? Quantum ex iure civili non possum a te alio loco petere, nisi in urbe Epheso: namque extra Ephesum a te petens, loco plus peto. Si enim Romae inveniaris, egoque pure tecum agam, id est, mentionem Ephesi haud faciens, introducitur plus petitio. Sed quoniam evenire poterat, ut numquam a te petere liceret, eo quod Ephesum non venires, atque ego te convenire nequirem, neque Ephesi, quia ibi non inveniretis, neque extra Ephesum propter plus petitionem, idcirco Praetor huiusmodi actionem excogitavit: nam mihi facultatem dedit etiam extra Ephesum degenti adversus te agere, dum tamen mentionem Ephesi faciam, et plus petitionem effugiam. Si enim Romae tecum agam, dicens; si appareat, adversarium mihi dare oportere Ephesi solidos C. non videor plus petere; si autem pure, id est, mentione Ephesi non facta, plus petitio introducitur: namque id quod interest, et lucrum, quod promissor adepturus erat, si Ephesi solvisset, illi adimo; fortassis enim facilis ei erat Ephesi pecuniae solutio, difficillima autem extra Ephesum: neque eum extra Ephesum in C. solidos condemnari oportet: nam deducendum est tantum ex C. solidis quantum damni facit extra Ephesum solvens. Forte enim Romae solveret coactus, viginti impendit solidos ad comparandam sibi summam, quam mihi dare oportuit: ideoque non in C. sed in LXXX condemnatur: quum vero Ephesi mentionem nullam facio in lite, agens extra Ephesum, quoniam id ago, ut in centum condemnetur solidos (namque pura intentio explorationem eius, quod interest, tollit) ea propter plus peto ».

c) L. 1 Dig. h. t.

GAIUS libro nono ad Edictum provinciale.

« Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere: sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet, (quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario dstringeretur), non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare ».

d) L. 2 § 1 Dig. eod.

ULPIANUS libro vicensimo septimo ad Edictum.

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

e) L. 5 Dig. eod.

PAULUS *libro vicensimo octavo ad Edictum.*

« Si heres a testatore jussus sit, certo loco quid dare, arbitraria actio competit ».

f) L. 6 Dig. eod.

POMPONIUS *libro vicensimo secundo ad Sabinum.*

« Aut mutua pecunia sic data fuerit, ut certo loco reddatur ».

g) L. 16 § 1 Dig. *De pecunia constituta* [13, 5].

ULPIANUS *libro vicensimo septimo ad Edictum.*

« Sed et certo loco et tempore constituere quis potest, nec solum eo loci posse eum petere, ubi ei constitutum est: sed, exemplo arbitrariae actionis, ubique potest ».

h) L. un. Cod. *Ubi conveniatur qui certo loco dari promisit* [3, 18].

Imp. ALEXANDER A HERACLIDAE.

« Qui certo loco sese soluturum pecuniam obligat, si solutioni satis non fecerit: arbitraria actione et in alio loco potest conveniri, in qua venit aestimatio, quod alterutrius interfuerit, suo loco prius, quam in eo, in quo petitur, solvi ».

Da tuttociò pertanto risulta chiaro che la *condictio de eo quod certo loco* è al pari della *condictio triticaria* un'*actio adjecticiae qualitatis* ^{c)}, mediante la quale si può chiedere che un pagamento che doveva avvenire in un certo luogo avvenga invece in un altro, tenendosi conto *officio judicis* dell'interesse che l'una o l'altra parte poteva avere che il pagamento avvenisse attualmente nel luogo indicato. Questa azione è necessaria quando allo scopo cui tende non

c) Il GLÜCK intende dire che la *condictio de eo q. c. l.* non è un'azione di per sé stante; ma piuttosto l'*actio* che risulta dal contratto *stricti juris* con una speciale *adjectitia qualitas praetoria* riguardo al luogo di pagamento. Ma ciò non è: da quanto è esposto nell'appendice al § 845 risulta che non solo non è un'*actio stricti juris* qualificata, ma anzi nella sua indole *arbitraria speciale* è il vero contrapposto di un'*actio juris civilis*.

È altresì erronea l'opinione del GLÜCK anche dal punto di vista che l'*actio arbitraria* serva a qualificare le differenti azioni, che derivano dalla stipulazione o dal mutuo, motivata da ciò che ogni *causa* avesse una particolare *condictio*. Queste idee non potevano essere concepite se non a motivo della deficienza di esatte nozioni sulla procedura *per formulas* prima della scoperta delle Istituzioni di GAIO (veggasi anche COHN, op. cit. pag. 150 e sulle *actiones adjectitiae qualitatis* veggasi SAVIGNY, *Diritto delle obbligazioni* vol. II § 54; BUONAMICI, op. cit. pag. 181; ARNDTS-SERAFINI, op. cit. vol. II § 247 n. 7).

sia sufficiente l'azione che sorge dal negozio, in base al quale il pagamento è dovuto: nella sua formula deve essere indicato il luogo dove il pagamento avrebbe dovuto propriamente avvenire⁹⁹). Pressochè tutti gli scrittori sono concordi nel ritenere che questa azione sia d'origine pretoria e che abbia tratto il nome dalle prime parole dell'editto, che l'avrebbe introdotta: il quale editto crede il NOODT¹⁰⁰) di aver come segue felicemente restituito in base ai frammenti contenuti nel nostro titolo:

« De eo, quod certo loco dari oportet ex stipulatu, si alio petatur, facta mentione eius, quo debetur, actionem dabo; ut quanti ea res erit, tanti arbitrio iudicis restituatur ».

Però i classici non alludono nei loro frammenti in alcun modo ad un tale editto. Solo GIUSTINIANO nel frammento delle Istituzioni sopra trascritto ricorda il pretore, e TEOFILO nella Parafrasi dice soltanto che l'azione fu introdotta dal pretore^d).

⁹⁹) Di questa azione trattano specialmente: CUIACIO, *Tract. III ad African.* ad L. 8 D. h. t. — DONELLO, *Comm. ad h. t. Pand.* — DUARENUS, *Comm. ad eund. tit.* (*Oper.* pag. 924 seg.). — VOET, *Comm. ad h. t.* — NOODT, *Ad h. t.* (*Oper.* tom. II pag. 305 seg.). — MAGNUS, *Ration. et different. jur. civ.* lib. I cap. IV (MEERMANN, *Thes.* III pag. 280). — FABER, *De error. pragmat.* dec. XC e dec. XCI err. 1-6. — BACHOVIVS, *Tract. de action. disp. VII* parte II pagina 81. — STRAUCH, *Dissert. de cond. de eo quod certo loco dari oportet.* Jenae 1671.

¹⁰⁰) *Comm. ad Pand. h. t.* pag. 306.

d) Il MAGNUS aveva proposto per l'editto la seguente ricostruzione:

« De eo quod certo loco dari oportere dicitur, arbitrariam actionem dabo » (*Ration. et diff. iur. civ.* lib. I cap. 14 nel Tesoro del MEERMANN, III pagine 280-92).

Il RANCHINO propone:

« Si pecunia quae certo loco dari debet, alio loco petatur, utilem actionem dabo, ut per eam arbitrio iudicis satisfiat » (*Edictum perpetuum restitutum*, D. h. t. pag. 248 in *Thes.* MEERM.).

Il DE VEYHE riferisce la congettura del WESTENBERG:

« De eo quod certo loco dari oportet ex stipulatu, si alio loco petitur, facta commemoratione loci quo quod debetur promissum est actionem dabo, ut, quanti ea res erit, arbitrio iudicis aestimetur » (libri tres *Edioti*).

Si rileva facilmente che nessuna di queste proposte può essere accolta, sia perchè nessuna chiarisce bene in che consistesse l'*actio arbitraria*, sia perchè l'azione verrebbe qualificata *utile* dallo stesso pretore, il che non è verosimile: sia perchè imprecise tutte e ristrette troppo in relazione ad argomento così importante (vedi anche TREPTOW, *op. cit.* pag. 9).

PRIMA APPENDICE DEL TRADUTTORE AL § 845.

I lavori, che meritano speciale menzione prima di questo del GLÜCK, sulla così detta *actio de eo quod certo loco*, sono solamente quelli del DONELLO e del FABRO: il primo nel suo *Comment. ad Pand.* (lib. XIII tit. IV), il secondo nella sua opera *De erroribus pragmat.*, ecc.

Neppure il GLÜCK però è completo in questo tema, per quanto ricco di erudizione. Egli è che solo la scoperta delle Istituzioni di GAIO poteva dare luce specialmente sulla procedura formulare romana e servire di guida nello studio delle sottili questioni, che devono essere esaminate nella trattazione dell'*actio de eo quod certo loco*.

Nella nostra letteratura giuridica non abbiamo neppure dopo la scoperta di GAIO una monografia speciale in proposito: mentre pure si hanno lavori classici sulla procedura civile romana, del SERAFINI, sotto la modesta apparenza di note all'ARNDT'S (*Le Pandette* vol. I parte I § 100); del BUONAMICI sulla *Storia* della procedura stessa, che gli studiosi si augurano di veder presto finita; del FILOMUSI GUELFI sul processo contumaciale (Napoli 1873); del compianto PADELLETTI sulle *legis actiones*, ed interessanti monografie del BRINI sulla *condemnatio*; del PEROZZI sulla *sponsio praeiudicialis*; del geniale COCCHIOLLO sulla *eccezione di cosa giudicata*, del BRUOI, *Note al Glück* §§ 495, 498 del libro V; per tacere di altri e numerosi studi romanistici affini dei nostri valorosi professori LANDUCCI, FERRINI, SCIALOJA, ecc.

In Germania sull'argomento *de eo quod certo loco* vennero pubblicate due monografie negli anni 1875 e 1877, la prima da Emilio TREPTOW intitolata *Zur Lehre von der actio de eo quod certo loco* (Greifswald. Hache 1875), la seconda da Max COHN col titolo *Die sogenannte actio de eo quod certo loco* (Berlin, Weidmann 1877), e su queste scrisse una dotta recensione nel *Literarisches Centralblatt für Deutschland* del ZARNCKE, il PERNICE nell'anno 1877 (veggansi le pagine 994-997 di detto periodico anno 1877).

Il lavoro del TREPTOW è una tesi per il conseguimento del titolo di Dottore.

Molto più importante è il libro del COHN, nel quale sono trattati anche altri due argomenti, che hanno stretta attinenza coll'*actio de eo q. c. l.* e cioè quello della *plus petitio* e l'altro del « luogo di pagamento ». Nuovi studi pubblicò poi il COHN nella *Krit. Vierteljahrschrift*, XXIV pag. 32 e seg. Veggasi anche la monografia del PUNTSCHART nella *Grünhuts Zeitschr.* VI pag. 620.

Accuratissime sono le ricerche del LENEL sull'*actio de eo q. c. l.* nel § 96 dello splendido suo lavoro sull'Editto perpetuo.

È notevole anzi in proposito che il LENEL modifica in parte le conclusioni, alle quali era pervenuto intorno alla formula di questa azione stessa nell'opera *Beiträge zur Kunde des praetorischen Edicts* (1878), il che sta a riprova della difficoltà che questo tema presenta agli studiosi.

Traccierò in questa appendice brevemente quanto mi sembra utile aggiungere al GLÜCK. L'interesse dell'argomento è puramente storico e tutti gli scrittori in sostanza, sebbene con forma diversa di motivazione, si accordano nel concludere che l'*actio de eo quod certo loco* in nessun modo è ai giorni nostri applicabile. Anzi è certo questa la ragione principale, per cui è scarso il numero degli scrittori moderni, che se ne sono occupati.

L'*actio de eo quod certo loco* deriva dalla *condictio certi* (il TREPTOW dice addirittura che la *condictio certi* è la madre dell'*actio de eo q. c. l.*): nella *condictio certi* il giudice deve attenersi al *certum* della *intentio*; il debitore, il quale ha promesso il pagamento in un luogo determinato, solo in questo luogo può esser chiamato in giudizio; egli si è provveduto di uno speciale Foro competente, il Foro del contratto, il quale va preferito a tutti gli altri; in questo presta l'oggetto della stipulazione il *certum*.

Avesse il creditore esperito la sua azione in altro luogo, il giudice per la *condictio certi* doveva assolvere il convenuto, perchè nell'altro luogo il *reus* non doveva dare il *certum*. Impedita sarebbe stata pure al giudice dall'indole rigorosa della *condictio certi* ogni valutazione intorno all'interesse del luogo; la domanda di ogni altra cosa oltre il *petitum* produceva una *plus petitio* (veggasi l'Appendice II al § 845) ed infatti 100 a Capua non era la stessa cosa di 100 in Efeso: il debitore veniva danneggiato, perchè il creditore chiedeva più di quanto gli era dovuto, mentre al giudice, per considerazioni speciali, non era lasciata la facoltà di raddolcire le conseguenze di questo *plus petere*.

Si dovette presto convincersi che il sistema della *condictio certi* poteva produrre delle ingiustizie, sia quando il debitore « intenzionalmente » non si recava nel luogo determinato dalla stipulazione, sia quando casualmente non poteva in quello recarsi: era *iniquum* che lo *stipulator* non riuscisse *ad suum pervenire*, come dice GAIO, ed un rimedio si rendeva necessario.

Per quanto i Romani fossero conservatori fino allo scrupolo nelle loro forme di diritto, erano nello stesso tempo solleciti a trarsi dagli imbarazzi con mirabile abilità estendendo l'applicazione dei mezzi di diritto esistenti: era in ispecie compito del pretore di estirpare l'ingiusto e di proteggere l'equo: gli inconvenienti lamentati doveano riescire fin troppo gravosi, se si riflette al progressivo sviluppo della potenza dei Romani, per la quale si andava aumentando il numero delle popolazioni al loro dominio soggette. Ed il pretore infatti si impressionò a giusto titolo della critica situazione fatta al creditore ed apportò alla *condictio certi* delle modificazioni, le quali originarono l'*actio de eo quod certo loco*. In virtù dell'opera del pretore lo *stipulator* non ha più a temere la *plus petitio* e può esercitare la sua azione, senza che quella possa essere paralizzata dalla cattiva volontà del debitore o dalle circostanze fortuite, che gli impedirono di trasferirsi nel luogo, in cui il pagamento doveva esser effettuato.

Che si debba al pretore la introduzione dell'azione *de eo quod certo loco*, il TREPTOW lo deduce dal fatto che GAIO usa per indicare l'impulso della giurisprudenza romana le espressioni caratteristiche *non videbatur actio competere* e *visum est actionem comparare*, nelle quali seppure la parola *praetori* non è indicata è a ritenersi sottintesa, chè, sia nelle riforme del vecchio diritto, come nelle innovazioni, è adoperata nelle fonti la frase *visum est praetori*. Un esempio di ciò lo dà anche la L. 1 D. *de institoria actione* 14, 3 di ULPIANO tratta dalla sua opera *Ad Edictum* libro XXVIII: *Aequum praetori visum est . . .* e per la parola *comparare* usata per contraddistinguere l'attività del pretore, il § 17 delle Istituzioni lib. IV tit. 6 *de actionibus*; dall'indole *utilis* dell'azione *de eo quod c. l.*; dal confronto che trovasi nelle fonti fra il concetto dell'*iniquum* e quello dell'*aequum*; dall'essere le LL. 1, 3, 5 e 7 del lib. XIII tit. 4 tratte dall'opera di GAIO, *Ad Edictum provinciale* e *Ad Edictum* (LL. 1 e 3 lib. IX *Ad Ed. prov.*); (LL. 5 e 7 lib. XXVIII *Ad Ed.*) e le LL. 2 e 4 da quella di ULPIANO, *Ad Edictum* (lib. XXVII); in tutto dunque 6 sulle 10 leggi del titolo IV sono ricavate dai commenti all'editto del pretore; dalla frase *haec actio proponitur* usata nelle Istituzioni, perchè è così che si allude all'opera del pretore (vegg. anche il § 8 Inst. IV, 6), e dalle parole *idque etiam praetor monstrat* del § 33 Inst. IV, 6; infine dalle parole usate da TROFILO, il quale nella sua parafrasi delle Istituzioni nomina il pretore « fondatore di detta azione »:

« τοῦτου χάριν ὁ πραιτωρ ἐπινοῶσι τὴν τοιαύτην ἀναγωγὴν ».

Invece, secondo il COHN, quantunque colla maggior probabilità si possa designare

l'*actio arbitraria*, quale pretoria, nel senso che questa deve la sua esistenza alla giurisdizione del pretore; questo fatto non può dedursi con certezza e propriamente solo dall'indole *utilis* dell'azione, e neppure dall'esserne, come egli crede, in contrapposto al *TASPROW*, che la ritiene *concepta in ius*, la formula *in factum concepta*.

E non si rileva certo né dalle parole di *TEOFILO* surriferite, che non si possono prendere in considerazione come *fonte*, né dalle parole del § 23 Inst. IV. 6, che non si riferiscono necessariamente all'origine pretoria.

Considerata però di carattere « pretoria » si chiarisce bene nel sistema dell'editto, al quale rimasero fedeli le *Pandette*, la sua posizione di vicinanza e precedenza all'azione *de pecunia constituta*. Tutte e due sono azioni pretorie e precisamente a tutela di obbligazioni contrattuali.

D'altra parte il trovarsi la trattazione dell'*actio de eo quod certo loco* vicina alla trattazione delle *conditiones* disegna tanto la stretta relazione con queste, quanto il suo distacco.

Delle tre funzioni ricordate da *POMONIO* nella L. 7 § 1 (*PAPINIANUS* lib. II *Definitionum*) D. *de iustitia et jure* (1, 1) pare che il pretore abbia esercitato per l'azione *de eo quod certo loco* quella *corrighendi juris civilis gratia* piuttosto che quella *supplendi* come vorrebbe il *DONELLO* (*Comment. ad Pand.* pag. 429) argomentando dalla L. 13 (*ULPIANO* lib. I *Ad Edictum Aedilium Curvulium*) D. *de legibus senatusque*, ecc. (1, 3). Questa legge anzi sta più a favore della funzione di correggere che di quella *supplendi*.

Scriva infatti *ULPIANO*: « . . . ut ait *Pedius*, quæties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri ».

Nè l'azione *de eo quod certo loco* supplisce la *condictio certi*; deriva da questa, ma se ne distacca del tutto appunto « per combattere efficacemente la speciale disonestà di un debitore per stipulazione, che si trincerava dietro la lettera del diritto per sottrarsi all'obbligo suo » (vedi *SAVIGNY*, *Sistema del dir. rom. attuale* (trad. *SCIALOJA*) vol. V pag. 159).

In quanto all'epoca della introduzione dell'*actio de eo quod certo loco* non si hanno dati nelle fonti per poterla precisare: si può appena congetturare che esistesse nell'epoca che decorre dall'introduzione della procedura *per formulas* (*lex Aebutia* 550? 605? a *Labeone* (759 di Roma) (veggasi su *Labeone* la stupenda opera di *Alfredo Pernice*, *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*. Halle): infatti non potrebbe escludersi che già nel periodo delle *legis actiones*, almeno nella *legis actio per conditionem*, non si sia verificata l'ipotesi del *locus certus*, il quale poi nel periodo della procedura formale produsse la opportunità dell'*actio arbitraria*: solo non si hanno prove in proposito.

Per converso, che ormai al tempo di *Antistio Labeone* l'azione *de eo quod certo loco* fosse in uso, si deduce dalla L. 2 § 8 D. h. t. alle parole *Julianus Labeonis opinionem secutus*. . . . Anzi, sia dal contenuto della osservazione di *Labeone* nel § 8 della L. 2 D. h. t., la quale si riferisce ad un punto, che sembra aver già assunto il carattere di controversia, e cioè che il giudice dovesse tenere in considerazione anche l'interesse dell'attore, sia dal fatto che la L. 2 stessa è tratta dall'opera di *Ulpiano*, *Ad Edictum* libro XXVII, e quindi da un *Commento ad Editto* che certo era in vigore da più di un anno, il *Cohn* (op. cit. pag. 2) giustamente ritiene che l'applicazione dell'azione *de eo quod certo loco* abbia preceduto il tempo di *Labeone*. Si consultino in proposito anche il *Voigt*, *Jus naturale* vol. III pagine 720-743 (citato dal *Cohn*), il *Keller*, *Della proc. civ. e delle azioni presso i Romani* (trad. *Capmas*) pag. 120 n. 331, il *Zimmern*, *Trattato delle azioni* (trad. *Etiennes*) pag. 202, *Savigny*, *Sistema del diritto rom. attuale* (trad. *Scialoja*) vol. V pag. 158 e seg., *Windscheid*, *Diritto delle Pandette* vol. I § 46 (trad. *Fadda e Bensa*).

Le cause, che hanno dato luogo all'introduzione dell'azione *de eo quod certo loco* vengono esposte da GAI0 nella L. 1 D. XIII, 4.

GAI0 indica come chi era obbligato civilmente, in base a stipulazione, potesse sfuggire all'azione derivante dal contratto. Egli suppone che il debitore il quale deve pagare in Capua non si rechi in quella città, sia per volontà propria, sia per esserne impedito da una causa qualunque anche indipendente dalla volontà. Nei due casi, secondo le regole del diritto civile rigoroso, il creditore non poteva chiamare *in jus* il suo avversario, perchè la *vocatio* non aveva luogo che ai riguardi di una persona presente: ne conseguiva che il debitore diventava l'arbitro della situazione. Il COHN esamina questa legge con ogni diligenza, ne fa un commento con una minutezza di particolari forse soverchia (il PERNICZ la dice addirittura faticosa), e ne deduce il principio seguente: che la vera ragione, la quale produsse l'*actio arbitraria*, si fu il riconoscimento dell'ingiustizia del fatto che il possessore di un credito, il quale veniva privato dapprima di ogni altro Foro giudiziario personale dalla massima *alio loco non agi* ed era forzatamente dall'assenza del debitore ridotto a perdere anche il Foro del luogo di pagamento, si trovava in tal modo *nella impossibilità di far valere le sue ragioni*.

Quantunque poi nella predetta legge di GAI0 non sia precisamente nominata l'azione *de eo quod certo loco* coll'indicazione di *actio arbitraria*, è certo che si tratta di questa, sia perchè tutto ciò che ci è noto sull'indole dell'azione arbitraria armonizza colla narrazione di GAI0, sia perchè in caso diverso, e cioè se l'*actio utilis* della legge di GAI0 non si identificasse coll'*arbitraria*, quella mancherebbe, di base sia infine perchè la legge di GAI0 è tolta dal libro 9 della sua opera sull'editto provinciale, nel quale si parla dell'*actio arbitraria*.

Ma in che consisteva la modificazione che il pretore aveva fatto subire alla *condictio certi* per originare l'*actio arbitraria*, che è dalle fonti indicata a noi con questo nome?

È difficile esporre norme precise in tale proposito, perchè non si ha alcun frammento, che risolva il problema in modo sicuro.

Certo non si può ammettere che il pretore modificasse l'*intentio* della *condictio certi* cambiandola addirittura in una *intentio incerti* che il debitore di dieci in Efeso doveva pur sempre dieci, ed è esaminando se la *intentio* era giusta che si passava poi alla condanna: invece la sagace opera del pretore ha consistito nell'introdurre nell'*intentio* la designazione del luogo in cui l'obbligazione dev'essere eseguita; è così che poi il giudice potrà valutare l'estensione dell'obbligo, tenuto conto della diversità dei luoghi, il che implica di necessità la conseguenza di una *condemnatio incerti*.

In quanto al carattere *utilis* dell'azione, anche il HEFFTER, *Observ. in Gaium* lib. IV pag. 93 (citato dal SAVIGNY) riteneva che l'azione *de eo quod certo loco* fosse una *actio utilis*, cioè un'azione fittizia, ciò che non segue però necessariamente dalle parole « *ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare* ». Essa può esser stata conforme il modo comune *in factum concepta* e tuttavia essere stata chiamata *utilis* in opposizione all'*actio directa*, perchè per essa l'azione originaria fu estesa oltre i suoi limiti.

Si vide che l'azione *de eo quod certo loco* è una emanazione della *condictio certi*, ne deriva che debba averne le qualità caratteristiche, quindi anzitutto che sia un'*actio in personam*. L'azione ha per obiettivo una prestazione *dari oportere certo loco*: ciò produce quale ineccepibile conseguenza l'indole personale dell'azione: è poi annoverata fra le personali espressamente nel § 31 delle Inst. di GIUSTINIANO (IV, 6). Nè è mestieri soffermarsi di più in tale riguardo.

Che poi l'azione contemplata da GAI0 nella L. 1 D. h. t. sia « azione arbitraria », nessuno lo ha mai impugnato; gli interpreti non sono però d'accordo sull'indole di quest'azione « arbitraria ». Secondo il FABRO, il VINNIO, il DUARENIO la nostra azione non è « arbitraria » nel senso solito della parola: le fonti nel considerarla arbitraria vogliono solo indicare la facoltà accordata al giudice di apprezzare la condanna, tenuto conto della differenza dei luoghi.

La L. 4 D. h. t., la quale sembra ammettere il *jussus* del giudice e l'assoluzione del convenuto che vi si adatta, deve interpretarsi ristrettivamente e solo per la fattispecie in quella contemplata, e cioè, come si vide nel nostro GLÜCK, di un debitore, che ha offerto la somma nel luogo stabilito o che ne ha eseguito il deposito.

Qui la prima parte della legge si interpreta a mezzo della seconda, riconoscendosi la possibilità dell'assoluzione mediante cauzione ed osservando che il debitore in questo caso ha fatto tutto ciò che era in suo potere per liberarsi nel luogo convenuto dal suo obbligo. Ma quest'opinione non può accogliersi, sebbene dimostri negli autori citati una specie di intuizione della verità, che solo dalle Istituzioni di GAIO potè essere appurata. Meritano di essere riferite le parole del VINNIO che spiegano il motivo, per il quale l'*actio de eo quod certo loco* doveva distinguersi dalle altre azioni arbitrarie: « Propertea quod Justinianus species sive exempla utriusque generis *confusim* proposuit » (*Comm. Instit. Venetiis* 1747 tomo III pag. 917).

Secondo il DU CAURROY (*Institutes de Justinien* tomo II 8.^a ed. Paris 1851 pag. 406) il pretore nel concedere l'*actio de eo quod certo loco* modifica la formula rigorosa inserendovi la menzione del luogo fissato per il pagamento (ULP. L. 2 § 2 D. h. t.): da questa modificazione risulta un'azione pretoria utile in opposizione all'azione pura od azione civile non modificata, *sine commemoratione illius loci*) allo scopo che il giudice decidendo in base all'equità possa aumentare o diminuire la condanna in relazione alla diversità dei luoghi e secondo che questa diversità giova al debitore od al creditore. L'azione quindi così considerata sarebbe arbitraria in un senso diverso dalle altre azioni arbitrarie, perchè si arriverebbe alla *condemnatio* senza l'*arbitrium*; ma questo autore, tenuto conto che il convenuto contro il quale l'*intentio* è stata verificata, può essere ancora assolto in più casi, in ispecie se egli dà cauzione di pagare nel luogo indicato, conclude che quest'azione è arbitraria nello stesso senso delle altre, dappoichè si distingue soprattutto per la possibilità di assolvere il convenuto, sebbene ci sia una sentenza contro di lui, quando egli dia all'attore la soddisfazione indicata dal giudice.

Questa soddisfazione la PARMENTIER (*De la plus petition en droit romain*. Versailles 1870 pag. 55) la troverebbe nelle parole del § 31 Inst. (4, 6): « In his enim actionibus permittitur iudici ex bono et aequo secundum cujuscumque rei de qua actum est, naturam aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat ».

Il giudice ha quindi il più esteso potere di stima per determinare in base all'equità la soddisfazione mediante la quale il convenuto sarà assolto.

Reca *incerta* la *condemnatio*, conveniva però che il debitore non avesse a risentire un danno dall'innovazione del pretore ed è ciò che, secondo il PARMENTIER, giustifica il carattere d'arbitraria attribuito dal pretore, in base al quale per la circostanza che il debitore non aveva che a dare cauzione di pagare nel luogo stabilito colla stipulazione per essere assolto, si evitava al debitore ogni pregiudizio a di lui carico derivante dal dover pagare nel luogo in cui fu esperita l'azione invece che nel luogo stabilito dal contratto.

Gli interessi delle due parti sarebbero stati così coll'opera del pretore convenientemente tutelati.

Il SAVIGNY osserva che l'*actio de eo quod certo loco* è l'unica che può far sorgere dubbio sul suo adattamento al concetto da lui stabilito delle azioni arbitrarie, le quali tendono alla restituzione od esibizione di una cosa, ma dice « è appunto quella la cui natura arbitraria » è decisamente riconosciuta principalmente e ripetutamente nelle fonti nostre. L'azione *de eo quod certo loco*, che è un'azione pretoria, non è diretta ad una restituzione od esibizione, ma alla riduzione locale dell'ammontare di una stipulazione, che propriamente secondo il suo contenuto letterale avrebbe dovuto eseguirsi in un luogo diverso. La intimazione dell'arbitro, secondo l'immortale autore, colla cui esecuzione si sfugge all'azione, è diretta alla cauzione per l'esecuzione del contenuto letterale della stipulazione; il pregiudizio nel caso di rifiuto dell'esecuzione consiste in un possibile in-

teresse molto alto, anche indiretto, a cui può esser diretta la condanna. Vi è dunque, così conclude, in questa azione l'applicazione di una forma processuale introdotta per scopi e casi affatto diversi da quelli delle altre azioni arbitrarie (veggansi ZIMMERN, op. cit. pag. 203 nota 21 e gli autori da lui citati e sulle *actiones arbitrarie* in generale veggasi il GIMMERTHAL, *La proprietà nel conflitto colle altre figure del diritto reale ed in specie le actiones arbitrarie* 2.^a ed. 1875. Veggansi anche il WÄCHTER, *Spiegazioni*, ecc. Stuttgart 1845-1846, II, 9; RUDORFF, *Storia del d. r.* II pagine 152-154; BETHMANN-HOLLWEG, *Proc. civ. rom.* II, pagine 287-293; BARON, *Dissert. sulla procedura civ. rom.* vol. I 1881. Cfr. la L. 2 pr. § 8; L. 4 § 1; LL. 5, 7, 10 h. t.; L. 16 § 1 D. 13, 5).

Una esposizione anche breve della teoria delle azioni arbitrarie secondo gli ultimi risultati della critica non mi è qui concessa; limito quindi, per quanto è possibile, la trattazione dell'argomento, in modo però che sia chiaro il perchè ed il vero senso della qualifica di arbitraria applicata all'*actio de eo q. c. l.*

Sono « arbitrarie » secondo il § 31 Inst. *de act.* (IV, 6) quelle azioni « in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciatur... condemnari debeat... », quelle azioni adunque nelle quali deve precedere alla condanna un ordine del giudice, la cui esecuzione toglie la condanna stessa: però malgrado questa definizione e quantunque nel predetto § 31 la nostra *actio* sia annoverata fra gli esempi delle azioni arbitrarie, pure il LENEL (op. cit. pag. 193) scrive: « Non sono riuscito a rendermi ragione nei miei *Contributi alla conoscenza dell'editto pretorio*, nè dell'ingiunzione del giudice, nè della corrispondente clausola nella formula, perchè mi sembrano errati tutti i tentativi finora fatti di dare a quell'*iussus* contenuto e direzione. Ed ancora oggi non sono di diverso parere ed anzi credo di poter aggiungere agli argomenti già addotti, e che ritengo ancora decisivi, contro la clausola della formula « *nisi ea pecunia... Ephesi solvetur...* » (o quale possa essere la formula) accolta dalla opinione dominante; un altro nuovo ed assai importante argomento. Se cioè il giudice avesse emanato davvero, e quale ultimo invito, l'ordine di prestare nel luogo di pagamento determinato, allora avrebbe dovuto essere, a mio avviso, regolato corrispondentemente il calcolo dell'interesse a questo invito, cioè il giudice avrebbe dovuto basare il calcolo dell'interesse sul termine stabilito o sottinteso per la prestazione e se l'invito rimaneva infruttuoso la *condemnatio* avrebbe dovuto essere concepita « *quanti alterutrius intererit Ephesi solvi, condemna* ».

« Ed invece un'intera serie di passi guardano viceversa in maniera assoluta nel passato: così prima di tutto nel Codice la L. un. h. t. « in qua venit aestimatio, quod alterutrius interfuit... » così pure la L. 2 § 8 h. t. « ut si interfuisset rei... ratio ejus haberetur... » e « actoris habuit rationem, cuius potuit interesse... » e « in hanc arbitriam quod interfuit veniet... ».

« Così pure la L. 8 h. t.:

« Quanti eius vel actoris interfuerit... » e « quanti actoris intersit eam pecuniam Capuae solutam esse... ». Di più il § 33, Inst. (4, 6) « utilitatis quae promissori competitura fuisset... ». E finalmente la L. 15 *de compen. D.* (16, 2) « quanti mea interfuit » e « quanti Titii interfuerit ».

« Di fronte a queste espressioni di fonti concordanti non è possibile negare che la possibilità di prestare in altro luogo che su quello dell'azione abbia in modo regolare raggiunta la sua fine dal momento della presentata azione arbitraria: questa possibilità si considera poi solo quale possibilità passata.

« Se pertanto non si può trovare assolutamente un contenuto che soddisfi per una clausola nella formula, così conclude il LENEL, dall'altro lato si spiega da sé il nome di *arbitraria actio* e senza uopo di dare alla formula una aggiunta ulteriore lo si capisce dalla formula da noi proposta della sua *condemnatio*: « *N^m N^m A^o A^o decem aut si quid alterutrius interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi,*

tanti pluris minorisve c. s. n. p. a. ». In forza della parola *alterutrius* si rimette con questa *condemnatio* all'*arbitrium* del giudice il decidere di quale fra le due parti egli vuole considerare l'interesse nell'*aestimatio* e questa libertà di scelta nella *aestimatio* è il motivo al quale l'*actio* deve il suo nome ».

Il LENEL non si dissimula che questa spiegazione non corrisponde alla definizione delle Istituzioni, ma osserva che chi legge attentamente i passi, nei quali è designata la nostra *actio*, quale arbitraria, non può dubitare che la indicazione qui non sia adoperata dai giureconsulti in altro senso che per lo passato. Se i giureconsulti indicano occasionalmente un'altra azione quale arbitraria (oltre l'azione *de eo quod certo loco* viene denominata arbitraria nel Digesto, e questa solo una volta, l'*actio quod metus causa*, L. 14 § 4 (ULPIANUS libro XI *ad Edictum*) D. *quod metus causa* (4, 2) con ciò intendono di attribuirle una qualità determinata, che essa divide con altre; essa è *arbitraria*, come è *civile, onoraria, in rem, in personam, in ius ed in factum*

Per la nostra *actio*; al contrario, per la quale si trova la designazione più spesso che per le altre *actiones arbitrarie* unite è *actio arbitraria* il nome tecnico per essa speciale: essa non è una *actio arbitraria*, è l'*actio arbitraria*. Da ciò segue però che ciò che la fa divenire *actio arbitraria*, non possa essere la stessa intima natura che conferisce questa qualità ancora ad una dozzina di altre formule e questa deduzione « viene confermata dalla L. 3 e dalla L. 8 h. t. direttamente, perchè secondo queste leggi il nome non può originare che nella nostra *actio* dal motivo sopraindicato « *aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur* ».

« Non è poi difficile il chiarire come questa *actio arbitraria* sia annoverata nella lista delle *actiones arbitrarie* nel § 33 Inst. *de act.* (IV, 6).

« Gli autori delle Istituzioni hanno semplicemente secondo il proprio parere completato la nota degli esempi che trovavano nel loro progetto e cosa meglio conveniva loro di mettere nella nota, a loro, pei quali ormai le formule classiche erano divenute una antichità indifferente, di quell'*actio* che portava il nome tecnico addirittura? »

A me sembra esauriente la dimostrazione del LENEL che risponde anche allo sviluppo storico della nostra *actio*.

Di questa azione vennero proposte varie formule, le quali devono essere distinte in due categorie, quelle degli scrittori, che non poterono servirsi delle Istituzioni di GAIO, perchè non ancora scoperte, e quelle proposte dagli autori, che si giovarono dell'opera di GAIO; alla prima categoria si riferiscono oltre quelle citate dal nostro GLÜCK nella nota 97 del § 845 una di FABRO (dec. 90 err. 4):

« *S. p. Tm. Mo. C. aureos Capuae dare oportere et alibi solutio petetur tu quanti aequum arbitratus fueris condemna eum...* »

ed una seconda di BACHOVIO nella sua opera *Exercit. ad Chiliad.* FABRI, dec. 90 err. 4, 2 pag. 299 in opposizione alla precedente del FABRO:

« *Si paret Titium Capuae Centum promississe neo eo loco solvisse iudex arbitrio tuo condemna* ».

Il BACHOVIO non dice quale delle due formule egli preferisca; in sostanza però non sono diverse fra loro, tutte e due sono in *factum conceptae*. Nella seconda categoria abbiamo formule del HEFFTER, dell'UNTERHOLZNER, dello ZIMMERN, del RUDORFF, del VOIGT, del TREPTOW, del COHN, infine del JOUSSERANDOT e del LENEL, ognuno naturalmente ispirandosi alle proprie idee sull'indole dell'azione stessa: gioverà qui ricordarle, perchè dal confronto fra le une e le altre emergerà più facilmente il motivo, che rende fra tutte preferibile la formula costruita dal LENEL.

Il HEFFTER nel suo *Commento a Gaio* pag. 83 indica la seguente formula:

« *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem Capuae dare oportere quanti ea res esset, si Capuae daretur, tanti iudex condemna* ». Mettendo l'azione *de eo quod certo loco* fra quelle arbitrarie che hanno « *causam legitimam et intentionem in ius conceptam* », come egli scrive, « *sed condemnationem novam iure pretorio intro-*

ductam habebant » e ritiene che appartenga a questa classe di azioni « quia in hac, praemissa certi conditionis intentione subiciebatur condemnatio praetoria ».

Qui osserva il TREPTOW (op. cit. pag. 27) « egli ha torto perchè intende includere la stessa *intentio* della *condictio certi* ».

Questa contiene solo il *Centum dare oportere*, ma non può andare fino al *Capuae* che non è più un *certum*. Solo *Centum* è certo; il *Centum Capuae* ha bisogno dell'apprezzamento giudiziale. A mio avviso il motivo addotto dal TREPTOW è erroneo, perchè farebbe diventare *incerta* l'*intentio* dell'*actio arbitraria*: l'*intentio* rimane *certa* anche coll'indicazione del luogo di pagamento: se così non fosse cadrebbe lo scopo dell'*arbitraria*.

La formula dell'HEFFTER non regge, perchè non corrisponde all'indole *arbitraria* speciale della nostra *actio*.

Anche il DEMANGEAT opina a torto che l'*intentio* della *condictio certi* diventi *incerta* in base alla modificazione pretoria (*Cours de dr. rom.* II pag. 597).

L'UNTERHOLZNER propone una formula molto semplice (nella sua opera *Lehre des R. R. von d. Schulverhältnissen* I pag. 355 not. i): « *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem Ephesi dare oportere iudex Numerium Negidium Aulo Agerio decem condemnato vel quanti plus minusve arbitratus fuerit quod alterutrius intersit suo loco potius quam Romae solvi* ».

È evidente che in questa formula la *condemnatio* non corrisponde all'*intentio*; questa è la *intentio* della *condictio certi*, quella la *condemnatio* delle azioni *arbitrarie*: unire l'una all'altra è inammissibile, date le regole delle formule romane.

Secondo il ZIMMERN (op. cit. pag. 203) si può congetturare che la formula per il caso di pagamento di una somma di danaro fosse così costruita: « *Iudex esto: si paret N^m N^m A^o A^o centum Ephesi dare oportere, neque eo nomine Aulo Agerio a N^o N^o satisfactum erit, quanti ea res erit, condemna* ». È chiaro che essa presenta queste particolarità: 1.° che l'*intentio* era di diritto civile e di cosa certa come nella stessa *condictio certi*; 2.° che essa contiene la enunciazione dell'obbligo coll'indicazione del luogo di pagamento; 3.° che la clausola *neque satisfactum erit* la rende *arbitraria*, perchè l'esecuzione precedente impedirà la condanna; 4.° che questa condanna vi è indeterminata e rimessa al giusto apprezzamento del giudice, riferendosi in questa il *quanti ea res erit* all'oggetto domandato coll'indicazione del luogo, in cui doveva essere pagato ed alla mancanza di soddisfazione a questo riguardo. Non dubitiamo che la soddisfazione compresa nell'*arbitrarium* del giudice e che egli doveva apprezzare *ex aequo et bono* e costituente l'oggetto del suo *jussus* preliminare poteva essere, secondo i casi, sia il pagamento della cosa dovuta, tenuto conto della differenza del luogo, sia anche solo una valida cauzione di pagare nel luogo indicato. Così l'ORTOLAN commenta la formula dello ZIMMERN nella sua opera *Explication historique des Instituts*, 12.° édition, mise au courant de l'état actuel de l'enseign. du droit romain » per I. E. LABBÉ (Paris 1883 n. 2151 pag. 646).

Secondo il RUDORFF (*Edicta perpetui quae reliqua sunt* § 96): « *Si paret N^m N^m A^o A^o dare oportere quanti arbitrato tuo alterutrius interfuerit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae dari, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o condemna* ». Qui si ha un *arbitrium*, ma non un'*actio arbitraria*: e la *condemnatio* avrebbe indicato che il giudice non dovesse prendere in considerazione la differenza condizionata dall'interesse del luogo di fronte all'importo nominale del debito nella stima e semplicemente ed unicamente sentenziare su questa differenza, il che costituiva un risultato veramente sigolare (vegg. LENEL, op. cit. pag. 195 e *Contributi*, ecc. pag. 74 n. 17).

Il COHN propone: « *Gaius iudex esto: si paret N^m N^m A^o A^o decem promississe neque ia Ephesi solverit, quanti ea res erit (arbitrato tuo), tantam pecuniam condemna, si non paret, absolve* ». Come si è già veduto, il COHN ritiene la formula *in actum concepta* con una *intentio* locale, la quale certamente non contiene nessun or-

dine: considera la mancata prestazione nel luogo di pagamento come condizione della condanna: oggetto della condanna, il *quanti ea res erit*.

La formula del TREPTOW è: « *Titius iudex esto: Si p. N^m N^m A^o A^o Ephesi dare oportere nisi arbitrato tuo Ephesi ea pecunia solvatur satise fiat eo nomine, quanti alterutrius interest Ephesi potiusquam Romae dari, tantas pecuniae condemna, s. n. p. a.* »; a questa il TREPTOW contrappone la formula della *condictio certi*: « *Si p. N^m N^m A^o A^o C. d. o. iudex C. c. s. n. p. a.* » osservando che senz'uopo di ulteriori spiegazioni emergerà dal confronto delle due formule l'essenziale deviazione della *arbitraria* da quella della *condictio certi* e se ne potrà dedurre senz'altro l'aiuto che apporta l'*arbitraria* nello stato delle cose.

Il VOIGT si occupa dell'argomento nel III vol. della sua ampia opera *Il jus civile ed il jus gentium dei Romani* 1871-1875, ed a pagina 919 di questo volume ci dà la seguente formula dell'*actio de eo q. c. l.*: « *Si paret N^m N^m A^o A^o decem Ephesi dare oportere iudex quanti ea res erit, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o condemnato nisi Ephesi solvat s. n. p. a.* »: questo insigne cultore del diritto romano considera pertanto il valore della prestazione in Efeso, luogo dove questa si deve eseguire, e senz'altro opina che nella *condemnatio* il giudice ne stabilisca l'importo a carico del convenuto se egli non preferisce eseguire in Efeso l'obbligo suo. È una formula semplice, nella quale però si fa astrazione completa da quasi tutti i passi delle fonti più interessanti e che non rende ragione della natura particolare dell'*actio de eo quod certo loco* fra le azioni arbitrarie.

Prima di esporre la formula del LENEL ed i motivi che la rendono fra tutte quella che, a mio avviso, merita di essere seguita, accenno brevemente anche alla formula proposta dal JOUSSERANDOT nella sua poco fortunata e poco seria opera *L'édit perpetuel*. Paris 1883 vol. I pag. 62.

Il JOUSSERANDOT fra i moderni è il solo che abbia osato proporre anche l'editto del pretore, nel quale si prometteva la formula; questo editto sarebbe stato concepito così: « *Si quis certo loco, sibi dare stipulatus esset, cum reus non accederet neo satisfaceret, adversus eum, ut arbitrio iudicis condemnatur, utilem actionem dabo* ». (Fra gli antichi, oltre il NODT citato dal nostro GLÜCK, avevano fatto congetture sulle parole dell'editto il MAGNUS (*Ration. et diff. iur. civ.* lib. I cap. XIV nel tesoro di MEERMANN III pagine 280-292), il RANCHIN (*Edictum perp. restitutum* D. h. t. pag. 248 nel tesoro di MEERMANN), il WESTENBERG (citato dal DE WEYHE) (*Libri tres Edicti*), ma di poco valore).

Queste parole sono, per la maggior parte, suggerite all'autore dalla L. 1 D. h. t., e la formula viene così proposta:

« *Judex esto. Si paret N^m N^m A^o A^o Ephesi illud dare oportere, quanti arbitrato tuo alterutrius interfuerit eam pecuniam Romae potius quam Ephesi dari, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.* ».

È nè più nè meno la formula del RUDORFF coll'indicazione del luogo di pagamento nell'*intentio*: in quanto all'editto è già molto averlo qui ricordato, più per diligenza, che perchè meriti in sostanza di essere ritenuto un tentativo riescito di ricostruzione.

Finalmente, secondo il LENEL, la formula è da concepirsi coll'*intentio in ius* coll'indicazione del luogo di pagamento, e quindi:

« *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem Ephesi dare oportere* ».

Il LENEL trova in ULPIANO tutti gli elementi per questa *intentio*; il luogo di pagamento *Ephesi* è indicato nella L. 2 §§ 1-4 h. t., il *dari* nella L. 2 § 5, l'*oportere* nella L. 2 §§ 6 e 7 e giustifica questa prima parte della formula anzitutto per la natura della cosa: « non esisteva un motivo ad un ulteriore mutamento della *intentio*, della *condictio certi* »; in secondo luogo colla intitolazione del lib. XIII tit. IV del D. *de eo quod c. l. dari oportet*; poi la circostanza che l'*agere* della nostra *actio* viene designato quale *agere adiecto loco* ed in confronto a ciò quale *pura* la *intentio* della *condictio*; infine

decisiva la L. 2 § 7 h. t., poichè qui viene basata l'attinenza dell'*actio de eo q. c. loco* espressamente per ciò *ideo peti potest*; che nel caso del frammento *liberatio non contigit*, cioè che perdura il civile *dari oportere*; deve quindi questo *dari oportere* essere il presupposto della vera *intentio* della nostra azione.

In quanto alla seconda parte della formula, la *condemnatio*, il LENEL dapprima l'aveva ricostruita nel seguente modo:

«... *iudex arbitratus tuo N^m N^a A^o A^o condemna si non paret absolve* » in base alle parole di ULPIANO, L. 2 § 8 h. t.: « Julianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem... ».

In ciò aveva veduto la prova che la considerazione dell'interesse del luogo processuale nella nostra azione era stata introdotta dalla scienza e che non era quindi preveduto espressamente nella formula: aveva trovato la conferma di ciò nel § 33 *Inst. de act.*, dove nella indicazione della nostra azione è detto solo che il giudice possa preoccuparsi dell'interesse del luogo del convenuto e quindi costruir una formula da cui risultasse la possibilità nel giudice di tener conto dell'*utilitas promissoris* senza escludere quella dell'*utilitas actoris*, innovazione di LABEONE; per tal modo la formula riesci al LENEL imprecisa.

Ma, in seguito ad ulteriori ricerche, il LENEL si convinse che la *condemnatio* doveva espressamente riflettere l'interesse delle due parti, e sia dalle parole della L. un. C.: « In qua venit aestimatio quod alterutrius interfuit suo loco potius quam in eo solvitur solvi », sia dal trovarsi nella L. 8 h. t. la stessa frase « quanti eius vel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi », sia perchè in relazione all'interesse del convenuto, così pure si esprime la L. 2 § 8 h. t. « si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur », sia infine perchè ULPIANO nel proemio della L. 2 pr. h. t. pone la massima « arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, maioris pecuniae fit... » il LENEL, tenuto conto di queste concordi attestazioni delle fonti opina che si debba essere senza dubbio propensi a ritenere le parole della citata L. un. Cod., quale esempio per la ricostruzione della *condemnatio*, dato che si riesca a conciliare quei rapporti in apparenza contraddicentesi, il che non gli sembra difficile. In primo luogo egli osserva che il § 33 *Inst. de act.* IV, 4, non tratta dell'*actio de eo q. c. l.* in tutte le sue parti, ma solo quale mezza per chiedere il pagamento di un debito in un altro luogo da quello fissato dalle parti senza incorrere nei pericoli della *plus petitio loci*: siccome però le conseguenze della *plus petitio loci* originano dalla considerazione dell'interesse del luogo del convenuto, così era naturale che nelle Istituzioni, indicandosi la nostra azione, si rilevasse nello stesso tempo che qui quell'interesse del luogo non era eventualmente trascurato, ma se ne tenesse conto in altra maniera: non c'era invece ragione perchè si considerasse in quelle il possibile interesse del luogo dell'attore. In quanto poi alle parole della L. 2 § 8 h. t. prima citate: *Julianus Labeonis*, ecc., queste si possono interpretare in modo non solo da contraddire la supposizione di una *condemnatio* relativa al *quanti alterutrius interfuit*, ma anzi di appoggiarla in modo essenziale. Basta supporre che GIULIANO in questo frammento sia citato non quale semplice autorità, ma quale *redattore dell'editto*, che in tale veste riproducesse una critica di LABEONE all'editto più vecchio. « Nessuno potrà negare la possibilità di tale interpretazione, che concorda anzi perfettamente colle parole. E si avrebbe così un rapporto sullo sviluppo storico del testo della formula, il quale proverebbe addirittura la coesistenza di questa col *quanti alterutrius interfuit* ».

Rimarrebbe ancora una certa tal quale incertezza, perchè al giudice viene ingiunto di basare la sua stima sull'interesse di una delle parti, ma non gli viene detto a quale di queste due deve appigliarsi: ed è appunto questa la chiave per la spiegazione del vero significato dell'indole arbitraria della nostra azione, sul quale ci siamo sopra intrattenuti.

In base al senso la *condemnatio* può solo essere stata concepita chiaramente così:

« *N^m N^m A^o A^o decem aut si quid alterutrius interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi, tanto pluris minorive c. s. n. p. a.* ».

A questo modo di concepire la formula può essere riferito ciò che dice ULPIANO nella L. 2 § 8 h. t.:

« Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat. . . ».

Era compito dell'*officium iudicis* di decidersi fra le tre possibilità che gli erano permesse dalla formula.

Dell'editto che precedeva la nostra formula mancano le prove nelle fonti: il LENEL credeva un tempo di averne trovato una traccia nelle parole del § 33 Instit. *de act* 4, 6:

« Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo, ut sibi detur, stipulatus est, pura actione recte agit, *idque etiam praetor monstrat*, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori », ma data la formula, di cui sopra, queste parole possono essere a preferenza riferite di conformità alla lettera di quest'ultima, e sembra più cauto l'astenersi da ogni congettura riguardo all'editto stesso (veggasi sul rapporto fra l'editto e la formula il dotto libro del Wlassak, *Edict und Klageform*. Jena 1882 e la nota *a* al § 498 del lib. V tit. I di questo *Commentario* scritta dall'illustre BRUGI).

Mi resta ora da accennare brevemente alle varie possibilità della applicazione dell'*actio de eo quod certo loco*, ai *fora*, avanti i quali, detta azione poteva essere esperita, ed infine allo sviluppo di questo mezzo processuale nella procedura *per formulas* e nella procedura successiva fino a GIUSTINIANO.

In quanto all'applicazione dell'*actio de eo quod certo loco* giova tener presente che quest'azione fu introdotta per sostituirne altra, la quale non si poté esperire per l'assenza del debitore; converrà quindi di ricercare a quale categoria di azioni doveva appartenere l'*actio* sostituita per lasciare posto alla possibilità di esercizio della nostra azione arbitraria.

Dalla L. 2 § 1 D. h. t. si rileva che il primo e più regolare caso di applicazione dell'*actio de eo quod certo loco* si fu riguardo all'azione che derivava dalla stipulazione (Glück § 846): « Haec autem actio ex illa stipulatione venit, ubi stipulatus sum a te Ephesi decem dari », quindi se si trattava di dare un *certum*: nulla infatti di più *certo* secondo i principi del diritto romano di una somma di danaro; *certum* poteva però essere, oltre a *certa pecunia*, anche *certa res* e per tutti e due questi oggetti era applicabile l'*actio arbitraria* come GAIO ci insegna. Solo è verosimile che dapprima si usasse solo per la *certa pecunia*, ulteriormente per la *certa res*. Invece data l'alternativa *decem aut homo* conviene distinguere: se il creditore ha la scelta, questa esercitata, si ha il *certum*.

Quando la scelta spetta al creditore si può dire che egli ha convenuto una cosa certa, perchè tanto per l'una che per l'altra è la sua stessa azione che determina la prestazione cui è obbligato il debitore. Così ULPIANO nella L. 75 § 8 (libro XXII *ad Edictum*) D. *de verb. oblig.* 45, 1 (veggasi LEONI, *La teoria dei diritti e degli obblighi div. ed indiv.* Padova 1887 pag. 65). Veggansi anche le L. 7 § 1; L. 8 D. h. t.; L. un. C. 3, 18; § 33 Inst. (IV, 6).

La *stipulatio certi* è per il CORN il caso modello (op. cit. pag. 53) dei giureconsulti, ma non l'unico; sono infatti espressamente nominate le azioni dal legato *per damnationem* (L. 5 D. h. t.) di cui dirò poi, e dal mutuo. L. 6 D. h. t.: « . . . aut mutua pecunia sic data fuerit, ut certo loco reddatur ». In tutti questi casi l'azione relativa da sostituire è la *condictio*. In quanto poi al caso della *condictio triticoaria* per *omnis certa res praeter pecuniam numeratam* è notevole che la sua formula contiene già la indicazione alla stima *quanti ea res est*, chè se la prestazione della cosa non avveniva in sua vece dovevasi darne il valore.

Qui però non si ha ancora la considerazione dell'interesse del luogo che troviamo invece nella nostra *actio arbitraria*, la quale può ravvisarsi in certo qual modo anche quale completamento della *triticaria*.

Sono invece escluse dalla possibilità di essere sostituite dall'*actio arbitraria* le azioni di buona fede e lo sanziona espressamente il § 1 della L. 7 D. h. t.: « In bonae fidei iudiciis etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex empto vel vendito vel depositi actio competit, non arbitraria actio ».

È ciò perchè coll'introduzione dell'*actio arbitraria* si ebbe in mira di permettere al creditore l'esercizio del suo diritto senza il pericolo di perderlo; nei casi nei quali il creditore poteva esperire un'azione di buona fede, non correva il pericolo di incorrere in una *plus petitio*: questo il perchè della decisione di PAOLO. Certo si può qui obiettare che non accordandosi l'*arbitraria* si toglie al debitore il vantaggio che egli risentirebbe ottemperando alla pronunzia del giudice, mentre quando contro di lui si esperisce l'*actio bonae fidei* egli è condannato se risulta provata la domanda dell'attore. Per le azioni di buona fede però che hanno per obbiettivo una restituzione si può rispondere che in questo caso erano arbitrarie (veggasi SAVIGNY, op. cit. vol. V § 223) e se si ammette che anche le altre possono diventare arbitrarie nel senso che non c'è ostacolo a che il giudice investito di un potere di apprezzamento assai esteso possa ordinare al convenuto di obbedire ad un *arbitrium* che egli stabilirà, se intende essere accolto; non resterebbe a carico del convenuto che la differenza fra l'*obbligo* del giudice nell'*actio arbitraria* di tener conto dell'interesse delle parti e la *facoltà* di farlo nelle azioni di buona fede.

Indubbiamente però i Romani non avevano a preoccuparsi del vantaggio eventuale che poteva derivare al debitore dall'esser giudicato piuttosto in base all'*actio arbitraria* che in base a quella derivante dal contratto di buona fede.

Non si applicava l'*arbitraria* neppure quando l'attore aveva a sua disposizione la *condictio incerti*: è PAPIANO che lo insegna nella L. 43 lib. XXVII *Quaestionum D. (de iudiciis)* 5, 1:

« Eum qui insulam Capuae fieri certo tempore stipulatus est, eo finito, quocumque loco agere posse in id quod interest constat » (veggasi contra DONELLO, il quale opinava che fosse applicabile l'*arbitraria* anche nelle obbligazioni che avevano per oggetto un *incertum*).

L'*actio arbitraria* poteva sostituire l'*actio de pecunia constituta*? Si può dedurre una risposta affermativa dalla L. 16 § 1 ULPIANO lib. XXVII *ad Edictum D. de pec. const.* 13, 5?

« Sed et certo loco et tempore constituere quis potest, nec solum eo loc posse eum petere, ubi ei constitutum est, sed exemplo arbitrarie actionis ubique potest ».

Questa legge dice solo che può convenirsi nel *constitutum* la prestazione in luogo determinato; e che l'azione relativa si può esperire anche fuori di questo luogo e precisamente *exemplo arbitrarie actio*. Fu un errore quello degli antichi scrittori (così della glossa di ACCURSIO, di BAROLO, di NOODT e del nostro GLÜCK § 846) di interpretare questa legge nel senso che anche per il *constitutum* con luogo determinato per il pagamento potesse applicarsi l'*actio arbitraria* invece dell'*actio de constituta pecunia*.

Tutt'al più si può ammettere col COHN (op. cit. pag. 56) che quando si trattava di *constitutum* con luogo di pagamento precisato, si potesse allo scopo di esperire l'azione *de constituta pecunia* fuori di questo, rilasciare la formula con indicazione nell'*intentio* del luogo di pagamento convenuto ed il fatto della inesecuzione nel seguente modo: « Si paret N^m N^m A^o A^o decem Ephesi soluturum se constituisse... neque soluisse Ephesi... ».

Tenuto conto che ormai si considerano distinte le *actiones in factum conceptae*, dalle azioni di buona fede può ritenersi che l'*actio de constituta pecunia* potesse nella sua qualità di *actio in factum* eventualmente assumere la qualifica di arbitraria mai

però arbitraria nel senso dell'*actio de eo quod certo loco* (veggasi SAVIGNY, op. cit. vol. V § 216).

Sono contrari specialmente il KELLER, *Diritto civ.* § 33 c. 354 e seg. e il BEKKER, *Azioni* vol. II pag. 136 e seg.

Da ciò può altresì facilmente desumersi che sia così avvenuto nei casi di comodato e di deposito, di cui le formule sono concepite anche in fatto (GAIO, *Comm.* IV § 47; L. 3 § 1 ULPIANUS lib. XXVIII *ad Edictum D. Commodati vel contra* 13, 6; L. 1 §§ 16, 40 ULPIANUS lib. XXX *ad Edictum D. depositi vel contra* 16, 3) e fors'anche nella formula *ex recepto nautarum* (veggansi sull'*actio ex recepto* le sapienti note dell'illustre LAN- DUCCI al § 494 di questo *Comment. alle Pandette* lib. IV).

Nessuna applicazione dell'*actio arbitraria* può verificarsi nelle *actiones in rem* ed in quelle *ex maleficio* (COHN, op. cit. pagine 57-58).

Quid relativamente all'*actio ad exhibendum*? Manca anche in questa un Foro speciale per la prestazione; si deve quindi ritenere inapplicabile l'*actio arbitraria* (veggasi DEMELIUS, *Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*. Weimar 1858 e DEMELIUS, *Exhibitionsficht* pag. 19 e seg.; quest'ultima opera citata dal COHN, op. cit. pag. 59).

In quanto riguarda l'*actio iudicati*, siccome non si è riesciti ancora a ricostruirne la formula neppure approssimativamente è possibile la congettura che se fosse stata in *factum concepta* si potesse *exemplo arbitrarie actionis* trovare nella sua *intentio* la stessa ammissione per la presentazione dell'azione all'infuori del luogo di pagamento.

Da ultimo per il legato la L. 5 h. t. di PAOLO dice espressamente « si heres a testatore iussus sit certo loco quid dare, arbitraria actio competit »: trattasi in questa legge, l'unica che si occupi dei legati in relazione all'*arbitraria*, del legato *per damnationem*, come lo dimostrano le parole della legge stessa (TREPLOW, op. cit. pag. 45).

Solo questo legato ammette l'*arbitraria*, perchè l'azione che si accorda al legatario è tanto *in personam* (contrariamente a quella che si accorda nel legato *per vindicationem* e *praeceptionem*) quanto *certa* (L. 9 § 1 ULPIANUS lib. XXVI *ad Edictum D. de rebus creditis*, ecc. 12, 1; GAIO, *Comm.* II § 204) (contrariamente a quanto avviene nel legato *sinendi modo*).

Va da sé che se oggetto del *legatum per damnationem* fosse stato un *incertum*, l'*arbitraria* non avrebbe potuto essere esperita.

Nel diritto giustiniano però essendo stati pareggiati i legati ai fedecommessi *ut nulla sit inter ea differentia*, non è rimasta nessuna ragione per l'uso dell'*arbitraria* nel legato.

Per le obbligazioni di buona fede, e tali sono ormai i legati, anche PAOLO aveva espressamente esclusa l'*arbitraria*.

In quanto all'applicazione dell'*arbitraria* anche nelle altre azioni di stretto diritto non nominate, il FABRO opina negativamente: ritiene cioè applicabile l'*arbitraria* solo nei casi indicati nel nostro titolo delle Pandette.

Una speciale controversia si è discussa sull'applicazione dell'*actio arbitraria* ai riguardi dei cosiddetti contratti innominati. Mentre il FABRO sostenne la negativa, il BACCHOVIO ammette senz'altro l'applicazione dell'*arbitraria* e l'ammette il VOET almeno per il caso *facio ut des certo loco*.

La diversità delle opinioni dipende fra altro dal modo diverso di considerare l'indole dei contratti innominati, se di diritto stretto o di buona fede, e su questo punto discordano anche gli scrittori moderni. Il KELLER li ritiene completamente di buona fede (op. cit. § 42 pag. 187), il RUDORFF *stricti iuris* (*Storia del dir. rom.* § 42 pag. 151 n. 23); cf. anche PUGHTE, *Pandette* § 165 e seg.

Del resto, osserva il TREPLOW, e giustamente, non contraddice a ciò il fatto che i casi i quali si concepissero *do tibi C. ut des mihi C. Ephesi* possono parere ben adatti per l'applicazione dell'*arbitraria* e disadatti gli altri *facio ut facias, do ut facias certo*

loco, perchè se dovesse costruirsi la formula per il caso *do tibi C. ut des mihi C. Ephes* questa dovrebbe concepirsi così: « *Ea res agatur, quod As As No No C. ea lege dedit ut sibi C. Ephesi daret, quidquid ob eam rem paret N^m N^m A^o A^o dare facere oportere (ex fide bona) ejus iudex c.* ».

L'*actio* da sostituirsi sarebbe stata l'*actio civilis in factum seu praescriptis verbis*, e cioè una azione che conteneva nella *demonstratio* la esposizione del fatto.

Ne deriva quindi in base a quanto si è detto sull'indole dell'*arbitraria*, che essa non è assolutamente ai contratti innominabili applicabile (veggansi ACCARIAS, *Theorie des contrats innommés*, ecc. Paris 1866; Van WETTER, *Les oblig. en d. r.* Gand 1884 II § 117; MAYNZ, *Cours de droit romain* IV ed. Bruxelles 1877 vol. II § 243; SERGI, *La teoria generale dei patti e dei contratti*. Messina 1884 cap. IV pag. 125; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* vol. II § 235 e nota relativa; SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni*. Padova 1868 pag. 348 e seg.).

In quanto alla questione: dove il creditore possa esperire l'*actio arbitraria*, si vedrà nel testo § 846, che il nostro GLÜCK segue l'avviso più razionale sull'interpretazione delle frasi *alio loco, quolibet loco, quocumque loco, ubique*. Sarà nondimeno opportuno soffermarsi un poco in proposito.

Due opinioni stanno di fronte. Alcuni, e cioè BARTOLO, FABER, MORNACIO, KELLER opinano che il creditore possa esperire la sua azione dove gli piaccia. « *Generalitas dictarum legum, quae hoc expresse dicunt* » è il motivo addotto da BARTOLO quanto alla L. 16 § 1 ULPIANUS lib. XXVII *ad Edictum D. de const. pec.* 13, 5 e alla L. 43 PAPINIANUS lib. XXVII *Quaestionum D. de iud.* 5, 1.

Opina il FABRO che « eum qui nullo certo loco debeat quocumque loco conveniri posse » e si richiama alla L. 43 D. *de iud.* 5, 1, ed alla L. 27 PAULUS lib. XXVIII *ad Edictum D. de conditione indebiti* 12, 6.

Questi scrittori si appoggiano altresì alle parole « *alio loco petenti proponitur arbitraria actio* » del § 33 Inst. 4, 6 ed alla L. un. Cod. *ubi conveniatur qui certo loco dare promisit* 3, 18: « Qui certo loco se soluturum pecuniam obligat, si solutionis satis non fecerit, arbitraria actione et in alio loco potest conveniri: in qua venit aestimatio quod alterutrius interfuit pro loco potius quam in eo in quo petitur solvi ».

Queste espressioni così generali fecero supporre che il creditore potesse procedere ovunque egli trovasse il debitore coll'*actio arbitraria*, quindi anche davanti un giudice in altro caso incompetente.

Il TREPLOW obietta quanto all'idea di BARTOLO che ciò che egli scrive implica una interpretazione restrittiva, e quanto al parere del FABER che non è vero possa il debitore *ubique solvere* come questo desume dalla L. 137 § 2 VENULEJO lib. I *Stipulationum D. de verb. obl.* 45, 1 per servirsene come argomento per l'*ubique agere*: la L. 137 § 2 sottintende la frase *volente creditore* (veggasi anche la L. 122 pr. SCAEVOLA lib. XXVIII *Digestorum D.* 45, 1 e VOET, *Comm. alle Pandette*. Venezia 1847 vol. II pag. 579).

Neppure la L. 19 § 4 ULPIANO lib. LX *ad Edictum D.* 5, 1 sta a favore del FABRO; anzi conforta l'interpretazione ristrettiva di cui ci siamo occupati.

In quanto alle leggi surriferite che si invocano per l'opinione esposta giova notare che la L. 16 § 1 D. *de const. pec.* 13, 5 dice solo che l'*actio de pec. const. ex emj lo arbitrariae actionis ubique* ... può essere esperita; nella L. 43 D. 5, 1 trattasi di *stipulatio incerta*: « Eum, qui insulam Capuae fieri certo tempore stipulatus est, eo finito quocumque loco agere posse in id quod interest constat »; non può quindi invocarsi a proposito dell'*actio arbitraria* e meno ancora la L. 17 che si occupa della cond. *indebiti*: « Qui loco certo debere existimans indebitum solvit quolibet loco repetet: non enim existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur ».

Altri ritengono con più fondamento che il creditore possa esperire l'*actio de eo g. c. l.* nei luoghi nei quali vi sia un giudice competente per il debitore.

Il che risponde altresì ai principi del diritto romano sulla competenza che vanno qui brevemente ricordati.

È noto l'adagio *actor forum rei sive in rem sive in personam sit actio sequitur*, Frag. vat. § 326; L. 3 Cod. *ubi in rem actio exerceri debet* 3, 19.

Le azioni si dovevano in generale esperire davanti i magistrati, all'autorità dei quali era soggetto il convenuto, e cioè:

a) davanti quelli della città in cui abitava (*domicilium, forum domicilii*);

b) davanti a quelli della *civitas* di cui è cittadino il convenuto (*origo, forum originis*) L. 29 GAIO lib. I *ad Ed. prov. D. ad Municip.* 50, 1.

Quando ai Municipi si estese la cittadinanza romana, si ebbe un doppio *forum originis*; il particolare del luogo di nascita ed il generale di Roma, considerata patria comune. MODESTINO, L. 33 (libro *sing. de manum*) D. 50, 1: *Roma comunis nostra patria est*.

L'attore può a sua scelta citare il convenuto davanti la giurisdizione di una qualunque delle città in cui questi è cittadino od abitante.

Non bisogna dimenticare che in diritto romano il domicilio non rappresentava punto la persona; ed altresì che per citare il convenuto bisognava trovarlo e condurlo avanti il giudice, senza di che non c'era mezzo di agire contro di lui e diveniva impossibile la lite, da cui risulta che il domicilio non presentava interesse che dal punto di vista della indicazione dei magistrati, avanti i quali poteva essere iniziato il processo.

E se le fonti si occupano spesso del *forum domicilii* e raramente del *forum originis* (veggansi le L. 19 § 4 D. 5, 1; L. 29 ULP. lib. V *Opinionum* D. *de inoff. test.* 5, 2; LL. 1, GAIO libro XXIII *ad Ed. prov.*, 2 PAULUS lib. LIV *ad Ed. D. de rebus auct.*, ecc. 42, 5; Frag. vat. § 326; L. 2 C. *de iurisd. omnium jud.* 3, 13; L. un. C. *ubi de hered. agatur* 3, 20; L. 3 C. 3, 19; L. 20 PAOLO lib. LVIII *ad Ed.*; L. 45 pr. PAPIANO lib. III *Resp. D. de iud.* 5, 1; L. 4 C. *ubi causa status agi debeat* 3, 22, ecc.), è senza dubbio a motivo che il *forum originis*, non potendo essere adito se non quando vi si trovava il convenuto, era più generale l'abitudine di fare la causa davanti i magistrati del suo domicilio, dove era più facile e più comodo raggiungere il debitore.

Spiega ciò in modo diverso il SAVIGNY. Egli dice che solo in Italia questa regola trovava applicazione completa, e non nelle provincie, in cui i magistrati municipali non avevano giurisdizione; non poteva dunque esservi giurisdizione fondata sul diritto di città, mentre l'idea astratta del domicilio si applicava così bene al territorio della provincia e per conseguenza alla giurisdizione del suo governatore, come al territorio di una città. E cita in appoggio le LL. 19 § 4 D. 5, 1 e 29 § 4 D. 5, 2.

In luogo di essere domiciliati nelle città, lo si era nella provincia, di cui la città formava parte.

Il convenuto poi dev'esser citato nel luogo, dove è attualmente e non in quello, in cui era in precedenza domiciliato, e ciò perchè il domicilio può cambiarsi (L. 20 PAULUS lib. XXIV *Questionum* D. *ad Municipalem* 50, 1) e con questo cambiasi la giurisdizione, mentre la giurisdizione dell'origine non cambiasi, perchè non si può rinunciare alla propria origine nè cambiarla per sottrarsi ai pesi che ne risultano (L. 6 pr. ULP. libro II *Opinionum* D. *ad Municip.* 50, 1. Nè la L. 2 C. 3, 13, può contraddire alla suesposta massima; essa va intesa nel senso dato da DONELLO che la legge così: « vel tempore contractus ibi interpositi habuit » e che cioè il convenuto deve seguire il Foro del luogo, dove aveva il domicilio nel momento del contratto; non perchè era in quello in precedenza domiciliato, ma perchè là aveva contrattato ed è costante che ciascuno può esser soggetto alla giurisdizione del luogo, in cui il contratto è stato fatto (L. 19 §§ 1 e 4 D. 5, 1; LL. 1, 2 già citate; L. 3 GAIO lib. XXIII *ad Ed. prov.* D. 42, 5), in quest'ultima L. 3 GAIO dice non nel luogo in cui è stato concluso, ma dove *solvenda est pecunia*.

Se così non fosse, il convenuto potrebbe essere citato, sia nel nuovo che nel vecchio domicilio ed anche in altro luogo, se il contratto fu concluso in quest'ultimo, il che è inammissibile: tengasi fermo dunque il principio relativo al domicilio attuale, ed al vecchio solo quando in via eccezionale in quello può essere chiesta la esecuzione del contratto (veggasi la L. 125 GAIQ lib. V *ad Ed. prov.* D. 50, 17).

c) Avanti il magistrato del luogo, in cui per volere delle parti espresso o tacito fu portata la lite e che abbia la opportuna *iurisdictio*: per volere tacito, se, per esempio, fu tratto alcuno avanti un giudice incompetente, ed egli non abbia opposto la *praescriptio fori*.

d) In base poi a speciali rapporti contratti dal convenuto in un territorio diverso dal suo, poteva essere anche citato avanti il giudice del luogo, in cui il contratto fu concluso *forum contractus, forum solutionis*.

Se a favore del convenuto esistono più Fori, di regola spetta all'attore la scelta del tribunale, dinanzi a cui vuole chiamarlo (L. 2 § 3 D. h. t.; VOET, h. t. § 66; MEVIUS, p. III dec. 20 Frat. BECHMANNORUM, *Consil. et decis.* p. I res. I n. 13 p. 25; G. Christ. WINTER, *Diss. de electione fori*. Altorfii 1725; MALBLANC, § 149), eccetto che il convenuto non abbia un *privilegium electionis fori*, mediante cui egli, fra più tribunali competenti nella causa, possa indicare quello, dinanzi al quale, egli, nei casi di cui trattasi, vuol essere citato (veggasi questo *Comm.* § 509 lib. V tit. I).

In merito alla prima opinione è evidente che l'*ubique* e le altre espressioni indicate devono interpretarsi nel senso che il creditore ha la scelta del luogo, in cui intende esperire l'azione, purchè il magistrato di questo luogo sia competente ai riguardi del debitore a conoscere dell'azione, nel caso in cui il luogo del pagamento non sia stato determinato (veggasi la L. 19 pr. ULPIANO libro *sexagesimo ad Edictum D. de iud.* 5, 1). Infatti sarebbe strano che colui, il quale ha promesso in un luogo determinato, oltre all'essere in conseguenza dell'*actio arbitraria* che si esperisce privato del *forum contractus*, possa essere citato davanti a qualunque giudice, diventando proprio a disposizione del creditore, mentre chi si è impegnato senza stabilire luogo di pagamento non può essere chiamato che davanti a un giudice competente a base delle regole suindicate. (TREPTOW, op. cit. pag. 53).

Non ci sarebbe ragione di trattare il debitore come il BAROLO vuole *ad fugitivi similitudinem* e di considerarlo un *vagabundus*, mentre egli merita, come appare dai giuristi romani, speciale riguardo. Si noti che il debitore non è libero di pagare se non nel luogo destinato per il pagamento (cf. L. 9 h. t.): come si poteva accordare quindi al creditore un diritto così esteso, come sarebbe quello di chiamare il debitore in giudizio ove gli fosse piaciuto? Arrogare che GAIQ ci lasciò scritto nel lib. V *ad Ed. prov.*: « Favorabiliores rei potius quam actores habentur » L. 125 D. *de div. reg. i. a.* 50, 17.

È quindi a ritenersi preferibile quanto già DONELLO scrisse: « Probo Joannis, Azonis, Accursii sententiam, quae et vulgo magis recepta est, in posterioribus locis illa quovis loco et ubique sic interpretanda esse quovis loco idoneus seu quovis i. es. et in eo ubi dari debuit et alio etiam; eo tamen in quo si locus adjectus stipulationi non esset, debitor conveniri potuisset ». Lo seguono tutti gli altri giureconsulti (veggasi RUDORFF, *R. Rg.* II 143). Ma pur interpretando in questo senso si vide nel GLÜCK che alcuni scrittori sostengono però potersi l'*arbitraria* esperire solo *loco domicilii* ed altri (possono agguingersi agli scrittori citati dal GLÜCK, il COSTALIUS (*Adversaria ad XXV lib. princ. Pand. h. t.*) e l'ENGELBRECHT (*Compend. Iurispr. ad h. t. Pand. lib. XIII §§ 6-8* indicati dal TREPTOW, op. cit. pag. 56) anche nel Foro contrattuale.

Ritorno ora brevemente sullo scopo dell'*actio de eo quod certo loco* in relazione alla *condictio*. In sostanza con tutti e due questi mezzi processuali si agisce per la tutela del diritto alla prestazione dell'obbligo convenuto, ma nel luogo dove si esperisce l'azione, se coll'*arbitraria*; nel luogo di pagamento determinato se colla *condictio*, nella prima si tien conto dell'interesse, mentre nella *condictio* di questo non si può occuparsi.

Anche altri scrittori (oltre il GLÜCK e quelli da lui citati), il THIBAUT (*Pandekten* § 654 n. 1); FRITZ (*Erläut. su Wening-Ingenheim; Lehrbuch* parte III pagine 122-123); UNTERHOLZNER (*Schuldverhältnisse* vol. I pag. 223); ARNDTS-SERAFINI (*Pandette* § 221 e note relative), accettano queste idee sul rapporto fra i due mezzi processuali, ritenendo che l'*actio arbitraria* non possa esperirsi che fuori del luogo di pagamento convenuto (§ 33 Inst. 4, 6; L. 2 pr. § 8; L. 3 D. h. t.; L. un. Cod. 3, 18). E fin qui non c'è nulla a ridire; è invece impossibile (ed è nel non ammettere questo che consiste l'errore degli antichi scrittori, non ancora abbandonato totalmente dai moderni) la conseguenza, che se ne vuol dedurre, e che cioè conforme l'*intentio* fosse anche la *condemnatio* diretta alla esecuzione della prestazione, oltre l'interesse del luogo, dove si esperisce l'azione; mentre la *condemnatio* del processo romano si riferisce naturalmente solo alla *aestimatio*.

Il COHN va anche più in là: egli opina che si possa chiedere, sia la *condictio*, sia l'*actio arbitraria*, per procedere nel luogo di pagamento convenuto; per quanto ciò non corrisponda colle necessità che hanno indotto il pretore ad introdurre l'*actio arbitraria* stessa: questo Autore osserva che nel processo romano l'assenza del debitore non rimase sempre quale ostacolo all'esercizio del diritto del creditore ed in relazione poi alla divisione del procedimento nei due stadii *in iure* ed *in iudicio*, esamina separatamente queste due fasi della lite; si pronunzia senz'altro per la possibilità che nel periodo delle formule il creditore potesse richiedere *in iure* l'*actio arbitraria* anche quando si trattava di procedere nel luogo fissato di pagamento, mentre arriva alla stessa conclusione per la seconda fase processuale, tentando con sottigliezze di superare gli ostacoli, che le fonti oppongono alla sua interpretazione ed in specie quello della L. 10 D. h. t. Anche il PERNICE combatte nella recensione dell'opera del COHN il parere che l'*actio arbitraria* possa esperirsi nel luogo fissato per il pagamento; tenuto conto altresì di quanto è detto nella L. 4 D. h. t.

Neppure a me sembra accettabile l'opinione del COHN, perchè l'*actio arbitraria* avrebbe cambiato la sua indole, il che non avvenne. (Veggasi sulla contumacia delle parti al giudizio civile nel più antico diritto romano, il BUONAMICI, op. cit. pag. 577).

Concorrono per la tutela del diritto del creditore i due mezzi processuali: il creditore può chiedere l'uno o l'altro: quello che derivagli dalla stipulazione o l'*actio arbitraria*: l'uso dell'uno gli toglie però il diritto di esercitare l'altro per la nota regola *ne bis fiat de eadem re actio*. Se dalla L. 4 D. h. t. infatti risulta che nel caso di deposito è facile l'assoluzione, purchè si dia cauzione, ciò è a motivo che non potendosi più usare la *condictio*, perchè fu già esperita l'*arbitraria*, potesse rimanere al creditore ancora il diritto di esigere in base alla cauzione, che gli venne data. Qualora l'interesse fosse tolto si estinguono le due azioni.

Infine è da ricordarsi che la considerazione dell'interesse, che si verifica nell'*arbitraria* non si appoggia ad una obbligazione speciale, ma sta nella *aestimatio* del giudice in relazione all'obbligazione principale, che costituisca il fondamento del diritto.

Queste idee sono specialmente dedotte dalle LL. 8 e 10 D. h. t.

Scarse notizie ci sono date sull'ulteriore sviluppo dell'*actio arbitraria* dalle Istituzioni e dal Codice giustiniano. Nel Codice trovasi la Costituzione data dall'imperatore MARCO AURELIO SEVERO ALESSANDRO precisamente nell'anno 225 d. C., quindi in un tempo in cui cadono gli ultimi fiori della giurisprudenza romana. DOMIZIO ULPIANO (ucciso nel 228 d. Cr.) e JULIUS PAULUS erano tutti e due sotto ALESSANDRO SEVERO *praefecti pretorio* (Veggasi LANDUCCI, *Storia del dir. rom.* lib. I pag. 154 e seg.). Quale scopo ebbe questa Costituzione? È inverosimile, dice il TREPTOW (op. cit. pag. 10) che l'imperatore abbia voluto far rivivere la destinazione del pretore, perchè gli scritti di ULPIANO e di PAOLO, dai quali è tolta la massima parte dei frammenti del nostro titolo XIII, 4, sono appunto di quel tempo; nè si può ritenere che l'imperatore abbia voluto modificare la dottrina, perchè in fatto non ha cambiato nulla. La dottrina dell'azione sembra ge-

neralizzata, mentre le controversie e le ricerche su questa o quella questione sono trascurate ed il risultato apparisce in breve proposizione compendiato. Verosimile appare che l'imperatore risolvendo le questioni ventilate dai giuristi sull'azione, volle elevarne a regola di diritto il risultato e confermarla una volta per tutte. È possibile anche che egli alla richiedente Heraclida spedisse questa risposta quale regola di condotta e norma nei casi richiesti. Il DONELLO mette altresì come certo che questa Costituzione contiene « summam ejus juris, quod de hac parte propositum est ».

L'azione rimase in vigore anche nel diritto di GIUSTINIANO, senza innovazioni: non ne risultano almeno dalle Istituzioni. In queste, e ciò risponde allo scopo loro di manuale per l'ammaestramento dei giovani, non è fatto cenno di controversie, e quello che forse appare diverso da quanto è detto nelle Pandette, non si riferisce all'importanza dell'azione, ed è da attribuirsi al lavoro impreciso dei compilatori, non a cambiamenti in proposito. Nè devesi in ispecie ciò attribuire all'abbandono del *certo* nella menzione della *stipulatio*, chè al tempo di GIUSTINIANO ciò non è essenziale per l'esercizio dell'*actio de eo quod certo loco*: se ciò fosse stato, nota il TREPTOW (op. cit. pag. 12 n. 24), non se ne sarebbe fatta parola come di cosa divenuta ormai superflua (veggasi COHN, op. cit. § 11 pagine 194-207).

SECONDA APPENDICE DEL TRADUTTORE

AL § 845

« Plus » *petitio*.

BIBLIOGRAFIA. — Gio. WUNDERLICH, *Dissert. sistens theoriam et usum practicum doctrinae de pluris petitione*. Rintelii 1761 (citato da GLÜCK). — L. J. A. BOCQUILLON, *De la plus petition en droit romain*. Saint-Germain-en-Laye 1861. — Emile PARMEN-
TIER, *De la plus petition en droit romain*. Versailles 1870. — Max COHN, *Ueber plus petition*. Berlin 1878 (nei suoi *Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts* Heft I. — Dello stesso, *Die sogenannte actio de eo quod certo loco* (già citato nell'Appendice I pag. 18 seg. — Emile PERRIN, *De la plus petitio*. Paris 1879. — COGLIOLO, *La plus petitio nei suoi rapporti con la res judicata* (nel trattato *Della eccezione di cosa giudicata* vol. I pag. 116). Torino 1883. — Si consulti anche KELLER (trad. CAPMAS), *De la proc. civ.*, ecc. § 44 pag. 193 seg. — ZIMMERN (trad. ETIENNE), *Traité des actions*, ecc. § 178 pag. 521 seg. — BETEMANN HOLLWEG, *Der römische Civilprocess* vol. II pag. 219 seg. — BEKKER, *Die processualische Consumption im Classischen r. R.* Berlin 1853 § 7. — KRÜGER, *Processualische Consumption*, ecc. Lipsia 1864 pagina 66 seg. — MAYNZ, *Cours de dr. rom.* 4.^a ed. Bruxelles 1876 vol. I § 75. — DEMANGEAT, *Cours élém. de dr. rom.* Paris 1866 vol. II pag. 609 seg. — GUGINO, *Trattato storico della proc. civ. rom.* Palermo 1873. — BUONAMICI, *La storia della proc. civile rom.* vol. I. Pisa 1886 pag. 118 seg. — ACCARIAS, *Précis de dr. rom.* Paris vol. II pag. 1110 seg. — BARON, *Pandekten* 7.^a ed. Lipsia 1890 § 265. — WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*. Jena 1888 § 241. — DERNBURG, *Pandekten*. Berlin 1886 vol. III § 62. — STAMPE, *Das Compensationsverfahren in vorjustinianischen stricti juris iudicium* 1886.

Nel *Comm. IV* di GAIO §§ 53-60 si trova fatta parola di casi processuali, in cui *causa cadit, id est rem perdere*, come conseguenza dell'agire di chi *intentione plus complexus fuerit*, e non ostante le lacune del § 53, pare accertato che, secondo GAIO, la perdita della lite e della *res* si verificasse nei quattro modi da lui tassativamente enunciati, coi quali si raffiguravano le eventualità possibili di *plus petere*¹⁾ e precisamente *re, tempore, loco, causa*.

Si noti che nel § 68 GAIO (IV) dice a proposito dell'*argentarius* « quo fit ut, si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat », il che appoggerebbe la congettura di chi vuole che nel § 53 di GAIO fra le frasi *causa cadere*²⁾, *id est rem perdere* ci fossero le parole *ob id*. In quanto poi al fatto che GIUSTINIANO nelle sue Istituzioni ripete il *causa cadebat id est rem amittebat* trattando di chi *plus in intentione complexus*, mentre, come si vedrà, è diverso il carattere delle conseguenze del *plus petere* nel diritto giustiniano, esso dipende da ciò che l'imperatore espone la storia della teoria nel § 33 (IV, 6) fino alle parole *sed haec quidem antea in uru fuerant*, e narra poi le riforme di ZENONE. Al tempo di GIUSTINIANO *rem perdere* non è una conseguenza della *plus petitio* (veggasi COHN, op. cit. pag. 42 n. 2).

Colla lite si perdeva il diritto dedotto in giudizio e, meno che per i minori e salvo si trattasse di errore inevitabile (per esempio se chiesto il pagamento di un legato di dieci è poi scoperto un codicillo che riduce il legato a cinque) non si poteva ottenere in quei casi dal pretore la *in integrum restitutio*.

L'indole della procedura doveva necessariamente produrre questo risultato; infatti nel periodo delle *formulae* l'attore esponeva nell'*intentio* il *desiderium suum* (GAIO, IV § 41); l'oggetto dell'*intentio* veniva dedotto in giudizio e contestato.

Poi la sentenza del giudice basata sull'esito delle prove *hinc et inde* presentate ed in relazione all'alternativa postagli dal pretore *si paret condemna, si non paret absolve*.

Rimasto assodato che il convenuto non doveva ciò che era stato chiesto dall'attore, il giudice pronunciava l'assoluzione del convenuto stesso, anche se questi non avesse opposto la *plus petitio* come mezzo di difesa: quando l'attore non provava il diritto indicato nell'*intentio*, il giudice doveva assolvere, e se quanto formava il vero ed esatto oggetto del diritto dell'attore si fosse riproposto al pretore, e questa volta con *intentio* giusta, il convenuto aveva ormai a sua difesa l'*exceptio rei judicatae*.

Il fatto pertanto di esporre il proprio *desiderium* in modo non corrispondente alla realtà faceva respingere la *petitio* e toglieva all'attore il potere di ridomandare in avvenire quanto gli spettava.

Era una pena od era l'applicazione rigida di una regola di procedura per quanto gravosa all'incauto attore? Se si tien conto che nel periodo delle *legis actiones* e precisamente nell'*actio legis per sacramentum*, quando si giudicava se il *sacramentum* era *iustum* od *iniustum* e la sentenza non pronunciava direttamente sul diritto contestato, ma sul *sacramentum*, il carattere di questo, dapprima religioso per la consacrazione della somma perduta dal soccombente agli Dei, fu poi quello di pena che il soccombente incontrò per avere troppo leggermente incoato il procedimento (veggasi GAIO, *Comm. VI* § 13: «... nam qui victus erat summam sacramenti praestabat poenae nomine...») e

¹⁾ Alcuni si affrettano a correggere in *pluris*, ma nelle fonti la frase è sempre *plus petitio*, e siccome tanto se si considera *petere* verbo che regge l'accusativo, quanto la parola *plus* avverbio, nulla ha di scorretto la frase *plus petitio*, credo sia da preferirsi questa forma all'altra *pluris petitio*.

²⁾ Cic. nell'Or. *Pro Roscio C.* dice ad Hannio suo avversario: « Sic tu, si amplius nummo petisti quam tibi debitum est, causam perdidisti » e nell'opera *De orat.* I, 36 « Alter plus lege agendo petebat... causa caderet ». Veggasi anche PLAUTO, *Mostell.* atto III scena I v. 120 e seg.

la conclusione era che se l'attore avesse chiesto oltre ciò che gli era dovuto perdeva l'importo della scommessa, la lite ed il diritto, si sarebbe inclinati a ritenere che anche nel periodo formale l'agire di chi *plus intentione complexus fuerit* producesse come pena, oltre la perdita della lite, quella della perdita del diritto. Ma non è necessario ricorrere al concetto di pena nel periodo delle formule ai riguardi di chi *plus petit*, mentre la struttura del processo romano spiega da sè ed in modo rigorosamente logico le conseguenze di quel fatto. (Anche il BONJEAN (L. B.) nel suo *Traité des actions* Paris 1845 2.^a ed. t. II § 410 n. 1, dice che dal punto di vista pratico la *plus petitio* è una pena, ma che, sia teoricamente che storicamente, non sarebbe esatto ritenerla tale: la *plus petitio* è semplicemente una conseguenza logica del sistema formulare).

Stabilita la formula colla *intentio* contenente la esagerazione della domanda e contestata la lite il giudice non aveva la facoltà di ridurre la domanda o comunque modificarla ed assolveva il convenuto: non pertanto il diritto era stato dedotto in giudizio, l'azione relativa esperita e consumata; l'attore non aveva che da imputare a sè le conseguenze del suo procedere.

Certo era grave il principio *causa cadere, id est rem perdere*, ma una *lex* speciale che regolasse le conseguenze di una *plus petitio* non può suppirsi: sarebbe stata contraria al genio romano e nessuna traccia se ne riscontra neppure in GAIO così diligente espositore della materia; cosicchè, pur tenuto conto delle lacune del § 53, non mi sembra probabile la congettura del COGLIOLO, che il magistrato respingesse l'azione in forza del comando del diritto civile, per il quale qui *plus petit amplius agere non potest* (op. cit. pag. 118 n. 114): arrogì che potevasi incorrere a propria insaputa nella *plus petitio*: come applicare il concetto di pena in questi casi?

Di più sono deliberatamente in altro luogo esaminate le *poenas temere litigantium*, sia da GIUSTINIANO che da GAIO.

Seguo quindi l'opinione dominante che gli effetti della *plus petitio* sieno il giusto corollario delle regole del diritto processuale *per formulas*: qualche importanza ha altresì l'idea che il rispetto alla legge ed al pretore esigesse ogni diligenza da parte degli interessati, il che non permetteva si ritenesse troppo grave la conseguenza della *plus petitio*, quando era prodotta in giudizio una domanda esagerata, senza distinguere se in buona o mala fede dall'attore. Che se il *rem amittere* fosse stato una pena, questa sarebbe stata iniqua, in specie quando non si conoscevano ancora i mezzi preventivi per evitare la *plus petitio* a tutela dell'attore che ignorando in quella incorresse. Su detti mezzi dirò più sotto.

In quanto alle categorie accennate da GAIO, in base alle quali poteva verificarsi la *plus petitio*, osservo anzitutto che sebbene il giureconsulto PAOLO insegni nelle sue *Sententiae* lib. I, 10: *causa cadimus aut loco aut summa* (invece di *re, summa* è espressione meno comprensiva e meno esatta) *aut tempore, aut qualitate* (invece di *causa*) *loco alibi, summa plus, tempore petendo ante tempus, qualitate eiusdem rei speciem meliorem postulantes*, si comprende facilmente come in sostanza la parola *re* usata da GAIO espliciti meglio, generalizzi la teoria e comprenda in un certo senso anche la *causa cadimus « qualitate »*.

Nella *consultatio veteris cujusdam jurisconsulti* V, 4, si riproduce questo passo di PAOLO.

Finalmente la L. 2 Cod. Hermogen. *de calumniator. et plus petendo* è così concepita: « Plus petitur sicut responsis Prudentum continetur, summa, loco, tempore, causa, qualitate, aestimatione »; ma già lo SCHULTING nella sua *Jurispr. antej.*, osservava che le ultime parole *qualitate et aestimatione* sono semplicemente una spiegazione della parola *causa* e non costituiscono altre categorie speciali di *plus petitio*.

Mi attingo quindi alla enumerazione insegnata da GAIO in proposito e dal raffronto fra i paragrafi di GAIO e le altre fonti, in specie le Istituzioni di GIUSTINIANO, §§ 33, 34, 35, IV, 6 (*de actionibus*), procurerò trarre quelle deduzioni, che meglio siano adatte alla semplicità ed alla rigidità del processo romano.

Va in primo luogo ricordato che il nostro GLÜCK, come altri scrittori antichi, ha a torto creduto, non solo che le varie maniere del *plus petere* sieno state indicate nell'Editto del pretore; ma che l'Editto contenesse uno speciale titolo *de plus petendo*. Come risulta chiaramente anche da GAIO, i modi di *plus petere* vennero dedotti dai responsi dei « Prudenti ».

Nondimeno fra i moderni il JOUSSERANDOT propone addirittura l'Editto deducendolo dal § 53 del *Comm. IV* di GAIO nel seguente modo: « Si quis intentione plus complexus fuerit quam deberetur, non restituum » (op. cit. vol. I pag. 61).

Se già la critica non avesse a buon diritto fatto giustizia dell'intero lavoro del predetto scrittore, basterebbe questa enormezza a convincere della nessuna serietà dell'improba fatica del professore ginevrino.

L'Editto del pretore non conteneva se non le norme relative ai casi speciali di restituzione *in integrum* dalle conseguenze della *plus petitio* e cioè quelli della minor età e della *magna causa iusti erroris*, nonché i casi di *in integrum rest.* contro le conseguenze della *falsa demonstratio*. Vegg. LENEL *das Edictum perp.*, Lipsia 1883, pagine 100 e 101 e note relative e GLÜCK, note al § 232 libro II tit. 13 di questo *Comm.* degli illustri professori FERRINI e SERAFINI, pag. 478 e seg.

Plus petere in senso proprio vuol significare chiedere più di quello che è dovuto; nell'argomento di cui trattasi, conviene altresì interpretare questa frase in modo da comprendere oltre la *plus petitio re*, caso nel quale la espressione è rigorosamente esatta, anche gli altri tre casi preindicati e cioè *causa, tempore, loco*, quando o il creditore precisa da sé la cosa che egli domanda e si tratta di cose generiche, oggetto dell'obbligazione (nella *consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti V, 4* riferendosi il frammento di PAOLO, *Sententiae I, 10*, si ripete: ... *aut qualitate: ejusdem speciem rei speciem meliorem postulando*) o chiede esclusivamente una di due o più cose dovute in modo alternativo, mentre la scelta ne spetta al debitore (*plus petitio causa*): sia ciò che nel momento in cui si domanda o nel luogo in cui si domanda non si è obbligati prestare (*plus petitio tempore, plus petitio loco*).

La espressione *plus petere* pertanto nei tre ultimi casi non risponde esattamente al contenuto.

Nel *Comm. IV* § 55 GAIO chiarisce che non si tratta di *plus petere* quando alcuno chiede *aliquid pro alio*: difatti in questa ipotesi l'attore perde, è vero, la lite; ma siccome la cosa dovuta non è stata dedotta in giudizio, potrà essere quando che sia domandata dall'attore. Vegg. anche il § 35 *Instit. IV, 6*.

GAIO si occupa anche del caso del *minus petere*: il *minus petere* non produce la conseguenza della perdita della lite: *minus autem intendere licet*.

Ora si potrebbe obiettare; anche chi domanda meno, non espone nell'*intentio* ciò che gli è realmente dovuto e com'è che non perde neppure la lite? com'è che può domandare in altro giudizio il resto?

Si risponde facilmente che chi domanda meno, chiede pur non ostante una parte di quanto gli spetta; non c'è danno di sorta per il convenuto, il quale non può avere interesse di ostacolare l'esercizio del diritto avversario e siccome la residua parte del diritto non è stata dedotta in giudizio, così non è consumata l'azione relativa a quella parte: nullameno una certa limitazione incontra l'attore quando vuole esperire le vie legali per ottenere il residuo: egli non può promuovere l'azione, finché non sieno finite le funzioni del pretore, che accordò la prima formula; se il creditore agisce durante la stessa Pretura il convenuto ha a suo favore la *exceptio litis dividuae*, di cui lo scopo è evidente: proteggere il debitore da una serie di procedure parziali. La *minus petitio* non si verifica che in un solo modo: *re*.

Il COME tanto nella sua opera *die sogennante actio de eo quod certo loco* quanto nell'apposito studio sulla *plus petitio* (op. cit. nella bibliografia) esamina il rapporto fra il *plus petere* in senso proprio ed il *plus intendere* ed opina che il motivo, dal quale

derivava la perdita della liti e del diritto, non era in tutti i quattro casi prodotto dall'essersi esposto nell'*intentio* un *plus*: questa ragione viene dal COEN ritenuta seria solo per la *plus petitio* « re »: negli altri tre casi, non potendosi ravvisare un *plus* nell'*intentio*, va ripetuta l'osservazione già fatta per la espressione *plus petere*, cioè che neppure la frase *plus intendere* è esatta. Il COEN pertanto ritiene che i giureconsulti, badando solo alle conseguenze di chi *ante tempus petit*, *alio loco petit*, ecc. compresero nella espressione generale *plus petere* oltre la *plus petitio re* tutte le altre eventualità differenziandole colle parole che ne precisavano l'indole: *plus petere loco*, *plus petere tempore*, *plus petere causa*.

La *plus petitio* nel periodo formulare poteva verificarsi solo quando si trattava di *actiones certae*, sia che fossero in *rem*; L. 76 § 1 (GAIO libro septimo *ad Edictum provinciale*); L. 3 § 2 (ULPIANO libro sexto decimo *ad Edictum*); D. *de rei vindicatione* 6, 1; *Vaticana Frag.* §§ 52 e 53; sia che fossero in *personam* (in queste *actiones* le formule constavano esclusivamente della *intentio* e della *condemnatio*), L. 74 (GAIO *ad Edict. prov.*) D. 45, 1 *de verb. obl.*, GAIO *Comm.* IV § 41: era impossibile nelle azioni di buona fede, nelle quali la formula è sempre concepita coll'*intentio incerta*.

CUIACIO però sostenne il contrario, argomentando dalle L. 4 PAULUS libro tertio *ad Sabinum*; 21 PAULUS libro 1 *Quaestionum D. de compensationibus* 16, 2: il che deve certo attribuirsi alla non completa cognizione del processo formulare romano nelle sue attinenze collo sviluppo storico della compensazione a motivo della mancanza delle Istituzioni di GAIO. (Vegg. GAIO *Comm.* IV § 54; L. 1 pr. CALLISTRATUS libro secondo *Edicti monitorii* D. 11, 1 *de interr. in iure fac.*; CICERO: *Pro Roscio C. c.* 4).

Il GLÜCK opinava che la *plus petitio* occasionasse una pena, e nel § 282 ricorda che diversi reputati giureconsulti sostengono aver avuto luogo la pena quale conseguenza della *plus petitio* nei soli *iudicia stricti iuris* e non pure in quelli *bonae fidei*: non permettendo la equità che si dichiarasse avere l'attore perduto il suo diritto semplicemente per avere domandato di più ed in proposito osserva che nelle leggi, le quali trattano della pena della *plus petitio*, non si fa punto menzione della differenza fra *iudicia bonae fidei* e *stricti iuris* e che d'altra parte le *interrogationes in iure* introdotte presso i Romani, siccome un espediente per evitare quella pena, erano in uso tanto nei *iudicia bonae fidei* quanto nei *iudicia stricti iuris*: conclude sembrargli che la detta opinione dia luogo a molti dubbii.

I dubbii non hanno proprio ragione di essere e l'opinione che non ci sia *plus petitio* nei casi di *actiones incertae* è fondata. Infatti come chiedere di più nei casi, in cui la formula è concretata nel *quidquid adversarium sibi dare facere oportet* od altri termini analoghi? Vegg. Cic. *pro Roscio* 4; KELLER op. cit. § 44 e note relative; BONJEAN op. cit. t. II § 410. È impossibile altresì nella *condictio incerti*, più volgarmente detta *actio ex stipulatu*, nella quale la *intentio* è presso a poco la stessa che nelle azioni di buona fede. Vegg. la L. 75 § 3 ULPIANUS libro vicensimo secundo *ad Edictum D. de verb. obl.* in contr. al § 52 *Vat. Frag.*

Nelle azioni in *factum* invece è sempre possibile la *plus petitio* e produce il suo effetto ordinario: in queste azioni, come è noto, la formula si componeva della sola *intentio* e della *condemnatio*: il KELLER chiama l'*intentio* nelle formule di queste azioni *quasi intentio*: nella *quasi intentio* può benissimo riscontrarsi il *plus* ed alla *quasi intentio* deve pure uniformarsi la *condemnatio*. (Sul significato tecnico della parola *intentio* nelle varie categorie di azioni, vegg. KELLER op. cit. § 39). Ciò si rileva da GAIO che espose e sostiene questa opinione contro quella che in questa categoria di azioni intendeva ravvisare nelle conseguenze della *plus petitio* una *poena temere litigantium* affatto speciale e di diritto positivo, che si diceva applicabile solo nelle *actiones famosae*.

Esaminiamo ora gli effetti di una *plus* o di una *minus petitio* nella *demonstratio*.

Un errore in più o in meno in questa parte della formula, dice lo ZIMMERN, non

poteva nuocere all'attore, perchè nulla egli deduceva in giudizio, nè la *demonstratio* serviva di guida al giudice per la pronunziatione della sentenza come la *condemnatio* in relazione all'*intentio*: da ciò l'adagio *falsa demonstratio rem non perimi* di cui GAIO *Comm.* IV § 58.

Giova ricordare che la *demonstratio* non si trovava di regola che solo in quasi tutte le *actiones in personam inertaes*. (Vegg. KELLER op. cit. § 40). In sostanza è accettato dai più il concetto che qui, come nel caso dell'attore che nell'*intentio* espone *aliud pro alio*, si abbia *aliae rei demonstratio*: la *intentio* della formula non corrisponderebbe alla *demonstratio*: mutati i fatti in più od in meno, certo la lite sarà perduta; ma non il diritto: la causa vera rimane integra e si può *petere* senz'altro. Così interpreta l'adagio surriferito anche il BUONAMICI op. cit. pag. 121 ed opina così anche il GUINO op. cit. pag. 133.

Il MAYNZ tace affatto sul *minus* nella *demonstratio*: in quanto al *plus* opina che non implicasse le conseguenze della *plus petitiō* (op. cit. § 75 n. 19).

Osserva l'ACCARIAS (op. cit. vol. II pag. 1119) che nel caso in cui la *demonstratio* conteneva un *plus* si poteva logicamente dire che la *intentio* doveva risentirsi della esagerazione dei fatti e che quindi l'attore avrebbe dovuto rimetterci il diritto; che però questa teoria siccome troppo severa non prevalse: alcuni giureconsulti bensì l'avrebbero seguita per i casi, nei quali si trattava di azione infamante; ma non parve ragionevole sacrificare l'attore per assolvere il convenuto dalle conseguenze dell'azione infamante contro di lui esperita.

Per converso nel caso in cui nella *demonstratio* si contenga un *minus*, quale motivo speciale ci sarebbe di non considerarlo come dedotto regolarmente in giudizio, salvo e riservato all'attore di esperire avanti la Pretura successiva la sua azione per il residuo?

Se, per esempio, in base ad una stipulazione fossero dovuti cento oppure Stico e Panfilo (*dare oportere*) e per un prezzo unico; quando nella *demonstratio* si parli solo di Stico, GAIO riferisce che in questo caso, secondo LABONE, il compratore potesse chiedere con altra formula Panfilo a motivo che la obbligazione di *dare oportere* Stico e Panfilo si risolve nelle obbligazioni: a) di dare Stico; b) di dare Panfilo (vegg. la L. 33 ULPIANUS libro vicentesimo tertio ad *Ed. D. de actionibus empti venditi* (19, 1) e quindi Stico essere stato validamente dedotto in giudizio.

L'ACCARIAS nota che forse in questo caso la *exceptio litis dividuae* non si considerava applicabile; ma a me pare che non ci sarebbe stata ragione per questa differenza: dato pure che nella *stipulatio* si considerassero racchiuse le due obbligazioni: a) di dare Stico; b) di dare Panfilo, certo l'adempimento non se ne poteva chiedere in parte e la *exceptio litis dividuae* era accordata contro chi avesse violato questo principio. Gli effetti comunque si bilanciavano.

Se neppure il *minus* nella *demonstratio* si fosse ritenuto come dedotto *in iudicium*, la lite era perduta colla condanna dell'attore nelle spese; ma il diritto vero con *intentio* esatta poteva essere senz'altro esperito: se il *minus* era tenuto validamente dedotto, si doveva attendere la successiva Pretura per richiedere il residuo e certo l'attore avrà dovuto rifondere le spese in più causate dalla doppia chiamata in giudizio del convenuto.

Senonchè GAIO opinava che neppure il *minus* potesse ritenersi validamente dedotto e lo seguivano la maggior parte dei giureconsulti del suo tempo: non ne adduce però il motivo per guisa che è lecito congetturare consistesse nel fatto che il giudice dell'*actio empti* doveva tenere conto delle obbligazioni reciproche dei due contraenti che si riferivano alla vendita. In sostanza il compratore che ha diviso la sua domanda non ha assoggettato all'esame del giudice che una parte della sua obbligazione; ma quale parte? Ciò non risulta ed infatti se Panfilo fosse stato venduto solo, di quanto il prezzo 100 sarebbe stato diminuito? Questa difficoltà grave non viene da GAIO risolta. (Vegg. le

L. 17 § 4 PAOLO libro vicensimo nono *ad Edictum* D. 13. 6 *commodati vel contra* e 33 ULPIANO libro vicensimo tertio *ad Edictum* D. 19, 1 *de actionibus empti venditi*), che sembrano dimostrare non essere stata accolta la teoria di GAIO.

L'ACCARIAS però non si dissimula che il motivo suesposto vale solo per le azioni di buona fede ed osserva che solo in queste può sorgere la questione. Più esplicito è il KELLER (op. cit. pag. 193 n. 505 e pag. 195 n. 504) che giustamente rileva come, secondo l'opinione combattuta da GAIO, una *plus petitio* a mezzo della *demonstratio* avrebbe potuto dunque trovar posto in un'*actio depositi in jus concepta* e quindi incerta (GAIO *Comm.* IV § 47) mentre nelle azioni *certae in jus conceptae* non esiste *demonstratio*. Ora nelle *incertae* si vide che non è possibile la *plus petitio*.

Finalmente riguardo alla possibilità della *plus petitio* nella *condemnatio* devesi nel manoscritto di GAIO leggere *positum* invece di *petitum* nel § 57? (Nell'edizione dello STUEMUND si legge *petitum*). Pare che la voce *positum* risponda meglio al concetto della *condemnatio*. Leggono *positum* il BETHMANN-HOLLWEGG, il GÖSCHEN e il LACHMANN nella loro terza edizione di GAIO, Berlino 1842; il PELLAT nel suo *Manuale Juris synopticum*, Paris 1854; il POLENAAR nella sua edizione di GAIO, Lugduni Batavorum 1876. L'HUSCHKE che avea dapprima fatte obiezioni al *positum* nelle *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Inst. des Gaius* (t. XIII della *Zeitschrift für gesch. Rechtswiss.*, Berlin 1846) e nella *Jurisp. Antej.*, accetta ora anch'esso il *positum* nella IV edizione di GAIO, Lipsia 1879.

Il COGLIOLO nel suo *Manuale delle fonti* parte I pag. 331 legge *petitum* ed il GIRARD *positum* (*Textes de dr. r.*, Paris 1890 pag. 270). Io accetto la lezione *positum*.

Nella *condemnatio* pertanto del diritto classico l'errore poteva consistere nello stabilire un importo in più od in meno del dovuto tanto nel caso di *condemnatio certa*, quanto in dati casi, nei quali essa è incerta, per esempio, nell'*actio de peculio legis Aquiliae*, o se l'azione essendo in *simpulum* la condanna si fosse concepita in *duplum* o viceversa.

Le conseguenze di un *plus* nella *condemnatio*, perchè peggioravano le condizioni del debitore, poteano essere tolte: infatti il debitore, provando l'errore, otteneva la *in integrum restitutio*: la formula veniva rettificata. Per converso se nella *condemnatio* era stato posto un *minus*, l'attore (meno se minorenne, perchè se tale, veniva restituito in intero) perde il residuo a motivo che la questione è tutta avanti il giudice e tutta si esaurisce: il magistrato non avea l'obbligo di indicare all'attore che la *condemnatio* alla quale avea diritto, dovea essere più elevata. GAIO *Comm.* IV § 57; L. 7 § 4 ULPIANO libro undecimo *ad Edictum* D. *de minoribus* XXV annis 4, 4. Scomparso il sistema delle formule, rimase nondimeno la distinzione delle azioni in *certae* ed *incertae* e rimase pure la conseguenza della *plus* e della *minus petitio*.

Trascorsero, si può dire, quasi due secoli da che era divenuta di diritto comune la procedura straordinaria, prima delle riforme dell'imperatore ZENONE agli effetti della *plus* e della *minus petitio*.

L'imperatore ZENONE con una sua costituzione (restituita dal CUIACIO *Obs.* XII. 21) stabilì come attesta GIUSTINIANO nelle sue *Istituzioni* §§ 33, 34 IV, 6 *de actionibus*: che l'azione esperita *ante tempus* non sarebbe seguita da condanna; ma nullameno il diritto dedotto in giudizio non si sarebbe consumato. Quale pena l'attore avrebbe dovuto attendere per esperire di nuovo la sua azione, un lasso di tempo doppio di quello che egli non avea rispettato; il suo credito non avrebbe intanto prodotto interessi e prima di riprodurre la domanda, dovea rifondere al convenuto tutte le spese da questi sostenute nel precedente giudizio, L. 1 § 1 C. 3, 10.

La *minus petitio* non impediva più all'attore di completare le sue conclusioni davanti il giudice e di ottenere una condanna conforme al suo diritto, L. 1 § 3 C. 3, 10; *Inst.* § 34, IV, 6.

Il convenuto conservava il suo diritto all'*exceptio litis dividuae*? Certo, per lo scopo di questa eccezione già ricordato.

GIUSTINIANO tenne ferme le disposizioni di ZENONE e le completò stabilendo che l'attore nei casi di *plus petitio re, loco, causa* non perderebbe la lite, nè il diritto; ma sarebbe stato obbligato di pagare al convenuto, il quale non veniva più assolto, il triplo del danno a lui causato dalla *plus petitio* ed in specie il triplo della eccedenza del *salarium* pagato agli *executores* di giustizia. L. 2 C. 3, 10; §§ 24, 33 *Inst.* IV, 6. Al convenuto era accordata all'uopo una *condictio ex lege*.

Però la L. 3 Cod. 3, 10 (anno 532 d. Cr.) era così concepita « si quis certa quantitate sibimet debita super ampliore pecunia per dolum et machinationem cautionem exegerit et ad iudicium debitorem vocaverit, si quidem ante inchoatam litem calliditatis eum poeniteat et veritatem debiti confessus fuerit, nullo eum dispendio praegravari: sin autem et liti praebuit exordium et in certaminibus negotii permanens arguatur de adjecta falsi quantitate, non solum ea, sed etiam toto debito eum fraudari: transactionibus scilicet et secundis confessionibus, sive insinuatæ sint sive non, etiam in hoc casu suam obtinentibus firmitatem: talibus etenim cautionibus hoc obicere non oportet ».

GIUSTINIANO ordinava pertanto che quando con raggiri fraudolenti il creditore avesse voluto cauzione oltre la quantità dovuta ed avesse lasciato impegnare la *litis contestatio* senza avere riconosciuto la verità, perdesse il diritto quale conseguenza della *plus petitio re*. (ZIMMERN è d'avviso che la L. 3 Cod. 3, 10 non dovesse essere messa sotto la rubrica *de plus petitionibus* dovendosi considerare la perdita del diritto quale effetto-pena del dolo commesso dal creditore per aumentare il quoto del suo credito (op. cit. pag. 325 n. 22).

GIUSTINIANO comandò altresì l'applicazione dell'antica conseguenza della *plus petitio* nel caso contemplato dalla Novella XV *de defensoribus civitatum* c. III in fine e c. IV (anno 535 d. Cr.).

Per tal modo in quest'ultimo periodo *plus petitio* si considera qualsiasi esagerazione nel *libellus conventionis*; non si tratta più di un errore, le cui conseguenze sono fatali in relazione alle norme della procedura: ma si ritiene voluta, prodotta spesso da dolo o da raggiri e si colpisce così che resulti intendasi infliggere una vera *poena ut actores, tali poena perterriti* (così il § 10 *Inst.* IV, 13 *de exceptionibus*) *tempora litium doceantur observare*.

Importa ora di accennare che i Romani oltre all'*in integrum restitutio* quale rimedio per riparare le conseguenze della *plus petitio* a favore dei minori e di chi vi incorreva per errore inevitabile, aveano introdotto dei mezzi preventivi, usando i quali si evitava la *plus petitio*: anzitutto il mezzo generale delle *interrogationes in iure* e più specialmente la *incertae partis vindicatio* a preservare dalla *plus petitio re* e l'*arbitraria actio de eo quod certo loco*, dalla *plus petitio loco*. Di questimezzi preventivi e della *exceptio doli* che opposta dal convenuto, se ammessa dall'attore, lo preservava dalle conseguenze del *plus petere*, dirò brevemente nella trattazione più particolareggiata dei singoli modi, dai quali derivava la *plus petitio*.

Passo adesso ad esporre, seguendo l'ordine di GAIO, anzitutto la teoria della *plus petitio re*:

« Re velut si quis pro X milibus quae ei debentur XX milia petierit, aut si is cuius ex parte res esset, totam eam aut majore ex parte suam esse intenderit ». Così GAIO IV § 53. GIUSTINIANO spiega in che consistesse la *pp. re* nel § 33 *Inst.* IV. 6. « Veluti si quis pro decem aureis qui ei debebantur, viginti petierit, aut si is cuius ex parte res est, totam eam, vel majore ex parte suam intenderit ». Se alcuno abbia chiesto venti monete d'oro invece delle dieci a lui dovute, oppure essendo proprietario di parte di una cosa, l'abbia chiesta tutta o ne abbia chiesta una parte maggiore, in questo caso la frase *plus petere* e la correlativa *plus intendere* sono in relazione a quanto con esse si vuol indicare: nella *intentio* della formula è esposto un *desiderium plus complexus* e la *condemnatio* non può versare nel caso di *intentio certa* in altro che nel contenuto

della *intentio* stessa, quindi l'attore, il quale non può provare al giudice di essere creditore di venti, mentre è tale solo di dieci, perde la lite ed il diritto quale effetto del suo procedere esagerato.

Casi di *plus petitio re* potevano verificarsi a proposito delle fattispecie contemplate da PAPINIANO nella L. 4 §§ 1, 2 (libro septimo *Quaestionum*) D. *de serv.* 8, 1.

L. 4 § 1: « Modum adici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur (veluti ut equo dumtaxat) vel ut certum pondus vehatur vel grex ille transducatur aut carbo portetur ».

§ 2: « Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent jure constitutae servitutis ».

Medesimamente nell'ipotesi del § 53 *Fragmenta Vaticana*: « Si altius tollendo agat is qui in infinitum tollendi ius non habet, si non expresserit modum, plus petendo causa cadit, quasi intenderit jus sibi esse in infinitum tollere ».

Poteva incorrere alcuno nella *plus petitio re* anche a sua insaputa, per esempio nel caso, in cui venisse esercitata l'*actio rei vindicationis* da chi fosse divenuto proprietario in virtù di un titolo che non delimiti chiaramente ed espressamente la quota del diritto stesso. Arg. da GAIO, *Comm.* IV § 54.

In materia di successione, quando alcuno, erede di una determinata persona, ignorava il *quantum* della quota a lui spettante. L. 1 § 5 (ULPIANO, lib. V *ad Edictum*) D. *si pars hereditatis petatur* 5, 4: « ut puta est defuncti fratris filius, sunt et uxores defunctorum fratrum praegnates . . . »; così se trattandosi di legato *per vindicationem*, in base al quale si trasferisce la proprietà del defunto nel legatario, ha luogo qualche riduzione in base alla legge Falcidia, e ciò a motivo che la Falcidia opera *ipso jure* ed il legatario che ha esperito la *rei vindicatio* senza la indicazione della riduzione che egli subisce, ma ignora, si vede respinto colla *plus petitio re*.

Notevoli sono le fattispecie della L. 36 JULIANUS libro primo *ad Urseium Ferozem* D. *de solut. et liber.* 46, 3 e della L. 28 § 5 PAOLO lib. XVII *ad Plautium* D. *de iudiciis ubi*, ecc. 5, 1, dalle quali risulta dimostrato, come fosse reso difficile ad un erede che intendeva chiamare in giudizio i debitori della successione, non incorrere nella *plus petitio*.

Veggansi anche le L. 3 PAOLO libro septimo decimo *ad Plautium* D. *si pars hereditatis petatur* 5, 4 e la L. 76 § 1 GAIO libro septimo *ad Ed. prov.* D. *de rei vind.* 6, 1. Non si ravvisa *plus petitio re* invece nel caso della L. 25 POMPEO libro vicesimo *ad Sabinum* D. *de verb. oblig.* 45, 1.

A tutelare dalle conseguenze dell'errore inevitabile il pretore, come si è già veduto, accordava quale rimedio riparatore la *in integrum restitutio*, e la accordava altresì ai minori in tutti i casi. Un mezzo preventivo di indole generale esisteva però usando il quale si evitava la possibilità di *plus petere* ed era la *interrogatio in iure* (veggasi KELLER, op. cit. § 51 e questo *Comment.* lib. XI tit. I § 745 e note del GLÜCK e del trad. CASTELLARI, nonchè l'Appendice del traduttore al detto paragrafo): è certo altresì che un po' di attenzione serviva a preservare dalla *plus petitio tempore e causa*, il che basta a giustificare la mancanza di rimedio preventivo per il caso di *p. p. causa*: in quanto alla *p. p. tempore* ho già detto che in sostanza può considerarsi *p. p. re*. Certo non si conobbe una *condictio de eo quod certo tempore*, come già esclude il GLÜCK. Indirettamente e cioè accogliendo l'*exceptio doli* posta dal convenuto, come si dirà, l'attore si premuniva poi dalla eventualità che il *iudex* respingesse la sua domanda e dalle conseguenze del *plus petere*.

Intorno alle interrogazioni *in iure* CALLISTRATO nella L. 1 pr. libro secundo *Edicti monitorii* D. *de interr. in iure faciendis et interrogatoriis actionibus* 11, 1, dice: « Totiens heres in iure interrogandus est, qua ex parte heres sit, quotiens adversus eum actio instituitur et dubitat actor, qua ex parte is, cum quo agere velit, heres sit, est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio et ita, si certum pe-

tetur, ne, dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres exstiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat ». L'attore chiedeva pertanto al convenuto di quale quota egli era erede allo scopo di sapere in quale misura poteva esperire contro di lui la *condictio certi* ed evitare di incorrere nella *plus petitio*: secondo CALLISTRATO era questa la ragione decisiva delle interrogazioni in antico.

Sostiene il GLÜCK, op. cit. pag. 12 (è contrario, dice questo autore, pag. 13 n. 21, il solo WYBO nella sua opera *de interrog. in iure liber singularis*. Lugduni Batavorum 1732 lib. I cit. cap. II pag. 27) che la legge di questo giureconsulto ci pervenne interpolata. Infatti la frase *interdum plus petendo aliquid damni sentiat* non proverebbe la conseguenza della *plus petitio*, mentre si ha la prova che al tempo di CALLISTRATO, vissuto sotto gli imperatori SETTIMIO SEVERO, ANTONINO CARACALLA ed ALESSANDRO SEVERO, chi chiedeva un *plus* perdeva il diritto e la lite. La costituzione degli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO dice infatti: Si quis agitur plus ab eo, quod ei competit, vel debetur, petierit, rem et causam, de qua agitur, perdit » (L. 2 Cod. Hermog. *de calumn. et plus petendo*) e, come si è già esposto, furono ZENONE dapprima e GIUSTINIANO poi gli imperatori che mitigarono l'antico rigore della vecchia procedura. È probabile quindi che CALLISTRATO avesse scritto *ne plus petendo causam perdat* come il suo contemporaneo PAOLO dice nelle sue *Sentense* lib. I tit. XIII B § 5: « . . . alioquin plus petendi periculum incurrimus, et causam perdimus » (veggasi anche lib. II tit. V § 3), ma che TRIBONIANO, tenuto conto che la *plus petitio*, anche secondo la nuova procedura, portava conseguenze pregiudizievoli all'attore, sostituisse le parole *ne interdum plus petendo damni sentiat*.

Non dobbiamo qui esporre le vicende delle *interrogationes*, possibili anche fuori di giudizio; dei rimedi per impedire che a vicenda le parti si ingannassero, sia per attirare sugli incauti attori le conseguenze della *p. p.*, sia per vincolare il convenuto a base di risposte poco meditate: col suo editto il pretore provvide allo scopo che le interrogazioni avvenissero solo *in iure* e l'interrogato poteva chiedere un termine per deliberare, (veggasi LENEL, *das Edictum perpetuum* § 53 pag. 113 seg.). Basta qui con ULPIANO, L. 4 (libro vicesimo secundo *ad Edictum*) D. h. t. stabilire lo scopo di questo mezzo procedurale: « Voluit praetor adstringere eum qui convenitur ex sua in iudicio responsione, ut vel confitendo vel mentiendo sese oneret, simil etiam portionis, pro qua quisque heres exstitit, ex interrogazione certioretur » (veggansi DEMELIUS, *La confessio nella proc. civile romana e la confessione giudiziale della moderna legislazione processuale* e CASTELLARI, *Note ed appendici al Glück* lib. XI tit. I; BUONAMICI, op. cit. cap. IV pag. 246 e seg.).

Un mezzo preventivo speciale che preservava dall'incorrere nella *plus petitio re* era la *vindicatio incertae partis*: come risulta da GAIO, *Comm.* IV § 54, era accordata in quei casi, nei quali uno pur sapendo di esser proprietario ignorava la estensione del suo diritto: gli si veniva in aiuto in questo caso, ma solo *ex magna et iusta causa*, rilasciandogli la formula petitoria redatta sotto forma di *actio incerta, quantam partem in eo fundo pareat ipsius esse*: dapprima quindi usata, secondo ULPIANO, in materia di successione (L. I § 5 libro V *ad Edictum* D. *si pars hereditatis petatur* 5. 4. e poi ad ogni proprietario che giustamente ignorasse la quota del suo diritto, così nel caso di un legato *per vindicationem*. L. 76 § 1 GAIO libro septimo *ad Edictum provinciale*; L. 3 § 2 ULPIANO libro sexto decimo *ad Edictum* D. *de rei vind.* 6, 1; L. 8 § 1 PAULUS libro vicesimo tertio *ad Edictum* D. *Communi div.* 10, 3).

È presumibile che prima di pronunziare la sentenza, il giudice attendesse che fosse precisata la quota del diritto dedotto in giudizio.

Le fonti tacciono intorno alla possibilità che un creditore, il quale avesse motivi giusti per ignorare l'importo esatto del suo credito, potesse ottenere una formula incerta invece di una certa.

Per esempio nel caso di legato suscettibile di riduzione, un legatario *per damna-*

tionem di una somma di danaro determinata, che ignori alla sua volta, come si vide del legatario *per vindicationem*, ciò che può chiedere senza pericolo.

L'ACCARIAS opina che il silenzio delle fonti si spieghi coll'identità delle ragioni, per le quali è a decidersi in senso affermativo (op. cit. II pag. 1115 n. 2).

Finalmente ad evitare le conseguenze della *plus petitio loco* il pretore, come si è già dimostrato nella prima Appendice al § 845, provvide coll'*actio de eo quo certo loco*, della quale ci siamo già occupati e non è quindi necessario ulteriormente qui intrattenerci.

Prima di passare alla trattazione della *plus petitio tempore* è invece interessante esaminare l'ipotesi, se incorresse nelle conseguenze della *plus petitio re*, chi riunendo le qualità di creditore e di debitore ad un tempo verso di Caio, rispettivamente debitore e creditore, avesse trascurato di eseguire la compensazione fra il debito suo ed il suo credito prima di esperire l'azione da quest'ultimo dipendente? Vanno, per risolvere la questione, richiamati brevemente i principi del diritto romano sulla *compensazione* in relazione alla *plus petitio*.

MODESTINO nella L. 1 lib. sexto *Pandectarum D. de compens.* 16, 2, definisce la compensazione nel seguente modo: « *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* » e POMPONIO ne spiega l'utilità nella L. 3 libro vicensimo quintum *ad Sabinum D. h. t.* colle parole « *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere* ».

Non ostante, strettamente considerandola, la *compensazione* deroga alla severità del diritto: il debitore è tenuto infatti a pagare quanto è oggetto del suo obbligo; il suo credito è indipendente affatto dal debito stesso: non dovrebbe quindi esercitare su questo influenza di sorta, le azioni rispettive andrebbero separatamente esperite, ma *aequitate compensatio utetur* dice PAPINIANO nella L. 18 pr. libro tertio *Responsorum D. 16, 2*. Veggansi anche le L. 36 PAPINIANUS libro tertio *Quaestionum D. de admin. et per. tut.* 26, 7; L. 18 pr. PAPINIANUS libro tertio *Respons.* D. 16, 2; LL. 5, 6 C. *de compensationibus* 4, 31; L. 1 C. *rerum amotarum* 5, 21, nelle quali tutte si parla dell'equità, quale fondamento della compensazione.

Questa finzione di *mutua solutio* che nella *compensatio* si ravvisa, penetrò lentamente nel diritto romano.

In origine era usata solo in due casi speciali esposti da GAIUS nel suo *Comment.* IV §§ 64 e 65:

64. « *Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur: nam is cogitur cum compensatione agere et ea compensatio verbis formula exprimitur. Adeo quidem ut itaque ab initio compensatione facta, minus intendat sibi dare oportere. Ecce enim si sestertium decem milia debeat Titio, atque ei viginti debeantur sic intendit: si paret Titium sibi decem milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet* ».

§ 65. « *Item (de?) bonorum emptor cum deductione agere jubetur, id est ut in hoc solum adversarius ejus condemnetur, quod superest, deducto eo quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet* ».

Si deduce chiaramente da questi due paragrafi che gli *argentarii* ed il *bonorum emptor*, i quali chiamavano in giudizio, i primi i loro clienti ed il secondo (e cioè chi comperava l'insieme dei beni di un insolvente) un debitore dell'insolvente, eseguivano i primi la compensazione dei loro crediti coi loro debiti; il secondo la deduzione di quanto l'insolvente doveva al debitore comparso in giudizio. L'argentario non poteva chiedere che il residuo dovutogli dal suo cliente e doveva praticare prima la compensazione: il che tornava relativamente facile trattandosi di operazioni annotate sui suoi registri. Il qual principio, scrive lo SCHUPFER, fu evidentemente suggerito ai Romani dalla considerazione che i singoli pagamenti e gli altri affari che un privato fa con un banchiere sono tutti anche secondo le idee del commercio quotidiano intimamente collegati fra loro ed hanno la destinazione di operare degli effetti giuridici non già separatamente, ma solo nella loro unità e concentrazione, cioè nel loro saldo. Veggasi anche BUONAMICI, op. cit. pag. 215.

Se l'*argentarius* chiedeva di più perdeva la causa per *plus petitio*: giova notare però che la *compensatio* era obbligatoria solo fra debiti esigibili della stessa natura e specie (GAIO, *Comm.* IV §§ 66 e 67).

In quanto al *bonorum emptor*, egli aveva il diritto di chiedere il credito intero, ma l'obbligo di offrire la deduzione dei crediti del debitore verso l'insolvente: si deducevano non solo i debiti della stessa natura e specie, ma qualunque debito di cosa fungibile e non ancora scaduto.

Anche questa regola era imposta dalla equità, la quale non poteva permettere che il debitore dell'insolvente dovesse pagare completamente il suo debito verso di questi e ricevesse poi per il suo credito una percentuale in proporzione al ricavo della vendita dei beni dell'insolvente.

Ma la differenza precipua fra i due casi si è che della *compensatione* dell'*argentario ratio quidem « in intentione » ponitur*, mentre *deductio vero ad condemnationem ponitur*.

Durante il periodo della procedura per *formulas* avveniva la compensazione solo nelle *actiones bonae fidei*, semprechè i due crediti e debiti provenissero dalla causa stessa, per esempio, dallo stesso contratto di società: il convenuto in un'azione di buona fede tutelava le sue ragioni di credito a mezzo di una *exceptio doli*, senza uopo di dedurla formalmente in giudizio (veggasi anche MILONE, *La exceptio doli (generalis)*. Napoli 1882 pag. 198).

In proposito non è a parlarsi di *plus petitio*, perchè si è già esposto che nelle azioni di buona fede non poteva verificarsi (GAIO, *Comm.* IV § 63).

In quanto alle azioni di stretto diritto dal silenzio di GAIO si potrebbe arguire che non potesse essere in queste ammessa la compensazione; ma GIUSTINIANO nel § 30 delle sue *Istituzioni* lib. IV tit. 6, accenna ad un rescritto dell'imperatore MARCO AURELIO « Sed in stricti iudicii ex rescripto divi Marci oppositi doli mali exceptione, compensatio inducebatur » in virtù del quale la compensazione poteva essere fatta valere a mezzo dell'*exceptio doli*. (Veggansi SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni*. Padova 1868 pag. 273 e seg. e gli autori da lui citati, nonchè ARNDTS-SERAFINI, op. cit. vol. II § 264 e note; DERNBURG, *Storia e teoria della compensazione* (ted.) 2.^a ed. Heidelberg 1868 cap. IV § 19 e seg. e *Pandekten*. Berlin 1886 vol. III § 62; KRUG, *Die Lehre von der Compensation*. Leipzig 1833; VAN WETTÈR, *Les oblig. en droit romain*. Gand 1886 § 230; MAYNZ, *Cours de droit romain* 4.^a ed. Bruxelles 1877 vol. II § 291; KELLER, *Della proc. civ. e delle azioni* (trad. CAPMAS) Parigi 1870 § 60 nota 710; SCHWANERT, *Die Compensation nach römischem Rechte*. Rostock 1870; EISELE, *Die Compensation nach röm. u. gem. Recht*. Berlin 1876; BRINZ, *Die Lehre von der Compens.* Leipzig 1849 e nel *Jahrbuch* di BEKKER, vol. I n. 2, 1857; UBBELHODE, *Ueber den Satz « ipso jure compensatur »* 1858; LENEL, *Ursprung und Wirkung der Exceptionen* pag. 139 (1876); STAMPE, *Das Compensationsverfahren im vorjustinianischen stricti juris iudicium* 1886; WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*. Jena 1888 § 241; BARON, *Pandekten* 7.^a ed. Lipsia 1890 § 265).

Essendo il frammento delle *Istituzioni* di GIUSTINIANO l'unica e sola prova intorno al rescritto di MARCO AURELIO non si potrebbe con tutta certezza decidere se questo imperatore abbia con questo introdotto modificazioni in argomento o soltanto sanzionato un principio ormai accolto nella giurisprudenza; è più verosimile questa seconda ipotesi tanto più che i giureconsulti LABEONE, GIAVOLENO e GIULIANO, i quali vissero prima di MARCO AURELIO, si occuparono dell'argomento, come risulta per LABEONE dalla L. 13 ULPIANO libro LXVI *ad Edictum* D. h. t.; per GIULIANO dalla L. 10 § 3 ULPIANO libro sexagesimo tertio *ad Edictum* D. h. t. e per GIAVOLENO dalla L. 15 libro secundo *Epistolarum* D. h. t.

GAIO poi che viveva ai tempi di MARCO AURELIO non se ne occupa, o scrisse forse prima della emanazione del rescritto stesso: non ne fa cenno neppure nella L. 5 libro nono *ad Edictum prov.* D. h. t.

L'ORTOLAN congettura attese le lacune in GAIO, *Comm.* IV § 61., che questo giureconsulto trattasse del rescritto di MARCO AURELIO e delle regole relative alla compensazione nelle azioni di diritto stretto nel detto § 61 prima di occuparsi delle norme intorno alla compensazione nelle azioni di buona fede.

Comunque quanto interessa in proposito è la ricerca sulla importanza degli effetti della inserzione dell'*exceptio doli* nella formula ai riguardi della *plus petitio*: in altri termini, supposto che l'attore non abbia eseguito la *compensatio* fra il suo debito e il suo credito verso il convenuto prima di procedere, e che il convenuto abbia profittato del diritto di opporre in *iure* la *exceptio doli*, perchè questa venisse inserita nella formula ed il giudice l'avesse altresì verificata; ma nullameno l'attore abbia insistito nella sua domanda, *quid juris?*

Incorrerà l'attore nelle conseguenze della *plus petitio re?* O, per converso, dato pure il rifiuto dell'attore di procedere alla compensazione e limitare la domanda, sarà in facoltà del giudice di tener conto dei due debiti e crediti o di eseguire la deduzione di uno dall'altro?

Vennero sostenute in tale proposito opinioni disperate.

L'ORTOLAN sostenne energicamente che l'attore incorre nelle conseguenze della *plus petitio* (op. cit. t. III pag. 656 e seg.). Così anche SCHUFFER, (op. cit. pag. 376) che argomenta da GAIO IV, 123 e seg. (cf. § 10 *Ist. de exc.* 4, 13) e dichiara priva di autorità la testimonianza di TEOFILO ad § 30, (*de act.*). Anche il MAYNZ (op. cit. vol. II § 291) ritiene la risposta affermativa alla prima domanda, la sola soluzione conforme ai principi originari delle *actiones stricti iuris*; così pure lo ZIMMERN, op. cit. § 99 pag. 306 e GUESINO, *Trattato storico della proc. civ. rom.* Palermo 1873 pag. 178.

In sostanza gli argomenti addotti dall'ORTOLAN sono i seguenti: l'*exceptio doli* inserita nella formula concede al giudice solo l'alternativa o di condannare o di assolvere: non gli consente di compensare «... si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat... condemna; si non paret absolve». Questo concetto è convalidato da ciò che PAOLO, contemporaneo di MARCO AURELIO, scrisse nelle sue *Sententiae* lib. II cap. V § 3: «Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur: velut si pecuniam tibi debeam, et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera huiusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis» in specie a motivo che in questo frammento (il quale non si riesce a dimostrare con prove sufficienti che sia stato alterato nella maggior parte delle sue parole dai compilatori del *Breviario d'Alarico*) si ritrovano espressioni le quali giuridicamente non si possono riferire all'*argentarius*. *Compensare vel deducere debes*, dice PAOLO, e questa alternativa applicabile a chiunque, non riguardava precisamente l'*argentarius* obbligato alla preventiva *compensatio*, non alla *deductio*.

Nè si può insistere nella obbiezione che tale sistema fosse contrario all'equità a danno dell'attore, che perdeva la lite ed il diritto, quale conseguenza della *plus petitio*, dal momento che questo effetto non si verificava se non quando l'attore avesse insistito, malgrado l'eccezione del convenuto, nella sua domanda: egli, l'attore, poteva benissimo limitare quest'ultima con una *praescriptio*: trasformare l'*intentio* di diritto stretto in una *intentio* di buona fede; se nulla di ciò egli aveva voluto fare, il pretore accordava al convenuto la *exceptio doli* e l'attore incorreva nel rischio relativo.

Si rileva da più frammenti, scrive l'ORTOLAN (op. cit. n. 2190), che l'insistenza dell'attore doveva durare fino alla *litis contestatio*, e si conoscono i vari mezzi dati alle parti di verifica, di discussione, anche di proroga ad altra comparizione *in iure* per giungere infine all'accordo sulla formula. PAOLO nella L. 27 § 5 D. 6, 1, parlò perfino di un avvertimento fatto dal convenuto all'attore, intorno alle somme di cui questi deve tener conto per evitare la eccezione di dolo. L. 27 § 5 libro vicensimo primo ad *Edictum* D. *de rei vindicatione* 6, 1 «per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus». Forse è anche possibile

congetturare da una Costituzione di ALESS. SEVERO, L. 3 C. 4, 31, che in certe circostanze quando i fatti fossero ritenuti evidenti, il pretore imponesse all'attore di eseguire la compensazione o di diminuire la domanda sotto pena del rifiuto dell'azione; ma poi davanti al giudice è la formula sola che ne determina il giudizio: e provate le asserzioni del convenuto, in base alle quali viene ad assumere il carattere di doloso il contegno dell'attore, il convenuto è assolto e l'attore perde il diritto per *plus petitio*. Altri scrittori, per esempio DEMANGEAT, op. cit. vol. II pag. 629; BOCQUILLON, op. cit. pag. 23, opinano invece che PAOLO nella L. 22 pr. libro singolari *De variis lectionibus D. de exceptionibus*, ecc. 44, 1, colle parole « Exceptio est condicio quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem » enunci il principio che la eccezione sia una condizione, la quale talvolta fa assolvere il convenuto, tal'altra diminuisce la condanna anche nell'argomento della compensazione ed esprimono il parere che in base alla *exceptio doli* in materia di *compensatio* il giudice dell'azione di diritto stretto venisse ad avere la facoltà concessa al giudice nelle azioni di buona fede, quella di compensare i debiti e di non condannare il convenuto che al resto. Ma PAOLO nella L. 22 preindicata si riferisce ad una specie di eccezioni del tutto diversa, sia per la posizione che per la forma, e per gli effetti della *exceptio doli* relativa alla compensazione; eccezioni agguante alla condanna per restringerne l'importo, più propriamente dette *adjectiones*.

Ma non sono eccezioni che si contrappongono all'*intentio*, come nel caso della nostra *exceptio doli*.

Si sostiene che PAOLO, nelle *Sentense* libro II cap. V § 3, contempla il caso dell'argentario, sia perchè considera come condizione per la compensazione che i due debiti siano *ex pari specie*, poi perchè solo al riguardo di questi la causa si perdeva come conseguenza della *plus petitio*. PAOLO non accenna all'*exceptio doli*, in base alla quale soltanto, riguardo a tutti gli altri poteva prodursi la decadenza dell'attore. In quanto poi alla frase *compensare vel deducere debes* c'è chi, come il LAIR, op. cit. pagine 28, 35 e 36, la interpreta nel senso che al tempo di PAOLO i giureconsulti si sforzassero di generalizzare la teoria relativa all'obbligo dell'argentario ed intendessero che ognuno, il quale si fosse trovato nella identica posizione dell'argentario e cioè fosse ad un tempo creditore e debitore di cose fungibili, dovesse eseguire *in iure* la *compensatio*; così anche BRINZ, op. cit. §§ 13-24; SCHAURT, *Beiträge* I n. 7 pagine 149-173. Ad evitare poi la pena della *plus petitio* stabilita per le speciali ragioni di severità contro gli argentari, pensa il LAIR, si preferisce di lasciare eseguire dal giudice la *deductio* agli argentari non permessa. Secondo il LAIR il testo di PAOLO non fu alterato, perchè i Prudenti che composero per ordine di ALARICO la *lex romana Visigothorum*, non avevano ricevuto la facoltà di modificare i frammenti, che sceglievano per il loro scopo: e così si spiega come PAOLO parli di *deductio* dopo di avere supposto crediti di pari specie. C'è chi, come il DESJARDINS, sostiene, che il *deducere* nel frammento di PAOLO non debba esser interpretato nel senso particolare che ha, quando si tratta di un *bonorum emptor*.

Nelle fonti significa spesso ritirare un importo da una somma maggiore: quindi *compensare* può indicare il conguaglio per intero fra i due debiti; *deducere* invece la compensazione, che si eseguisce fino alla concorrenza del credito inferiore a quello dell'attore (op. cit. pag. 82 seg.). Secondo questo autore il frammento fu evidentemente alterato e si riferiva in origine all'antica *compensatio* dell'*argentarius*; infine c'è chi, come il VANGEROW (*Lehrbuch der Pandekten* t. III pag. 356) sostiene, che il passo di PAOLO fu così evidentemente rimaneggiato, che non può avere grande importanza nella discussione.

Anche lo STAMPE, il quale scrisse sulla procedura di compensazione nel *judicium stricti iuris* prima di GIUSTINIANO, ritiene alterato il frammento di PAOLO, quale ci pervenne nel *Breviario di Alarico* (pagine 74 e 93) e dà maggior valore alle parole di TRIBOLO nella sua parafrasi delle *Istituzioni* (trad. REITZ): « Hac opposita exceptione

iudici occasio datur admittendi compensatione », il che darebbe il contenuto del *Rescripto* del divo MARCO. La testimonianza di TEOFILO però, come si è già avvertito, non ha valore (veggansi WENDT, *Pandekten* § 241; DERNBURG, *Pandekten* vol II pag. 166 n. 8).

Io seguo l'opinione che, nell'ipotesi dell'attore, il quale insiste nella sua domanda malgrado l'*exceptio doli*, non rimanesse al giudice che seguire l'alternativa della formula *si paret condemna, si non paret absolue*.

Così anche il BUONAMICI interpreta il frammento di PAOLO nelle *Sentense* II, 5, 3. La controversia esigerebbe maggior sviluppo; tenuto conto però che non presenta un interesse pratico, basteranno i cenni suesposti.

Divenuto regola il sistema della procedura straordinaria e sparita la formula, la eccezione della *compensatio* si usò liberamente e GIUSTINIANO nel suo § 30 così si esprime: « Nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive personales, sive alias quascunque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, satis impium esse credidimus, ne, sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudaretur ».

Plus petitio tempore.

Secondo GIUSTINIANO avveniva (§ 33, (IV, 6) « veluti si quis ante diem vel ante condicionem petierit qua ratione enim, qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione, qui praemature petit, plus petere videtur ».

Nelle *Instit.* § 5, (III, 20) *de fidej.* è detto: « ... non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur, plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare ».

ULPIANO nella L. 1 § 4 D. 7, 3, osserva poi *qui ante diem agit, male agit*. Chi procedeva prima del tempo stabilito nel contratto, incorreva nelle conseguenze della *plus petitio*: quando invece fosse stata pattuita una proroga alla scadenza *ex post facto* il convenuto aveva a suo favore l'*exceptio pacti conventi*, come è detto nel § 10 *Instit.* IV, 13 e nel *Comm.* IV § 122 di GAIO: « Dilatoriae sunt exceptiones quae ad tempus valent: veluti illius pacti conventi quod factum est, verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur. ... »; se il debitore avesse trascurato di opporre la eccezione, di farla inserire nella formula, il giudice doveva condannarlo, mentre nel caso di domanda prematura era sufficiente che la ritenesse tale il giudice senza uopo che la eccezione fosse opposta. Superfluo il ripetere che ormai la *plus petitio* non produceva più la perdita del diritto.

Nel diritto di GIUSTINIANO tutto si riduceva al dover attendere il *doppio* del termine non rispettato ed alla rifusione delle spese e ciò a titolo di pena, sia che l'attore mancasse volontariamente al patto e quindi in mala fede, sia che avesse dimenticato il termine e quindi negligente. In questo argomento ciò che interessa è non tanto la distinzione fra il termine certo e l'incerto, quanto il sapere a vantaggio di chi è stato fissato il *dies*: si incorrerà in *plus petitio* se l'oggetto dell'obbligazione verrà chiesto prima della scadenza fissata a vantaggio del debitore.

Si vide che GIUSTINIANO non istabilisce differenza fra chi agisce *ante tempus* e chi agisce *ante condicionem*: nei *Commentari* di GAIO invece non è fatto cenno della seconda eventualità, e l'ampiezza delle lacune non permette di congetturare se fosse o no contemplata da GAIO la ipotesi che potesse incorrersi nelle conseguenze della *plus petitio*, presentando la domanda prima dell'avverarsi della condizione. È notevole però che GIAVOLENO nella L. 36 libro primo *Epistolarum* D. *de rebus creditis* 12. 1. alla

sua volta pareggi l'*ante tempus* all'*ante condicionem*: « Pecuniam quam mihi sine condicione debebas, iussu meo promisisti Attio sub condicione: cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spondesti, si pendente condicione petam, an nihil acturus sum? respondit: non dubito, quin mea pecunia, quam ipse sine condicione stipulatus sum, etiam si condicio in personam Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, credita esse permaneant (perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset): pendente autem causa condicionis idem petere non possum, quoniam, cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi posse, ante tempus petere videor », e che quindi ci sia controversia tra GIAVOLENO e gli altri giureconsulti, i quali nelle Pandette sancirebbero una norma contraria a quella del § 33 *Istitutioni* relativamente al fatto che incorresse in *plus petitio* chi agiva *ante condicionem* (veggasi Du CAURROY, op. cit. vol. II pag. 405).

Infatti PAOLO nella L. 43 § 9 libro primo *ad Edictum aedilium curulium* D. 21, 1 *de aedilicio edicto* sancisce: « Si sub condicione homo emptus sit, redhibitoria actio ante condicionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest: et ideo etsi ex empto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta condicione iterum agi poterit » e nella L. 13 § 5 MARCIANO (*libro singulari ad formulam hypothecariam*) D. 20, 1 *de pignoribus et hypothecis*, ecc. decide: « Si sub condicione debiti nomina obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit: sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub condicione, et agatur ante condicionem hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt, si condicio exstiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit »; finalmente GIULIANO nella già citata L. 36 D. 46. 3: « Si pater meus praegnate uxore relicta decesserit et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petissem, nihil me consumpsisse quidam existimant: si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset me solum heredem fuisse ».

JULIANUS *notat*: « Verius est me eam partem perdidisse, pro qua heres fuissem antequam certum fuisset neminem nasci, aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque: nam et Aristoteles scripsit quinque nasci posse, quia vulvae mulierum totidem receptacula habere possunt: et esse mulierem Romae Alexandrinam ab Ægypto, quae quinque simul peperit et tum habebat incolumes et hoc et in Ægypto affirmatum est mihi ».

È proprio vero che sia esistita in tale questione una controversia fra GIAVOLENO da una parte e PAOLO, MARCIANO, GIULIANO dall'altra, della quale le ultime tre leggi trascritte ci hanno conservato le tracce? A me pare anzitutto che la L. 43 § 9 D. 21, 1 di PAOLO non possa mettersi in confronto di quella di GIAVOLENO: non c'è il contratto di compra-vendita, finché non si verifica la condizione apposta all'acquisto: quindi non si può agire in base a contratto e nulla si deduce in giudizio: se si procede si perderà la lite, ma non un diritto, che non esiste. Neppure la L. 13 § 5 D. 20, 1 di MARCIANO può essere addotta in via assoluta in opposizione a GIAVOLENO, sia perché se ne possono dedurre argomenti tanto a favore che contro, sia perché l'*actio hypothecaria* era retta da norme particolari.

Resterebbe ora GIULIANO di fronte a GIAVOLENO, che fu suo maestro, e tutti e due Sabiniani. Qui giova rilevare che la L. 36 D. 46. 3 si divide in due parti: la prima parte riferisce il parere di URSEJO FEROCCE *proculiano* e su questa parte GIULIANO *notat*: *verius est*. È quindi URSEJO FEROCCE solo contro GIAVOLENO, tanto più che GIULIANO nella seconda parte decide che si incorre nella *plus petitio* chiedendo prima che nascano concepiti. Arroggi che nella legge di GIULIANO il credito dell'erede, che agisce prima della nascita dei concepiti è certo: non è certo il *quantum* del diritto e quindi se

l'attore chiede il *totum* invece di chiedersi con azione incerta, incorre in una *plus petitio* e perde la parte che gli sarebbe spettata, ma non perchè si tratti di diritto esercitato *ante condicionem*. Si tratta quindi di fattispecie diverse con soluzioni diverse, non di controversia.

Infine fra URSEJO e GIAVOLENO la diversità della decisione non dipende da teoria diversa sulle conseguenze del chiedere *ante tempus*, ma da ciò che nel frammento di URSEJO non si tien conto di mutazioni nel diritto, dal momento che non sono avvenute e non si dà corpo alla possibilità, che nascessero altri eredi, per dedurne danni a carico dell'attore.

Controversia quindi se in date fattispecie esistesse una vera e propria condizione, il che si deduce, sia dalla L. 36 surriferita, sia dal fatto che nel Digesto si hanno le due LL. 37 PAPINIANO, libro primo *Definitionum D. de rebus creditis* 12, 1: « Cum ad praesens tempus condicio confertur, stipulatio non suspenditur et, si condicio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes condicionem ignorent, veluti si rex Parthorum vivit, centum mihi dari spondes? eadem sunt et cum in praeteritum condicio confertur » e 39 pure di PAPINIANO D. h. t.: « Itaque tunc potestatem condicioni optinet, cum in futurum confertur » sulle condizioni e fra queste la L. 38, libro primo, *Quaestionum D. h. t.* di SCAEVOLA: « Respicendum enim esse, an, quantum in natura hominum sit, possit scire eum debitum iri »: la decisione di SCAEVOLA sarebbe stata appositamente inserita fra la L. 37 e la L. 39, che stabiliscono le regole di PAPINIANO, allo scopo di restringerne la portata.

Il che è provato anche dalla L. 28 § 5 (PAULUS libro septimo decimo *ad Plautium*) D. (*de judiciis ubi quisque agere*) 5, 1: « Si pater familias mortuus esset relicto uno filio et uxore praegnate, non recte filius a debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit, quia poterant plures nasci: cum per rerum naturam certum fuerit unum nasci. Sed Sabinus Cassius partem quartam peti debuisse, quia incertum esset an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspici debere » (veggansi anche la L. 3 PAULUS libro septimo decimo *ad Plautium* D. 5, 4 e VINNIO, *Comm. in IV libros Instit.* pag. 922).

Come si rileva pertanto dalla prima parte della L. 36 D. 46, 3, i Proculiani opinavano che il diritto non si consumava, perchè se nessuno nasceva, ecc. GIULIANO SABINIANO invece nota che era impossibile che si potesse dire: « Sono erede di tutto, mentre poteva nascere altro erede » e quindi opinava che andasse perduto il diritto nella quota, che sarebbe spettata all'attore. E quale quota? In relazione al numero dei figli nascituri.

Ora il § 6 Inst. III, 15. dice: « Condiciones quae ad praeteritum tempus vel praesens referuntur aut statim infirmant obligationem aut omnino non differunt. Veluti si Titius Consul fuerit, vel si Maevius venit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint ». Su questa controversia non mi pare necessario soffermarmi ulteriormente.

Si ammetta ora che si tratti di condizione: *quid juris?*

Anzitutto è a vedere se gli effetti delle condizioni apposte alle obbligazioni, sieno gli stessi degli effetti delle stesse, nei casi di legati. La risposta è che in questi ultimi è certo che non si incorreva nelle conseguenze della *plus petitio*.

E quale il motivo della differenza? Nelle obbligazioni il diritto, sebbene condizionato, passa agli eredi dello *stipulator* prima dell'avverarsi della condizione. L. 10 (ULPIANO libro sexto *ad Edictum*) D. *de verb. sign.* 50, 16; L. 42 pr. (ULPIANO libro vicensimo primo *ad Edictum*) D. *de obl. et act.* 44, 7: « Is, cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor, sed tunc, cum exstiterit condicio, quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse »; il le-

gato invece essendo stato lasciato *intuitu personae*, è necessario che il legatario viva nel momento in cui la condizione si avvera, quindi ogni domanda relativa a questi legati si considerava come non avvenuta, e non poteva a loro riguardo produrre alcuna conseguenza. Veggasi la L. 13 §§ 7, 8 (ULPIANUS libro quinquagesimo *ad Sabinum*) D. *de acceptilatione* 46, 4; il legatario nulla deduceva in giudizio non essendo *pendente condicione* in debito di nulla.

La stessa espressione *diem cedere*, ha nelle obbligazioni un significato diverso che nei legati, ed a questi erroneamente si estenderebbe quanto ULPIANO dice nella L. 213 (ULPIANUS libro primo *Regularum*) D. *de verb. sign.* 50, 16, solo a proposito delle obbligazioni.

Se oggetto del legato è una cosa corporale, l'erede *pendente condicione*, è proprietario della cosa (GAIO, *Comm.* II § 200; ULP. II, 2; L. 66 PAULUS libro secundo *Quaestionum* D. *de rei vind.* VI, 1; L. 12 § 5 ULPIANUS libro septimo decimo *ad Sabinum* D. *de usufr. et quemadm.* 7, 1; L. 12 § 2 ULP. libro nono decimo *ad Edictum* D. *familiae ercisc.* 10, 2; L. 9 § 5 ULP. libro vicensimo nono *ad Edictum* D. *de peculio* 15, 1; L. 1 § 4 ULP. libro quinquagesimo *ad Edictum* D. *de SC. Silariano et Claudiano* 29, 5; L. 15 § 6 PAPIANUS libro tertio decimo *Responsorum*; L. 24 § 1 PAULUS libro quarto decimo *Resp.*; L. 88 § 3 AFRICANO libro quinto *Quaestionum* D. *ad legem Falcidiam* 35, 2; L. 18 pr. ULP. libro II *Fidej.*; L. 57 pr. PAPIANUS libro vicensimo *Quaestionum* D. *ad SC. Trebellianum* 36, 1; L. 29 § 1 GAIO libro primo *de manum* D. *qui et a quibus manum.* 40, 9).

Solo l'erede non può disporre in modo da originare uno stato di cose irresolubile, per esempio cambiando in *locus religiosus* un *locus* che non lo era o manomettendo uno schiavo (L. 34 PAOLO libro sexagesimo quarto *ad Edictum* D. *de relig. et s. f.* 11, 7; L. 105 POMF. libro quinto *Epist.* D. *de condic.* 35, 1; L. 11 PAOLO libro sexagesimo quarto *ad Edictum* D. *de manum.* 40, 1; L. 29 § 1 D. 40, 9 suindicata).

In quanto al legato di usufrutto ULPIANO riportando SCEVOLA L. 1 § 4 ULPIANO libro septimo decimo *ad Sabinum* D. VII, 3 (*quando dies usus fructus legati cedit*): « Non solum autem usus fructus ante aditam hereditatem dies non cedit, sed nec actio de usu fructu: idemque et si ex die fuerit legatus usus fructus; denique Scaevola ait agentem ante diem usus fructus nihil facere, quamvis alias qui ante diem agit, male agit », ché in questa ipotesi se il legatario esperisce la sua azione prima che giunga il termine non perde il suo diritto. Il che si comprende subito atteso il carattere speciale del legato di usufrutto: il *dies cedens* è riportato all'arrivo del termine: questo rendeva il legato condizionato all'esistenza del legatario in questo giorno. In sostanza risulta da ciò che, perchè si incorra nella conseguenza della *plus petitio*, occorreva un diritto per così dire trasformato in azione.

Ora nell'ipotesi *ante condicionem expletam* esisteva un diritto tale da poter essere dedotto in giudizio? Il fatto che un diritto condizionato poteva trasmettersi agli eredi prova che il diritto fosse pieno, cioè un diritto tale da essere protetto da azione come se l'avvenimento futuro ed incerto verificandosi lo avesse reso perfetto? Ecco secondo me la base per risolvere la questione senza immaginare, come fecero gli scrittori francesi, interpretazioni e conciliazioni più o meno fallaci.

L'ORTOLAN opina che nel diritto di GIUSTINIANO si può riescire alla conciliazione supponendo che coloro, i quali avevano voluto agire prima dell'avverarsi della condizione, abbiano poi receduto dal giudizio, perchè il magistrato dimostrò loro la irregolarità della loro domanda; essi potevano, verificata la *condicio*, esperire la loro azione. § 10 Inst. 4. 13 (op. cit. III n. 2160 pag. 651). Ma questo tentativo di conciliazione non può accogliersi a motivo che PAOLO e MARCIANO accennano ad un *rursus agere*, e non è *agere* il ritirare la domanda in base alle esortazioni del magistrato prima di avere avuta la formula.

L'ACCARIAS ammette in via assoluta che il creditore, il quale agisce *pendente condi-*

cione non incorre nelle conseguenze della *plus petitio*, e quanto alla L. 36 che sembra a primo aspetto assolutamente contraddittoria alla sua opinione, osserva che il solo argomento, che se ne deduce a sostegno della tesi contraria, si appoggia alla frase usata dal giureconsulto *ante tempus petere videor*: ora se si pensa che il delegante non ha cessato di essere creditore puro e semplice, ma dicendo al suo debitore di obbligarsi sotto condizione ad Attio, egli ha implicitamente concesso al suo debitore gli effetti di un *pactum de non petendo*, ne deriva che se la *condicio* cade il debitore non ha cambiato creditore, se si verifica, egli sarà liberato verso il delegante, come se con questi avesse conchiuso un patto di non chiedere più (op. cit. vol. II pagine 1111 e 690 n. 1). Il patto *de non petendo* poi si fa valere *ope exceptionis*: ma chi lo disconosce non incorre nelle conseguenze della *plus petitio*: in luogo quindi di ammettere che il creditore si espone ad una decadenza di pien diritto, l'ACCARIAS crede che egli possa essere respinto coll'*exceptio pacti conventi*, che dovrà essere inserita nella formula.

Se il debitore dimentica di farla inserire sarà condannato.

La frase poi *ante tempus petere videor* non caratterizza la *plus petitio*, chè, esaminando il § 10 delle *Instit.* IV. 13 *de except.*, si vede che il creditore, il quale ha accordato un *pactum* portante un *dies*, deve *differre actionem et post tempus petere*.

Il MACHELARD nella sua opera *Des obl. nat.* pag. 382 n. 1, ha proposto una interpretazione più semplice e meno contraria alle leggi: egli ammette che i giureconsulti potessero essere discordi su questo punto: coloro che opinavano come GIAVOLENO tenevano conto dell'effetto retroattivo della *condicio* al giorno del contratto, e concludevano che quando il creditore esercitava il diritto, questo esisteva, perchè per l'effetto retroattivo, si riteneva che l'obbligazione esistesse dal giorno della stipulazione.

Questa opinione sarebbe stata prevalente, e come tale raccolta nelle Istituzioni.

Il BURNOIR (*Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain* 1867 pag. 243) opina con PAOLO e MARGIANO che chi agisce *ante conditionem nihil facit*: il suo diritto non esiste ancora e quindi il creditore che rinnova la domanda *non bis de eadem re agitur*, perchè la prima volta non esercitò un'azione relativa ad un diritto esistente.

In quanto alla legge di GIAVOLENO, che, come si è detto, sancisce l'opposto, il BURNOIR crede regolasse il caso, in cui la domanda *ante conditionem* equivalesse alla domanda *ante tempus* e producesse gli effetti stessi: un debitore si è obbligato sotto condizione con un terzo per delegazione del suo creditore. La novazione quale effetto della delega non sorgerà se si verifica la condizione. Nel frattempo il debitore rimane vincolato verso il creditore delegante; ora questo vincolo diventa alla sua volta in un certo senso condizionato, e cioè è affetto dalla condizione inversa a quella, dalla quale dipende l'obbligo del debitore verso il creditore delegatario. Il creditore delegante non può quindi *pendente conditione* esercitare il suo diritto, e se lo esercita, *ante tempus petere videtur*.

Veramente nella fattispecie in questione, la *condicio* impedisce bensì l'esercizio del diritto di procedere fino al suo verificarsi; ma dopo avvenuta, devesi pure considerare sempre sussistito il diritto del creditore delegante, ed estinto poi nel giorno della promessa condizionata: la esistenza del diritto in altri termini non dipendeva, come nei casi ordinari, dall'avverarsi della *condicio*. Il diritto preesisteva e quindi l'azione irregolarmente esercitata *pendente condicio* è stata dedotta in giudizio e consumata.

Il tentativo di conciliazione è pertanto ingegnoso, ma complicato: ed è poi troppo contrario al frammento per potere essere seguito. Infatti si tratterebbe nella legge di GIAVOLENO di una *obligatio* condizionale *sui generis*; *in diem* quanto alle conseguenze della *plus petitio*: e condizionale quanto alla novazione che deve sorgere o meno.

Invece GIAVOLENO accenna ad una obbligazione condizionale: la novazione è cioè subordinata ad un avvenimento futuro ed incerto. Tizio è debitore verso Sempronio ed è creditore verso Caio. Tizio delega Caio a pagare Sempronio *sub conditione*.

Partendo dall'idea che in generale il creditore non perde il suo diritto agendo *ante conditionem*, il BUFNOIR per far concordare le Istituzioni con quanto egli crede, è costretto a restringere arbitrariamente il testo § 33 ed a non applicarlo se non in quel caso, in cui l'obbligo è condizionale: in questo senso che si trovi soggetto ad un modo di estinzione affetto da una condizione. Ora la restrizione del § 33 non può essere giustificata.

Io penso che nel frammento di GIAVOLENO il creditore delegante fino all'avverarsi della *condicio*, non ha più azione da dedurre in giudizio, e se quindi si fa attore venga respinto non quale creditore *sub conditione* non verificatasi, ma perchè è privo di mezzo processuale da far valere contro il debitore delegato. *Ante tempus petere videtur*, dice GIAVOLENO, e quindi non gli si accorda azione.

Invero quale valore avrebbe la delega se così non fosse? E non sarebbe strano che esistessero due creditori ad un tempo della stessa obbligazione verso il debitore, dei quali due creditori l'uno è debitore verso dell'altro della obbligazione, oggetto della delega? Il diritto del delegante è sopito, mentre pende la *condicio* in base alla quale il delegato diventerà debitore verso il delegatario e nel frattempo il delegante non può esperire l'azione che sarebbe relativa al diritto di credito.

Così si spiegherebbe come non si trattasse di controversia fra i giureconsulti romani. Tutti opinavano che l'agire *ante conditionem* non producesse le conseguenze della *plus petitio*. Le parole pertanto, *ante conditionem*, si può supporre non fossero in GAIO, e devono ritenersi aggiunte da GIUSTINIANO, il quale confermò le riforme di ZENONE, ed attribuì il carattere di pena alle conseguenze del procedere di chi agiva « *ante tempus et si quidem tempore plus fuerit petitum... Zenonis divae memoriae loquitur constitutio... sin autem quantitate vel ALIO MODO plus fuerit petitum... puniatur* ». Ai tempi di GIUSTINIANO era quindi trasformata la causa, che produceva la *plus petitio* come già si è detto.

E nelle azioni *in rem*, si poteva incorrere in *plus petitio tempore*? ULPIANO risponde negativamente nella L. 11 (libro trigesimo secundo *ad Sabinum*) D. *de donat.* 24, 1. « Sed interim res non statim fiunt eius cui donatae sunt, sed tunc demum, cum mors insecuta est: medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit ». E nella L. 11 § 4 ULPIANO libro septuagensimo quinto *ad Edictum* D. *de exc. rei jud.* 44, 2. Veggasi anche la L. 2 § 5 JULIANUS libro sexagensimo *Digestorum* D. *de donat.* 39, 5.

Conviene dare la stessa soluzione se si tratta di un *dies*, invece che di una *condicio*. Infatti il termine che nelle obbligazioni non sospende che la esigibilità, sospende per converso la nascita del diritto, quando si tratta di un atto traslativo di proprietà. (Veggasi BUFNOIR op. cit.).

Così supponendo un legato per *vindicationem* fatto *ex die*, il legatario non diventerà proprietario che al giungere del termine. L. 9 § 2 ULPIANO (libro quinquagensimo primo *ad Edictum*) D. *usufructuarius quem ad modum caveat* 7, 9.

Si tratti di una servitù costituita *ex tempore* ed il tempo non sia giunto.

L'acquirente che rivendica od esercita l'*actio confessoria ante diem* non riuscirà, ma potrà rinnovare la domanda?

Certo, a motivo che il termine, il quale proroga l'effetto di una vendita, non è a confrontarsi a quello con cui si allontana la esigibilità di un contratto.

In quest'ultimo caso il diritto esiste dal giorno del contratto: se si agisce si deduce *in iudicium*: per converso l'acquirente non ha ancora diritto di proprietà e non deduce *in iudicium*.

Il MACHELARD nella sua opera *Des obligations naturelles en droit romain* (1861) pag. 387 n. 2 sostiene che anche nelle azioni *incertae* è possibile incorrere nelle conseguenze della *plus petitio*: egli intende che l'insegnamento di GAIO § 54 *Comm.* IV debba ritenersi limitato alla *plus petitio re*.

Questo scrittore dice che il giudice in base alla formula deve condannare a quanto è attualmente dovuto. Pertanto se il debito è a termine o sotto condizione, secondo lo stesso GAIO *peti non potest, nulla praestatio est*, e quindi si incorre in *plus petitio*. La stessa idea è espressa da GIAVOLENO (libro decimo *epistolarum*) nella L. 35 D. *de iudiciis*, ecc. 5, 1. Il convenuto prima della scadenza del termine o *pendente conditione* veniva assolto.

È evidente anzitutto che il § 54 di GAIO non si presta ad alcuna restrizione e poichè in questi casi il giudice non è qui tenuto dall'alternativa come nelle *actiones certae* è sicuro che l'attore otterrà o no vittoria in relazione al *quidquid* della formula: di più la *plus petitio tempore* si risolve in sostanza in *plus petitio re* per i sacrifici eventuali che si imporrebbero ad un debitore imponendogli il pagamento anticipato: *plus est enim statim aliquid dare*, disse anche GIUSTINIANO. (Vegg. anche COHN op. cit. pagine 48-54).

Plus petitio loco.

Le Istituzioni si esprimono così per questo caso § 33, IV. 6: « Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuerit: verbi gratia si is, qui ita stipulatus fuerit: Ephesi dare spondes? Romae pure intendat dari sibi oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solveret, admittit ei pura intentione... ».

E GAIO § 53, IV: « Loco plus petitur, veluti si quod certo loco dari promissum est, id alio loco sine commemoratione ejus loci petitur, velut si quis ita stipulatus fuerit: Ephesi dare spondes? do Romae pure intendat... » il resto di questa parte del frammento non si può leggere, meno le frasi *dare mihi oportere... petere id est non adiecto loco*.

Si suppone che alcuno abbia stipulato che gli debba essere pagata una somma certa in Efeso (luogo determinato) e che lo *stipulator* la chieda altrove, per esempio, in Roma senza accennare il luogo convenuto.

In questa ipotesi si verifica la *plus petitio loco*, perchè chiedendo in Roma ciò, che è dovuto in Efeso, si viola il patto contrattuale e si lede il convenuto nei suoi interessi togliendogli il vantaggio, che egli aveva di pagare in Efeso, luogo scelto da lui per il pagamento a motivo che era per lui luogo forse più comodo.

Così anche ULPIANO nella L. 2 § 3 (libro vicesimo septimo *ad Edictum*) D. *de eo q. c. l. dari oportet* 13, 4. Il giudice pertanto verificata la *intentio* assolverà il convenuto, perchè egli non deve che in Efeso.

Nell'appendice I a questo § 845 si è trattato della necessità del rimedio alla situazione *iniqua* in cui veniva a trovarsi il creditore, quando il « promissor ad eum locum in quem daturum se promisisset, numquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur... » non avendo il creditore il diritto di chiamare in giudizio *alio loco* il convenuto e si è esposto come il pretore abbia provveduto coll'*actio de eo quod certo loco* a far evitare all'attore le conseguenze della *plus petitio*, alle quali andava incontro, quando malgrado la convenzione sul luogo di pagamento, avesse tratto in giudizio altrove il convenuto.

Qui è uopo accennare che la L. 7 § 1 (PAOLO libro vicesimo octavo *ad Ed.*) D. 13, 4 sembra contraddica al principio che nelle *formulae incertae* non si può verificare *plus petitio* (L. 7 pr. D. 13, 4; 43 PAPIANO libro 27 *quaestionum* D. 5. 1 *de iudiciis*, ecc. Infatti il giureconsulto PAOLO decide che quando una persona ha promesso *se certo loco traditurum*, se il creditore reclama la consegna in altro luogo da quello fissato deve farlo coll'*actio de eo quod certo loco*, se intende evitare la conseguenza della *plus petitio loco*. Si ritiene però che la parola *traditurum* della L. 7 § 1 non voglia signifi-

care altro che il dare e quindi non si tratterebbe di un *incertum*. (Vegg. ACCARIAS op. cit. vol. II pag. 1116 nota 3).

La L. 2 § 2 D. 13, 4 di ULPIANO esamina la fattispecie, nella quale la stessa cosa può essere pagata in due luoghi diversi « alternativamente ».

Chi ha diritto di scegliere il luogo di pagamento? Secondo ULPIANO la scelta spetta all'attore, perchè in caso diverso il debitore opporrebbe sempre, che egli intendeva pagare nel luogo diverso da quello, in cui il creditore lo avesse chiamato in giudizio e l'attore incorrerebbe sempre nella *plus petitio loco*.

È strano però che nella L. 2 § 3 D. h. t. sembri che ULPIANO sostenga la tesi contraria.

L'antinomia si vuol togliere sostenendosi da alcuni che nel § 2 ULPIANO stabilisce il principio che egli ritiene giusto e nel § 3 riferisca l'opinione di SCEVOLA contraria alla sua; ma è difficile ammettere una discrepanza di opinioni fra ULPIANO e SCEVOLA, mentre sembra che nel § 3 ULPIANO si assimili completamente la decisione di SCEVOLA e non c'è parola nella legge, che lasci trapelare il più piccolo dissenso fra i due giureconsulti.

Secondo il POMIER i §§ 2 e 3 contemplan due ipotesi diverse: nel § 2 il creditore esperisce l'azione non in Capua od in Efeso; ma in un terzo luogo: è così che l'attore perderebbe la causa in conseguenza della *plus petitio loco*, se non esperisce l'*actio de eo quod certo loco*.

Il § 3 per converso si occupa del caso, in cui l'attore proceda in Capua od in Efeso: egli avrà il diritto di scelta ed agirà coll'azione, che deriva dal contratto, senza aver bisogno di indicare il luogo.

Anche per i casi, nei quali si incorre nella *plus petitio loco* si può rinnovare l'osservazione, che in sostanza, chi chiede in altro luogo da quello convenuto, non mette nell'*intentio* un *plus* vero e proprio; solo, come si è dimostrato, il creditore che chiedeva *alio loco* incorreva nelle stesse conseguenze di un *plus petere*, perchè il giudice in base alla *intentio* non trovava provato ciò che costituiva veramente il diritto del creditore e quindi mentre era obbligato a pronunziarsi nel luogo, dove era stata trattata la causa, assolveva il convenuto sia che avesse o non avesse exceptito il luogo del pagamento, perchè nel luogo dove era stato istituito il giudizio nulla doveva: e per la regola poi che *bis de eadem re non sit actio* non poteva l'attore esperire di nuovo la stessa azione a tutela del suo diritto: le conseguenze pertanto per l'attore erano quelle del *plus petere*.

Nella ipotesi che si chiedesse *alio loco* con *intentio incerta* non si incorreva in *plus petitio*.

Sull'*actio de eo quod certo loco* introdotta dal pretore ad impedire la impossibilità nel creditore di pervenire *ad suum* sia per la mala fede del debitore, sia per le altre cause che non permettevano potesse cogliersi il debitore nel luogo della esecuzione dell'obbligo non c'è qui altro da aggiungere (Vegg. però BARON, *Pandekten*. Lipsia 1890 7.^a ediz. § 242, II).

Plus petitio causa.

« Causa plus petitur, scripsit GAIUS *Comm. IV* § 53... velut si quis in intentionem tollat electionem debitoris, quam si habet obligationis iure; velut si quis ita stipulatus sit: sestertium X milia aut hominem Stichum dare spondes? deinde alterutrum ex his petat; nam quamvis petat quod minus est, plus tamen petere videtur, quia potest adversarius interdum facilius id praestare quod non petitur. Similiter si quis genus stipulatus sit, deinde speciem petat; velut si quis purpuram stipulatus sit generaliter, deinde Tyriam specialiter petat: quin etiam vilissimam petam, idem juris est propter

eam rationem quam proximè diximus. Idem juris est, si quis generaliter hominem stipulatus sit, deinde nominatim aliquem petat, velut Stichum, quamvis vilissimum. Itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet ».

GRUSTINIANO poi nelle sue *Istituzioni* IV, 6 § 33 a proposito della *plus petitio causa* dice:

« Huic autem qui loco plus petere intelligitur, proximus est is qui causa plus petit: ut ecce si quis ita a te stipulatus sit: hominem Stichum aut decem aureos dare spondes? deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum aut decem tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit: qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario et eo modo suam quidem meliorem conditionem facit, adversarii vero sui deteriore. . . . plus petere intelligitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis iure liberum fuit aliud solvere, quam quod peteretur. Quin etiam licet vilissimum sit quod quis petat, nihilo minus plus petere intelligitur, quia saepe accidit, ut promissori facilius sit illud solvere quod majoris pretii est ».

Nella *plus petitio causa* si incorre pertanto dall'attore, il quale in luogo di presentare la domanda con *intentio incerta* quale risulta dalle obbligazioni di genere o dalle alternative procede con *intentio certa* e chiede o la specie invece del genere od una sola fra le cose dovute, mentre il diritto di scelta è a favore del debitore.

Anche nella *plus petitio causa* il concetto del *plus* nell'*intentio* non risulta fondato nelle fonti; anzi è da GAIO assolutamente escluso, perchè come si è detto GAIO non ammette esagerazione della domanda nelle *actiones incertae* « in incertis formulis plus peti non potest. . . nemo potest plus intendere », IV § 54.

Qui si ha certo un *quidquid dare facere oportet* nella formula.

Però il concetto di *plus petitio causa* diversifica sia da quello di *petere ante tempus*, che da quello di *plus petere loco*: infatti nella *petitio* di questa o di quella cosa del genere o della alternativa un vero diritto esiste nell'attore: è il diritto di scelta che gli manca, mentre si vide che non esiste diritto esperibile in giudizio, in chi chiede prima della scadenza del *dies* e non esiste diritto di domandare in Efeso, ciò che è dovuto in Roma.

Non può dirsi neppure affine il concetto della *plus petitio causa* a quella della *petitio di aliud pro alio* sempre perchè è realmente oggetto dell'obbligazione, ciò che si chiede, in quanto costituisce una delle cose del genere o dell'alternativa e GAIO distingue esplicitamente i casi della *plus petitio* da quello dell'*aliud pro alio* IV § 55 e così GRUSTINIANO § 35 *Instit.* IV, 6.

Non mi convince però il COHN, il quale sostiene che, in questa categoria di casi, le fonti ravvisino un *minus petere speciale*. Espone questo illustre scrittore essere effettivamente questo il concetto delle fonti, dacchè GAIO nel suo § 53 dove contempla il caso della obbligazione alternativa dice: « nam quamvis petat, quod minus est, plus tamen petere videtur, quia potest adversarius interdum facilius id praestare quod non petitur » a motivo che si decide con ciò che si incorra nelle conseguenze della *plus petitio* anche quando l'attore deduce in giudizio un *minus*. So benissimo, dice il COHN, che questa spiegazione non è quella che si dà dai più, i quali ritengono non come sicura, ma come possibile la concessiva *quamvis petat quod minus est* e considerano espresso il pensiero che il creditore anche allora quando reclama l'oggetto di minor pregio dell'alternativa incorra nelle conseguenze di una *plus petitio*; questa opinione, dice il COHN, è inverosimile, sia perchè i diversi oggetti della alternativa non rappresentano di solito valori oggettivamente diversi, come pure per il motivo linguistico che questo concetto nella proposizione relativa *quod minus est* richiederebbe in luogo di *est* il soggiuntivo.

Nè si può obiettare che quando l'attore espone nella *intentio* un *minus* ne segua la *condemnatio*, dacchè nella *plus petitio causa* si considerarebbe un *minus intendere*

sui generis in quanto che gli oggetti dell'obbligazione, fra i quali c'è il richiesto, on si devono prestare cumulativamente; ma elettivamente. Per non danneggiare il debitore il *judex* era obbligato dal suo *officium* a pronunziare condanna sull'oggetto delle obbligazioni generiche od alternative, non sopra le singole cose dell'oggetto stesso.

Si deduce quindi che la *plus petitio causa* trae seco la perdita della cosa, perchè la *deductio* del *minus* non permetteva poi la *deductio* di ciò, di cui il *minus* non è che una parte e questo, non perchè a motivo del *minus* sia da ritenersi dedotto ormai in giudizio l'oggetto intero; ma perchè, non essendo possibile la divisione, non si può neppure discutere coll'intero sul *minus*. Ho detto che questa motivazione del *COMN* non convince: infatti l'attore non espone un *plus* nell'*intentio* e neppure un *minus* nè in senso stretto, nè in senso speciale: solo si attribuisce un diritto di scelta che non gli spetta usando di una *intentio certa* invece che di una *intentio incerta*: nella *intentio* non viene dunque esposto il vero stato delle cose ed al giudice non resta che assolvere il convenuto.

Rapporto di parte a tutto non si ravvisa fra l'oggetto dedotto in giudizio e gli altri del genere o della alternativa: quindi se si domanda un'altra cosa del genere o l'altra cosa dell'alternativa non dedotta in giudizio si ripeterebbe lo stesso errore.

Ora non c'è più azione per l'oggetto dedotto in giudizio e quando si riproducesse la domanda e la seconda volta sull'oggetto dell'obbligazione generica o dell'alternativa si urterebbe contro la eccezione derivante dalla regola *bis de eadem re non sit actio* in relazione a quanto del genere o dell'alternativa fu dedotto in giudizio.

In sostanza ci troviamo di fronte ad uno degli effetti dell'indivisibilità dell'azione, attesa l'indole indivisibile delle obbligazioni di genere ed alternative riguardo alla loro esecuzione quando la scelta spetta al debitore ed in relazione alla *consumptio* dell'azione. Non c'è quindi nessun bisogno di ricorrere al concetto di un *minus intendere* speciale quale esplicazione della perdita della *res* nella *plus petitio causa*.

Riassumendo il fin qui detto si può ritenere che la *plus petitio* nella procedura formulare produceva quale conseguenza necessaria e logica dell'alternativa data al *judex* colla formula *si paret condemnna, si non paret absolvet* la perdita del diritto; che nel diritto Giustiniano fu invece considerata passibile di pena qualsiasi forma di domanda esagerata, come in sostanza era una pena nell'antico diritto al tempo delle *legis actiones* la perdita della lite e del diritto, quale conseguenza implicita della perdita della scommessa.

Negli ordinamenti processuali moderni non si perde il diritto per averlo esagerato nella citazione (domanda giudiziale): il convenuto può ottenere, sia l'assoluzione dall'osservanza del giudizio incoato oltre i limiti del diritto dall'attore, sia la riduzione delle pretese accampate da questi e l'attore alla sua volta è libero di ridurre in corso di causa la domanda contenuta nella citazione, tanto se il convenuto è presente nel giudizio, quanto se contumace.

Perdita del diritto quale conseguenza di domanda esagerata non si verifica più.

§ 846.

Estremi della condictio de eo quod certo loco. — Fino a qual punto essa abbia luogo contro i fideiussori. L. 8 Dig. h. t.

Per determinare più precisamente quando abbia luogo la *condictio de eo quod certo loco* deve notarsi quanto segue:

1.° Anzitutto deve esser stato fissato espressamente un luogo pel pagamento. Pertanto questa azione vien meno quando sia stato da alcuno pagato un indebito nella opinione di dover pagare qualche cosa in un luogo determinato. La ripetizione dell'indebito può in questo caso venir esplicita, senza tener conto dell'erronea opinione del solvente, in qualsiasi altro luogo, ove l'accipiente possa esser convenuto, senza che alla *condictio indebiti* sia necessaria una speciale aggiunta riguardante il luogo del pagamento.

Cio è insegnato da PAOLO nella L. 27 Dig. *de cond. ind.* [12, 6] là dove dice:

« Qui, loco certo debere existimans, indebitum solvit, quolibet loco repetet: non enim existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur » ¹⁾.

2.° È necessario che l'azione sia stata promossa in un luogo diverso da quello, nel quale avrebbe dovuto avvenire il pagamento. Se essa venne invece promossa nel luogo, dove appunto doveva avvenire il pagamento, non è a parlarsi di *condictio de eo quod certo loco*, ma si tratta dell'azione vera e propria sorgente dal negozio conchiuso: così dicasi se si fossero determinati alternativamente diversi luoghi, nei quali il pagamento potesse venir eseguito. Anche in tali ipotesi la *condictio de eo quod certo loco* è necessaria solo quando il debitore non sia stato convenuto in nessuno dei luoghi determinati, bensì in un altro. In questo caso però l'interesse del luogo potrà venir risarcito al debitore solo a seconda delle circostanze ²⁾. Se invece il de-

¹⁾ Vedi MAGNUS, *Ration. et differ. jur. civ.* lib. I cap. 15. — NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.* pag. 307. Confronta anche la parte VI di questo *Commentario* § 516 (Ediz. ital. lib. V pag. 144).

²⁾ Vedi VOET, *Comm. ad Pand. h. t.* § 4. — DUARENUS, *Comm. ad h. t.*

bitore fosse *in mora* allora egli, come in generale nelle obbligazioni alternative, perde il diritto di scelta, il quale passa al creditore che trovasi così autorizzato non solo a poter scegliere, per agire, fra i diversi luoghi di pagamento determinati alternativamente, ma altresì, quando a seconda delle diversità del luogo di pagamento, anche gli oggetti della prestazione fossero stati determinati, in modo alternativo a poter scegliere, fra questi oggetti medesimi. Sono in questo proposito da notarsi i seguenti testi:

L. 2 § 2 Dig. h. t.

ULPIANUS *libro vicensimo septimo ad Edictum.*

« Si quis Ephesi decem aut Capuae hominem dari stipulatus experiat, non debet detracto altero loco, experiri ne auferat loci utilitatem reo ».

L. 2 § 3 Dig. eod.

ULPIANUS *libro vicensimo septimo ad Edictum.*

« Scaevola libro XV Quaestionum ait, non utique ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate: sed quid debeat esse in eius arbitrio; an debeat, non esse. Et ideo cum quis ³⁾ Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quod solvat, quamdiu ambo vivunt: caeterum ubi alter decessit, extingui eius electionem: ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum praestare,

cap. 2 in *Oper.* pag. 924. — MAGNUS, *Ration. et different. juris* lib. I cap. 16 (MEERMANN, *Theor.* III pag. 283). — POTHIER, *Pand. Justin.* tom. I h. t. n. VIII nota *f* pag. 383.

³⁾ La lezione è qui molto incerta. Nella Fiorentina è scritto *cum qui*, ma questa lezione non dà giusto senso. Antonio FABRO nei suoi *Rationalia in Pand. ad h. l.*, fondandosi sulla frequenza, colla quale nel manoscritto fiorentino appare la geminazione della lettera *s* quando con questa lettera comincia la parola seguente, ha cambiato *cum qui* in *cum quis*. Questa lettura seguono anche le edizioni elziviriane. BAUDOZA, HUGO A PORTA e GOTOFREDO leggono *eum qui* invece di *cum qui*: a questa lezione danno la preferenza anche RUSARD e CHARONDAS. Il nostro Codice di Erlangen invece di *eum* ha *locum*; esso esclude quindi il periodo precedente e colle parole *Qui Stichum* ne comincia uno nuovo. Ma così non si ottiene un senso soddisfacente. Affatto speciale è la lezione di HALOANDER. Egli legge così: *et ideo nec locum esse*, colle quali chiude il periodo. Anche per HALOANDER le parole *Qui Stichum* costituiscono il principio di un nuovo periodo. La lezione fiorentina coll'emmendazione del FABRO è senza dubbio la preferibile.

quem solum debet. Quare et in proposito eum qui promisit Ephesi aut Capuae, si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse; semper enim alium locum electurum; sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio an debeat. Quare putat, posse ab eo peti altero loco et sine loci adjectione. Damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scaevola, petitozem electionem habere, ubi petat: reum ubi solvat, scilicet ante petitionem. Proinde mixta, inquit, rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem ».

A chi legga attentamente questi due testi non potrà sfuggire che l'opinione messa innanzi da ULPIANO nel § 2 non combacia con quella di SCEVOLA contenuta nel § 3. Ed infatti ai Glossatori risalgono i primi tentativi di conciliazione di questi due frammenti. ROGERIO infatti sosteneva che ULPIANO nel § 2 esponeva una opinione non sua, ma di alcuni giuristi antichi, che egli poi confutava contrapponendole nel § 3 quella di SCEVOLA. ACCURSIO invece respingeva questa opinione di ROGERIO e poneva il principio che anche quando fossero fissati alternativamente diversi luoghi di pagamento non poteva venir tolta al debitore l'*utilitas loci* sebbene il creditore dovesse agire soltanto in uno di essi. *Nam licet actor, dice egli, in locis habeat electionem, habet tamen ob hoc solum, ne sit in rei arbitrio, an debeat: non ob hoc, ut reus, in altero loco conventus, alterius loci non praetendat utilitatem.* Questo sembra ad ACCURSIO il significato del § 2, nel quale ULPIANO avrebbe esposta la sua propria opinione. Egli quindi parafrasa le parole: *detracto altero loco* così: *detracta utilitate alterius loci, quam haberet reus, si ibi solveret.*

Ciò che sta scritto nel § 3: *posse ab eo peti altero loco et sine loci adjectione* vorrebbe soltanto significare potere il debitore nel caso di una determinazione alternativa di luoghi di pagamento venir convenuto solo in uno, e precisamente perchè egli ha promesso di pagare o nell'uno o nell'altro. Ma già ANTONIO FABRO⁴⁾ ha contro questa opinione ricordato che sarebbe apertamente contraddittorio che nel § 2 si accordasse all'attore in base ad una giuridica necessità la

4) *Rational in Pand.* ad L. 2 § 2 D. h. t.

scelta fra più luoghi di pagamento alternativamente scelti e poi si ritenesse l'attore medesimo obbligato a risarcire al convenuto l'interesse del luogo.

Fra gli scrittori più recenti alcuni hanno cercato di conciliare i due frammenti riferendo il § 2 al caso in cui il creditore avesse convenuto il debitore in un luogo diverso da tutti quelli alternativamente fissati per il pagamento; il § 3 invece al caso, in cui il creditore avesse convenuto il debitore in uno dei luoghi alternativamente fissati per il pagamento⁵⁾. Senonchè le parole: *quare et in proposito* collegate colle ultime parole del § 3 mostrano chiaramente che ULPIANO prosegue nel § 3 la trattazione del caso proposto nel § 2. L'opinione del ROGERIO, alla quale già davano la preferenza il FABRO⁶⁾, il NOODT⁷⁾, è dunque indubitabilmente la preferibile. ULPIANO riproduce probabilmente nel § 2 l'opinione di alcuni antichi giuristi, i quali affermavano che colui, il quale avesse stipulato una certa somma ad Efeso, o uno schiavo a Capua, non poteva richiedere nell'uno di questi luoghi che quanto gli era stato per quel luogo promesso, ma doveva agire alternativamente come comportava la formula della stipulazione, affinchè al debitore non venisse sottratto il vantaggio del luogo del pagamento. Ora che il § 2 contenesse realmente una semplice opinione, la quale veniva poi confutata e rettificata nel § 3, può anche desumersi da ciò che il § 2 è completamente ommesso nei Basilici⁸⁾ e che in esso è accolto soltanto il risultato del § 3. Quella opinione aveva per vero in suo favore questo principio: che le obbligazioni alternative hanno sempre per fondamento la convenzione tacita, per la quale la scelta spetta al promittente⁹⁾; nondimeno ULPIANO non la volle accettare. Egli desume dalle questioni di SOEVOLA la giusta obiezione (nuova prova che trattavasi qui di confutare una opinione opposta) che quel fondamento di decisione non contiene una regola ineccepibile¹⁰⁾.

5) PACIUS, *Εκκριστικῶν seu legum conciliatarum* cent. IV qu. 30. — DUARENUS, *Comm. ad h. t.* cap. 2. — POTHIER, *Pand. Justin.* tom. I h. t. n. VIII nota f pag. 283.

6) *Loc. cit.* pag. 463.

7) *Comm. ad Dig. h. t.* tom. II. *Oper.* pag. 303.

8) Tom. III pag. 573.

9) L. 10 § ult. D. *de jur. dotium* [23, 3]. L. 95 pr. D. *de solut.* [46, 3].

10) Poichè i libri *Quaestionum* degli antichi giuristi romani contenevano so-

Poichè non sempre, ciò che forma il contenuto tacito di una stipulazione, dipende assolutamente dall'arbitrio del debitore: ciò condurrebbe ad attribuire al debitore la facoltà di adempire o meno la sua obbligazione. Ma quel principio debbasi così limitare, che possa il debitore bensì di suo arbitrio prestare una cosa a preferenza dell'altra, non già prestare o non prestare. Ciò risulta chiaro anche dai seguenti esempi. Se Tizio ha promesso di dare lo schiavo Stico o Pamfilo, egli può prestare quale dei due preferisca, finchè tutti due sieno in vita. Ma se uno di essi viene a morire cade anche il diritto di scelta e Tizio deve prestare in linea assoluta quello che è sopravvissuto. Si comprende infatti facilmente che se anche dopo la morte di uno degli schiavi si volesse lasciar sopravvivere il diritto di scelta di Tizio, egli potrebbe facilmente liberarsi da ogni obbligazione dichiarando di scegliere quello morto. Così sta la cosa anche nel caso trattato nel § 2 (*in proposito*) quando la prestazione non è avvenuta nè in uno dei luoghi designato nè nell'altro, poichè se anche in questa ipotesi si volesse lasciare al debitore la scelta del luogo, questi potrebbe sempre rispondere, voler egli prestare nel luogo diverso da quello, nel quale venisse convenuto, facendo così dipendere dal suo arbitrio l'obbligazione medesima. È pertanto necessario che la scelta del luogo, nel quale egli possa convenire il debitore per la prestazione della cosa promessa, sia ormai lasciata all'attore; non è necessario invece che nell'azione si faccia menzione dell'altro luogo. Infatti sarebbe curioso il riconoscere nel convenuto, in accordo coll'opinione di ACCURSIO, un interesse corrispondente al vantaggio a lui tolto di scegliere il luogo di pagamento, mentre egli (cioè il debitore) avrebbe potuto prevenire l'attore colla puntuale prestazione della cosa dovuta. Nel nostro caso quindi l'« azione » è quella che sorge direttamente dal negozio. *Nam utilitas loci numquam aestimatur*, dice il FABRO, *nisi ex aequitate, cum arbitraria agitur, non autem cum in eo ipso loco, in quo dari res debuit.*

Lo scopo di tutta questa nostra discussione è quindi il dimostrare che quando vi sieno più luoghi alternativamente determinati per il pagamento, vien meno la *condictio de eo quod certo loco* quando si

tanto discussioni di questioni civilistiche controverse. Vedi OTTO in *Papiniano* cap. XII § 1 pag. 362.

agisca in uno dei luoghi indicati. In questa ipotesi la scelta del luogo spetta all'attore: il debitore ha il diritto di prestare in uno dei luoghi indicati o nell'altro solo finchè non sia stato convenuto. Che se poi non solo è determinato alternativamente il luogo del pagamento, ma anche l'oggetto dell'obbligazione, così come si suppone nella fattispecie del § 2, spetta pure all'attore la scelta in rapporto all'oggetto medesimo in quanto il luogo, nel quale agisce, lo consenta. Se egli quindi agisce e. g. in Efeso, può solo chiedere la somma di denaro promessa, non alternativamente la somma di denaro e lo schiavo, che doveva venirgli prestato a Capua. Come ULPIANO stesso osserva, è questa una conseguenza dell'alternatività mista di più luoghi e di più cose. « *Non enim potest*, dice quindi a questo proposito il FABEE, *eligere stipulator locum Ephesi ad petendum, quin hoc ipso cogatur eligere decem, quae Ephesi dare debitor promisit, aut locum Capuae, quin hominem petere debeat, non decem* ». Diverso sarebbe il caso quando il creditore volesse agire in un luogo diverso da quelli alternativamente determinati nella stipulazione. In tal luogo egli può agire quando il pagamento non sia avvenuto in nessuno dei luoghi indicati. Però a questo fine non basta più l'azione diretta; è necessaria la *condictio* ed il creditore deve in questo caso agire alternativamente, indicando il luogo dove l'una e l'altra delle prestazioni doveva avvenire, affinché al convenuto rimanga la scelta. Qui pertanto viene in considerazione l'interesse in quanto una parte o l'altra per il cambiamento del luogo di pagamento abbia risentito dei danni. Con ragione quindi scrive il VOET ¹¹⁾: « *Si tamen extra duo loca, promissioni alternatim adjecta, actor alibi petere velit, utriusque loci mentionem fieri necesse est, immo et utriusque rei, si mixta alternationi locorum sit rerum alternatio; atque ita debitori rursus electio competit, cuius velit locum et rei aestimationem considerari ut secundum eam iudex in hac arbitraria definiat, quanto plus minusque in hoc loco, in quo agitur, per reum actori prestandum sit* ».

c) L. 4 Dig. h. t. « *Quod si Ephesi petetur, ipsa sola summa petetur, nec amplius quid: nisi si quid esset stipulatus, vel si temporis utilitas intervenit* ».

¹¹⁾ *Comm. ad Pand. h. t. § 4.*

Che anche secondo questa legge l'azione da sperimentarsi nel luogo del pagamento sia quella sorgente dal negozio conchiuso, risulta chiaramente da ciò, che in essa è detto: nulla di più si può per suo mezzo pretendere della somma dovuta. Poichè le azioni sorgenti da negozi di stretto diritto non tendono all'interesse¹²⁾. Tuttavia ULPIANO ammette due eccezioni e cioè: 1.° per il caso, in cui il debitore avesse esplicitamente promesso qualche cosa oltre alla somma dovuta, quando questa non fosse stata prestata nel modo convenuto; e. g. usure o pene convenzionali; 2.° per il caso, in cui sia stato fissato un tempo per il pagamento e questo non sia avvenuto precisamente in quello. Anche in tale ipotesi potevasi agire coll'*actio ex stipulatu* per l'interesse derivante dalla mora¹³⁾. È questo interesse che viene nel testo chiamato *utilitas temporis*. Il CUIACIO¹⁴⁾ peraltro è di diversa opinione. Egli crede cioè che, sia mediante una *adjectio temporis*, sia colla determinazione di un luogo di pagamento, l'azione diretta sorgente dal negozio conchiuso si tramuti in un'*actio arbitraria*. Tale opinione è professata anche da JANUS a COSTA¹⁵⁾, da MERILLIO¹⁶⁾, dal MAGNUS¹⁷⁾ almeno per il caso, in cui al luogo del pagamento fosse collegato un certo tempo di pagamento; quando e. g. si fosse stipulato *Ephesi Calendis Ianuariis proximis decem dari*. In tale ipotesi era necessario *propter utilitatem temporis* agire coll'*actio arbitraria* anche nel luogo determinato per il pagamento. Senonchè questa opinione non è in alcun modo giustificabile. Non è infatti la determinazione di un luogo di pagamento, che trasforma l'azione sorgente dal negozio giuridico in *actio arbitraria*; la *condictio* è invece necessaria solo quando si agisca in un luogo diverso da quello convenuto per il pagamento. Qui interviene l'*offitium iudicis* ad impedire che venga sottratta a qualsiasi delle parti l'*utilitas loci*. Come

¹²⁾ L. 38 § 7 D. *de usur.* [22, 1]. L. 3 C. *eod.*

¹³⁾ L. 114 D. *de verb. oblig.* [45, 1]: « Si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit quominus ea die praestetur: consecuturum me quanti mea intersit moram facti non esse ». Veggasi anche la L. 11 D. *de re jud.* [42, 1].

¹⁴⁾ *Tract. ad Afric.* ad L. 8 D. h. t.

¹⁵⁾ *Comm. ad § 33 Inst. de action.* [4, 6].

¹⁶⁾ *Observ. lib. IV cap. 19.*

¹⁷⁾ *Ration. et different. juris civilis* lib. I cap. 18 (MEERMANN, tom. III pagina 287).

potrebbe invece l'*adjectio temporis* cangiare l'azione sorgente dal negozio in un'azione arbitraria, quando il creditore si facesse ad agire nel luogo fissato per il pagamento? L'interesse per il ritardato pagamento non viene in tale ipotesi riconosciuto *officio iudicis*, ma *jure obligationis*. Inoltre siccome l'azione non può venir esercitata, finchè il termine di pagamento non sia trascorso ¹⁸⁾ l'*actio directa* non potrebbe mai essere esercitata, se si dovesse trascorso il termine di pagamento, muovere coll'*actio arbitraria* od *utilis*. A ragione quindi il FABEO ¹⁹⁾, lo SCHULTING ²⁰⁾, il VOET ²¹⁾, il BACHOVIO ²²⁾, ed il WISSENBACH ²³⁾ hanno respinto quella opinione di CUIACIO e dei suoi seguaci.

Non esiste dunque una *condictio de eo quod certo tempore*, ma solo una *condictio de eo quod certo loco*. « Et dissimilitudinis ratio apertissima est, scrive con molto acume ANTONIO FABEO ²⁴⁾, quia tempus in tempore continetur, non etiam locus in loco. Nam qui Ephesi petit, quod Romae dari debuit, procul dubio alio loco petit. At qui petit Calendis Februariis, quod praecedentibus Ianuariis iam solvi debuit, non alio tempore petit, quam quo debitum sit: quoniam quod Calendis Ianuariis praeteritis debitum fuit, multo magis debetur Februariis sequentibus. Ibi sicuti arbitrariam actionem nemo dixerit ex eo solo induci, quod certo loco solvi debuerit, nisi illud etiam accedat, ut alio quam destinato loco agere creditor velit; ita absurdum est dicere, arbitrariam competere ob id tantum, quod stipulationi dies adjectus sit, si non illud quoque concurrat, ut alio tempore petatur, quam quo debetur; quod ipsum tamen contingere numquam potest. Nam creditor, si ante diem petat, male agit, cum dies adiiciatur pro reo, non pro stipulatore » ²⁵⁾.

¹⁸⁾ L. 38 § 16. L. 42. L. 118 § 1 D. *de verb. oblig.* [45, 1]. § 33 Inst. *de action.* [4, 6].

¹⁹⁾ *Rational.* in L. 4 pr. D. h. t. pag. 475 e specialmente *Conject. iur. civ.* lib. XV cap. 3.

²⁰⁾ *Thes. controver.* dec. XLVI th. 5.

²¹⁾ *Comm. ad Pand.* h. t. § 9.

²²⁾ *Not. et animadvers. ad Treutlerum* vol. I disput. XXIII thes. VI lett. D pag. 898.

²³⁾ *Exerc. ad Pand.* parte I disp. XXVI th. 12 pag. 279 e seg.

²⁴⁾ *Conject. iur. civ.* loc. cit. pag. 486.

²⁵⁾ L. 41 § 1 D. *de verb. oblig.* [45, 1]. L. 50 D. *de oblig. et action.* [44, 7]. L. 17 D. *de reg. iur.* [50, 17].

3.º È necessario che nell'azione sia indicato il luogo di pagamento altrimenti contro l'attore potrebbe opporsi l'*exceptio plus petitionis loco* ²⁶⁾ e). Gli è appunto da questa aggiunta, che l'azione principale sorgente dal negozio conchiuso, prende il nome di *condictio de eo quod certo loco* e la proprietà speciale di non poter essere respinta, quando pur essendo intentata in luogo diverso da quello convenuto, sia rilasciata al giudice la determinazione dell'interesse del luogo. La *condictio de eo quod certo loco* non è quindi una nuova azione, ma piuttosto una *qualitas adjecta* dell'azione principale, sorgente dal negozio giuridico conchiuso, onde anche nelle fonti vien chiamata *actio utilis* ²⁷⁾, espressione questa che sempre presuppone l'esistenza di un'azione principale. L'EINECCIO ²⁸⁾ si esprime assai giustamente in questo proposito, quando scrive: « quemadmodum enim creditor contra debitorem, Ephesi solvere obligatum, Ephesi agit conditione certi ex mutuo, ex stipulatu, actione de constituta pecunia: ita extra Ephesum cum debitore agit ex mutuo, stipulatu, constituta pecunia, de eo quod certo loco ». Su questo punto sono tutti concordi fino ad ANTONIO FABRO ²⁹⁾, la cui opinione è già stata fundamentalmente confutata dal BACHOVIO ³⁰⁾.

Avendo pertanto la *condictio de eo quod certo loco* questa specialità, che per essa può richiedersi una prestazione dovuta in luogo diverso da quello fissato come luogo del pagamento, sorge la questione circa

²⁶⁾ § 33 *Inst. de action.* [4, 6].

²⁷⁾ L. 1 in fine h. t. — DUARENUS in *Comm. ad h. t.* cap. 2, scrive: « Utilis vocatur, quoniam ex directo summaque jure actio competere non potest propter naturam contractus qui stricti iudicii est, in qua suppleri non potest id, quod a contrahentibus expressum non est. Ad expressum est ut solvat debitor Ephesi. Sed haec subtilitas juris civilis neglecta est propter aequitatem et comparata est actio utilis ».

²⁸⁾ *Elem. jur. civ. sec. ord. Pand. h. t.* § 87.

²⁹⁾ *Conject. jur. civ.* lib. XV cap. 2 e *De error. pragm.* dec. XCI err. 5.

³⁰⁾ *Tract. de action.* disp. VII parte II th. 2. Veggasi anche VOET, h. t. § 1 in fine. — HUBER, *Praelect. ad Pand. h. t.* § 3. — IAN. A COSTA, *Comm. ad § 33 Inst. de action.* — FRANTZKE, *Comm. ad Pand. h. t.* n. 8 e THIBAUT, *Syst. des P. R.* Bd. I § 96.

e) Veggasi l'Appendice prima del traduttore al § 845.

al vedere se per ciò essa possa venir esercitata in qualsiasi luogo il debitore sia colto, anche se ivi non sia il Fôro suo competente. Il BARTOLO l'affermava; e lui seguiva ANTONIO FABRO ³¹⁾, non però fondandosi sull'argomento da quello addotto, non aver di ciò a lamentare il debitore danno alcuno, venendogli risarcito l'interesse del luogo di pagamento, ma fondandosi invece su questo principio, che quando non fosse stato fissato alcun, luogo di pagamento il creditore l'avrebbe potuto convenire dovunque l'avesse potuto cogliere. Ma si l'uno che l'altro di questi due giureconsulti errano di gran lunga, come già il BACHOVIO ³²⁾ ha dimostrato a sufficienza. Quanto erronea sia l'ipotesi del FABRO dimostra la sentenza di ULPIANO contenuta nella

L. 19 § ult. Dig. *de judiciis* [5, 1].

« Illud sciendum est, cum qui ita fuit obligatus, ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrobique posse conveniri, et hic et ibi ».

Infatti le parole: *si in provincia habuit domicilium*, sarebbero state del tutto superflue data per romana la teoria del FABRO: ciò ha rivelato giustamente il VOET ³³⁾. Non si può tuttavia negare che alcuni testi romani diano a quella opinione un apparente sostegno. Dice infatti PAPINIANO nella L. 43 Dig. *de judiciis* [5, 1]:

« Eum qui insulam Capuae fieri certo tempore stipulatus est, eo finito, quocumque loco agere posse in id, quod interest constat ».

E PAOLO nella già citata L. 27 Dig. *de cond. ind.* [12, 5] dice:

« Qui loco certo debere existimans, indebitum solvit, quolibet loco repetet ».

E quando anche per negare l'efficacia probatoria di questi testi volesse dirsi che si riferiscono all'*actio directa* e non all'*actio arbitraria*, sembra tuttavia indubitabile la testimonianza di ULPIANO, il quale nelle L. 16 Dig. *de pecunia constituta* [13, 5] insegna:

« Sed et certo loco et tempore constituere quis potest, nec solum eo loci posse eum petere ubi ei constitutum est: sed exemplo arbitrariae actionis, ubique potest ».

³¹⁾ *De error. pragm.* dec. XC err. 7.

³²⁾ *Tract. de action. disp.* VII parte II th. 4 pag. 89 e seg.

³³⁾ *Comm. ad Pand.* h. t. § 5.

Tuttavia non è possibile accogliere una spiegazione così ampia come sembrano esprimere le parole di questo testo. Non sarebbe infatti contraddittorio, anzi un non senso addirittura l'ammettere che mercè la determinazione di un luogo di pagamento, il creditore potesse acquistare facoltà più ampie di quelle a lui spettanti nel caso in cui non si fosse fissato alcun luogo per il pagamento? Non è forse inclusa nella determinazione di un luogo di pagamento, la intenzione di limitare la facoltà del creditore alla giurisdizione del debitore? Si consideri inoltre lo scopo, pel quale fu introdotta la nostra *condictio*: essa tendeva soltanto, come il CUIACIO ci insegna, ad evitare che l'azione sorgente da un *negotium stricti juris* non venisse resa illusoria per il fatto di non lasciarsi il debitore mai cogliere sul luogo determinato per il pagamento. L'*actio utilis* accordata al creditore pel suo meglio, gli deve quindi servire unicamente a porlo in quella condizione, nella quale si sarebbe trovato se non si fosse fissato alcun luogo di pagamento. Ma in tale ipotesi il creditore non avrebbe potuto convenire il debitore se non nel luogo di sua ordinaria giurisdizione ³⁴⁾; le espressioni dei testi sopra trascritti pertanto: *quocumque loco... quolibet loco... ubique...* devono per analogia andar riferite soltanto a quei luoghi, nei quali secondo i principi generali del diritto civile vi ha giurisdizione per il convenuto. Così interpretano quei testi oltre al BACHOVIO, WISSENBACH ³⁵⁾, PEREZ ³⁶⁾, SCHULTING ³⁷⁾, DONELLO ³⁸⁾, DUARENO ³⁹⁾, WESTENBERG ⁴⁰⁾, LAUTERBACH ⁴¹⁾, COCCOIO ⁴²⁾, WERNHER ⁴³⁾.

Pure molti scrittori ⁴⁴⁾ sostengono non potersi la *condictio de eo*

34) NOODT, *Comm. ad Dig. h. t. § si ita* tom. II. *Oper.* pag. 307.

35) *Exerc. ad Pand.* disp. XXVI th. 10.

36) *Prael. in Cod.* lib. III tit. 18 n. 1.

37) *Thes. controuv.* dec. XLVI th. 6.

38) *Comm. jur. civ.* lib. XVII cap. 19 § *maiores dubitationem* pag. 996.

39) *Comm. ad h. t.* cap. IV pag. 926.

40) *Princ. jur. sec. ord. Dig. h. t. § 18.*

41) *Colleg. th. pr. Pand. h. t. § 13.*

42) *Jur. civ. contr. h. t. qu. 7.*

43) *Lectiss. Commentation. in Pand.* parte I h. t. § 7.

44) NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.* pag. 307. — STRAUCH, *Diss. in univers. jus justin.* diss. XVII § 3. — THOMASIVS in *Schol. ad Huberi Prael. ad Pand. h. t. § 1.* — LUDOVICI, *Doctr. Pand. h. t. § 4* e specialmente HEINROCIUS, *Elem. jur. civ. sec. ord. Pand. h. t. § 88.*

quod certo loco esercitare che nel fôro *domicilii* del debitore. Altri ⁴⁵⁾ invece tengono conto in questo riguardo anche del *forum contractus*: senonchè contro questa ultima opinione, già molti ⁴⁶⁾ hanno, non senza motivo, ricordato che la giurisdizione del contratto è fondata precisamente sul luogo determinato pel pagamento ⁴⁷⁾; conseguentemente l'azione da esercitarsi in quel fôro non è già l'*actio arbitraria*, bensì la *directa*. Se infatti si è fissato per l'esecuzione del contratto un certo luogo, non è più a pensarsi a quello, nel quale il contratto medesimo venne conchiuso ⁴⁸⁾.

Siccome tuttavia il Romano poteva essere convenuto e nel suo domicilio in provincia, e in Roma quale *communis omnium patria*, ⁴⁹⁾ e nel luogo, che era ritenuto sua patria speciale, quando ivi si trovasse ⁵⁰⁾, si spiegano facilmente le espressioni *quocumque loco* e *ubique* che trovansi nei testi sopra citati.

4.° La *condictio de eo quod certo loco* non ha luogo che quando nel luogo del pagamento potrebbe essere esercitata l'azione principale ^{f)}. A questo proposito si possono considerare due casi:

a) Nel caso in cui sia stato fissato un termine per il pagamento, non si può agire colla *condictio* prima che questo termine sia completamente trascorso ⁵¹⁾.

⁴⁵⁾ BACHOV. loc. cit. — STRUV. *Synt. iur. civ.* Ex. XVIII th. 69. — BOECKELMANN, *Comm. in Dig. h. t.* § 10. — VINNIUS, *Comm. ad § 33 Inst. de action.* n. 1 ad verb. *Alio loco petenti*. — HUBER, *Prael. ad Pand. h. t.* § 1 in *Resp. ad Schol.* — WISSENBACH, loc. cit. — BERGER, *Resolution LL. obstant.* h. t.

⁴⁶⁾ MÜLLER *ad Struvium* loc. cit. nota c. — LAUTERBACH, loc. cit. § 13 in fine. — HEINECCIUS, loc. cit. § 88. — WERNHER, loc. cit.

⁴⁷⁾ L. 21 D. *de oblig. et action.* [44, 7].

⁴⁸⁾ L. 3 D. *de reb. auct. jud. poss.* [42, 5] e parte VI di questo *Commentario* § 516 (Ediz. italiana, lib. V, pag. 139 e seg.).

⁴⁹⁾ L. 33 D. *ad municipalem* [50, 1]. — NOODT, *Comm. ad Dig.* lib. V tit. I pag. 153.

⁵⁰⁾ L. 29 D. *ad municipalem* [50, 1] e § 511 di questo *Commentario*.

⁵¹⁾ § 33 *Inst. de action.* [IV, 6]. § 2 *Inst. de verb. oblig.* [III, 15]. L. 42 pr. D. *cod.* Il creditore non è neppure obbligato (quando in seguito alla convenzione il pagamento deve avvenire in un certo luogo) a ricevere anticipatamente il pagamento in un altro luogo, poichè a lui non può venir tolto il vantaggio

f) Veggasi l'Appendice seconda del traduttore al § 845.

b) Nel caso in cui invece non sia stato fissato alcun termine per il pagamento, deve concedersi al debitore almeno tanto tempo quanto gli sarebbe necessario, date le sue condizioni ed il suo stato, per recarsi sul luogo fissato pel pagamento. Un tale spazio di tempo è sempre tacitamente compreso nella stipulazione di pagare alcunchè in un certo luogo diverso da quello nel quale si trova il promissore, giacchè nessuno può esser tenuto all'impossibile ⁵²). Prima l'azione non compete: si riferiscono a questo punto i due seguenti testi:

1.º L. 2 § 6 Dig. h. t.

ULPIANUS libro *vicensimo septimo ad Edictum*.

« Qui ita stipulatur: Ephesi decem dari, si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat, perperam ante diem agi: quia et Iulianus putat, diem tacite huic stipulationi inesse. Quare verum puto, quod Iulianus ait eum qui Romae stipulatur, hodie Carthagine dari, inutiliter stipulari ».

Il NOODT ⁵³) spiega questo testo riferendolo alla *condictio de eo quod certo loco*. Posto però anche che esso dovesse esser riferito all'azione diretta, è molto naturale che la *condictio* non possa egualmente venir intentata in un altro luogo, prima che nel luogo fissato del pagamento possa venir intentata l'azione diretta. Neppure contro il fidejussore la *condictio* ha luogo, quando egli abbia promesso di pagare in un certo luogo per il debitore, se prima non sia trascorso il tempo che gli sarebbe stato necessario per recarsi nel luogo del pagamento, anche quando il debitore principale già vi si trovasse. Viceversa anche se il fidejussore si trovasse nel luogo del pagamento egli non potrebbe essere convenuto prima che fosse trascorso il tempo necessario materialmente al debitore principale per arrivare sul luogo

proveniente dal luogo di pagamento. L. 122 pr. D. *de verb. oblig.* [45, 1]. Veggasi MAGNUS, *Ration. et different. iur. civ.* lib. I cap. 14 tomo III (*Theor. Meerm.* pag. 281). — DUARENUS in *Comm. ad L. 122 cit. Oper. pag. 774*. Quando non sia stato fissato il luogo e tempo del pagamento, ma solo il tempo, il debitore può quando voglia pagare anche prima che il termine sia scaduto. L. 50 D. *de oblig. et action.* [44, 7]. L. 38 § 16. L. 41 § 11. L. 137 § 2 in fine D. *de verb. oblig.* [45, 1]. Vedi la parte IV (lib. II) di questo *Commentario* § 335.

⁵²) § 5 Inst. *de verb. oblig.* [III, 15]. Una eccezione è contenuta nella L. 141 § 2 D. *eod.*

⁵³) *Comm. ad Dig. h. t.* pag. 309 § Nescio.

del pagamento. Ciò è confermato dal seguente notevole passo di PAPIANO:

L. 49 § 2 Dig. *de fidejussoribus* [46, 1].

PAPINIANUS *libro vicensimo septimo quaestionum*.

« Quaesitum est, an fidejussor, qui, Capuae pecuniam se daturum, Romae promisit, si reus promittendi Capuae esset, statim conveniri possit? Dixi, non magis fidejussorem confestim teneri, quam si ipse Capuae spondisset, cum reus adhuc Capuam pervenire non potuisset. Nec ad rem pertinere, quod hoc latere ⁵⁴⁾ nemo dubitet, nondum fidejussorem teneri; quia nec ipse reus promittendi teneretur: nam e contrario quoque, si quis responderit, quoniam debitor Capuae sit, fidejussorem confestim teneri, non habita ratione taciti proprii temporis, eventurum, ut eo casu fidejussor conveniatur, quo debitor ipse, si Romae fuisset, non conveniretur. Itaque nobis placet, fidejussoriam obligationem conditionem taciti temporis ex utriusque persona recipere, tam rei promittendi, quam ipsius fidejussoris: quoniam aliud respondentibus, contra juris formam, in duriores conditionem acceptus intelligitur ».

Circa poi alla determinazione del tempo necessario per giungere al luogo del pagamento, il giudice, al cui criterio è rilasciato il decidere, deve tener conto dell'età, della condizione, del sesso e dello stato di salute della persona, che avrebbe dovuto recarsi sul luogo del pagamento e vedere in quanto tempo vi si sarebbe potuto comodamente recare. Merita qui considerazione il seguente testo:

L. 137 § 2 Dig. *de verb. oblig.* [45, 1].

VENULEIUS *libro primo stipulationum*.

« Cum ita stipulatus sum: Ephesi dari? inest tempus: quod autem accipi debeat quaeritur, et magis est ut totam eam rem ad iudicem id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod factum se promiserit, ut qui Ephesi daturum se sponderit, neque diplomatæ ⁵⁵⁾ diebus ac

⁵⁴⁾ *Id est pro hac parte in hac specie*. Veggasi BRISONNIO, *de verb. sign.* voc. « Latius » e POTHIER, *Pandette* parte III tit. *de fidej.* n. 43 nota h.

⁵⁵⁾ « Diploma seu diploma hic accipe — scrive DUARENUS in *Comm. ad h. L.* (*Oper.* pag. 787) — quod a principe impetratur ut equis publice dispositis uti liceat. Postquam vulgo dicimus. Privatis enim absque principis diplo-

noctibus, et omni tempestate contempta iter continuare cogatur: neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat: sed habita ratione temporis aetatis, sexus valetudinis, cum id agat, ut mature perveniat, id est eodem tempore quo plerique ejusdem conditionis homines solent pervenire. Eoque transacto, quamvis Romae remanserit, nec possit Ephesi pecuniam dare: nihilominus ei recte condicetur, vel quia per ipsum steterit, quominus Ephesi daret, vel quoniam per alium Ephesi possit dari: vel quia ubique potest solvere⁵⁶⁾. Nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest. Quod si diplomate usus, aut felici navigatione, maturius quam quisque, pervenerit Ephesum; confestim obligatus est, quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullus est conjecturae locus ».

Del resto la *condictio* può aver luogo anche quando il debitore non sia *in mora*, poichè le circostanze potrebbero essersi modificate di tal guisa che a lui più non servisse la prestazione nel luogo determinato per il pagamento, nel quale il debitore già si trovasse pronto. Sarebbe in tale ipotesi ingiusto che la prestazione non potesse anche esser richiesta in altro luogo, dappoichè il convenuto può ottenere l'*interesse loci*⁵⁷⁾.

5.° La *condictio de eo quod certo loco* presuppone una *obligatio* rivolta ad un *dare*^{g)}. Qui per vero coll'espressione *dare* si intende

matae cursus publicus olim non permittebatur ». L. 11 *Cuius moris meminit* PLINIUS, lib. X Epist. penult. In questa spiegazione conviene anche il CUIACIO, *Comm.* ad L. 137 D. *de verb. oblig.*, quando scrive: « *Diplomata sunt codicilli qui dantur cursu publico utentibus quae et Tractoriae et Combinæ dicuntur* ». Questi *diplomata* vengono detti anche *evectioes*. L. 3 C. *de cursu publico* [12, 51]. L. 11 C. *eod.* Vedi BRISSONIUS, *De verb. sign. voc. Dupluma*. Senonchè qui vien presa la causa per l'effetto e quindi *diploma pro cursu publico qui ut sit, diplomate principis efficitur*. Così DONELLO, *Comm.* ad L. 137 § 2 D. *de verb. oblig.* n. 10.

⁵⁶⁾ Ciò deve intendersi per il caso in cui il creditore voglia accettare il pagamento in un altro luogo. Vedi DUARENUS, *Comm.* ad L. 122 D. *de verb. oblig.* [45, 1] *Oper.* pag. 774. — VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 7. — MAGNUS, *Meermann.* thes. III pag. 281. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pandect.* h. t. § 13.

⁵⁷⁾ FRANTZKE, *Comm. ad Pand.* h. t. n. 14 e MAGNUS, *Ration. et differ. juris civ.* lib. I cap. 14 circa fin.

g) Veggasi sulle obbligazioni di dare e precisamente sull'obbligazione di *dare certam rem* il LEONI, *La teoria dei diritti e degli obblighi* (Padova 1887), capo III § 1.

anche il restituire (*reddere*), il pagare (*solvere*), ed il consegnare (*tradere*), come il CUIACIO ⁵⁸⁾ ha giustamente osservato ⁵⁹⁾. Se quindi si è promesso un semplice fatto senza comprendere la consegna di ciò che si è fatto, come se, ad esempio, alcuno avesse promesso di fabbricare entro un dato tempo una casa in un certo luogo, e non avesse poi eseguito la promessa ⁶⁰⁾, non vi è bisogno di *actio utilis*, ma si può agire *actione directa ex stipulatu* per l'interesse in qualsiasi luogo, ove siavi giurisdizione per l'obbligato ⁶¹⁾. La ragione di questa distinzione è riposta in ciò che una cosa può venir prestata in qualsiasi luogo mentre la costruzione non può avvenire che nel luogo dove si è fissato che debba avvenire ⁶²⁾. Gli è perciò che tale stipulazione è valida solo quando sia determinato il luogo dove l'edificio deve esser costruito ⁶³⁾. Infine:

6.° L'azione diretta sorgente dal negozio non deve, a rigor di diritto, essere sufficiente per ottenere la prestazione dovuta insieme coll'interesse in un luogo diverso da quello convenuto. Il NOODT ⁶⁴⁾ osserva che originariamente la *condictio de eo quod certo loco* venne introdotta unicamente per por riparo alla rigidità propria alla stipulazione: solo in seguito, grazie all'interpretazione dei giuristi romani, essa venne ampliata ed estesa per equità all'*actio mutui, actio*

58) *Tract. III ad Afric.* ad L. 8 D. h. t. pag. 398.

59) LL. 5, 6, 7 D. h. t. L. 16 § 1 D. *de constituta pecunia* [13, 5].

60) Se ed in quanto nelle obbligazioni che hanno per oggetto della prestazione un fatto possa darsi *mora* ha dimostrato SCHÖMANN, *Fragmenten aus seinen civ. u. crimin. Vorlesungen* I § 16.

61) L. 43 D. *de judic.* D'altra opinione sono per vero DONELLO e TREUTLER, i quali ritengono fondata la *condictio* anche nelle obbligazioni di fare. Ma già il BACHOVIO, *Ad Treutlerum* vol. I diss. XXIII th. III lit. C pag. 897 e BORKELMANN, *Comm. ad Dig.* h. t. § 6, hanno confutato questa opinione.

62) Vedi VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 8 e NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. pagina 307 § *Addamne*, ecc. Per vero il CUIACIO, *Ad African.* tract. III ad L. 8 D. h. t. e COCCEIO, *Ius civ. contr.* h. t. Qu. 1, ricercano il fondamento della distinzione in ciò che la *stipulatio facti* operava una *obligatio incerti* la quale non tendeva precisamente alla prestazione del fatto, ma ad un tempo alternativamente all'interesse; però questa ragione cade di fronte a ciò che a luogo opportuno abbiamo detto delle obbligazioni *faciendi*. Vedi § 316 di questo *Commentario* ed EMMINGHAUS ad COCCEJUM, loc. cit. nota d.

63) L. 2 § 5 D. h. t. L. 95 D. *de verb. oblig.* [45, 1].

64) *Comm. ad Dig.* h. t. § 306 § *Obtinet*.

ex testamento e de constituta pecunia. Poichè nessuna di queste azioni tende a qualche cosa di più di quanto porta seco la natura del negozio, dal quale esse sorgono: la prima alla restituzione del mutuo, la seconda alla prestazione di ciò, che il testatore ha ordinato nel suo testamento, più gli interessi provenienti dalla mora ⁶⁵); l'ultima non può tendere a più di quanto è determinato dalla già esistente obbligazione assicurata mediante il *constitutum*. Senza l'aggiunta *de eo quod certo loco* non si poteva dunque esigere l'interesse, quando si fosse agito in un luogo diverso da quello convenuto. A ciò sembra non inefficacemente alludere ULPIANO quando nelle L. 16 § 1 Dig. *de constit. pec.* [13, 5] scrive che anche pel costituito si poteva agire in un luogo diverso da quello convenuto *exemplo arbitrarie actionis* ⁶⁶). Che poi nei contratti bilaterali, coi quali una delle parti si fosse obbligata a prestare all'altra alcunchè in un luogo determinato, non fosse necessaria la *condictio*, ma bastasse l'azione diretta sorgente da essi, per agire anche in un altro luogo ed esigere l'*interesse loci*, è stato sopra notato. Per questi era già sufficiente fondamento nella natura dell'azione che il giudice d'ufficio prendesse in considerazione l'interesse del luogo, anche se la sua *formula iudicii* non contenesse di ciò accenno alcuno ⁶⁷).

Ciò è confermato non solo da PAOLO nella sopra citata L. 7 Dig. h. t.; ma anche da ULPIANO nella L. 5 pr. Dig. *commodati* [13, 6] dove dice:

« Si ut certo loco vel tempore reddatur commodatum, convenit, officio iudicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat ».

A tale principio arreca tuttavia una eccezione PAOLO nella già citata L. 7 § 1 Dig. h. t. per il caso in cui in un contratto *bonae fidei* una delle parti si fosse obbligata di fronte all'altra, mediante stipu-

⁶⁵) L. 34 D. *de usuris* [22, 1]. L. 84. L. 87 § 1 D. *de leg. II.* L. 92 in fine D. *de cond. et demonstr.* [35, 1]. LL. 1 e 4 C. *de usuris et fruct. legat.* [6, 47].

⁶⁶) D'altra opinione è il FABRO, *De error. pragmat.* dec. XCI err. 4, 5, e VEGGASI però BACHOVIO, *Tract. de action. disp.* VII parte II th. 3.

⁶⁷) CUIACIUS, *Tract. ad Afric.* ad L. 8 D. h. t. e NOODT, *Comm. ad Pand.* loc. cit. pag. 306, hanno molto giustamente osservato a questo proposito: « Actionem arbitriariam exemplo actionis exceptionisque doli mali, iudiciis bonae fidei inesse ibique officio iudicis contineri ».

lazione, ad eseguire la sua promessa in un determinato luogo. In tale evenienza devesi, secondo il giudizio di PAOLO, ricorrere all'*actio arbitraria* quando la prestazione non avvenga nel luogo fissato:

« Si tamen, dice egli, certo loco traditurum se quis stipulatus sit ⁶⁸⁾ hac actione utendum erit ».

Nella *condictio de eo quod certo loco* il giudice deve tener conto principalmente dei danni che l'una o l'altra parte ha subito in causa del cambiamento del luogo di pagamento. Per potere determinare ciò convenientemente, gli è necessario principalmente considerare nell'interesse di quale delle parti, la determinazione del luogo di pagamento venne fissata ⁶⁹⁾. Conseguentemente gli è talora l'attore che deve risarcire l'interesse *loci* al convenuto, talora il convenuto, che deve risarcirlo all'attore. Questa ultima ipotesi, quando sia avvenuto per colpa del convenuto, che il pagamento non seguisse nel luogo fissato, qui gli è pertanto naturale che il convenuto venga più elevatamente condannato quando l'attore abbia per ciò risentito un danno; al contrario egli verrà più tenuemente condannato di quello che avrebbe dovuto essere nel luogo determinato per il pagamento, quando egli solo dal cambiamento del luogo di pagamento avesse risentito un danno. Tale risarcimento deve venir attribuito al convenuto, anche quando l'attore indipendentemente da colpa, ma per un avvenimento casuale riguardante unicamente la sua persona, si fosse trovato assente dal luogo del pagamento per riceverlo. Poichè gli è conforme a natura e alle leggi che ogni persona sopporti e risarcisca i danni provenienti da una mancanza, che in lei si verifichi, come si sia, anche per caso ⁷⁰⁾. Molti ⁷¹⁾ vogliono per vero sostenere che in riguardo al de-

⁶⁸⁾ La parola *stipulari* non è qui usata *active*, ma *passive*, come in ULPIANO. L. 26 § 13 D. *de cond. indeb.* [12, 6]. Secondo la testimonianza di PRISCIANO, lib. VIII, essa viene usata in questo senso anche da SVETONIO. Vedi NOODT, ad D. h. t. § *Obtinet pag.* 306.

⁶⁹⁾ VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 6.

⁷⁰⁾ L. 3 § ult. D. *de act. empti et venditi* [19, 1]. L. 137 § 4 D. *de verb. oblig.* [45, 1]. Vedi SCHÖMANN, *Lehre von Schadensersatz* parte II pag. 20.

⁷¹⁾ FRANTZKE, *Comm. ad Pand.* h. t. n. 15. — BOECKELMANN, *Comm. in Dig.* h. t. § 8. — STRUV, *Synt. jur. civ. exerc.* XVIII th. 72. — VOET, *Comm. in Pand.* h. t. § 6. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 6. — TREUTLER, *Disput. ad Pand.* disp. XXIII thes. IV lit. C. — WESENBECK, *Ad Pand.* h. t.

bitore, non deve tenersi conto dell'essere egli in *mora* o meno, ma che a lui spetti in ogni caso risarcimento, quando gli sia stata tolta l'*utilitas loci*, anche posto che egli medesimo abbia colla sua *mora* occasionato il cambiamento del luogo di pagamento. Giacchè non esiste legge alcuna, che gli tolga questo vantaggio, chè anzi GIUSTINIANO così senza far distinzioni dispone:

« in hac conditione rationem habendam esse utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quae se soluturum spondit ».

Inoltre, si dice, nessuna *mora* costituisce un diritto convenzionale acquisito, ma i suoi effetti dannosi si estendono solo al futuro.

Ma se gli è vero ciò che AFRICANO ⁷²⁾ ed ULPIANO ⁷³⁾ dicono: « quod nemini frustatio sua prodesse debeat sed unicuique sua noceat mora », non si sa concepire come il convenuto potesse ancora pretendere i vantaggi del luogo di pagamento, quando da lui fosse dipeso che il pagamento non avvenisse nel luogo convenuto. A ragione quindi scriveva il gran CUIACIO ⁷⁴⁾: « moratoris utilitatem spectari, aestimarique absurdum esset » e lui seguivano senza esitazione il MAGNUS ⁷⁵⁾, il BACOVIO ⁷⁶⁾, il WISSENBACH ⁷⁷⁾, l'ECKOLT ⁷⁸⁾, l'HEINECCIO ⁷⁹⁾, il LUDOVICI ⁸⁰⁾, e molti altri. Si ammette che l'attore possa esigere l'interesse solo nel caso, in cui egli sia stato a motivo della *mora* del convenuto privato della utilità a lui derivante dal luogo del pagamento.

Senonchè devesi considerare ⁸¹⁾ sia la *mora* del creditore, come la

n. 6. — STRAUCH, *Diss. de cond. de eo quod certo loco* parte II sub subr. *Officium judicis* n. 28. — COCCEJI, *Jus civ. contr.* h. t. qu. 4. — EMMINGHAUS, *Ad eundem loc.* cit. nota f.

⁷²⁾ L. 37 in fine D. *mandati* [17, 1].

⁷³⁾ L. 173 § 2 D. *de div. reg. jur.* [50, 17].

⁷⁴⁾ *Tract. III ad Afric.* ad L. 8 D. h. t.

⁷⁵⁾ *Ration. et different. jur. civ.* lib. I cap. 14. — MEERMAN, *Thes.* III pagina 282.

⁷⁶⁾ *Ad Treutlerum* vol. I disp. XXIII th. IV lit. C.

⁷⁷⁾ *Exerc. ad Pand.* parte I disp. XXVI th. 9.

⁷⁸⁾ *Comp. Pand.* *Tract.* h. t. § 6.

⁷⁹⁾ *Elem. iur. civ. sec. ord. Pand.* h. t. § 90.

⁸⁰⁾ *Doctr. Pand.* h. t. § 6.

⁸¹⁾ Veggasi SCHORMAN, *Lehre vom Schadensersatz* (La dottrina del risarcimento dei danni) th. 2 pag. 16 e seg.

mora del debitore in base ad eguali principii, e VENULEJO dice in modo esplicito nella L. 137 § 4 Dig. *de verb. obl.* (45, 1) assai concludente « ...generaliter causam difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinere » ... Eppertanto la disposizione di GIUSTINIANO che ci si oppone non può essere interpretata altrimenti che per il caso, in cui era conseguenza della colpa del creditore, che il pagamento non fosse stato eseguito nel luogo convenuto ⁸²⁾.

Solamente in questo caso è obbligo del giudice di tener conto nella condanna del convenuto del danno, che egli va a risentire per il cambiamento del luogo di pagamento.

Per la fissazione del danno non si possono però stabilire regole generali; ma il giudice deve valutare il danno in ogni singolo caso secondo equità e prudenza, perchè non è variabile solo il valore delle merci secondo il luogo ed il tempo; ma altresì il corso del denaro.

Appunto per ciò questa azione viene denominata nel miglior senso « *actio arbitraria* » dipendendo qui la condanna del convenuto, specialmente dall'equa investigazione del giudice ⁸³⁾.

Non vi è quindi alcun dubbio che nella determinazione dell'interesse che in questo caso una parte deve risarcire all'altra, sia da tener conto non solo del danno positivo emergente dal cambiamento del luogo di pagamento; ma eziandio, in relazione allo stato delle circostanze, del lucro per tal modo fatto perdere all'altra: come, per esempio, se l'attore nel luogo dove si dovea pagargli il denaro, era abituato a comperare con questo delle merci ed a farne commercio.

Per ciò il giudice non è nemmeno in tale caso vincolato precisamente al tasso legale degli interessi.

⁸²⁾ Veggasi HUBER; *Praelect. in Pand. h. t.* § 3 in fine.

⁸³⁾ § 31 *Inst. de act.* (IV, 6). Alcuni opinano che anche in questa *condictio*, come pure in altre azioni arbitrarie, sia preceduta una ingiunzione alla *condemnatio* del convenuto. Perciò la formula *judicii* in questa azione doveva essere concepita secondo MAGNUS (in MEERMANN, tomo III pag. 285 capo 17), nel seguente modo: « si paret Titium Maevio centum aureos Capuæ dare oportere, neque ea pecunia arbitrio tuo solvatur, aut eo nomine satisfiat, condemna eum ».

Antonio FABER però nella sua Opera *de error. prag.* dec. XC err. 2 e 3, e BACHOVIO nel suo *Tract. de act.* disp. VII p. II th. 2, hanno dimostrato che, secondo questa formula, l'azione avrebbe mancato completamente al suo scopo.

Le seguenti leggi di questo titolo sanzionano in modo indubbio quanto fu detto finora.

ULPIANO lib. 27 *ad Edictum*.

a) L. 2 Dig. h. t. « Arbitraria actio utriusque utilitatem ⁸⁴⁾ continet, tam actoris, quam rei.

« Quodsi rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio, quam intentatum est: aut si actoris, maioris pecuniae fiat ».

b) L. 2 § 8 h. t. « Nunc de officio iudicis hujus actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio ejus haberetur. JULIANUS LABEONIS opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cujus interdum potuit interesse Ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet. quid enim si trajecticium pecuniam ⁸⁵⁾ dederit Ephesi recepturus. ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur

⁸⁴⁾ Naturalmente ciò deve interpretarsi solo nel senso che il giudice in questa azione deve badare, quale delle due parti, l'attore od il convenuto, soffra danno per il mutamento del luogo di pagamento. Perciò dice la L. unica del Codice, Ubi conveniat qui certo loco dare promis. III, 18: « in qua venit aestimatio, quod alterutrius interfuerit, suo loco prius. quam in eo, in quo petitur, solvi », e il CUIACIO nota nel suo *Tract. III ad Africanum* ad L. 8 h. t. che l'*utriusque* nella L. 2 pr. D. h. t. ha la stessa importanza dell'*alterutrius* nella L. un. Cod. cit. — G. FRANTZKE nel *Comm. in Panl.* h. t. n. 16 crede però che vi possano essere dei casi, nei quali il giudice debba considerare l'interesse di ambe le parti nello stesso tempo: da parte del convenuto, se, come di solito, è stato aggiunto il luogo di pagamento in suo favore; da parte dell'attore: « si illius forsitan quoque intersit, sine mora solutionem factam fuisse ». Si vede facilmente che questa asserzione sta in relazione colla opinione, secondo la quale al convenuto deve essere risarcito il vantaggio del luogo di pagamento, che ci sia mora o no; ma questa è stata già sopra contrastata. Se non si fossero tutte e due le parti recate nel termine dovuto sul luogo determinato di pagamento, allora cade l'interesse ed il giudice condanna il convenuto solamente alla prestazione della somma dovuta. Vedi MAGNUS in MEERMANN tomo III lib. I cap. 14 in fine pag. 282.

⁸⁵⁾ *Trajectitia pecunia* indica in senso proprio quel capitale che il creditore a suo pericolo ha prestato al di là del mare. È sempre dunque in questo senso che devesi intendere un prestito, come lo prova l'intero titolo delle Pandette *de nautico foenore* (XXII, 2), e ciò deve pure essere presupposto nella nostra legge.

et res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum ⁸⁶). quid si merces solebat comparare: an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem ⁸⁷».

c) L. 3 Dig. h. t.

GAJO, libro IX *ad Ed. prov.* « Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sint proetia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini olei frumenti: pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus usuris ».

Ora si presenta la questione molto controversa, fino a qual punto

⁸⁶) Ger. NOODT nel *Comm. ad Dig. h. t.* pag. 310 spiega questo così che possa l'interesse surpassare anche le *usurae centesimae*. Poichè queste sarebbero state nominate *usurae legitimae*. Però le parole *ultra legitimum modum usurarum* vogliono certo dire soltanto che l'interesse loci non sia limitato precisamente al limite legale di interesse.

Del resto anche le *usurae nauticae* erano prima di GIUSTINIANO (L. 26 § 1 Cod. *de usur.*) non ancora *centesimae infinitae*. *Paulus Sentent. Recep.* lib. II tit. 15 § 3. — Vedi SCHULTING *ad Paulum* (in *irisp. Antej.* pag. 288 nota 13).

⁸⁷) È difficile in vero conciliare questo frammento colla legge ultima D. *de peric. et comm. rei vend.* e la L. 21 § 3 D. *de action. emti et vend.*, come io ho già detto in altro luogo. Vedi la parte IV di questo Commentario § 332 (*Ediz. ital.* lib. II § 332). I diversi tentativi dei giuristi in proposito vennero esposti ed esaminati estesamente molto bene dal consigliere Antonio SCHÖEMANN nella *Dottrina del risarcimento dei danni* parte II pag. 102. Egli stesso ha proposta una nuova maniera di conciliazione; ma con quale fortuna? (Veggansi gli *Annuari della letteratura di Heileberg* anno I fasc. I pag. 87).

Se si confronta la L. 4 D. h. t. colla nostra L. 2 § ult. D. *eod.*, si vede chiaramente che la differenza fra un pagamento promesso non avvenuto nel termine fissato ed un pagamento promesso non avvenuto nel luogo fissato non è insignificante. Vedi Ger. NOODT, *de foenore et usuris* lib. II cap. VI. — VOET, § 6. — Jos. FINESTRES in HERMOGENIANO, ad L. 19 D. *de peric. et comm.* § 10 pag. 469 e segg.

Ora in nessuno degli altri passi non è dato un luogo di pagamento come nella L. 2 § ult. h. t.

L'asserzione che un luogo di pagamento nell'industria sia da presupporci, anche senza speciale accordo, sempre quale determinato, si giustifica difficilmente.

Noi non siamo adunque, malgrado i tentativi recenti, andati avanti di un passo e sarebbero da vincere le difficoltà, che qui ci si mettono nella via.

l'*actio arbitraria de eo quod certo loco* possa esperirsi contro il fidejussore. Trattano di questa due notevoli frammenti di questo titolo, la legge 8 e la legge 10 (ultima), le quali hanno presentato ai più celebri commentatori tante difficoltà, che non sono rimasti in dubbio di annoverare, almeno la prima, l. 8. fra le « *damnatas leges Pandectarum* » o « *cruces Ictorum* »⁸⁸⁾.

Non si possono quindi lasciar passare senza esame.

a) l. 8 Dig. h. t.

AFRICANUS libro tertio *quaestionum* «Centum Capuae dari stipulatus fidejussorem accepisti: ea pecunia ab eo similiter ut ab ipso promissore peti debebit, id est ut, si alibi quam Capuae petantur, arbitraria agi debeat lisque tanti aestimetur, quanti eius vel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi. nec oportebit, quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuae, solverentur obligationem fideiussoris augeri: neque enim haec causa recte comparabitur obligationi usurarum: ibi enim duae stipulationes sunt, sic autem una pecuniae creditae est, circa cujus executionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur, eiusque differentiae manifestissimum argumentum esse puto, quod, si post moram factam pars pecuniae soluta sit et reliquum petatur, officium iudicis tale esse debeat, ut aestimet quanti actoris intersit eam dumtaxat summam quae petetur Capuae solutum esse ».

b) l. 10 Dig. h. t.

PAULUS libro quarto *quaestionum*. « Si post moram factam, quo minus Capuae solveretur, cum arbitraria vellet agere, fideiussor acceptus sit eius actionis nomine videamus, ne ea pecunia, quae ex sententia iudicis accedere potest, non debeatur nec sit in obligatione, adeo ut nunc quoque sorte soluta vel si Capuae petatur, arbitrium iudicis cesset: nisi si quis dicat, si iudex centum et viginti condemnare debuerit, centum solutis ex universitate, tam ex sorte quam ex poena solutum videri, ut supersit petitio eius quod excedit sortem, et accedat poena pro eadem quantitate. quod non puto admittendum, tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam etiam remisisset poenam videtur ».

⁸⁸⁾ Vedi Corn. Van Eck, *Commentat. iurid. de septem damnatis Legib. P. seu Crucibus Ictor. rec.* Halae 1766 cap. 4.

Facendo un accurato raffronto fra le due leggi troviamo in esse considerate due fattispecie diverse. Nella legge 8 il creditore aveva voluto che il debitore, il quale gli aveva promesso di pagare una certa somma a Capua, presentasse un fidejussore fino da principio a garanzia del suo credito e quindi ancora-prima che si fosse verificata la mora.

Nella legge 10, per converso, il fidejussore viene accettato soltanto dopo avvenuta la mora del debitore, quando cioè il creditore intendeva procedere contro il debitore « *actione arbitraria* » e questi presenta il fidejussore precisamente allo scopo di evitare la procedura.

È adunque del tutto inesatto il parere di CUJACIO ⁸⁹⁾ che la spiegazione più dettagliata della legge 8 sia da dedursi dalla legge ultima D. h. t. e che si debba ravvisare anche nella legge 8 la fattispecie dell'intervento del fidejussore solo dopo avvenuta la mora del debitore in vista della azione arbitraria. Poichè, come mai avrebbe potuto sorgere il dubbio, che l'*actio arbitraria* avesse luogo contro il fidejussore, se egli stesso in vista di questa azione fosse stato accettato, come giustamente ANTONIO FABRO ⁹⁰⁾ oppone al CUJACIO?

Questo risulta però chiaramente da tutti due i frammenti; che tanto il garante, quanto il debitore principale possono essere chiamati in giudizio colla *condictio de eo quod certo loco*.

Poichè anche non contando, come dice ULPIANO ⁹¹⁾, che il fidejussore subentra nel posto del debitore principale, sarebbe reso illusorio tutto lo scopo della garanzia, se il fidejussore non potesse essere chiamato in giudizio anche in un altro luogo, oltre quello convenuto quale luogo di pagamento. Si supponga, per esempio, che il fidejussore non si lasci trovare e nemmeno il debitore principale nel luogo di pagamento. In questo caso devesi procedere anche contro il fidejussore colla *condictio de eo quod certo loco*.

Come però il debitore, se egli stesso viene chiamato in giudizio coll'azione arbitraria, può diffalcare l'interesse, quando egli sia stato privato dall'attore della utilità a lui derivante dal luogo di paga-

⁸⁹⁾ Tract. III *ad Afric.* ad L. 8 h. t.

⁹⁰⁾ *Ration. in Pan.* ad L. 8 h. t. pag. 482.

⁹¹⁾ L. 4 § 1 D. *de fidej.*

mento convenuto a suo favore; così pure anche il fidejussore deve poter mettere in conto il danno, che egli va a sopportare per essere stato chiamato in giudizio in un altro luogo da quello determinato per il pagamento.

Perchè il luogo di pagamento, che venne scelto dal debitore principale, rimane altresì a favore del garante ⁹²).

Per converso il fidejussore, se il pagamento non avvenne per sua colpa nel luogo destinato, deve alla sua volta risarcire l'interesse al creditore. Tutto ciò mettono fuori di dubbio le parole del *principium* della legge 8 h. t.

Ma come avviene che, nel caso, in cui senza colpa, nè del fidejussore, nè del debitore, la somma dovuta non sia stata pagata nel luogo fissato per contratto e da ciò il creditore sia stato danneggiato, il fidejussore sia tenuto di risarcire al creditore, oltre il debito principale, oggetto della garanzia prestata, anche questo danno?

AFRICANO decide negativamente questa questione, nel caso di cui tratta la legge 8 h. t. con parole chiare, perchè egli dice « nec oportebit, quod forte per reum steterit, quominus tota centum Capuae solverentur, obligationem fidejussoris augeri ».

È del resto una regola nota che il ritardo del debitore principale sia dannoso anche al garante ⁹³). Però questa regola non istà contro in questo caso.

Essa vale solamente I) se si tratta della continuazione dell'obbligo del fidejussore, il quale deve garantire, anche se la cosa dovuta dovesse perire dopo la mora del debitore ⁹⁴); II) se trattandosi di una *obligatio bonae fidei* fu prestata garanzia, ad esempio, per un debito di fitto, o per il prezzo di una cosa compra-venduta e precisamente in *omnem causam*.

In questi casi il fidejussore, anche se viene chiamato in giudizio,

⁹²) Nei Basilici t. III, lib. XXIV, tit. 9 Const. 8 pag. 575 si dice: *Εαν ἐγγυητῆς ἀπὸ τῆς ἀρβιτρικῆς ἐνάγῃται, σκοπεῖται καὶ κίτου καὶ τῆ πρωτοφυλου τὸ διαφέρον, ε* cioè: Si fidejussor arbitraria conveniatur, spectatur, et quid ejus intersit, et quid rei principalis.

⁹³) L. 88 D. *de verb. oblig.*; L. 24 § 1 D. *de usur.*

⁹⁴) L. 49 pr., L. 91 § 4 D. *de verb. oblig.*; L. 58 § 1 D. *de fidej.*

come tale, *actione ex stipulatu*, può essere condannato nell'interesse prodotto dal ritardo tanto quanto il debitore principale ⁹⁵).

Ora nel caso, di cui scrive AFRICANO, la fidejussione venne accordata relativamente ad una *obligatio stricti juris*.

Qui l'obbligo del fidejussore non si estende che fino al limite del debito principale, per il quale egli ha prestato garanzia.

Opera dunque la mora del debitore così che questi, anche se viene chiamato in giudizio coll'azione arbitraria, possa essere condannato *officio iudicis* oltre che al capitale, anche alla prestazione dell'interesse; ma essa non produce la conseguenza che anche il fidejussore possa essere tenuto a rispondere dell'interesse. Questi garantisce solo per il capitale, poichè questo costituisce l'oggetto dell'obbligazione. L'interesse non è stipulato, non è adunque compreso nell'obbligazione, per la quale il fidejussore ha prestato garanzia.

È bensì giusto che, se per il caso di ritardo furono stipulati interessi, il fidejussore debba garantire anche per questi.

Ma da ciò non deriva che il fidejussore garantisca anche per l'interesse prodotto dal ritardo.

Poichè in quel caso si contemplano, come dice AFRICANO, due stipulazioni, l'una per il capitale, l'altra per gli interessi. Non viene perciò esteso l'obbligo del fidejussore in causa del ritardo del debitore, perchè gli interessi stipulati per il caso del ritardo qui appartengono al debito principale.

Invece nel caso, del quale qui si tiene parola, esiste una sola *obligatio*, cioè l'obbligazione di pagare una certa somma in un luogo fissato.

Per questo solo garantisce il fidejussore.

La prestazione dell'interesse, perchè il pagamento non avvenne nel luogo determinato, e perciò viene chiesto in giudizio in un terzo luogo, sta fuori dei limiti dell'*obligatio* e viene rimesso all'*ufficio* ed al savio

⁹⁵) L. 51 pr. D. *Locati*: « Usuræ enim in bonæ fidei iudiciis, etsi non tam ex obligatione profiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen cum fidejussor in omnem causam se applicuit, æquum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum ». E così la L. 5 C. *de pact. inter. emt.* Si vegga anche Van ECK, cit. *Diss. cit.* cap. 4 § 6. — PEREZ, *Prælect. in Cod.* lib. III t. 18 n. 11, e BACHOVIO *ad Treuller.* vol. I disp. 23 th. 5 lettere D e E.

criterio del giudice. Per ciò adunque il fidejussore non garantisce, afinchè il suo obbligo non venga aumentato contro la sua volontà in causa del ritardo del debitore.

Per l'ulteriore motivazione di questa decisione, aggiunge AFRICANO, che la differenza, se si abbia da esigere qualche cosa *ex iure obligationis* o solamente *ex officio iudicis*, non è senza importanza, come risulta da ciò che avviene, se dopo la mora è stata pagata una parte del debito ed il creditore procede per il residuo « *actione arbitraria* ». In questo caso per l'importo pagato non può essere chiesto nessun ulteriore interesse *loci*, perchè riguardo ad esso si è estinta l'obbligazione e l'azione; ma nondimeno, finchè il debito non viene totalmente soddisfatto, si tiene conto del danno, che il creditore va a soffrire a motivo che neppure il residuo è stato pagato nel luogo di pagamento convenuto ⁹⁰).

Molto più difficile è però l'altro caso, di cui tratta la legge ult. Dig. h. t. In questo caso il fidejussore era intervenuto solamente dopo avvenuta la mora del debitore e precisamente accettato in vista dell'azione arbitraria, colla quale il creditore era in procinto di procedere contro il debitore.

Si immagini qui la seguente fattispecie: il debitore non comparisce alla scadenza nel luogo fissato col promesso pagamento. Il creditore intende quindi procedere contro di lui al suo domicilio « *actione arbitraria* » per l'interesse. Interviene però un terzo ed induce il creditore a desistere dalla procedura, assicurandogli che egli gli garantisce di bel nuovo, che riceverà il denaro proprio nel luogo di pagamento convenuto.

Se malgrado ciò non fosse avvenuto il pagamento e se il creditore ora si rivolgesse al fidejussore coll'*actio arbitraria*, non potrebbe egli almeno in questo caso esigere dal fidejussore lo stesso risarcimento

⁹⁰) Vedi VOET, *Comm. ad Pand.*, h. t. § 3. — NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.* pag. 310 e seg. § *Exposui*. — MAGNUS, *Ration. et different. iur. civ.* lib. I c. 19 in MEERMAN tom. III pag. 288. — HUBER, *Eunomia Rom.* ad L. 8 D. h. t. pag. 532 e seg., e in *Prælect. ad Pand.* h. t. § 5. — PACIUS, *Εναγιογραφ.* Centur. IV Qu. 32. — STRUV, *Synt. iur. civ.* Exercit. XIX th. 73. — BOECKELMANN, *Comm. in Dig. h. t.* § 7. — FABER, *Ration. in Pand.* ad L. 8 h. t. — LABITUS in *Usu iudicis Pandectar.* cap. III § 39 in WIELING, *Jurisprud. restituta* tomo II pag. 65 e seg., e POTHIER, *Pand. Justin.* h. t. n. XII note c-f.

di danno, al quale il debitore medesimo sarebbe stato condannato, se egli avesse promosso la sua azione contro di questi? Si dovrebbe credere che ciò non ammetta dubbio di sorta. La formula stessa della stipulazione sembra contenere in sè che il fidejussore debba garantire per tutto ciò che il creditore in forza dell'*actio arbitraria* avrebbe potuto esigere dallo stesso debitore, perchè il fidejussore ha prestato garanzia in vista di questa azione.

Ciò affermano anche di fatto CUJACIO ⁹⁷⁾; MAGNUS ⁹⁸⁾; e STRUVIO ⁹⁹⁾.

Io dubito però che questa opinione sia conforme al parere di PAOLO nella legge ultima Dig. h. t.

Le parole: « videamus, ne ea pecunia, quae ex sententia iudicis accedere potest, non debeat, nec sit in obligatione » sono certamente oscure e sembrano piuttosto contenere un semplice quesito, anzichè una decisione, come lo crede pure ACCURSIO.

Se confrontiamo poi ciò coi Basilici ¹⁰⁰⁾ troviamo che queste parole sono completamente ommesse dall'autore degli stessi. Εάν μετά ύπόθεσιν, έγγραπτήν λάβη ό έπερωτήσας επί τής άρβιτρικής, ει λάβη το κεφάλαιον, ή έναγάγη όπου καταβληθήναι συνέδοξεν, ή ως μόνον τό κεφάλαιον ό ενχοόμενος καταδικασθή, άναρτίζεται ή τγ. διαφέροντος μεθοδεία. δεχοόμενος γάρ τό κεφάλαιον, δοκιή συγχωρεϊν τίν ποιήν, i. e. « Si post moram factam fidejussorem acceperit stipulator arbitrariae actionis nomine, si acceperit sortem, vel ibi petatur, ubi solvi placuit: vel si in sortem tantum reus condemnatus sit, usurarum petitio cessat: nam qui sortem accipit, poenam remittere videtur ».

Sembra quindi non esistere quasi nessun ulteriore dubbio che la decisione della questione sia contenuta solamente nelle parole susseguenti.

Se poi in base a queste debba cadere l'*arbitrium iudicis* solo quando il creditore ha accettato il capitale dovuto senza riserva o lo ha domandato giudizialmente nel luogo di pagamento convenuto, sembra ne resulti la conclusione da sè stessa, chè nel caso contrario quando

⁹⁷⁾ Tract. III *ad African.* ad L. 8 D. h. t.

⁹⁸⁾ *Ration. et Different. iur. civ.* lib. I cap. 20 in MEERMAN, t. III pagina 290 e seg.

⁹⁹⁾ *Synt. iur. civ.* Exercit. XVIII th. 73 in fine.

¹⁰⁰⁾ Tomo III lib. XXIV tit. 9 Const. 10 pag. 575.

il fidejussore venga chiamato in giudizio in un altro luogo coll'azione arbitraria, egli come il debitore principale possa essere tenuto di risarcire l'interesse al creditore, anche nella ipotesi che l'interesse non sia compreso nella obbligazione stessa, cioè nell'oggetto stipulato.

Però chi ha imparato a conoscere dai libri *Quaestionum* di PAOLO il modo modesto, col quale Egli, nella discussione delle controversie civili, esprime la sua opinione ¹⁾ non potrà certo ricusare il suo plauso ad un FRANCESCO DUARENIO ²⁾; ad un ANTONIO FABER ³⁾ ed a GER. NOODT ⁴⁾ se questi grandi commentatori interpretano le parole « videamus, ne ea pecunia ecc. » in conformità allo spirito di PAOLO e secondo il modo di parlare adatto alla sua modestia ⁵⁾ e che cioè questo giureconsulto romano abbia voluto, con quelle, proferire la massima legale « il fidejussore anche se egli avesse in vista dell'*actio arbitraria* prestato la sua garanzia pure non risponde, se egli stesso non viene colpito con questa azione, dell'interesse, che avrebbe potuto essere aggiudicato dal giudice al creditore in conseguenza della mora del debitore se fosse stata contro di questi esperita l'*actio arbitraria* e precisamente per il motivo che questo interesse non si riferisce all'*obligatio* del debitore, per la quale sola la garanzia fu prestata ».

Solamente ciò che è stato stipulato, forma l'oggetto dell'obbligazione.

Ora è stipulato solamente che la somma dovuta venga pagata nel luogo fissato.

Quello che oltre a ciò il giudice può aggiudicare al creditore, non è stato incluso nella stipulazione; ma è un accessorio, di cui il creditore deve essere grato all'ufficio *judicis* e non appartiene pertanto all'obbligazione, per la quale il fidejussore è stato accettato.

PAULUS conferma la sua opinione coi seguenti motivi: anzitutto, se al creditore spettasse l'interesse *iure obligationis*, lo si potrebbe pur

1) Vedi BRISSONIO, *de verb. signif.* v. *Videre*.

2) *Comment. ad h. tit. cap. IV Operum* pag. 927.

3) *Rational. in Pand.* ad L. ult. D. h. t.

4) *Comment. ad Dig. h. t. § Nisi molesta erit. Oper.* tomo II pag. 311.

5) Vedi Gott. MASCOVIL, *Orat. de modestia veterum Ictorum.* Harderovici 1729 et rec. Lipsiae 1741, 4.

sempre esigere anche se il debito stipulato fosse già pagato: questo però non è il caso nell'azione arbitraria. Poichè se anche soltanto adesso, dopochè ormai, in vista di questa azione, fu accettato un fidejussore, fosse pagato il capitale dovuto, e precisamente non dal fidejussore, ma dal debitore stesso, che era già in mora; nullameno l'*arbitrium judicis* vien meno, cioè non si potrebbe esigere ulteriore interesse; ma il giudice dovrebbe assolvere il convenuto, se egli perciò avesse voluto essere tratto in giudizio, e tanto più dunque il fidejussore se anche questi fosse stato citato *actione arbitraria*. Poichè non appena col pagamento del debito cessa l'azione, non può più aver luogo l'*officium judicis*.

In secondo luogo, se il creditore, avvenuta la mora del debitore, ed avvenuta l'accettazione del fidejussore, domandava giudizialmente il capitale dovuto nel luogo di pagamento fissato, avrebbe solamente luogo l'*actio directa*.

Come qui cessa ogni *arbitrium judicis*, così non si prende in considerazione alcun ulteriore interesse ⁶⁾.

Certo però non si dovrebbe assolvere il debitore dalla prestazione di questo, se il creditore avesse da esigere l'interesse *iure obligationis*.

Da ambedue gli argomenti risulta adunque chiaramente che l'interesse, che il creditore, in causa della mora del debitore, il quale non esegui il pagamento nel luogo fissato, avrebbe potuto esigere dal debitore stesso coll'azione arbitraria, non appartiene nè all'obbligazione del fidejussore, nè a quella del debitore principale.

Si potrà bensì obbiettare, che nel caso, in cui il giudice avesse dovuto condannare il debitore, che era in debito di dare solo 100 fiorini, a pagare una somma di 125 fiorini per l'interesse; se furono pagati 100 fiorini della intiera somma, debbansi questi diffalcare da capitale ed interessi. Non si dovrebbe dunque esigere altro che il residuo. Ma PAOLO non ammette ciò, e precisamente per il motivo che il creditore, quando ha accettato il denaro senza riserva, ha rinunciato tacitamente al risarcimento del danno, che poteva chiedere ⁷⁾.

⁶⁾ L. 4 pr. D. h. t.

⁷⁾ Oltre alle opere indicate nella prima Appendice al § 845 si consulteranno con profitto sull'argomento le seguenti :

§ 847.

Quid iuris se è stata promessa una prestazione in più luoghi? Quid se qualouno ha stipulato che si dovesse fare il pagamento nel luogo determinato a lui o ad un terzo? Quando si estingue l'actio arbitraria?

Quando sono convenuti più luoghi di pagamento, le leggi distinguono due casi:

1) Il caso in cui i luoghi di pagamento sono precisati congiuntamente ed allora il creditore può agire coll'azione diretta in ognuno dei luoghi soltanto per la metà del pagamento dovuto. Se egli però procede in uno dei due luoghi od in un terzo luogo per l'intero, ciò allora deve essere eseguito coll'*actio arbitraria* e viene in considerazione l'*interesse loci* che è da determinarsi secondo l'equo criterio del giudice. Di questo caso tratta la legge 2 § 4 D. h. t. « Si quis ita stipulatur *Ephesi et Capuae*, hoc ait ⁷⁾ ut Ephesi partem et Capuae partem petat » ⁸⁾ (vedi nota a pag. seg.).

7) Così la lezione Fiorentina. L'ALOANDRO invece e il BAUDOZA hanno *hoc agit*, come si legge nel nostro manoscritto di ERLANGA, la quale lezione

C. F. REATZ, *Die Lehre vom Erfüllungsort* (La dottrina del luogo di adempimento) Giessen 1862. — ALBRECHT, *Ueber das Motiv des forum contractus* (Sul motivo del foro del contratto) Würzburg 1845. — SCHERBAUM, *de loco solutionis*. Dissert. Halle 1705. — H. DERNBURG, *Pandekten*. Berlin 1886 vol. II § 33 p. 91 seg. — OTTO WENDT, *Lehrbuch der Pandekten* (Manuale delle Pandette) Jena 1888 § 221 p. 536 e seg. — ARNDTS-SERAFINI, *Trattato delle Pandette* vol. II ediz. III 1880 § 221 e note relative. — WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (Trad. ital.) Torino 1893 vol. II § 282 p. 103 e seg. — MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* (Contributi al diritto delle obbligazioni) parte III. Braunschweig 1855. — MEISTER, *Legis centum Capuae unius legum ex ordine quas aiebant damnatarum recitationem novissimam instituit*. Vratislav 1812. — RUGGERI, *De obligationibus*. Roma 1872 § 31. — SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni*. Padova 1868 p. 234-235. — SAVIGNY, *Sistema*, ecc. trad. Guenoux. Paris vol. VIII §§ 370-371; *Dir. delle obblig.* § 49 (trad. Hippert) Parigi 1873. — GRUCHOT, *Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld* (La teoria del pagamento del debito di denaro). Berlin 1871. — LENEL, *Palingenesia juris civilis* vol. I. Lipsia 1888. — IHERING nei suoi *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Annali per la dogmatica dell'odierno diritto romano e del diritto privato ted.) vol. IV n. V. — RYCK, *Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht* (La teoria delle obbligazioni secondo il dir. comune ted.) Berlin 1889.

2) Quando i luoghi di pagamento sono determinati in modo alternativo. In questo caso possono concepirsi altre due ipotesi:

a) È la stessa cosa che deve essere data o nell'uno o nell'altro luogo.

Qui si tratta anzitutto di sapere a favore di chi sia avvenuta la determinazione alternativa. Questi ha allora il diritto di scelta. Fuori di ciò il debitore può scegliere in quale dei nominati luoghi egli intende di pagare, ma se ritarda e lascia che il creditore proceda, allora è questi che esercita il diritto di scegliere il luogo, nel quale egli vuole esigere il pagamento. Quando però il creditore procede in uno dei due luoghi, allora è sufficiente l'*actio directa*; se viceversa egli procede in un terzo luogo, allora egli deve servirsi, colla indicazione del luogo di pagamento determinato, dell'*actio arbitraria*. Di questo caso tratta la l. 2 § 3 D. h. t., la quale è stata già sopra interpretata (pag. 122).

b) Sono cose diverse, le quali vennero promesse alternativamente l'una in questo, l'altra in quel luogo. Anche in questo caso il debitore ha da principio il diritto di scelta; questo diritto però passa nel creditore avvenuta la mora del debitore: ma nè il creditore, nè il debitore può sciogliere l'alternativa.

Se poi il creditore procede in un terzo luogo, ciò deve avvenire coll'*actio arbitraria* ed il diritto di scelta deve essere lasciato al debitore⁹⁾. Quando venne pattuito che l'oggetto promesso debba prestarsi allo stipulatore o ad un terzo nel luogo determinato, un'azione ha solamente lo stipulatore in base alla severità del diritto e non ha

è approvata in modo speciale da Ger. NOODT, *Comm. ad dig. h. t.* § A numeri 1 e 3 pag. 308 in f. Egli spiega la frase *hoc agit* nel senso di *eius propositum est*.

⁸⁾ La parola *pars*, in mancanza di altra determinazione, esprime sempre la metà di un dato intero. L. 164 § 1 ULP. (lib. XV *ad Sabin.*) D. *de Verb. signif.* L. 16; L. 43 (ULP. lib. VII *Regul.*) D. *de usufr.* VII, 1. Se si agisce coll'azione arbitraria per l'intero in uno dei due luoghi di pagamento, allora è da valutare solo l'interesse ai riguardi di quel luogo, dove avrebbe dovuto essere eseguita l'altra metà della prestazione convenuta. Vedi Ant. FABRO, *Rationalia in Pand.* ad leg. 2 § 4 D. h. t. p. 465 e Ger. NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.* p. 309.

⁹⁾ VOET, *Comm. ad Pandectas h. t.* § 4.

azione il terzo ¹⁰): il promittente però può effettuare il pagamento al terzo ¹¹).

Ciò è avvenuto ò secondo la stipulazione nel luogo determinato di pagamento ed allora si estingue l'*actio ex stipulatu* di pieno diritto, l'obbligazione è adempiuta; oppure è avvenuto il pagamento in altro luogo da quello stabilito nel contratto ed allora il promittente dalla sua obbligazione non viene veramente liberato per la severità del diritto: lo stipulatore dunque può procedere contro di lui.

Ora potrebbe bensì il promittente obbiettare all'attore che egli ha effettuato il pagamento all'*adjectus* ¹²), ma l'attore potrebbe replicargli che l'*adjectus solutioni* è da considerarsi solamente quale mandatario e quindi che ha ecceduto i limiti dell'incarico, perchè ha accettato il pagamento contro la formula della stipulazione in un altro luogo. Egli può adunque per questa via chiedere almeno un risarcimento dell'interesse. Questo è quanto ULPIANO nella legge 2 § 7 D. h. t. cita da GIULIANO quando Egli scrive:

« Idem JULIANUS tractat, an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilominus possit intendere, sibi dari oportere. Et JULIANUS scribit, liberatione non contigisse, atque ideo posse peti, quod interest. MARCELLUS autem et alias tractat et apud JULIANUM notat, posse dici, et si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse, quamvis invitus accipere non cogar; plane si non contigit liberatio, dicendum ait, superesse petitionem integræ summæ, quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summæ solutio distare a fabrica insulæ et ideo quod interest solum petendum ».

¹⁰) Del terzo le leggi dicono: *solutionis tantum causa adiectus est*. L. 23 (MARCIANUS, lib. IV *Regul.*) D. *de fideiuss.* XLVI, 1; L. 98 § 5 (PAULUS, lib. XV *Quaest.*) D. *de solut.* XLVI, 3. Egli viene considerato come un mandatario dello stipulatore. *Inst. de inutil. stipul.* III 19 § 4; L. 131 § 1 (SCAEVOLA, lib. XIII *Quaest.*) D. *de verb. obl.* XLV, 1; L. 98 § 5 in f. D. *de solut.* XLVI, 3 combinata con la L. 12 § 1 (ULP., lib. XXX *ad Sab.*) *de solut.* XLVI, 3. — V. Greg. MAIANSII, *Diss. de adiecto solutionis gratia* (tom. I *Disput. ius. civ. disp.* VIII, p. 142 seg.).

¹¹) L. 7 § 1 (ULP., lib. XXVII *ad Edictum*) D. *de constit. pecun.* XIII, 5- L. 10 (PAULUS, lib. IV *ad Sabin.*) D. *de solution.* XLVI, 3.

¹², L. 30 (PAULUS, lib. II *Sentent.*) D. *de const. pec.* XIII, 5.

Si rileva da questa legge che MARCELLO era d'altra opinione. Questi afferma che se al creditore stesso viene eseguito il pagamento in luogo diverso del convenuto ed egli lo accetta senza riserva, in allora il debitore viene così liberato dal suo obbligo; ma che se egli paga il denaro all'*adjectus* in altro luogo, da quello nel quale avrebbe dovuto essere effettuato il pagamento in base alla stipulazione, in questo modo egli non si scioglie dal suo obbligo e tanto meno si libererebbe dall'impegno assunto chi a mo' di esempio costruisse una casa in luogo diverso da quello, nel quale a norma del contratto avrebbe la casa dovuto essere costruita. Se pertanto il debitore non viene liberato rimane al creditore il diritto sulla intiera somma. Ma ULPIANO contesta questa opinione a motivo che esiste una differenza fra il pagamento di una somma e la fabbrica di una casa e concorda perciò colla opinione di GIULIANO che il creditore non possa esigere la intiera somma, ma solamente l'interesse *loci*.

L'azione che spetta al creditore a questo scopo non è altro che l'azione arbitraria ¹³⁾.

La *condictio de eo quod certo loco* si estingue:

- 1) quando si procede nel luogo determinato di pagamento ¹⁴⁾;
- 2) quando il creditore accetta volontariamente il pagamento in altro luogo e senza protesta, perchè in tal modo ha perduto il diritto di esigere il risarcimento dei danni ¹⁵⁾;
- 3) quando il giudice rimanda l'attore al luogo determinato ed assolve il convenuto verso la prestazione di cauzione. La equità, che il giudice, specialmente in questa azione, deve seguire quale linea di condotta, necessita qualche volta tale procedimento. Poichè, per esempio, può darsi che il debitore abbia già depositato il denaro nel luogo di pagamento determinato o che gli sia più facile eseguire

¹³⁾ Vedi Ant. FABRO, *Rational. in Pand.* ad § 7 leg. 2 D. h. t. p. 469; Ger. NOODT, *Comm. ad dig.* h. t. p. 309 § 3 *subveni.* — Joh. VOET, *Comm. in Pand.* h. t. § 7 e Greg. MAJANSII, *Disp. de adiecto solut. gratia* (vol. I *Disput. iur. civ.* Disp. VIII § 26 p. 160).

¹⁴⁾ L. 4 pr. (ULP., lib. XXVII *ad Edic.*) h. t. XIII, 4.

¹⁵⁾ L. ult. (PAUL., lib. IV *Quaest.*) D. h. t. XIII, 4. — V. il LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract. Panl.* h. t. § 11 e DE COCKEJI, *iur. civ. controuv.* h. t. qu. 6.

il pagamento qui piuttosto che altrove. In questo caso il giudice non può molestare ulteriormente il debitore al di là di quanto lo esige il risarcimento da prestarsi al creditore.

A ciò si riferisce il passo di ULPIANO, libro 27 *ad Edictum*, nella legge 4 § 1 D. h. t. « *interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est* ¹⁶⁾. *Quid enim si ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda? Nonne debebit interdum absolvere? In Summa, aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est* » ¹⁷⁾.

¹⁶⁾ Ant. FABRO (*Ration. in Pand. ad L. 4 § 1 D. h. t. e Conject. iur. civ. Lib. XV c. 2 pag. 484*) ritiene queste parole costituiscano una interpolazione di TRIBONIANO, sebbene egli riconosca del resto la equità di assolvere il convenuto per i motivi sopra indicati. Non gli sembra però evidente la necessità della prestazione di una cauzione. Ma che questa sia realmente necessaria, risulta da ciò che, se il convenuto è assolto dal giudizio, non compete più all'attore alcuna *actio iudicati* contro il convenuto: si opporrebbe allo esperimento della prima azione l'*exceptio rei iudicatae*. Bensì non viene promossa nel luogo del pagamento l'*actio arbitraria*, ma l'*actio directa*, e solamente dalla prima sarebbe assoluto il convenuto. Però l'azione arbitraria non è che una aggiunta dell'azione principale e per di più l'eccezione della cosa giudicata ha luogo quando si chiede lo stesso oggetto, sebbene con azioni diverse. L. 5 (ULP., lib. LXXIV *ad Edict.*) D. *de except. rei iud.* XLIV, 2). Finalmente non è affatto insolito che al convenuto venga imposta la prestazione di una cauzione. se deve essere liberato dall'azione contro di lui intentata. Vedi L. 16 § 3 (MARCIANUS, *libro singul. ad formul. hypoth.*) D. *de pignor.* XX, 1; L. 47 § 3 (ULP., libro XXII *ad Sab.*) e L. 69 § 5 (GAIUS, libro II *de legatis ad Ed. Pract.*) D. *de legatis I*; L. 14 §§ 5 e 11 (ULP., libro XI *ad Edict.*) D. *quod metus causa* IV, 2; L. 21 (PAUL., libro XXI *ad Edict.*) D. *de rei vind.* VI, 1; L. 16 (ULP., libro XV *ad Edict.*) D. *de hered. pet.* V, 3; L. 25 § 3 (PAUL., libro XXXVI *ad Edict.*) D. *solutio matr.* XXIV, 3; L. 21 § 3 (ULP., libro I *ad Ed. cur.*) D. *de aedil. ed.* XXI, 1; l. 5 § ult. (ULP., libro XXIV *ad Ed.*) D. *ad ex. Lib.* X, 4; L. 5 §§ 2 e 3 (ULP., libro II *Disput.*) D. *de condict. causa data* XII, 4; L. 8 § ult. (ULP., libro XXXI *ad Ed.*) D. *Mandati* XVII, 1. È appunto quello che fu già osservato dal CUIACIO, lib. XXI *Observ. cap. 30*. — Vedi anche Giust. MEIER, *Ενδοξόν. Iustinian. s. Disput. apol. iur. civ. Decad. IV capo 7*, il quale ha confutato estesamente Ant. FABRO.

¹⁷⁾ Fr. DUARENO, *Comm. ad h. t. cap. 2* (a pag. 925 delle sue *Opera omnia*) opina che in luogo di *addictus* si debba leggere *additus*, perchè gli antichi dicevano *addere iudicem iudicio* (L. 39 pr. PAPINIAN., libro III *Quaest. D. de iudiciis* V, 1). Perciò anche lo HALOANDRO legge *additus est*. Ma una variante

§ 848.

Uso odierno di questa condictio.

Sull'uso odierno della *condictio de eo q. c. l.* si pronunziano in modo molto vario i nostri giureconsulti pratici. Alcuni la considerano così nota che su essa non possa farsi alcuna questione. Si confrontino, per esempio, LAUTERBACH¹⁸⁾ e SCHMIDT¹⁹⁾.

QUIRINO SCHACHER²⁰⁾ ci dà persino un formulario per la redazione del libello. Altri al contrario dubitano in via assoluta dell'utilità odierna di questa azione, perchè gli stessi Romani la ritenevano inutile nei negozi di buona fede; ma quelle azioni che per i Romani erano *stricti juris* non sarebbero più oggidì diverse dalle azioni di buona fede.

Così BOEHMER²¹⁾, BEYER²²⁾ e SOCHAUMBURG²³⁾.

Altri ancora distinguono con STRYK²⁴⁾, se si tratti dell'uso dell'azione in sè o dei principii che il diritto romano prescrive al giudice nel fissare l'interesse per il luogo di pagamento. Quello oggi sparisce, perchè l'azione derivante dall'affare principale concluso, già da sè stessa è sufficiente a far ottenere col suo mezzo l'interesse *loci*.

Gli ultimi al contrario servivano al giudice di guida come lo possono ancora adesso.

è qui del tutto inutile: la frase *addicere iudicem* è più usitata. V. MACROBIO, *Saturnalia* I. 16; L. 80 (POMPON., libro II *ad Sabin.*) D. *de iudiciis* V, 1; L. 59 § ult. (PAUL., libro IV *Quaest.*) D. *ad Sc. Trebell.* XXXVI, 1. Nella stessa legge citata dal DUARENO (l. 39 *de iudiciis*) è detto in termini *iudex addicitur*. Vedi anche questo *Commentario* vol. VI § 499 p. 168 del testo ted. (Ediz. ital. libro V tit. I § 499 pag. 28) e i miei *Opuscula* fascicolo II p. 366 e 392.

18) *Colleg. th. pr. Pand.* h. t.

19) *Lehrbuch von Klagen* (Trattato delle azioni), § 1389-93.

20) *Colleg. pract. ad Pand.* h. t. p. 145.

21) *Doctrina de act. sect.* II capo V § 53.

22) *Delineat. iuris. civ. positionibus comprehensa sec. Pand.* h. t. Princip. pagina 280.

23) *Compend. iur. Dig.* h. t. § 2.

24) *Us. mod. Pand.* h. t. § 1.

Così distingue anche HELLFELD.

In sostanza è una lotta di parole come molto giustamente giudica il grande Giovanni SCHILTER ²⁵⁾. « Certum est, questi dice, in nostro foro perinde esse, sive quis directa, sive utili actione agat. Nec enim nomen purae sive directae, aut utilis, vel arbitrariae est exprimendum: porro effectus institutae actionis et implorati officii iudicis haud mercenarii utique nostro libellandi more committitur arbitrio iudicis ».

Nel fondamento la *condictio de eo quod certo loco* non è nuova, ma l'azione derivante dall'affare concluso riceve qui secondo i principii del diritto stretto solo una aggiunta per mettere il giudice nella possibilità di poter aggiudicare a quella parte, la quale soffre un danno per il cambiamento del luogo di pagamento, l'interesse secondo il suo equo criterio. Che si chiami questa azione *actio directa* o *arbitraria* è lo stesso, in quanto che oggi non si indica più l'azione avanti il tribunale col suo nome. Ma non vi è dubbio che i principii del diritto romano sulla fissazione del luogo di pagamento e sull'interesse valgono anche nel diritto moderno ^{k)}.

²⁵⁾ *Prax. iuris Rom. Exercit. XXIV § 69.*

^{k)} Vedi il TARDUCCI, *Del luogo nelle offerte reali* (nella *Rivista universale di giurisprudenza e dottrina*. Roma 1891, vol. V, parte IV).

TITOLO V.

De pecunia constituta *)

§ 849 ^a).

Spiegazione delle terminologie: costituere, pecunia, constitutum proprium et alienum; receptum, actio recepticia, de constituta pecunia.

L'*actio de constituta pecunia* o *constitutoria*, di cui trattasi in questo titolo, è un'azione pretoria che nasce da un contratto chiamato costituito. La natura di questo contratto e dell'azione che ne deriva s'intuisce esattamente solo se prima si dichiarino alcuni termini che vi si rapportano.

1.° La voce *constituere* significa propriamente: « conchiudere qualche cosa con riflessione e accertare » ^{26 b}). Una tale riflessione

²⁶) Molti passi dei classici riferentisi a questo luogo ha raccolto G. F. GRO-

*, I titoli V e VI sono tradotti ed annotati dal prof. C. FERRINI.

a) Fondamentale è ora la memoria del BRUNS, *Das constitutum debiti* inserita nella *Rivista per la storia del diritto* (ted.), vol. I, pag. 28-130 e riprodotta ne' *Kleinere Schriften* (Scritti minori), vol. I, pag. 221 segg. Da aggiungere sono anche le osservazioni del LENEL nell'*Edictum perpetuum*, pag. 196 segg. In quanto al *receptum*, che qui viene in considerazione pei suoi rapporti col costituito, vedi ora il LENEL stesso nella *Rivista per la fondazione Savigny*, parte romanistica, vol. II, pag. 62 e seg. e *Edictum perpetuum*, pag. 104 seg. Vedi anche il diligente studio del ROSSELLO estratto dall'*Archivio giuridico*, vol. XLV, fasc. 1-3; Bologna 1890.

b) Diversi sono i significati della voce *constituere*. Negli scrittori non giuristi non si trova, si può dire, mai nella speciale applicazione di *constituere se pecuniam de-*

e matura decisione si ammette in colui, che in rapporto ad un'obbligazione preesistente promette di pagarla. Poichè il pagamento presuppone sempre la esistenza di un debito. Chi dunque promette un pagamento, con ciò stesso riconosce il debito stesso come reale. Quindi *constituere* in senso giuridico significa promettere liberamente e senza forma di stipulazione che si vuol pagare un determinato debito; sia che tale promessa si rapporti ad un debito proprio del costituente, sia che si rapporti a un debito altrui²⁷⁾. In questo senso è qui adoperata la voce *constituere*. Il pretore dice nel suo editto L. 1 § 1 D. h. t. (XIII, 5): *Qui pecuniam debitam constituit* e ancor più chiaramente insegna GIUSTINIANO al § 9 I. *de actionibus* (IV, 6): « De constituta pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita, nam alioqui si stipulanti promiserint iure civili tenentur ».

NOVIO, *Observat.*, lib. 1, cap. 1, pagina 12, ed. PLATNER. Si vegga anche il GUNDLING nei *Gundlingiana*, num. XX, 4 § 4 segg., pag. 480 e EV. OTTO nel *Comm.* al § 8 I. *de action.* (IV, 6).

²⁷⁾ BRISSONIO, *de Verbor. Sign.*, voc. « *Constituere* » e F. DUARENO nel *Comm.* a questo titolo, cap. 1 (*Opere*, pag. 928).

bitam soluturum; si trova nella più ampia figura di *constituere se aliquid facturum*. Certo è significato originario della voce quello di una comune intelligenza, di un patto comune: « con-statuere » indica appunto lo stabilire insieme, fissare insieme. Ma nello *statuere* è implicito non solo lo stabilire, ma, come bene avverte il BRUNS, lo stabilire con determinazione, in concreto, con designazione di tempo e di luogo. La persona con cui la combinazione ha luogo, se si nomina esplicitamente, viene indicata col dativo (*alicui*) o col *cum* e l'ablativo (*cum aliquo*). Ecco alcuni tra gli esempi citati dal BRUNS. Cic., *in Verr.*, II, 2, 27: « constitui cum hominibus quo die mihi Messanae praesto essent »: CAES., *de bello g.*, 1, 8: « ubi ea die, quam constituerat cum legatis, venit ». Cic., *pro Quintio*, c. 5: « constituit Scapulis se daturum ». Analogamente è usato il sostantivo *constitutum*: Cic., *ad Att.*, XII, 23, « rescripsit constitutum se cum filio habere ». Se poi esaminiamo i passi, in cui *constituere* è usato intransitivamente, quelli in cui si parla di *dies constituta*, ecc., verremo alla conclusione che il significato fondamentale di questa parola è di stabilire con altri di far qualche cosa in un giorno determinato. La frase di PAOLO, che dice potersi dire che non è valido un costituito *sine die, licet verba edioti lata puteant*, prova chiaro e il significato sostanziale della parola e il principio del suo confondersi: fr. 21 § 1 D. h. t. Vedi del resto: fr. 16 § 4 *ad tempus constitui*; fr. 18 pr. *ad diem constitui*; fr. 17 *in diem, in quem constitui*. Notevole è la questione fatta nei frammenti 3 § 2 e 4: *si in diem sit obligatus, an constituendo teneatur?* Anche la tradizione bizantina, come avverte il BRUNS, è in questo senso. Nell'indice delle Istituzioni l'esempio è: (IV, 6 § 8) « ti pagherò il decimo giorno di questo mese ». Nei Basilici *sch. ad XXVI*, 7 c. 17 l'esempio è: « constitui di pagargli i cento prima delle calende di giugno ».

2.° La voce *pecunia* ^{e)} ha qui un significato molto esteso e si assume per indicare ogni cosa, che possa essere oggetto di obbligazione, di qualunque genere sià, corporale o incorporale, mobile o immobile, fungibile o infungibile ²⁸⁾. Se anco la cosa più non esiste, purchè sia andata perduta in seguito alla mora, perpetuandosi così l'obbligazione, si perpetua la possibilità del *constituere pecuniam* ²⁹⁾. Anzi vi vengono compresi anche *facta* ^{30 d)}.

3.° Secondo il rigore del diritto romano un'azione non poteva derivare da nudo patto, ove la promessa non fosse corroborata da una solenne stipulazione. La mera promessa di voler prestare ad un terzo non opera per sè obbligazione esigibile, quantunque volte essa

²⁸⁾ L. 2 Cod. *de const. pec.* (IV, 18) confrontata colle L. 5, L. 23, L. 178, L. 222 D. *de V. S.* (L, 16).

²⁹⁾ L. 21 pr. D. h. t. « Promissor Stichus post mortem ab eo factam mortuo Sticho, si constituerit se pretium vires soluturum, tenetur ». — L. 23 D. *eod.*: « Promissor hominis, homine mortuo, cum per eum staret quominus traderetur, etsi hominem daturum se constituerit, de constituta pecunia tenebitur, ut pretium eius solvat ».

³⁰⁾ L. 14 §§ 1 e 2, L. 16 § 2 et fin. L. 17, L. 21 § fin. L. 23 D. h. t. Vedi VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 4. Anche *facta aliena* possono essere oggetto di un costituito in quanto è lecito in genere di pattuire in proposito. L. 38 § 2 D. *de Verb. Obl.* (XLV, 1); § 3 I. *de inutil. stip.* (XII, 19); L. 14 § 2 D. h. t. (XIII, 5). Vedi ERN. FED. SCHROETER, *Diss. de constituto conventionali seu obligatorio*, Jena 1664, tesi 16.

e) In origine l'Editto non contemplava che costituiti di denaro e anzi, come bene insegna il BRUNS, di *pecunia certa*, e anzi di *pecunia credita*. Anzitutto è da considerare la *sponsio dimidiae partis* cui GAIO, IV, 171, pone insieme alla sponsione della terza parte nell'*actio creditae pecuniae*. È da ritenere che la sponsione della metà nel costituito non fosse che un aumento della sponsione del terzo nel caso di *pecunia credita* e precisamente pel caso che il pagamento della somma dovuta fosse ancora in modo particolare promesso per un giorno determinato. Si aggiunga il fatto che il costituito era valido solo per debiti non condizionali e per GAIO, III, 124, *pecunia credita* in senso stretto è solo quella, che *sine ulla conditione deducitur in obligationem*. Finalmente si pensi al nesso che intercede nell'Editto fra il titolo *de rebus creditis* e quello sul costituito. Pare proprio che insieme al titolo sull'*actio de eo quod certo loco* il secondo formasse una appendice del primo. Del resto l'estensione dell'Editto ad altre cose fungibili nulla ha di strano e lo stesso ha avuto luogo anche per le *conditiones* e per la *lex Cornelia* (GAIO, III, 124). Notevole è che nel *constituito* l'estensione siasi limitata alle cose fungibili.

d) Non si confondano le applicazioni analogiche della figura del costituito pretorio colle varie accezioni della voce *pecunia*.

venga reiterata ³¹). Se invece la iterata promessa avvenga in relazione ad una preesistente obbligazione ^e), il pretore stima conforme all'equità naturale il concedere un'azione per tale promessa, giacchè in tali circostanze più non poteva ammettersi precipitazione da parte del promittente; anzi era manifesta e indubbia la seria e meditata risoluzione di obbligarsi ³²). Quindi dice ULPIANO, L. 1 pr. D. h. t. (XIII, 5): « Hoc edicto praetor favet naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere ». Donde si sviluppa il vero significato di *constitutum* ³³), per cui si in-

³¹) L. 14 Cod. *de pactis* (IV, 32). Vedi P. GRANGIANO, *Paradoxa iur. civ.*, cap. 38 (nel *Theo. iur. rom.* di EV. OTTO, tom. V, pag. 632), BACHOVIO, *ad Wesenbecii Paratitula Pand.* h. t., num. 4 pag. 255 e *ad Treutlerum*, vol. 1, disp. 23 th. 7 lett. G.

³²) Vedi ULR. HUBER, *Economia rom.*, ad L. 1 D. h. t. pag. 533 sg. e PEREZ, *Praelect. in Cod.*, lib. IV, tit. 18 num. 2.

³³) Si distingua il costituito possessorio, di cui si è trattato più sopra nella parte VIII di questo *Commentario*, § 581. Per distinguerlo, il costituito del

e) Che il costituito del tempo classico fosse un patto ordinario di contenuto particolare, non è dubbio; vedi pure il BRUNS, *Kl. Schr.*, I, pag. 232. Ma non è senza fondamento l'opinione sostenuta dal KNIEP nel suo libro (tedesco) su *Praescriptio e Pactum*, che nelle origini si esigesse anche pel costituito (come era pel *receptum*) una formola speciale, in cui non mancava la voce tecnica *constituo*. Si può domandare perchè il pretore abbia tra le varie categorie di patti distinto proprio questa e l'abbia munita di azione o perchè mai qui soltanto (ove si ammetta che in origine una formola speciale occorresse) si semplificasse così presto il negozio in modo da ridursi ad un semplice patto. La ragione data da ULPIANO nella L. 1 pr. D. h. t., che *grave est fidem fallere* è per sé generale e si adatta a qualunque figura di patto. Dice il BRUNS, l. c. pag. 243: « Il costituito sopra un debito preesistente si distingue da tutti gli altri in ciò, che esso in tanto non è un nudo patto, in quanto che nell'antico debito è contenuta una causa, che spiega l'azione della nuova promessa. È solo una specie di promessa accessoria e come nella fideiussione o nel pagamento di un debito altrui si trova appunto nell'esistenza del debito una causa sufficiente e non si va a cercare oltre per qual motivo la fideiussione o il pagamento sia avvenuto, qui pure il pretore vide nell'antico debito una causa sufficiente per munire di azione il costituito, distinguendolo dall'intera serie dei *pacta nuda*. L'Editto è naturalmente sorto in occasione di qualche bisogno più vivamente sentito: ciò spiega la sua originaria restrizione alla *pecunia* e anzi — secondo ogni verosimiglianza — alla *pecunia credita*. A proposito il BRUNS pone in relazione il *grave est fidem fallere* del *Commentario* ulpiano a questo Editto col passo di GELLIO, N. A. XX, 1, 39 sq.: « hanc fidem . . maxime . . in pecuniae mutuatione usu atque commercio » . . « adimi enim putaverunt subsidium hoc inopiae temporariae . . si perfidia debitorum sine gravi poena eluderet ». Le ultime parole ricordano subito la *poena dimidiae partis* in questa materia di costituito.

tende un contratto confermato dal dritto pretorio, per cui taluno promette senza stipulazione di prestare qualche cosa in particolare per adempimento di una già esistente obbligazione ³⁴⁾ e ciò avviene in doppia maniera, o come costituito proprio, vale a dire di debito proprio (se la promessa si rapporta ad un preesistente obbligazione del costituente, di cui in tal maniera viene assicurata la esecuzione ³⁵⁾ o costituito alieno ^{f)} ossia di debito altrui, se la promessa si rapporta ad una obbligazione aliena, di cui il costituente promette il pagamento pel caso che il debitore non paghi ³⁶⁾. Una specie di costituito era prima di GIUSTINIANO anche il *receptum* ^{g)}. Questo però

quale ora si tratta si chiama obbligatorio o convenzionale. Vedi Andrea MYLIUS, *De constituto obligatorio*, Lipsia 1682 e Giov. Gasp. BRENDL, *De constituto conventionali*, Witteimb. 1694.

³⁴⁾ CUIACIO nei *Paratitla* ad h. t. — RAGUELLUS nel *Comm. ad Constitut. et Decis. Iustiniani*: ad L. 2 Cod. de const. pec., pag. 204 e ZOESIO nei *Comm. ad Pand.* h. t. § 3, vogliono connumerare il costituito coi contratti nominati; ma a torto. Si vegga piuttosto HUBER, *Praelect. ad Pand.* h. t. § 2 e G. O. WESTENBERG, *de causis oblig.*, diss. VII, cap. VI, §§ 11 e 12 e A. SCHULTING, *Thes. Controv.*, dec. XLVII, th. 1.

³⁵⁾ Le fonti chiamano ciò anche « costituere suo nomine »; L. 1 § 8 D. h. t.

³⁶⁾ L. 28 D. h. t.

^{f)} Questa è un'applicazione posteriore del *constitutum*: arg. L. 5 § 2 D. h. t. BRUNS, op. cit. pag. 240. — ROSSELLO, op. cit. pag. 26.

^{g)} Gli studi attuali, soprattutto per merito del LENEL, ci permettono di dare intorno al *receptum* notizie ben più ampie e precise: Vedi i suoi *Contributi alla conoscenza dell'Editto e dei Commentari edituali* (tedesco) nella *Rivista della fondazione Savigny*, parte romanistica, II, pagine 62-71. Egli nella ricostruzione dell'Editto pretorio si avvide di alcuni passi delle fonti, i quali potevano convenire solo al *receptum*, designando così nuove testimonianze in proposito. Del *receptum* o meglio dell'*actio recepticia* il pretore avrebbe discorso sotto il titolo generale *de receptis*, in cui, forse soprattutto per la omonimia, si trovavano riuniti istituti di indole molto diversa. È qui inutile ripetere tutti gli argomenti con cui l'illustre autore fu condotto alla sua scoperta; notevolissima è la distanza intercedente nell'Editto fra l'azione recettizia e l'azione costitutoria. Soprattutto è poi da avvertire che nel titolo delle Pandette, *de constituta pecunia*, si riferivano originariamente al *receptum* i fram. 12, 27 e 28. Anche il fr. 26 doveva avere la stessa relazione originaria: LENEL, op. cit. — ROSSELLO, op. cit. pag. 28. — KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Dissertationi* (tedesco) vers. di CONRAT, fasc. I, pag. 272. Vedi pure il fr. 6 § 3 Dig. de edendo (II, 13). Oltre l'assunzione di un obbligo da parte del banchiere occorre nel *receptum* che la promessa sia fatta *per altri*, non per un *debito proprio anteriore*: ciò a differenza del costituito, in cui il promettere per altri non fu ammesso che tardi, che a stento e non divenne mai una funzione normale dell'istituto. Lo scopo

era un istituto del diritto civile e non aveva luogo che per gli argentarii. Esso è più antico del costituito pretorio e ha probabilmente, come osserva il NOODT³⁷⁾, dato occasione al sorgere di questo. L'espressione *recipere* usano i Romani fra l'altro anche quando taluno si obbligava senza stipulazione, ma con altre parole solenni adatte all'uopo, di pagare per un altro³⁸⁾. Gli argentarii, della cui istituzione io ho già trattato in altro luogo³⁹⁾, si erano in così alto grado attirata la confidenza del pubblico, che la loro semplice promessa valeva come stipulazione. Da tale fiducia derivava pure la durata e l'esistenza di tutto l'istituto. Perciò doveva la legge assicurare loro tale fiducia, se lo scopo dell'istituto e cioè ravvivamento del credito e limitazione delle tendenze usurarie doveva essere completamente raggiunto⁴⁰⁾. Se adunque questi argentarii promettevano di rispondere verso i loro clienti senza stipulazione, che avrebbero ottenuto il pagamento a certo tempo e a certo luogo di quanto l'uno o l'altro loro doveva, per es. *Quae Sempronius tibi debet ex mutuo, ea ego recipio* ovvero *ea penes me habes*, un tale negozio si chiama *receptum*⁴¹⁾.

37) *Comm. ad Dig. h. t. Princ.: Opera*, tom. II, pag. 312. Si vegga pure Ev. OTTO e IANUS a COSTA nel *Comment.* ad § 8 I. *de action.*, IV, 6.

38) V. SALMASIO, *de modo usurar.*, pag. 731; specialmente E. HUBERT, *dissert. II, de argentariis*: cap. 2 § 1 (nel *Thesaurus* di OELRICH delle *Dissertationes iuridicae belgicae*, vol. II, tom. I, pag. 120).

39) Vedi la parte XII di questo *Commentario*, § 786 pag. 125 segg.

40) GROLMAN, *Magazzino di filosofia e storia del diritto* (ted.), vol. I. pagina 319 segg.

41) ULPIANO nella L. 6 § 3 D. *de edendo* (3, 3) dice che: « et quid solvi constituit ARGENTARIUS edere debet; nam et hoc ex ARGENTARIA venit ». Da ciò risulta che era uno dei precipui affari degli argentarii quello di coprire

del *recipere* era qui appunto: il fr. 27 h. t., che — come s'è detto — in origine si riferiva al *receptum*, presuppone come unica funzione di questo il promettere per altri: *utrum praesente debitorum an absente constituat (l. recipiat) quis, parvi refert: hoc amplius etiam invito constituere (l. recipere) eum posse* ecc. Le glosse nomiche (v. *receptatores* e *recepticia*) confermano pienamente tale opinione: la *recepticia* è l'azione contro il banchiere che ha promesso e assunto l'altrui obbligazione (*allogrian enochén*). Di tutti i passi poi a noi noti riferibili al *receptum*, niuno, come avverte il ROSSELLO (op. cit. pag. 43) si rapporta ad un debito proprio del recipiente. La promessa è poi fatta dal *recipiente* al creditore; questa a me pare col ROSSELLO, l. c. pagine 45-46, la vera opinione di fronte a quella manifestata dal BEKKER nel suo studio inserito nella citata *Rivista per la fondazione Savigny*, parte romanistica, vol. III, pag. 1 segg.

La differenza fra questo e il costituito pretorio era la seguente. Il costituito non aveva luogo che per cose fungibili, in cui era possibile un mutuo; il *receptum* invece poteva avere ad obbietto ogni sorta di cose, mobili o immobili ^{h)}. Poichè il giro di affari degli argentarii si estese molto col tempo. Essi curavano negozi di compravendita e permuta ⁴²⁾; essi presiedevano alle aste pubbliche ed esigevano dai compratori i prezzi in arretrato delle cauzioni ⁴³⁾. Perciò venivano deposte appo loro cose di ogni genere, poichè essi erano in certo modo *sequestres publicae fidei* ⁴⁴⁾. Inoltre il costituito presupponeva sempre un debito preesistente. Un *receptum* invece poteva essere conchiuso anche per un debito non ancora esistente, ma la cui esistenza dipendesse da circostanze eventuali. Ad esempio un argentario prometteva di pagare il prezzo per taluno nel caso che costui comperasse una data cosa ⁴⁵⁾. Anche l'azione derivante dall'uno e dall'altro negozio era affatto diversa. L'azione derivante dal costituito pretorio si chiamava *actio de constituta pecunia* o *de constituto* ovvero *actio constitutoria*: quella derivante dal *receptum* si diceva invece azione *recepticia* ⁴⁶⁾. Quest'ultima era azione civile ⁱ⁾ e aveva luogo contro

mediante il *receptum* il creditore contro il pericolo dell'incerta esazione dai debitori. È notevole che qui si adoperi il termine *constituere* anche parlando di banchieri. SALMASIO veramente ritiene, l. c., pag. 722, che la voce *constituit* qui sia un tribonianismo e crede che ULPIANO abbia scritto *recepit*. Ma senza fondamento. Poichè anche il *receptum* era una specie di *constitutum*, come insegna TEOFILO nella sua greca parafrasi ad § 8 I. *de action.* (IV, 6). Veggasi pure HUBERT, diss. II, *de argentariis veterum*: cap. II, § 2 e Gr. MAJANSIO, disp. *de edendo*, § 25 (nelle sue *Disputationes iuris civ.*, tom. II, pagina 225).

⁴²⁾ L. 18 pr. D. *de hereditat. petit.* (V, 3).

⁴³⁾ CICERO, *pro Caccina*, cap. 6. — CUIACIO, *Observat.*, lib. X, cap. 14 e Cr. Fed. IÜNGER, *de actionibus vet. romanorum*. Chemnitz 1752, § 10.

⁴⁴⁾ SALMASIO, *de modo usur.*, pag. 722.

⁴⁵⁾ Hub. GIPHANUS, *Explan. difficil. et celebrior. LL. Cod.*: ad L. 2 *de constit. pecun.*, pag. 248 seg. e G. CUIACIO, *Recitat. sol. in Cod.* ad tit. *de constituta pecunia*.

⁴⁶⁾ GIUSTINIANO ricorda tale azione nel § 8 I. *de actionib.* (IV, 6).

^{h)} Notevole è il paragone che si può istituire coll'ambito oggettivo della *compensatio cum argentario*, GAI0, IV, 66. — Vedi poi i giusti dubbii nel ROSSELLO, op. cit. pagine 84-85.

ⁱ⁾ È questa l'opinione comune; vedi i numerosi citati in ROSSELLO, op. cit., pagine 48

un argentario, che con essa, ove in seguito al *receptum* non fosse seguito pieno pagamento, poteva essere tosto convenuto senza bisogno di convenire prima il debitore principale ⁴⁷⁾. La prima invece era un'azione pretoria, che aveva luogo contro ogni costituente, ma non aveva ad oggetto che cose fungibili. Inoltre l'azione recettizia era perpetua; la costitutoria in certi casi era solo annuale. TEOFILO nella sua greca

⁴⁷⁾ Se alcuno avesse costituito di pagare ad un argentario per un altro, l'argentario non avrebbe potuto convenire il costituente prima di avere escusso il debitore principale: vedi CUIACIO nelle *Recit. solemn.* ad tit. Cod. de *constit. pec.*

e 49 nota. Anche il BRUNS, op. cit. pag. 272, è di tale avviso pe' *solemnia verba* ricordati da GIUSTINIANO, per la perpetuità dell'azione e pel carattere formale del contratto: l'esclusione della eccezione di indebito, di cui pure parla GIUSTINIANO, proverebbe appunto tale carattere formale. Il LENEL, *Contributi* cit., pag. 67 seg., crede invece trattarsi di istituto e di azione pretoria. I *solemnia verba* non devono riferirsi al contratto; ma — come è del resto perspicuo insegnamento di GIUSTINIANO (*recepticia actio . . . solemnibus verbis composita*) — alle parole della formola. La formola poteva avere le sue caratteristiche speciali, pur essendo di diritto pretorio. La perpetuità sarebbe comune ed altre azioni onorarie e il così detto carattere formale starebbe in un rigore non insolito per istituti pretorii; si pensi al *receptum de' nautae cauponas* ecc. Ma tali ragioni non sono del tutto persuasive. Non è del tutto dissipato in me il dubbio, che i *solemnia verba*, nonostante il modo di esprimersi di GIUSTINIANO, si riferissero piuttosto al negozio stesso che alla formola. Comunque — anche applicati alla formola — parrebbero alludere ad una *intentio* di diritto civile. La perennità suole essere un carattere delle azioni civili; qui poi contrasta l'annualità che ha in vari casi l'azione costitutoria. La indipendenza dalla esistenza e natura di una causa fondamentale sembra accennare proprio a istituto di *ius* civile; tale è anche l'avviso del VOÏER (*Sui banchieri* (in tedesco), § 4 n. 23), il quale osserva anche opportunamente che si contrappongono l'*antiqua recepticia actio* all'azione costitutoria sia nella c. 2 § 1 C. h. t. (IV, 18), sia altrove: § 8 I. de *act.*, IV, 6 e *Parafrasi greca* in h. l. Il LENEL osserva poi che sono di origine pretoria gli altri *recepta* compresi nel medesimo titolo; che non sono proprie del diritto civile norme particolari per una data classe di persone (qui gli *argentarii*), mentre invece disposizioni di tale natura abbondano nel diritto onorario. Confessiamo che la questione rimane di dubbia soluzione; sicuramente si potrebbe dire risolta qualora si dimostrasse che l'*actio recepticia* era *in factum* (a torto dubita anche per questa ipotesi il ROSSELLO, pag. 54 seg.); ma una dimostrazione del tutto persuasiva non ha ancora potuto di ciò essere fornita.

Il *receptum* non è un contratto verbale: dal fr. 27 h. t. (XIII, 5 D.) noi sappiamo ora che esso può avere luogo fra assenti. Oggidì prevale l'opinione che si trattasse di un contratto consensuale, da potersi concludere in qualunque manifestazione adeguata di volontà. Se si volesse credere che le parole solenni si riferiscano all'atto costitutivo, io preferirei considerare il *receptum* come un atto unilaterale, con cui taluno si impone (come nella *dictio*) una determinata forma di obbligazione.

parafrasi delle Istituzioni ⁴⁸⁾ ha con molta esattezza indicata la differenza fra le due azioni. Esso dice (nella traduzione del FERRINI (qui riferita invece di quella del REITZ adoperata dall'autore)): « Erat olim huic pecuniae constitutae actioni recepticia quoque similis, quae in argentariorum receptis locum habebat. id vero inter recepticam et pecuniae constitutae actionem commune est, quod utraque ex constituto nascitur: eo vero differunt, quod pecuniae constitutae actio contra omnem qui diem constituerit locum habet; recepticia autem in argentarium tantummodo. sed illud etiam interest quod pecuniae constitutae actio tunc locum habet, cum ea constituta sint quae pondere numero mensurave constant: recepticia autem, qualiscumque res debeatur, sive mobilis sive soli, intendi potest. pecuniae igitur constitutae actio latior est quod ad personas, nam quolibet constituyente locum habet: angustior vero quod ad res, nam ea sola constitui possunt, quae pondere numero mensura constant. *recepticia* autem ex diverso angustior est quod ad personas, cum eadem solus argentarius teneatur; latior vero quod ad res, omnia enim quae debentur in ea continentur ».

Ma l'imperatore GIUSTINIANO abolì l'azione *recepticia* e diede all'azione *de constituta pecunia* anche circa l'oggetto e la durata la stessa estensione, che aveva l'azione contro gli argentarii. Al costituito egli attribuì l'efficacia della stipulazione; in ciò per altro esso manteneva la sua natura originaria, che la sua conclusione non esigeva parole solenni e richiedeva invece un debito già realmente esistente (benchè nè l'una nè l'altra cosa intervenisse nel *receptum*). L'azione che ne deriva, pur restando come prima un'azione pretoria, passa tanto attivamente quanto passivamente agli eredi. Solo se si agisce contro un banchiere *de pecunia constituta*, tutto deve restare allo stato che originariamente vigeva pel *receptum*. È notevole la seguente costituzione dell'imperatore GIUSTINIANO:

L. 2 Cod. *de constit. pecunia*:

« Recepticia actione cessante, quae solemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio, necessario nobis visum est magis pecu-

⁴⁸⁾ *Paraphr. graeca*, lib. IV, tit. 6 § 8 pag. 797 (ed. REITZ), vol. II, pagina 421 seg. ed. FERRINI.

niae constitutae actionem ampliare ⁴⁹⁾. Cum igitur praefata pecuniae constitutae actio in iis tantummodo casibus a veteribus conclusa est, ut exigeret res quae pondere numero mensura consistunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem et neque in omnibus casibus longaeva esset constituta, sed in speciebus certis annali spatio concluderetur et dubitaretur, an pro debito sub condicione vel in diem constituto eam possibile esset fieri et an pure constituta pecunia contracta valeret, hac apertissima lege definimus: ut liceat omnibus constituere non solum res quae pondere numero mensura consistunt, sed etiam alias omnes, sive mobiles sive immobiles, sive sese moventes, sive instrumenta vel alias quascunque res quas in stipulationem possunt homines deducere, neque sit in quocumque casu annalis; sed sive pro se quis constituat sive pro alio, sit et ipsa in tali vitae mensura, in qua omnes personales actiones positae sunt, idest in annorum metis triginta. et liceat pro debito pure vel in diem vel sub condicione constitui et non absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem, suis tamen naturalibus privilegiis minime defraudata sit, sed et heredibus et contra heredes competat: ut neque recepticiae actionis neque alio indigeat respublica in huiusmodi casibus adminiculo, sed sit pecuniae constitutae actio per nostram constitutionem sibi in omnia sufficiens, ita tamen ut hoc ei inhaereat, ut iam pro debito fiat constitutum, cum secundum antiquam recepticiam actionem res exigebatur etiam si quid non fuerat debitum: cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium sit permittere per actionem recepticiam res indebitas consequi et iterum multas proponere conditiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui deficiunt. Ut non erubescat igitur tale legum iurgium, hoc tantummodo constituatur quod debitum est et omnia, quae de recepticia in diversis libris legumlatorum posita sunt aboleantur et sit pecuniae constitutae actio omnes casus complectens qui et per stipulationem possunt explicari. § 1. Et neminem moveat quod sub nomine pecuniae etiam omnes res exigi definiamus, cum et in

⁴⁹⁾ MURETO, ad § 8 I. *de action.* crede che la vera costituzione, con cui fu abolita l'azione *recepticia*, sia andata perduta e che qui ne venga fatta solo menzione.

antiquis libris prudentium, licet constituta pecunia nominabatur tamen non pecuniae tantum per eam exigebantur, sed omnes res, quae pondere numero mensura constitutae erant, sed et possibile est omnes res in pecuniam converti; si enim certa domus vel certus ager vel certus homo vel alia res quae expressa est in constituendis rebus ponatur quid distat a nomine ipsius pecuniae? sed ut subtilitati eorum satisfiat, qui non sensum sed vana nominum vocabula amplecti desiderant, ita omnes res veniant in constitutam actionem, tanquam si fuisset ipsa pecunia constituta: cum etiam veteres pecuniae appellatione omnes res significari definiant et huiusmodi vocabulum et in libris iuris auctorum et in alia antiqua prudentia manifestissime inventum sit. § 2 His videlicet, quae argenti distractores et alii negotiatores indefense⁵⁰⁾ constituerint⁵¹⁾ in sua firmitate secundum morem usque adhuc obtinentem durantibus⁵²⁾ j).

L'actio de constituta pecunia o constitutoria è dunque quell'azione personale pretoria fondata sull'equità naturale, che intentasi contro colui che ha assicurato con nuova promessa di adempire una obbli-

⁵⁰⁾ *Indefense*: cioè: « ut defendere ac tueri nulla exceptione se possint ». Così spiegano tale espressione il GEFANIO nella *Explanatio difficil. LL. Cod.* ad h. L. 2 pag. 250, CUIACIO nelle *Recit. Solemn.* ad Cod. h. t. e JANUS a COSTA nelle *Praelectiones ad illustiores quosdam titulos locaque selecta iur. civ.*, ad h. L. 2 pag. 222. I primi due interpretano il passo nel senso che se gli argentarii hanno costituito per altri, possano venire convenuti senza potersi difendere colla *exceptio excussionis* e si richiamano alla Nov. 136. Ma JANUS a COSTA osserva, che questo passo si riferisce anche a quello che il *receptum* si usava pure per un debito non ancora esistente.

⁵¹⁾ ACCURSIO intende il passo degli speciali statuti degli argentarii e dei commercianti, che con ciò sarebbero stati confermati da GIUSTINIANO. Ma non vi ha motivo di abbandonare la significazione della parola *constituere*, che è mantenuta in tutta la legge. Quindi aveva ragione RAFFAELE FULGOSIO nel ripudiare quella interpretazione.

⁵²⁾ A questa costituzione si richiama GIUSTINIANO (§ 8 L. *de action.* IV, 6), dicendo: « sed ex nostra constitutione, cum et si quid plenius habebat hoc in actionem pecuniae constitutae transfusum est et ea (cioè: *recepticia*) quasi supervacua iussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere ».

Vedi per l'interpretazione delle ultime parole il ROSSELLO, op. cit. pag. 64 e segg. Si tratterebbe di una disposizione transitoria.

gazione propria o altrui o contro i suoi eredi perchè il convenuto adempia la sua promessa al luogo, al tempo e in genere, nel modo con cui si è convenuto ⁵³).

§ 850.

Del costituito di debito proprio.

I. Il costituito di debito proprio o costituito proprio si riferisce ad una preesistente obbligazione del costituente. Un tale costituito si distingue tanto dal *pactum geminatum* o *iteratum* (con cui viene da molti confuso ¹), quanto da una mera ratifica ^m). La semplice ripeti-

⁵³) SCHMIDT, *Trattato pratico delle azioni giudiziarie* (ted.) § 737 segg. — BOEHMER, *De actionibus*, sect. II, cap. 7, § 20 segg.

¹) Osserva giustamente il BRUNS, op. cit. pag. 294, che il concetto di *pactum geminatum* è oltremodo oscuro. Se il primo patto era invalido, il secondo può essere tanto una ratifica del primo, quanto un nuovo contratto, valido o invalido secondo le circostanze. Se il primo patto era invece valido, il secondo potrebbe essere un'abrogazione del primo *solo dissensu* con creazione di un nuovo contratto; potrebbe essere un riconoscimento bilaterale del primo. Ma se trattasi della promessa obbligante uno verso l'altro, il secondo patto fatto colla coscienza del primo non può essere che un costituito. Poichè, come bene avvisa lo stesso autore, se taluno ripete una simile promessa, ciò significa solo che egli vuole mantenerla e osservarla.

Tutto ciò, si comprende, non vale per l'istituto nel suo carattere originario, in quanto contiene necessariamente la costituzione di un termine per il pagamento da farsi.

m) Il costituito si distingue in generale dalla ricognizione del debito, per quanto i due atti sogliano andare congiunti. La *ricognizione* è una confessione dell'esistenza di un diritto; è semplicemente mezzo di prova e non fonte di obbligazione; invece il costituito è fonte di nuova obbligazione e non è, come tale, mezzo di prova. Il costituito è, come bene avverte il BRUNS, l. c. pag. 279 e segg., da cui togliamo queste considerazioni, la promessa di pagare ciò che si deve (o ciò che un altro deve): *che* si sia debitori, è una essenziale presupposizione; *se* lo si sia, è un'altra questione e puro tema di prova. Si può quindi costituire tanto con ricognizione, quanto senza ricognizione del debito; d'altra parte si può riconoscere un debito con o senza costituito. Niuno anzitutto dubita che siavi costituito senza ricognizione, qualora si lasci indecisa l'esistenza del debito: se, per esempio, uno costituisce « se il debito veramente esiste », « se A. fornisce la prova della obbligazione »: nè questi sarebbero costituiti condizionali, trattandosi di una *condicio iuris, in praesens collata*. Ma anche prescindendo da questi casi, ovunque non appaia nitida l'intenzione di riconoscere il debito, non si potrà vedere nel costituito un atto di ricognizione. In secondo luogo è possibile una ricognizione senza costituito. Per questo occorre, come dice anche il testo, la *intenzione* di promettere in

zione di una promessa non aveva come tale per diritto romano l'efficacia di mutare la naturale obbligazione scendente da un nudo patto in una obbligazione civile, a meno che essa avvenisse *in relazione alla precedente promessa* e coll'intenzione di *assicurare così l'adempimento di una obbligazione riconosciuta*. Solo per tale determinazione va distinto il costituito da un patto geminato, come ha egregiamente dimostrato uno dei nostri migliori civilisti ⁵⁴). Inoltre può qualsiasi obbligazione, se anche non deriva da una precedente promessa, ma è sorta per qualsiasi altra azione lecita o illecita, diventare obbietto di questo costituito ⁵⁵). Non solo ULPIANO dice (L. 1 § 6 D. h. t.): « *Debitum ex quacunque causa potest constitui, idest ex quocumque contractu, sive certi sive incerti* »; ma

⁵⁴) WEBER, *Svolgimento sistematico della teoria dell'obbligazione naturale*, § 125. Solo di passaggio EV. OTTO nel *Commento* al § 8 I. *de action.* (IV, 6) e ANT. SCHULTING, *Theor. controuv.*, decad. XLVII, tit. 4 in fin. hanno ammonito di non confondere il costituito con un patto geminato, in relazione alla L. 14 Cod. *de pactis* (IV, 32).

⁵⁵) V. LEYSER, *Medit. ad Pand.*, vol. III, spec. CLII, n. 4.

modo particolare il pagamento. Il BÄHR (citato dal BRUNS) nel suo libro (tedesco) sulla ricognizione, 2.^a edizione pag. 184, dice: « voler dare una prova del debito (come fa chi rilascia un atto di riconoscimento del medesimo) significa volere il debito e *volere* il debito significa promettere il pagamento ». Come ha bene osservato il BRUNS, l. c. pag. 280, il ragionamento non corre, poichè altro è volere il debito nello *status quo* e altro è volere promettere e incontrare una nuova ragione di obbligazione. Notevole è il caso del fr. 26 § 2 D. *depositi*, XVI, 2 segnalato dallo stesso Autore. Tizio rilascia una dichiarazione del seguente tenore: « *Titius Sempronius salutem. Habere me a vobis auri pondo plus minus decem et discos duos, saccum signatum, ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis* ». Si domanda « an ex huiusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit ». PAOLO risponde correttamente: « *ex epistula — obligationem quidem nullam natam videri*, sed probationem depositarum rerum impleri posse ». Abbiamo una ricognizione e quindi un mezzo di prova; non un titolo di obbligazione, neppure un costituito. Diverso è il caso del fr. 26 h. t. (XIII, 5). Esso nel significato suo originario si riferiva al *receptum*; però nella compilazione giustiniana esso dà norma pel costituito. La dichiarazione è la seguente: « *Decem quae Titius ex area tua mutua acceperat — habes penes me* ». La risposta di SCEVOLA è: « *actione de constituta pecunia (recepticia) eum teneri* ». Ma è evidente la differenza delle due ipotesi. Qui non c'è mera ricognizione di un debito; c'è l'esplicita assunzione di un debito altrui (forma normale del *receptum*), e quindi un nuovo titolo di obbligazione. Fra parentesi osserviamo che forse nell'opera di SCEVOLA la dichiarazione era scritta così: « *recipio eaque habes penes me* ». — Vedi ulteriori osservazioni dove parleremo dell'uso moderno del costituito.

anche PAOLO conferma appunto questo in specie a proposito della responsabilità nascente da delitto, dicendo (L. 29 D. h. t.): « Qui iniuriarum vel furti vel vi bonorum raptorum tenetur actione, constituendo tenetur ». Da una mera ratifica si distingue invece il costituito in ciò, che quella può operare anche in negozi che come tali sarebbero del tutto inefficaci, mentre il costituito presuppone sempre una obbligazione esistente, sebbene esso comprenda sempre una ratifica. Intorno a questo costituito vanno specialmente notati i seguenti principii di diritto romano:

A. Un costituito proprio può concludere chiunque può giuridicamente obbligarsi rispetto al suo patrimonio ⁵⁶⁾. Quindi anche le donne possono costituire in tale maniera ⁵⁷⁾; gl'impuberi invece non altrimenti che col consenso del tutore ⁵⁸⁾. Se un *filiusfamilias* ha costituito, non solo è tenuto egli stesso *de constituta pecunia*, ma può anche essere convenuto il padre *de peculio*, in quanto cioè il peculio basti ⁵⁹⁾.

B. Il costituito presuppone una obbligazione valida in qualsiasi modo, sia per diritto naturale, sia per diritto civile, sia per diritto pretorio. Anche un'obbligazione meramente naturale è sufficiente, ove non sia affatto dichiarata riprovata dalle leggi civili. ULPIANO dice nella L. 1 § 7 e 8 D. h. t.: « debitum autem vel *natura* sufficit. sed et is qui *honoraria actione*, non *iure civili* obligatus est, constituendo tenetur: videtur enim debitum et quod *iure honorario* debetur et ideo et pater et dominus de peculio obstricti, si constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem quae tunc fuit in peculio, cum constituebatur ». Se l'obbligazione è fondata nel solo diritto civile, non deve essere riprovata dal diritto pretorio, perchè sia valido il costituito fatto in proposito.

⁵⁶⁾ FR. DUARENO, *Comm. ad h. t.*, cap. 2. — VOET, *Comm. ad Pand. h. t.* § 3. — SCHROETER, *de constituto conventionali*, th. 11 e 12.

⁵⁷⁾ L. 1 § 1 D. h. t. « Et mulieres de constituta pecunia tenentur, si non intercesserint ».

⁵⁸⁾ L. 1 § 3 D. h. t. « De pupillo, etsi nihil sit expressum edicto, attamen sine tutoris auctoritate constituendo non obligatur ».

⁵⁹⁾ L. 1 § 3 D. *eod.* « Sed si filiusfamilias constituerit, an teneatur, quaeritur, sed puto verum et ipsum constituentem teneri et patrem de peculio »: v. NOODT, *Comm. ad Pand. h. t.*, pag. 312.

ULPIANO insegna anche questo, dicendo nella L. 3 § 1 D. *eadem* « Si quis autem constituerit, quod iure civili debetur, iure praetorio non debebat, idest per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur. et est verum, ut et POMONIUS scribit, eum non teneri quia debita iuribus non est pecunia, quae constituta est ». Donde consegue il problema che ora dobbiamo decidere se e in quanto una promessa per sè invalida o anche un negozio non pienamente efficace può essere con un *constituto proprio* reso valido ed efficace ⁶⁰⁾. Bisogna all'uopo distinguere varie ipotesi ⁿ⁾.

1.° Si tratta di negozii che per disposizione di legge sono affatto invalidi e inefficaci. Qui è senza dubbio che per tali negozii non possa aver luogo un *constituto vero e proprio* ⁶¹⁾. Questo non si può escogitare senza una preesistente obbligazione. « Hactenus constitutum valebit, dice ULPIANO (L. 11 pr. D. h. t.), si quod constituitur debitum sit ». Ma negozii, che dalle leggi sono dichiarati del tutto invalidi, non possono essere trattati ne' tribunali altrimenti che come inesistenti, sicchè non può dirsi nata da essi veruna obbligazione naturale. Si chiede però se almeno colla successiva ratifica un negozio per sè invalido possa diventare obbligatorio. I giureconsulti non hanno in proposito concorde opinione. Alcuni ⁶²⁾ non hanno difficoltà a rispondere affermativamente. Altri ⁶³⁾ invece espongono il principio affatto contrario, che « actus in se plane nulli non possunt

⁶⁰⁾ Si veggia su questo problema specialmente il WEBER, *Svolgimento sistematico della dottrina dell'obbligazione naturale*, § 126 n. 127.

⁶¹⁾ ZOESIO, *ad Dig. h. t. num. 5.* — MYLIUS, *de constituto obligatorio*, posit. 8.

⁶²⁾ NETTELBLADT, *Syst. elementar. iurisprud. positivae Germanor.*, § 120. — THIBAUT, *System des P. R.* (Sistema del diritto privato), § 83.

⁶³⁾ G. G. MEIER, *Sched. de iure ratihabitionis*. Giessen 1720, 4, § 15.

n) Per noi occorre in ogni caso che siavi l'intenzione di *ratificare*; poichè se taluno costituisce solo se ed in quanto *sia attualmente* tenuto, non può modificarsi la sua posizione giuridica. L'art. 1309 Cod. civ. è in proposito rigoroso: « L'atto di conferma o ratifica di una obbligazione, contro la quale la legge ammette l'azione di nullità, non è valido se non contiene la sostanza della stessa obbligazione, il motivo che la rende viziosa e la dichiarazione che si intende di correggere il vizio, su cui tale azione è fondata ». Dunque per diritto nostro un *constituto* non basta a rendere valida l'anteriore obbligazione, qualunque sia l'intenzione delle parti, se non vi si contiene una ratifica nelle orme volute.

ratihaberi ». Per combinare queste diverse opinioni occorre distinguere differenti casi:

a) Il motivo dell'invalidità sta in una qualità personale dell'autore del negozio. Questo appartiene cioè a quelle persone, che per disposto di legge sono affatto incapaci a disporre a loro arbitrio delle loro sostanze e ad obbligarsi. Finchè dura questa condizione personale, non può la ripetuta promessa di una tale persona rendere valido il negozio invalido. Ciò avviene per gl'impuberi, i prodighi dichiarati tali giudizialmente ecc. Se invece cessa quella condizione, possono ⁶⁴⁾ certamente divenire obbligatori per posteriore ratifica quei negozii che erano inefficaci per le condizioni personali che prima avevano i loro autori. Un costituito non può qui ammettersi, perchè dalla promessa di tali persone fatta senza assenso del tutore non sorge neppure una obbligazione naturale, che li possa comprendere ⁶⁵⁾.

b) Il negozio è invalido per mancanza di libero assenso da parte di colui che lo ha conchiuso. Egli ad esempio è stato mosso da ignoranza o errore, o da inganno o da ingiusta costrizione a concludere il negozio. Non c'è dubbio che un tale negozio possa diventare valido in seguito per libera ratifica ⁶⁶⁾.

c) Il negozio è nullo come tale per mancanza di forma legale ^{o)}. Qui la ratifica posteriore non può rendere valido l'atto invalido, poichè la forma di un negozio giuridico è *iuris publici* e non dipende, come bene ha dimostrato lo ZIEGLER ⁶⁷⁾, dall'arbitrio di coloro che concludono il negozio.

È quindi affatto generale la regola data da PAOLO: L. 29 D. *de div. reg. iur.* (L. 17): « Quod initio temporis vitiosum est non potest

⁶⁴⁾ WEBER, l. c., § 127.

⁶⁵⁾ L. 41 D. *de cond. indeb.* (XII, 6). § 3 I. *quib. mod. obl. toll.* (III, 2').

⁶⁶⁾ LL. 2 et 4 Cod. *de his quae vi metusve causa gesta sunt* (II, 19). — HOFACKER, *Princip. iuris civ. rom. germ.*, tom. I, § 208.

⁶⁷⁾ *Diss. de ratihabitione*, § 14.

^{o)} Cfr. Cod. civ. art. 1310: « Non si possono sanare con verun atto confermativo i vizii di un atto nullo in modo assoluto per difetto di formalità ».

tractu temporis convalescere »: essa non si rapporta solo ai testamenti, ma anche ai contratti, come hanno ampiamente dimostrato G. GOTOFREDO⁶⁸⁾ e G. AVERANI⁶⁹⁾. Ma la posteriore ricognizione spontanea avvenuta da parte di colui, che avrebbe potuto impugnare come nullo il negozio, può tuttavia produrre obbligazioni ed essere anche per le disposizioni d'ultima volontà di gravi conseguenze⁷⁰⁾, per quanto rimanga del resto vero il principio, che un testamento fatto da principio invalidamente non può diventare valido neppure per l'approvazione degli eredi legittimi⁷¹⁾.

d) Il negozio è affatto invalido per un divieto di legge. Un tale negozio illecito e vietato non può diventare valido per alcuna promessa o ratifica per quanto ripetuta, nè dare ad alcuno il diritto di agire per la sua esecuzione. Per conseguenza nei giuochi proibiti, nell'usura vietata, nel patto commissorio del debitore pignoratorio e in simili negozi riprovati è affatto inefficace il riconoscimento pur volontario per quanto spesso ripetuto, poichè l'oggetto mantiene sempre, nonostante la posteriore ratifica, la qualità di essere contrario ad un divieto legislativo⁷²⁾. Affatto diversamente stanno le cose, se:

2.º si tratta di quei negozi che non sono del tutto inefficaci, ma che per diritto non hanno piena efficacia. Tali negozi possono certamente acquistare piena forza e azione mercè il costituito. Si ponga ad esempio che il diritto del creditore sia estinto per prescrizione. Dal momento che tuttavia permane la obbligazione naturale del debitore⁷³⁾ e che questa già basta pel costituito⁷⁴⁾, ne viene che

⁶⁸⁾ *Comm. in Tit. Pand. « de diversis regulis iuris »*: ad L. 29 D. h. t., pagina 169 seg.

⁶⁹⁾ *Interpret. iur.*, lib. IV, cap. 22.

⁷⁰⁾ L. 16 § 1 Cod. *de testam.* (VI, 23). L. 29 Cod. *fideic.* (VI, 42). L. ult. Cod. *ad l. Falc.* (VI, 50). Erroneamente il VOET nel *Comm. ad Pand. h. t.* § 5 la deriva da un costituito. Si veggia Bart. CHESIO, *Diff. iuris*: cap. 46 (*Iurisprud. rom. et all.*, tom. II, pag. 762 cet.)

⁷¹⁾ AVERANI, *Int. iur.*, lib. I, cap. 10. — GRUPEN, *Disceptat. for.*, cap. 5. — HOFACKER, *Principia iur. civ.*, tom. II § 1339 e THIBAUT, *Sistema delle Pandette* (ted.), vol. II, § 808 nota a.

⁷²⁾ WEBER, l. c., § 127, pag. 561 seg.

⁷³⁾ L. 19 pr. D. *de cond. ind.* (XII, 6).

⁷⁴⁾ L. 1 § 7 D. h. t.

se il debitore promette di pagare, nonostante l'avvenuta prescrizione, con questa nuova agnizione del debito l'estinto diritto ad agire del creditore senza verun dubbio risusciti ⁷⁵). In quanto però il motivo della limitata validità del negozio stia in una condizione personale del debitore, la ripetuta promessa deve avvenire in un tempo, in cui tale condizione del debitore e gli impedimenti alla piena efficacia giuridica del negozio, che vi si conettono, siano già cessati. Se quindi taluno durante la patria potestà si fa mutuare denaro all'insaputa del padre, un siffatto mutuo non può acquistare la piena efficacia e diventare esigibile per azione che con un costituito posteriore alla fine della potestà medesima ⁷⁶).

Del resto basta alla validità del costituito che un debito sussista al tempo, in cui avviene la promessa di pagare. Posto che l'azione competente allora al creditore per il suo credito sia più tardi estinta per prescrizione, trattandosi di azione temporanea (si pensi ad esempio a un'azione redibitoria o ad una azione di ingiurie), il costituito rimane valido, poichè l'azione che ne deriva è un'azione perpetua ⁷⁷). Qui pure si guarda all'inizio dell'affare. Qui appartiene anche il passo di ULPIANO, fr. 18 § 1 D. h. t., ove dice: « quod adicitur *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse* interpretationem pleniorum exigit. Nam primum illud efficit ut si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Julianus scribunt teneri debere: licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur ». Appunto dietro questo principio va deciso il caso, cui espone PAOLO nel fr. 19 § 2 D. *eod.*, cioè: se il padre assicura *constituendo* al creditore di suo figlio il pagamento di un debito, per cui il padre sarebbe stato conveniente con una azione

⁷⁵) FRANTZKE, *Comm. in Pand.* h. t. n. 15.

⁷⁶) L. 2 Cod. *ad S. C. Mac.* IV, 28.

⁷⁷) DUARENO, *Comm. ad h. t.* cap. 2, pag. 930 e A. FABRO, *Rational. in Pandect.*, ad L. 18 § 1 D. h. t.

de peculio, ancorchè il peculio, ne' limiti del quale solamente il padre avrebbe dovuto rispondere pel debito del figlio, si fosse poi diminuito o fosse andato perduto, perdura tuttavia l'obbligazione del padre *ex constituto*, come essa era fondata al tempo della promessa di pagare secondo la condizione di allora del peculio. PAOLO dice: « si pater vel dominus constituerit se soluturum, quod fuit in peculio, non minueretur peculium eo ⁷⁸⁾ quod ex causa obstrictum esse coeperit et, licet interierit peculium, non tamen liberatur ». L'*actio constitutoria* non assume dunque la natura dell'azione di peculio.

E non vi ha dubbio che tanto una obbligazione condizionale, quanto una tuttora sospesa da termine possano formare oggetto di costituito, come parimenti insegna ULPIANO, che nella L. 3 § 2 dice (D. h. t.): « si is, qui et iure civili et praetorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? Et Labeo ait teneri constitutum: quam sententiam et Pedius probat et adicit Labeo vel propter has pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta: quam sententiam non invitus probarem. habet enim utilitatem ut ex die obligatus constituendo se eadem die soluturum teneatur ». Per un debito condizionale pare esservi stata controversia prima di GIUSTINIANO: la ragione di dubbio consisteva in ciò, che, fin quando non esiste la condizione, non vi è nè obbligazione nè azione. GIUSTINIANO fa menzione di tale controversia nella citata c. 2 h. t. Cod. E il dubbio si può levare considerando che la condizione, se essa vien più tardi a verificarsi, deve retrotrarsi all'inizio dell'atto giuridico, come se questo allora fosse stato conchiuso puramente e semplicemente ⁷⁹⁾. Laonde dice PAOLO nella L. 19 pr. D. h. t.: « id quod sub condicione debetur sive pure sive certo die constituatur, eadem condicione suspenditur, ut, existente condicione, teneatur: deficiente, utraque actio deperat ». E ciò è tanto più sicuro dopo la citata L. 2 C. *ead.*, in quanto che è noto come durante la pendenza della condizione vi abbia almeno una *spes debitum iri*, che può attivamente anche essere trasmessa agli eredi ⁸⁰⁾.

⁷⁸⁾ A. FABRO, *Coniect. iur. civ.*, lib. XV, cap. 5, vuol leggere: « non minuitur obligatio, licet minueretur peculium »; ma l'emendazione non è necessaria. Si vegga G. MEIER, *Ἐπιτομὴν ἰουστινιανέων*, dec. IV, cap. 9.

⁷⁹⁾ NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, pag. 315.

⁸⁰⁾ § 4 I. *de V. O.* (3, 15). A. FABRO, *Rational.* in L. 19 pr. D. h. t.

C. Il costituito non esige per la sua forma e per la sua efficacia altro che il consenso degli interessati⁸¹⁾. Può quindi, come ogni altro contratto, essere conchiuso tanto fra presenti, come fra assenti: per lettera o messaggio⁸²⁾. Deve però, secondo il disposto del diritto romano, essere chiaramente determinato che il creditore debba avere il suo pagamento *dal costituente*⁸³⁾, sia che la somma dovuta venga all'occasione espressa, sia che nol venga⁸⁴⁾. Se dunque è detto solo *impersonalmente*, che il creditore sarà soddisfatto, senza determinare da chi, o è il costituito conchiuso in guisa che un terzo debba pagare per il costituente, senza che questo terzo abbia dichiarato il suo assentimento, il costituito non vale⁸⁵⁾, come provano i testi seguenti:

L. 5 § 4 D. h. t. « *sed si quis constituerit alium soluturum, non se pro alio, non tenetur* ».

Nov. CXV, cap. ult. secondo la versione di HOMBERGK: « *Praeter ea aliud quoque caput, quod ad constituta pecuniam seu promissiones spectat, hac lege definiti nobis visum est. Sancimus igitur si quis pro se vel pro alia persona pecuniam constituerit, dicens forte alicui satis tibi faciam, ut hic in quantitatem quam dixit omnibus modis obligetur et constitutum suum impleat atque debitum solvere cogatur. Si quis vero dicat satis tibi fiet: hic (cum eiusmodi sermo sine mentione personae prolatus sit) tamquam nihil dixerit, ab omni exactione liber servetur. Sin autem quis dicat satisfaciet tibi a me et ab hoc et ab illo, illis quidem, quos nominavit, nisi consentiant, nullum ex illo sermone praedictum orietur; sed nec is qui id dixit, pro illis per-*

⁸¹⁾ L. 1 pr. D. h. t. F. DUARENO, *Comm. ad h. t.*, cap. 3 e NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, pag. 314.

⁸²⁾ L. 14 § ult. L. 15 D. h. t.

⁸³⁾ Fr. DUARENO, l. c., cap. 4.

⁸⁴⁾ L. 14 pr. D. h. t.

⁸⁵⁾ VOET, *Comm. ad Pand. h. t.* § 11 in fine. — PEREZ, *Praelect. ad Cod. h. t.*, nr. 4. — MÜLLER *ad STRUVIUM, Exercitat.* XVIII, th. 75 not. 9 nr. IV. Altrimenti dovrebbe decidersi se dalla precedente domanda del creditore o da altre circostanze apparisse in modo del tutto chiaro che il costituente non ha pensato ad altri che a sè. V. LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand. h. t.*, § 11. — STRYCK, *Us. mod. Pand. h. t.*, § 5 e Ant. SCHULTING, *Thes. controuv.*, dec. XLVII, th. 5. Che qui si possa anche ricorrere al *iuramentum purgatorium*, afferma il LEYSER, *specim.* CLII, med. 5.

sonis, quas nominavit, exactionem aliquam sustineat: pro se vero id quod ex debito secundum leges probato debere apparuerit pro rata parte solum solvat. quodsi dicat satis tibi fiet a me vel ab hoc vel ab illo. tunc personis quidem nominatis simili modo non consentientibus nullum fiat praeiudicium: ille vero qui hoc constituit integrum debitum solvere cogatur: si quam autem contra personas nominatas putaverit sibi exactionem competere, hanc contra eas secundum leges proponat et legum auxilio fruatur ».

Se il costituente avesse detto che egli vuol prestare pagamento, ma avesse accanto alla propria nominato altra persona, da cui pagamenti il creditore dovesse ottenere il suo pagamento, la legge distingue se ciò sia avvenuto copulativamente o alternativamente. Nel primo caso, se per esempio il costituente ha detto: *tu avrai da me e da Caio il tuo soddisfacimento*, egli è responsabile solo per la sua parte; nel secondo caso invece, se ad es. il costituente ha detto: *io o Gaio ti pagheremo il debito*, il costituente deve rispondere per il pagamento del debito integrale⁸⁶⁾. Qui appartiene pure la

Authentica: Si quando C. h. t.: « si quando quis pro se vel pro alia persona pecuniam se solvere constituerit vel sponderit sic dicens: *Satisfaciam tibi*, tenetur pro quantitate quam promisit. Sin autem dixerit: *satisfiet a me et ab illo et illo*, illis quidem quos nominavit non consentientibus, solus pro rata tantum portione persolvat. sin autem dixerit: *satisfiet*, verbo impersonaliter prolato, non tenebitur. sin autem sic dixerit: *Erit tibi satisfactum aut a me aut ab illo*, illo quem nominavit non consentiente, solus in solidum tenebitur ».

Il diritto romano esige inoltre che il costituito venga conchiuso con quel medesimo, a cui deve essere prestato il pagamento. Se un costituito si riferiva ad un pagamento da farsi ad un terzo, era inutile, come insegna ULPIANO, che dice nella L. 5 § 5 D. h. t.: « idem si mihi constituas te soluturum, teneberis, quodsi mihi constitueris *Sempronio te soluturum*, non teneberis ». Anche se il costituito fu conchiuso col procuratore del creditore, valeva solo qualora il pagamento si fosse promesso da prestarsi allo stesso procuratore e non al prin-

⁸⁶⁾ RITTERSHUSIO, *Ius iustinian. o Exposit. method. Novellar.*, parte III, cap. 5, nr. 9 segg.

cipale. In tal modo poteva costituirsi anche al tutore di un pupillo, all'amministratore di una corporazione, al curatore di un pazzo o di un minorenne. Se invece il debitore avesse assicurato al rappresentante del suo creditore di voler pagare, non a lui, ma direttamente al creditore, un simile costituito veramente, a rigore di diritto, non avrebbe avuto valore; solo per equità veniva concessa al creditore un'azione utile*). Tutto ciò viene confermato dai testi seguenti:

L. 5 § 6 D. h. t.: « Julianus libro undecimo Digestorum scribit procuratori constitui posse, quod Pomponius ita interpretatur, ut ipsi procuratori constituas te soluturum, non domino ».

L. 5 § 7 D. eod. « Item tutori pupilli constitui potest et actori municipum et curatori furiosi ».

L. 5 § 9 D. eod. « Si actori municipum vel tutori pupilli vel curatori furiosi vel adulescentis ita constituatur *municipibus solvi* vel *pupillo* vel *furioso* vel *adulescenti*, utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo vel furioso vel adulescenti utilem actionem ».

La ragione di tutto ciò stava nel rigoroso principio del diritto romano che niuno potesse acquistare direttamente diritti o direttamente obbligarsi per mezzo di una persona libera⁸⁷⁾. Quindi la *obligatio* doveva sempre assumere il suo inizio dalla persona dei contraenti⁸⁸⁾. Se si era concluso il negozio con un procuratore, solo costui poteva intentare l'azione diretta; il principale non avrebbe avuto che l'*actio cessa* o *utilis*⁸⁹⁾. Questa sottigliezza non è più applicabile pel nostro diritto moderno⁹⁰⁾.

Se il debitore promette con un costituito al suo creditore di voler pagare *a lui o ad un terzo*, quest'ultimo può certamente accettare il pagamento, ma non può agire per l'osservanza del costituito. Ma se

*) Vedi il *Magazzino per la giurisprudenza e la legislazione* di GROLMANN e LÖHR (tedesco), vol. III, fasc. 1, pag. 52 seg.

⁸⁷⁾ L. 73 § 4 D. *de R. I.* (L, 17).

⁸⁸⁾ L. 11 D. *de O. et A.* (XLIV, 7). V. NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. pagina 314 e A. SCHULTING, *Thes. controuv.*, dec. XLVII, th. 10.

⁸⁹⁾ A. FABER, *Rational. in Pand.* ad L. 5 § 6 D. h. t. — G. F. BÖCKELMANN, *Comm. in Dig.* h. t. § 7 e COCCEII, *Ius. civ. controuv.*, h. t., qq. 4 e 5.

⁹⁰⁾ V. WEBER, *Obbligazione naturale* (tedesco) § 89 in fine, 4.^a ed., pag. 375 e segg.

il debitore ha fatto al terzo il pagamento, è liberato dalla sua obbligazione. Potrebbe egli invero (qualora la prima stipulazione fosse stata conchiusa col solo creditore senza aggiunzione di un terzo) venire a rigore di diritto convenuto con un'azione *ex stipulatu*; ma poichè il pagamento era stato fatto al terzo col consentimento del creditore, il debitore restava in ogni modo coperto con una eccezione contro le ulteriori inchieste del creditore. Appunto questo avveniva se nella stessa stipulazione iniziale fosse stato aggiunto un terzo *solutionis causa*, senza che di esso si facesse più alcuna menzione nel costituito. Ma se nel costituito si fosse esplicitamente stabilito che il pagamento non si dovesse fare a verun altro fuorchè al creditore solo, il debitore non si libererebbe più pagando all'*adiectus*: il creditore lo potrebbe tuttavia convenire a buon dritto coll'azione *de constituta pecunia*, perchè gli paghi il debito: il debitore potrebbe invece ripetere colla *condictio indebiti* il pagamento dal terzo, al quale lo ha prestato ⁹¹⁾. In tal guisa si conciliano fra loro i testi seguenti:

L. 8 D. h. t. « Si vero *mihī aut Titio* constitueris te soluturum, *mihī* competit actio. quodsi posteaquam *soli mihī* te soluturum constituisti, solveris Titio, nihilominus *mihī* teneberis » ⁹²⁾.

L. 9 D. *eod.* « Titius tamen indebiti condicione tenebitur, ut quod ei perperam solutum est ei qui solvit reddatur ».

L. 30 D. h. t. « Si quis duobus pecuniam constituerit *tibi aut Titio*, etsi stricto iure propriae actioni ⁹³⁾ pecuniae constitutae manet obligatus, etiamsi Titio solverit, tamen per exceptionem adiuvatur ».

⁹¹⁾ Vedi A. FABER, *Rational. in Pand.* ad L. 8, 9 et L. 30 D. h. t. — A. SCHULTING, *Theor. controv.*, dec. XLVII, th. 10. — BACHOV, *ad Treullerum*, vol. I, disp. XXIII, th. 11. — Greg. MALANSIO, *De adiecto solutionis gratia*, § 13 (nelle sue *Disputationes iuris civilis*, tom. I, pag. 162 seg.). — BÖCKELMANN, *Comm. in Dig. h. t.*, § 8 e COCCHEI, *Ius civ. controv. h. t.*, qq. 6 e 7.

⁹²⁾ Si parla del caso, in cui fu stipulato: « *mihī aut Titio dare spondes?* ».

⁹³⁾ È evidente che qui non si parla di *actio constitutae pecuniae*, ma di *actio ex stipulatu*. — CUIACIO, *Observat.*, lib. XIII, cap. 20, invece di *propriae actioni* propone quindi di leggere *priori actioni*. Ma senza fondamento; per cui a ragione l'emendazione è respinta da B. CHESIO, *Differ. iuris*, cap. 44. — A. FABER, *Coniectur. iur. civ.*, lib. V, cap. 3 e G. F. BÖCKELMANN, *Commentar. in Dig. h. t.*, § 8. L'*actio ex stipulatu* è detta qui *propria actio* in riguardo all'obbligazione originaria, che venne confermata col costituito.

L. 59 D. *de solut.* (XLVI, 3): « Si ita stipulatus sim, *mihī aut Titio dare spondes ? et debitor constituerit se mihī soluturum, quamvis mihī competat de constituto actio, potest adhuc adiecto solvere* ».

Del resto non è necessaria nel costituito di una obbligazione la fissazione di un certo termine di pagamento^{p)}. Una volta era controverso, se valesse un costituito *sine die*. Poichè la determinazione dell'epoca del pagamento pareva cotanto connaturale al costituito, che si contrapponeva il *tempus constitutum* al *tempus praesens*⁹⁴⁾. GIUSTINIANO fa menzione di questa controversia nella L. 2 O. h. t., in cui essa viene risolta. È però degno di nota, che, se anche il costituito è stato concluso *pure*, al debitore bisogna concedere un termine di almeno dieci giorni. Un passo importante in proposito è la L. 21 § 1 D. h. t., in cui PAOLO dice: « Si sine die constituas, potest quidem dici, te non teneri, licet verba Edicti late pateant: alioquin et confestim tecum agi poterit, si statim, ut constituisti, non solvas; sed modicum tempus statuendum est non minus decem dierum, ut exactio celebretur »^{p bis)}.

D. L'utilità e l'efficacia di un *constitutum proprium* consiste pel diritto romano in ciò, che^{q)}:

⁹⁴⁾ QUINTILIANO, *Declamat.*, 280. — Vedi G. NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, pag. 315.

p) Che una volta la fissazione di un termine fosse assolutamente necessaria al costituito, già si è visto.

p bis) Il passo è sicuramente e male interpolato: si prova e per la forma (*exactio celebretur!*) e per la sostanza: lo stabilire in tal caso un termine di dieci giorni può bene essere di competenza di un legislatore, ma non mai di un giureconsulto: GRADENWITZ, *Interpol.*, pag. 74; ACCARIAS, *Précis de droit rom.*, II, pag. 617, n. 2; GIRARD, *Manuel élémentaire*, pag. 585, n. 4.

q) In origine una mera ripetizione del debito precedente non poteva avere luogo per via di costituito, perchè sempre questo esigeva la fissazione di un termine. V'era il caso in cui si costituisse una obbligazione a termine *in eandem diem*: caso che non fu riconosciuto che a stento, in vista della *utilitas* che pure presentava. Ottimamente dice il BRUNS, che il costituito con aggiunta di un termine di pagamento forma il punto di partenza dell'intero istituto e che l'applicazione del costituito ad una mera ripetizione dell'obbligazione dipende da un ulteriore svolgimento del concetto e rappresenta in certa guisa solo l'estrema conseguenza di esso. Le ragioni qui date nel testo non concernono del resto il *constitutum come tale*, sono indipendenti dall'intima essenza di questo: costituito è la promessa di pagare un'obbligazione esistente, da cui deriva un'azione per l'adempimento della promessa, che si aggiunge alla vecchia obbligazione. Ma pure

1.° Può venire munita di azione una obbligazione, che per sé stessa non era pienamente efficace.

2.° Una obbligazione già esistente può in molte maniere essere modificata e cioè:

a) Rapporto all'oggetto. Invece della cosa dovuta se ne può promettere un'altra di ugual natura, per esempio frumento invece di una somma dovuta di denaro. ULPIANO dice, L. 1 § 5 D. h. t.: « An potest aliud constitui quam quod debetur, quaesitum est. sed cum iam placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito constitui. denique si quis centum debens, frumentum eiusdem pretii constituat, puto valere constitutum ». Una ragione di dubbio stava nel modo, con cui s'era espresso il pretore nel suo Editto: *Qui pecuniam debitam constituit* ⁹⁵⁾; ma dal momento che il costituito non è una mera iterazione di promessa, ma una promessa di pagamento e dal momento che al creditore col suo consenso può essere prestata un'altra cosa in luogo dell'oggetto dovuto, una simile convenzione si

⁹⁵⁾ L. 1 § 1 D. h. t.

astruendo dai vantaggi enumerati dal testo, che dipendono o dalla natura o dai limiti della precedente obbligazione o dalle modalità che accompagnano il costituito medesimo, il costituito ne può sempre recare una ed è che dando vita ad una speciale azione, la cui prescrizione è regolata in modo particolare, può prolungarsi la responsabilità del costituente oltre il tramonto dell'azione derivante dall'obbligazione principale, che siasi estinta per prescrizione. Un tal vantaggio vi sarà sempre, meno il caso in cui un costituito sia fatto in previsione di un debito futuro o che sia fatto contemporaneamente alla conclusione del negozio fonte della obbligazione principale. Non si può parlare di *interruzione* della prescrizione dell'azione principale; bensì di creazione d'altra azione con prescrizione particolare. E se fossero più i costituiti fatti successivamente in epoche diverse, sempre si avrebbe il medesimo risultato; formalmente ognuno di essi produce la propria azione e non v'ha alcuna ragione di spaventarsi (come fa l'ARNDTS nella *Rivista critica* di Monaco (tedesco), IV, pag. 245) per un simile risultato: cfr BRUNS, l. c. pag. 293. Se poi venisse meno — come ne' casi eccezionali indicati — anche questo vantaggio, il costituito certo sarebbe senza valore pratico e manterrebbe un mero significato formale, che, colla caduta del sistema formolare e delle azioni tipiche, è pure estremamente attenuato.

Il nostro Codice civile considera gli atti di ricognizione quali interruttivi della prescrizione, articoli 2129, 2130. Ora è certo che di frequente al costituito va unito un atto di riconoscimento. Bisogna ricordare tuttavia che ciò non avviene nè sempre nè necessariamente: in quanto invece da una promessa di pagamento possa sgorgare un'azione costitutoria soggetta alle proprie vicende anche in ordine alla prescrizione, non è questione abbastanza studiata e avvertita in pratica.

ammetteva anche per il costituito ⁹⁶⁾. Ma se in luogo della cosa dovuta è stata costituita qualche altra, più non dipende dal debitore di prestare questa piuttosto che quella; il creditore può agire oramai perchè si adempia il costituito. Così almeno decide PAPINIANO, L. 25 pr. D. h. t., ove dice: « illud aut illud debuit et constituit alterum, an vel alterum quod non constituit solvere possit, quaesitum est. dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere ». La somma dovuta può mediante costituito essere diminuita, ma non accresciuta. « Si quis centum aureos debens ducentos constituat — dice ULPIANO, L. 11 § 1 D. h. t. — in centum tantummodo tenetur: quia ea pecunia debita est ». « Sed si quis viginti debens decem constituit se soluturum — aggiunge PAOLO nella L. 13 D. eod. — tenebitur » ⁹⁷⁾.

ò) Col costituito può inoltre mutarsi l'obbligazione preesistente anche in rapporto alle sue eventuali determinazioni. Può cioè essere mutato il luogo del pagamento ⁹⁷⁾; essere abbreviato o prolungato il termine di esso ⁹⁸⁾; anzi una somma, di cui è tuttora lontano il termine di pagamento, può essere costituita in guisa che si abbia a pagare subito ⁹⁹⁾. In ciò sta uno dei principali vantaggi del costituito, di potere modificare obbligazioni a termine in obbligazioni immediatamente esigibili ¹⁰⁰⁾; sicchè, se il costituente non adempie la fatta promessa, può essere convenuto per la prestazione dell'*id*

⁹⁶⁾ Vedi NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, pag. 313 e G. FRANTZCKE, *Comm. in Pand. h. t.*, nr. 22.

⁹⁷⁾ L. 5 pr. D. h. t.

⁹⁸⁾ L. 4 D. eod. Bart. CHESIO, *Different. iur. civ.*, cap. 44, nr. 11 segg.

⁹⁹⁾ L. 3 § 2 in fine h. t.

¹⁰⁰⁾ L. 3 § 2 cit.

⁷⁾ Non mentovata nelle fonti, ma non da negare (BRUNS, pag. 288) e la possibilità di costituire una *species* sul fondamento di una precedente obbligazione diretta ad un *genus*. Saviamente avverte lo stesso giurista che non sarebbe da mettere qui (fra le modificazioni del contenuto di una obbligazione per via di costituito) la determinazione di una obbligazione non ancora determinata, per esempio, di risarcimento dei danni. *Fissare, determinare* l'entità del debito non è ufficio del costituito: la determinazione in forza di confessione, ricognizione, transazione, ecc. deve precedere; certo costituisce un logico presupposto di un costituito *determinato*.

quod interest ¹⁾. Ancora bisogna avvertire che l'obbligazione assunta dal debitore nel costituito può essere rafforzata con fideiussione o pegno ²⁾. Ma un debito condizionale non può essere mutato in un debito puro: il costituito di una obbligazione condizionale va inteso come concluso sotto la medesima condizione da cui era affetta l'originaria obbligazione e perde la sua forza, se non esiste la condizione. Può invece al contrario una obbligazione pura mediante il costituito assumere una condizione; ma per la sottigliezza del diritto romano in tal caso ha luogo appena un'*actio utilis* ³⁾. L'una e l'altra cosa conferma PAOLO dicendo (L. 19 pr. e § 1 D. h. t.): « id quod sub condicione debetur, sive pure sive certo die constituatur, eadem condicione suspenditur, ut existente condicione teneatur; deficiente utraque actio deperat. sed is qui pure debet, si sub condicione constituat, inquit Pomponius, in hunc utilem actionem esse ». Inoltre può

c) l'obbligazione mercè il costituito modificarsi in quanto alla persona del creditore. Ciò che io devo ad A posso col suo assenso costituire a B. ULPIANO dice L. 5 § 2 D. h. t.: « Quod exigimus ut sit debitum quod constituitur, in rem exactum est: non utique, ut is qui constituitur creditor sit; nam et quod ego debeo tu constituendo teneris et quod tibi debetur, si mihi constituatur, debetur ».

3.° Invece mediante il costituito non è estinta la precedente obbligazione. Il costituito come tale non implica ⁴⁾ una vera novazione o novazione privativa. Da ciò l'importante corollario che se anche dopo (per

¹⁾ B. CHESIO, *Different. iur.*, cap. 44, numeri 8 e 18 e G. O. WESTENBERG, *Principia iuris Dig h. t.*, § 35.

²⁾ L. 14, §§ 1 e 2 D. h. t.

³⁾ A. FABRO, *Rationale in Pand.* ad L. 19 § 1 D. h. t., cerca il motivo di questo nel fatto che i costituiti furono propriamente introdotti per rendere esigibili subito obbligazioni che tuttavia non lo erano, come dice la L. 3 § 2 D. h. t. Non pareva quindi conforme allo scopo dell'istituto di mutare per via di esso una obbligazione pura in condizionale. Vedi anche il CHESIO, l. c., nr. 19 e NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, pag. 315.

⁴⁾ L. 18 § 3. L. 28 D. h. t. L. 15 D. *de in rem verso* (XV, 3). B. CHESIO, *Different. iuris*, cap. 44 nr. 1 e Ant. SCHULTING, *Thes. controv.*, decad. XLVII, th. 10.

essere ad esempio il creditore in *mora accipiendi*) dovesse venir meno l'azione costitutoria, potrebbe sempre aver luogo l'antica azione che competeva al creditore prima del costituito del debito ⁵⁾. Pel diritto romano nuovo ciò è tanto meno da porre in dubbio, in quanto che per la novazione si esige la dichiarazione manifesta delle parti di volere estinguere ⁶⁾ la precedente obbligazione. Una tale estinzione sarebbe poi evidentemente contraria allo scopo del costituito, che piuttosto tende a confermare la precedente obbligazione. A ragione pertanto PAPIANIO nella L. 3 § 2 D. *de adm. rer. ad civ. pert.* oppone il costituito alla novazione ⁷⁾. Un'altra importante conseguenza non può qui passarsi sotto silenzio ed è che se il debitore rispetto alla primiera obbligazione fruiva di diritti particolari o di privilegi, questi non vanno perduti col costituito ⁸⁾. Se quindi ad esempio il marito costituisce la dote a sua moglie, gli rimane intatto il *beneficium competentiae*, come insegna ULPIANO, dicendo nella L. 3 pr. D. h. t.: « quod si maritus plus constituit ex dote quam facere poterat: quia debitum constituerit, in solidum quidem tenetur, sed mulieri in quantum facere potest condemnatur ». Anche in caso di mutazione di monete si bada al tempo, in cui fu contratta la primiera obbligazione ⁹⁾. « Nam actio de constituta pecunia retrorsum se refert », dice ULPIANO nella L. 18 § 1 D. h. t. Siccome quindi mercè il costituito la primiera obbligazione non viene mutata nella sua essenza, il creditore ha la scelta se intende muovere la primitiva azione o se vuole agire *ex constituto* ¹⁰⁾. Però

4.º Col costituito non si può creare *ex novo* un'obbligazione che già prima non esistesse. Se dunque ad esempio taluno promette duecento aurei invece dei cento, di cui è debitore: o se costituisce

⁵⁾ G. NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, tom. II, *Operum*, pag. 316. — U. HUBER, *Praelect. ad Pand. h. t.*, § 8 e A. SCHULTING, l. c., thes. 9 in fine.

⁶⁾ L. ult. Cod. *de novationibus* (VIII, 41). HUBER, *Praelect. ad Pand. h. t.*, § 6.

⁷⁾ CUIACIO, *Observat.*, lib. XX, cap. 29.

⁸⁾ BRUNEMANN, *Comm. ad L. 3 pr. D. h. t.*, numeri 1 e 2 e MÜLLER *ad STRUVIUM, Syntagma iur. civ.*, Exercit. XVIII, th. 81 nota β.

⁹⁾ STRUVIUM, *Synt. iur. civ.*, Exerc. XVIII, th. 81.

¹⁰⁾ LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand. h. t.*, § 21. — STRUVIUM, *Synt. iur. civ.*, Exerc. XVIII, th. 80. — CHESIO, *Differ. iur. civ.*, cap. 44, nr. 17.

oltre il capitale anche gl'interessi, a cui non è tenuto, o se promette di dare al creditore anche un'altra cosa oltre la somma dovuta, il costituito non vale che per la somma inizialmente dovuta. ULPIANO dice espressamente nella L. 11 § 1 D. h. t.: « si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est. Ergo et is qui sortem et usuras, quae non debebantur, constituit, tenebitur in sortem dumtaxat ». E PAOLO aggiunge nella L. 12 D. *ead.*: « sed et si decem debeantur, et decem et Stichum constituat, potest dici decem tantummodo nomine teneri ». Si è fatto in proposito il quesito, se nel caso che il costituente abbia scientemente promesso di pagare di più di quanto doveva, il negozio possa tuttavia pel diritto romano nuovo valere come donazione. I giuristi non sono in proposito della medesima opinione. Molti ¹¹⁾ lo negano, pel motivo che una donazione non può essere presunta, specialmente quando le parti avevano intenzione di concludere tutt'altro negozio. Se fosse stata loro intenzione quella di fare una donazione, avrebbero potuto e anzi dovuto esprimere più chiaramente la loro volontà ¹²⁾. Le leggi dicono ¹³⁾ — è vero — che chi scientemente paga ciò che non deve ha la volontà di donare. Ma vi è una differenza fra pagare e promettere. Nel primo caso si chiede solo se abbia luogo ripetizione del soluto e tale domanda ottiene risposta negativa. Ma da ciò non deriva ancora che si possa agire in forza della promessa di pagare quanto non è dovuto. Altri ¹⁴⁾ negano che per diritto romano sia valido un costituito che oltrepassa l'obbligazione preesistente: ma affermano che oggi con tale promessa viene fondata un'obbligazione *de pacto*. Ma dal momento che per le note disposizioni dell'imperatore GIUSTINIANO qualunque donazione non eccedente la somma fissata dalla legge consiste e vale di diritto in modo che il mero patto, senza stipulazione, produce azione in giu-

¹¹⁾ PEREZ, *Praelect. in Cod.*, lib. IV, tit. 19, nr. 7. — BOECKELMANN, *Comm. in Dig. h. t.*, § 6. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand. h. t.*, § 9. — ZOESIO, *Comm. ad Dig. h. t.*, num. 10 etc.

¹²⁾ L. 39 D. *de pact.*, II, 14. L. 31 in fine D. *de O. et A.* (XLIV, 7).

¹³⁾ L. 9 pr. *Cod. de cond. ind.*, (XII, 6). L. 53 D. *de R. I.* (L, 17).

¹⁴⁾ BRUNEMANN, *Comm. ad L. 11 § 1 D. h. t.*, numeri 4-6. — STRYCK, *Us. mod. Pand. h. t.*, § 3. — BOEHMER, *de actionib.*, sect. II, cap. VII, § 21.

dizio ¹⁵⁾, si può con ragione affermare che colui, il quale scientemente ha promesso un pagamento, cui non era obbligato, sia già tenuto per simile promessa in forza del diritto romano nuovo, avendo egli con ciò chiaramente manifestata la sua intenzione di donare quello cui non era obbligato. Questa opinione ha per sè anche l'assenso di varii illustri giureconsulti ¹⁶⁾. Pel medesimo motivo possiamo senza scrupolo asserire, che colui, il quale solo sotto condizione era tenuto a un pagamento, cui dopo costituisce puramente e semplicemente, sia convenibile in forza di tale promessa, se anche la condizione non si avvera ¹⁷⁾.

5.° Finalmente bisogna avvertire che l'obbligazione del costituito si estingue se la primiera obbligazione viene estinta o con pagamento o con fatto equipollente ¹⁸⁾. Invece perdura la validità del costituito, se la precedente obbligazione ha perduto la sua efficacia ¹⁹⁾ in giudizio solo pel decorso del tempo.

§ 851.

*Del costituito di debito altrui *).*

Veniamo ora al (II) costituito di debito altrui. Esso è una specie di intercessione. Con esso si assume una obbligazione aliena in modo

¹⁵⁾ L. 35 § ult. Cod. de donat. (VIII, 53).

¹⁶⁾ A. FABER, *Rational. in Pand.*, ad L. 11 § 1 D. h. t. — R. BACHOV, *Not. et aminadv. ad Treutlerum*, vol. I, disp. XXIII, th. 9. — G. VOET, *Comm. ad Pand. h. t.* § 7 e WEBER, *Svolgimento sistematico della dottrina dell'obbligazione naturale* (ted.), § 126.

¹⁷⁾ BRUNEMANN, *Comm. ad L. 19 D. h. t.*, numeri 3 e 4.

¹⁸⁾ L. 43 D. de sol. (XLVI, 3).

¹⁹⁾ L. 18 § 1 D. h. t. BACHOV, *ad Treutlerum*, l. c., th. 13, lett. D. — LAUTERBACH, *Colleg. theor.-pr. P. h. t.*, § 10 in fine. — COCCII, *Ius civ. controu.*, qu. 8 e THIBAUT, *Sistema delle Pandette* (ted.), vol. 2, § 938 in fine.

*.) Che ne' tempi più recenti il *constitutum debiti alieni* si usasse spesso quale forma affine alla fideiussione, appare chiaro dalla c. 3 h. t. C. IV, 18 e Nov. IV, di cui è ampiamente discorso in questo paragrafo. In origine, nota il BRUNS, pag. 282, non era così: chi si obbliga a pagare per un dato giorno il debito *x* (sia pure di Tizio), si ob-

però che il debitore, per cui si costituisce, continua a rimanere obbligato. GAIO, nella L. 28 D. h. t.: « ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet ». Si tratta quindi, come nella fideiussione, di *intercessio cumulativa*. Si distingue però essenzialmente e per varie ragioni dalla intercessione medesima ²⁰⁾

1.° Rispetto alla forma. La fideiussione presso i Romani si conchiude nella forma della stipulazione, il costituito invece colla semplice convenzione.

2.° Rispetto allo scopo. L'unico ed essenziale scopo della fideiussione è la sicurezza del creditore. Ma il costituito alieno non è a ciò limitato, esso può servire al creditore anche per altri scopi; per esempio se al creditore importa di procurarsi alcuni vantaggi sia

²⁰⁾ Si confronti in proposito soprattutto G. Cristiano KOCH, *De constituto debiti alieni eiusque a fideiussione discrimine*, Kiel 1777. — WEBER, *Sistematico svolgimento della dottrina dell'obbligazione naturale* (ted.), § 124 ed HÖPFNER, *Commentario sulle istituzioni di Eneccio* (ted.), § 846.

bliga assolutamente, non in via sussidiaria ed eventuale, come un fideiussore. Non così quando il costituito si ridusse ad una semplice promessa generale, comune: essa ben poteva assumersi a scopo di sicurezza e garanzia. Ma nè questa rimase unica funzione del costituito di debito altrui: nè può dirsi, che questa sia una specie di fideiussione con differenza di forma e la possibilità di alcune modificazioni. Seguiremo in proposito le ricerche del BRUNS. Il costituito può essere sempre adoperato per un'assunzione definitiva del debito altrui. Ciò può avvenire in seguito a convenzione col debitore e per assegno di lui; può avvenire *donandi animo, animo negotia gerendi*, ecc. Abbiamo due obbligazioni indipendenti e concorrenti alternativamente; ove a favore del debitore principale non sia avvenuto un *pactum de non petendo*. Qui non saremmo più nel campo di analogia della fideiussione; ma piuttosto in quello dell'analogia della delegazione e della espromissione. Il fideiussore assume *totam causam* del debitore principale; le modificazioni, gli incrementi, i decrementi e le eccezioni che subisce l'obbligazione principale dopo la costituita fideiussione lo concernono direttamente. Non così nel caso di costituito. Esso è la promessa di pagare una obbligazione altrui, *cosi come è ora* e cioè al tempo del costituito. Le ulteriori vicende non riguardano il costituente; colpa e mora del debitore principale non influiscono sulla sua obbligazione, come neppur gli giovano eccezioni dal debitore principale più tardi acquisite. Si aggiunge poi che il costituente può introdurre mutazioni nell'oggetto e nelle modalità; il che non può il fideiussore. La differenza sarebbe tolta qualora il costituente si obbligasse a pagare « ciò che il creditore avrà diritto di pretendere dal debitore principale e non altro ». I risultati allora verrebbero a coincidere. Il costituito è dunque per sé un concetto affatto distinto da quello di fideiussione, ma può essere usato allo scopo della fideiussione: può anche raggiungere gli effetti medesimi quando sia opportunamente conformato.

rispetto al luogo del pagamento, sia rispetto all'oggetto del medesimo. Questi scopi può il creditore raggiungere solo mercè il costituito; non mercè la fideiussione. Poichè è invalida una fideiussione se il fideiussore si obbliga a prestar cosa diversa da quella dovuta dal debitore principale. GIAVOLENO dice (L. 42 D. *de fideiuss.* XLVI, 1): « si ita fideiussorem accepero: *quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes?* non obligatur fideiussor: quia in aliam rem, quam quae credita est, fideiussor obligari non potest »²¹). Ma che possa essere costituita la prestazione di cosa diversa da quella dedotta nell'obbligazione principale, se ciò torna a vantaggio del creditore, è messo fuori di dubbio dal passo di ULPIANO, fr. 1 § 5 D. h. t., che già abbiamo arrecato. Il medesimo ULPIANO insegna poi nel fr. 5 pr. e fr. 16 § 1 D. h. t., che nel costituito il creditore è in grado anche di procurarsi un vantaggio rispetto al luogo del pagamento. Nella fideiussione ciò non poteva ottenersi; anzi GIULIANO insegna nella L. 16 § 1 e 2 D. *de fideiuss.*, XLVI, 1: « quare si reum pure interrogavero et fideiussorem eum adiectione loci accepero, non obligabitur fideiussor. sed et si reus Romae constitutus *Capuae dari* promiserit, fideiussor *Ephesi*, perinde non obligatur fideiussor ac si reus sub condicione promisisset, fideiussor autem in diem certam vel pure promisisset »²²). Che poi la fideiussione essenzialmente non miri che a dare sicurezza al creditore, si rileva con evidenza dalle fonti. GIUSTINIANO nel pr. Inst. *de fideiuss.* (III, 20) dice: « Pro eo qui promittit solent alii obligari qui *fideiussores* appellantur; quos homines accipere solent *dum curant, ut diligentius sibi cautum sit* ». E ancora più chiaramente si esprime in proposito GAIO nella L. 1 § 8 D. *de obl. et act.* XLIV, 7, ove dice: « Qui alieno nomine obligatur *fideiussor* vocatur et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui *eadem obligatione* teneantur, *dum curamus, ut quod in obligationem deducimus TUTIUS nobis debeat* ».

²¹) Le fonti danno in generale la regola: « *Non valet fideiussio si fideiussor in aliam obligationem accipiatur, id est ut ipse aliquid debeat quod reus principalis non debet* »: L. 8 § 8. L. 70 § 2 D. *de fideiussor.* (XLVI, 1). — Vedi G. AVERANI, *Interpret. iur.*, lib. II, cap. 4.

²²) G. AVERANI, l. c., num. 18.

3.º Rispetto all'efficacia. Una fideiussione è invalida, se contratta in maniera che per essa il garante sia obbligato a più dure condizioni di quelle, a cui s'è obbligato il debitore principale. ULPIANO espone questa regola come generale in materia di fideiussione, dicendo nella L. 8 § 7 D. *de fideiuss.* XLVI, 1: « Illud commune est in *universis*, qui pro aliis obligantur: quod si fuerint in *durio rem causam adhibiti* placuit eos omnino non obligari: in levio rem plane causam accipi possunt ». Si possono, come osserva Giuseppe AVERANI²³⁾ ad illustrazione di questo passo da molti frainteso, distinguere quattro casi, in cui si può dire che il fideiussore è stato adibito *in causam durio rem*. A. Rispetto al *luogo*: se in una obbligazione indeterminata pel debitore principale si stabilisce pel solo fideiussore un determinato luogo di pagamento o se il pagamento dovrebbe da questo prestarsi in luogo diverso, in cui la prestazione risulta più onerosa che non nel luogo, in cui il debitore principale ha per suo conto promesso di prestare²⁴⁾. B. Rispetto al *tempo*: se il fideiussore può essere convenuto prima del debitore principale, per esempio il debitore è tenuto solo dopo il decorso di un certo tempo o sotto una condizione, mentre il fideiussore dovrebbe rispondere senza beneficio di termine o senza tale condizione²⁵⁾. C. Rispetto al *modo di obbligarsi* (causa): se in una obbligazione alternativa con scelta del debitore principale la scelta non dovesse competere al fideiussore, come invece a quello compete; ovvero al fideiussore per la maniera con cui si è obbligato è tolta la speranza di essere in certo caso liberato dalla obbligazione come invece può sperare il debitore principale. Per esempio il debitore aveva promesso di dare denaro o altra cosa, mentre il fideiussore si obbliga a dare precisamente quello, per cui agirà il creditore. Il debitore ha promesso di dare una cosa individualmente determinata; il fideiussore promette di dare quella cosa o una certa somma di danaro²⁶⁾. D. Rispetto all'*oggetto della obbligazione*: se il fideiussore deve prestare altra cosa o una somma maggiore di quella, cui è tenuto il debitore principale²⁷⁾. In tutti questi casi è nulla l'intera

²³⁾ *Interpr. iur.*, lib. II, cap. 3, num. 4.

²⁴⁾ L. 16 §§ 1, 2 D. *de fideiuss.*, XLVI, 1.

²⁵⁾ L. 8 § 7 in fin. L. 16 § 5. L. 70 pr. § 1 D. *ibid.*

²⁶⁾ L. 8 §§ 8 e 9 D. *eod.* L. 34 D. *eod.*

²⁷⁾ § 5 I. II, 20. L. 8 § 7. L. 41 D. *de fideiuss.*, XLVI, 1.

garanzia. Le parole della legge citata *placuit eos omnino non obligari* non lascian dubbio in proposito ²⁸⁾. Invece il *constitutum alienum* in nessuno dei predetti casi di *durior causa* è affatto invalido; ma anche quando il costituente si obblighi a pagare prima del debitore principale o senza condizione quanto costui deve condizionatamente o una somma maggiore è almeno obbligato fino alla concorrenza della obbligazione del debitore principale ²⁹⁾, come risulta chiaramente dai

²⁸⁾ Molti vogliono con ALCIATO, *Parerga*, lib. V, cap. 17, — G. FORNERIO, *Select.*, lib. III, cap. 11 e ALOANDRO leggere: « non omnino » e intendono come se si dicesse: « non in solidum, non in totum »: il senso sarebbe che il fideiussore, che si è obbligato a più dure condizioni, è esente dall'obbligazione solo nell'ambito, in cui la sua promessa eccede gli impegni del debitore principale, pur restando obbligato fin dove la sua promessa coincide colla obbligazione di questo. Tale emendazione si dice suffragata dall'autorità dei *Basiliensium*, i quali leggono *oudè hólós*: non omnino. Vedi DIONIGI GOTOFREDO nelle note alla L. 8 § 7 D. *de fideiuss.*, XLVI, 1 ed EV. OTTO nei *Comm.* al § 5 I. *de fid.* (II, 21). Ma la parola *omnino* non ha mai nei giuristi classici il senso di *solidum*; ma risponde a *plane, prorsus, utique* e *omnino* non equivale a *nullo modo, neuliquam, nequaquam*, come GIUS. AVERANI, l. c., nr. 2. ed ENRICO VON DEM BUSCH, *De fideiussore in maiorem summam, quam quae debetur, adhibito* praes. FRANC. C. CONRADI, Helmstadt 1734, § 12, hanno dimostrato coll'aiuto di molti passi. Anche l'espressione greca *oudè hólós* non significa altro che il latino *omnino non* e CUIACIO nelle *Recitat.* ad lib. II, *responsorum Papiniani* in L. 9 D. *de usur.* (XXII, 1) traduce quelle parole molto bene: *nullo modo*. — G. G. WISSENBACH nelle *Exercitat. ad Pand.*, parte II, disp. XXVII, § 10 ha messo ciò affatto fuori di dubbio con un passo importante preso da EUSTAZIO, *Vocabul. graec. in Homeri Iliadem*. Si vegga anche CONRADI nel *Progr.* alla citata dissertazione di VON DEM BUSCH. La regola ben nota che *utile per inutile non vitiatur* qui non è applicabile. Poichè appartiene alla forma e natura del negozio che il fideiussore non venga assunto a condizioni più dure del debitore principale, dal momento che esso non interviene che per la sicurezza del creditore; § 5 I. *de fideiuss.*, II, 20 e L. 49 in fin. D. *eod.* XLVI, 1. — Molti sono però di altro avviso. Vedi E. MERILLIO, *Comment. ad § 5 I. de fideiuss.* (II, 29). — G. VOET, *Comm. ad Pand.*, lib. XLVI, tit. 1, § 4. — FRANC. BROEO, *Exposit. in Instit. Iustinian.*, lib. III, tit. 21, pag. 631. Ma con me si accordano oltre i citati CUIACIO, WISSENBACH, AVERANI, CONRADI anche FR. HOTOMANN, *Comm. ad § 4 I. de fidei.* — AGR. VINNIO nel *Comm. ad § 5 I. eod.* — THIBAUT nel suo *Sistema delle Pandette* (ted.), vol. 2, § 953 ed HÖPFNER, *Commentario sulle Istituzioni di Heineccio* (ted.), § 840.

²⁹⁾ V. VOET, *Comm. ad Pand.* h. t., § 6. — FABER, *Rational. in Pand.* ad L. 4 D. h. t. — MÜLLER, *ad Struvium*, Exercit. XVIII, th. 81, nota d e VON DEM BUSCH, *Diss. cit.*, § 17.

passi già addotti: L. 1 § 5, L. 5 pr., L. 11 § 1, L. 12, L. 13, L. 16 § 1 e L. 19 pr. D. h. t. Tali passi, come osserva il VOET³⁰⁾ a ragione, vanno intesi non solo del costituito proprio, ma anche del costituito alieno. Le parole affatto generali della L. 8 § 7 D. *de fideiuss.* (XLVI, 1) *illud commune est in universis qui pro aliis obligantur* hanno mosso alcuni giureconsulti³¹⁾ a negare la differenza qui esposta e ad affermare la piena invalidità della promessa di un costituente sotto *durior condicio* come di quella di un fideiussore. Essi quindi vogliono interpretare quei testi limitatamente restringendoli al costituito proprio. Ma a tale interpretazione si oppone il fatto che la L. 8 non parla che dei fideiussori e che anche la regola contenuta nel § 7 non si illustra che con esempi presi da casi di fideiussione. È poi noto, che per coloro *qui pro aliis* (cioè *alieno nomine*) *obligantur* possono solo intendersi i fideiussori in senso proprio³²⁾. Oltre questa differenza, secondo l'opinione di alcuni giureconsulti³³⁾, il costituito alieno si distinguerebbe dalla fideiussione anche in ciò, che il costituente può essere come tale convenuto senza potere intanto rimuovere l'azione del creditore col pretesto che il debitore principale non sia stato per anco escusso. Poichè, si dice, il costituito non è un modo sussidiario di intercessione; per ciò il *beneficium excussionis* competente al fideiussore non deve competere al costituente. Io però trovo difficoltà ad accettare questa opinione, dal momento che ad essa si oppone il chiaro dettame della Novella IV, capitolo V. Non bisogna lasciarsi indurre in errore dalla versione volgata, in cui i termini greci *antiphônêtês*, *antiphônésas* ed *hò tèn antiphônésin hypelthôn* vengono falsamente tradotti colle parole latine *sponsor, qui sponsioni se subiecerit*, come ha osservato a ragione già Antonio SCHULTING³⁴⁾: essi vanno invece resi colle parole *constituens, constitutæ pecuniæ reus*.

³⁰⁾ *Comm. ad Dig. Tit. de fideiuss.*, § 4.

³¹⁾ WISSENBACH, *Exercit. ad Pand.*, parte II, disput. XXVII, th. 10, pag. 309 e A. SCHULTING, *Theis. controv.*, dec. XLVII, th. 6.

³²⁾ PR. I. *de fidei.* (II, 20). L. 1 § 8 D. *de O. et A.*, XLIV, 7. Veggasi pure GIUS. AVERANI, *Interpr. iur.*, lib. II, cap. 3 e VON DEM BUSCH, *Diss. cit.*, § 17.

³³⁾ KOCH, *De constituto debiti alieni* (cit.), § 16. — THIBAUT, *Sistema delle Pand.* (ted.), vol. 2, § 940 in fine e nota z.

³⁴⁾ *Theis. controv.*, dec. XLVII, th. 7. Veggasi anche POTHIER, *Pand. iustin.*, tom. I h. t., num. XXX, nota l, pag. 308.

Così hanno più esattamente tradotto quei termini GIULIANO ³⁵⁾, Gregorio ALOANDRO ³⁶⁾, Enrico AGILEO ³⁷⁾ e Giovanni Federico HOMBERGK ZU VACH ³⁸⁾. Che le espressioni *antiphônêtês* ed *antiphônêsas* significhino lo stesso di *constituens* o *qui pro alio constituit* o *pecuniae constitutae reus*; che *antiphônêsis* significhi costituito e *antiphônêin* costituire, appare non solo da altri passi delle Novelle di GIUSTINIANO, in cui si parla del costituito, per esempio Novella 115 cap. 6 e Novella 136 cap. 1, ma anche dalla Parafrasi greca delle Istituzioni di TEOFILO ³⁹⁾, dal *Prócheiron nómon* di ARMENOPULO ⁴⁰⁾ e dai *Basilici*, ne' quali non solo è contenuta la Novella 4 ⁴¹⁾, ma due speciali titoli trattano della *pecunia constituta*: perì chréous *antiphônêseôs* ⁴²⁾. Da queste fonti anche Dionigi GOTOFREDDO ⁴³⁾ e Guglielmo Ottone REITZ ⁴⁴⁾ hanno eruito il vero significato di quei termini greci non intesi dal vecchio e barbaro traduttore delle Novelle. Non è dunque concepibile come siasi di fronte a tante prove irrefutabili negato tuttavia al costituente il *beneficium excussionis* ^{t)}, o come da altri ⁴⁵⁾, che pur non lo negano, si sia affermato che la legge non

³⁵⁾ *Epitome Novell.*

³⁶⁾ *Graec. Novell.*, pag. 15.

³⁷⁾ *Ad ea quae in Novellis Iustin. constit. ius civ. attingunt*, liber sing. Colonia 1558, constit. IV (in Carlo Fed. ZEPERNICH, *Delectus scriptor. Novellas Iustin. Imp. easque histor. illustr.*, Halle 1783, pag. 21).

³⁸⁾ *Novell. Const. ex graeco in lat. conversae*. Marburg 1717, pag. 56.

³⁹⁾ Lib. IV, tit. 6, §§ 8 e 9.

⁴⁰⁾ Lib. I, tit. 3, § 47. Lib. III, tit. 6.

⁴¹⁾ Tom. IV, lib. XXVI, tit. 2, cap. 1.

⁴²⁾ Lib. XXVI, titoli 5 e 7.

⁴³⁾ « *Nomenclator graecarum iuris dictionum, quae apud Harmenop. et alios quosdam iuris auctores occurrunt, vocc. antiphônêin, antiphônêsis, antiphônêtês* »: agg. *ad Harmenop.*, pag. 417.

⁴⁴⁾ *Glossar. theophilin.*, voc. *antiphônêó* (tom. II, *Paraphr. graec. inst.*, pagina 1252).

⁴⁵⁾ HUBER, *Praelect. ad Pand. h. t.*, § 5. — STRUVIUM, *Synt. iur. civ.*,

t) GIUSTINIANO parla evidentemente del costituito di debito altrui fatto a scopo di garanzia; la sua disposizione conterrebbe una grave assurdità, ove si volesse applicare a que' costituiti che sono definitive assunzioni degli altrui debiti: si pensi al caso di una delegazione ottenuta in forma di costituito (BRUNS, pag. 286). Lo stesso sarebbe se si avessero nel costituito delle modificazioni al contenuto della principale obbligazione, qualora risultassero volute non « eventualmente » (BRUNS, *ibid.*), ma in modo assoluto.

discorre dal costituente, ma che per lui milita lo stesso motivo di equità. Si avvertano le seguenti parole secondo la corretta versione di HOMBERGK ZU VACH: « Si quis igitur mutuum dederit, et fideiussorem (egguftên) aut mandatorem (mandâtôra) aut constitutae pecuniae reum (antiphônêtên) acciperit, ille non statim ab initio mandatorem, fideiussorem aut *constituentem* conveniat, neque debitore neglecto intercessoribus molestus sit; sed primo eum qui pecuniam accepit et debitum contraxit conveniat et siquidem ab illo acceperit, a reliquis absteineat: quid enim illi cum extraneis rei est, cui debitor satisfecit? si vero a debitore nec partem nec solidum consequi poterit, quantum ab illo accipere non potuit, pro ea parte cum fideiussore vel *constituente*, vel mandatore experiatur et ab eo reliquum consequatur. atque haec quidem, si utrique, tam principalis debitor quam fideiussor aut mandator aut constitutae pecuniae reus (antiphônêsas), praesentes sint, omninodo serventur. Si vero fideiussor aut mandator aut qui *constitutum suscepit* (hò tên antiphônêsin hypelthôn) quidem adsit, principalem autem debitorem abesse contingat, durum est creditorem alio mittere, cum a fideiussore aut mandatore aut *constituente* exigere possit ». Un'altra importante prova del *beneficium excussionis* competente al fideiussore non meno che al costituente offre ancora la Novella 136, praef., in cui GIUSTINIANO si richiama alla Novella quarta e ricorda una speciale eccezione che egli aveva fatto al capo 3 § 1 riguardo agli argentarii. Le notevoli parole che si riferiscono a questo punto sono — secondo la versione *hombergkiana* — le seguenti: Qui in corpore sunt argentariorum felicis huius urbis potentiae nostrae supplicantes de multis capitibus nos rogarunt petentes, ut eos iuvenus, cum et ipsi multis se utiles praebeant quod *constituta* (antiphônêseis) et mutua subeant omnis periculi plena. nam cum sacra nostra constitutio extet, quae vult, ut exactiones ordine fiant et primum quidem principales rei eorumque res, deinde vero fideiussores et mandatores et *constitutae pecuniae rei* ⁴⁶⁾

Exerc. XVIII, th. 81. — MÜLLER, *ad eundem*, nota a. — BACHOV, *ad Troutlerum*, vol. I, diss. XXIV, th. 8 e LAUTERBACH, *de beneficio excussionis*, Tübinga 1653, § 23.

⁴⁶⁾ Qui anche la vulgata traduce: *constitutae pecuniae rei*.

(antiphônêtás) excutiantur, ab hac lege collegium ipsorum eximi omniumque gravissima pati, *si ipsi quidem constitutionis auxilio uti nequeant*, sed statim exigantur: *si vero ab aliis constituta accipiant* (ei dè antiphônêseis par' hetórôn láboien) illi qui pecuniam constituerunt (tous antiphônêstantas) vel horum mandatores vel fideiussores ipsis non satisfaciant et conveniens esse, ut et ipsi communium legum participes sint neque ipsis constitutio nostra adversetur ». Fino a che punto GIUSTINIANO abbia accolto il ricorso degli argentarii, risulta dal capo 1.º, in cui si dice: « Sancimus igitur si quidam ex illis qui mensae argentariae praesunt alicui mutuam pecuniam dent vel *constitutum* (antiphônêsin) ⁴⁷⁾, vel fideiussores vel mandatores accipiant ipsisque constitutio et ordo per illam introductus opponatur: ut tum in illis constitutio optineat, nisi speciale pactum fecerint licere creditori principalem debitorem et mandatorem et fideiussorem convenire, non expectato constitutionis ordine. Propter studium enim quod argentarii in communes contractus collocant eiusmodi pacta admittimus, quae non videntur contra legem esse; quoniam unicuique ea, quae a legibus illi data sunt, contemnere licet. sed si eiusmodi pactum fiat, liceat illis primum etiam mandatorem et primum fideiussorem aliasque personas convenire. Quare si pactum scriptum non est, etiam in illis constitutio omnino optineat; sin autem scriptum sit pactum, legem det contractui atque exinde exactiones fiant ». Con questa Novella è stata nuovamente confermata la surriferita eccezione riguardante gli argentarii, come coloro ai quali più non deve competere il beneficio di escussione, se essi per fideiussione o mandato qualificato o costituito hanno assunto l'obbligazione di un terzo a di lui profitto ⁴⁸⁾. Essi pregarono l'imperatore che, dal momento che per le loro intercessioni essi potevano essere convenuti prima del debitore principale, un ugual diritto venisse loro concesso contro coloro, che avessero garantito o costituito per il loro debitore. Ma essi ottennero solo, che fosse loro permesso di acquistare tale diritto con apposita

⁴⁷⁾ La versione vulgata ha qui: *vel constitutae pecuniae reos*.

⁴⁸⁾ V. RITTERSHUSIO, *Ius iustin.*, parte III, cap. 2, num. 25. — RICHTER, *Expositio omnium authenticarum Cod. Iustin. ad Auth. Praesente Cod. de fideiuss.*, nr. 44 sq., pag. 366.

pattuizione ⁴⁹⁾. Ancora un'altra eccezione fa lo HUBER ⁵⁰⁾, nella quale il beneficio di escussione verrebbe meno nel costituito alieno, e cioè quando sia fissato un termine preciso nel quale il costituente debba pagare, se entro questo termine non paga il debitore principale. Un tale esempio offre MARCELLO nella L. 24 D. h. t.: « Titius Seio epistulam misit in haec verba: *remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo idibus maiis probos. quodsi ad diem superscriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot.* Quaero an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit. item quaero, an, si non successisset, de constituta pecunia teneatur. Marcellus respondit in sortem teneri: est enim humanior et utilior ista interpretatio ». Se il debitore principale fosse già condannato al pagamento con sentenza passata in giudicato e il costituente avesse assunto di pagare il giudicato a favore del debitore, tutti concedono che qui vien meno il *beneficium ordinis* ⁵¹⁾.

Invece la fideiussione ha comuni col costituito alieno i punti seguenti:

1.° Presuppone la capacità di assumere obbligazioni altrui. Chi non può essere fideiussore non può neppure concludere un simile costituito, come ad esempio donne, soldati ⁵²⁾.

2.° Suppone, come la fideiussione, anche questo costituito la preesistenza di una obbligazione per sè non invalida, sia essa del resto nata da atto lecito o illecito ⁵³⁾. Non occorre che sia sempre certa la persona del debitore al momento in cui si conchiude il costituito. Basta che in generale vi sia un debito. Quindi si può costituire pe'

⁴⁹⁾ Vedi E. HUBER, *dissert. II, de argentariis veterum*, cap. II, § 5 in G. OELRICH, *Theo. dissertat. iurid. belgicar.*, vol. II, tom. 1, pag. 127.

⁵⁰⁾ *Prael. ad Pand. h. t.*, §§ 5 e 6.

⁵¹⁾ MEVIUS, parte I, decis. 229. — STRYCK, *Us. mod. Pand. h. t.*, § ult. e altri.

⁵²⁾ L. 1 § 1 D. h. t. LAUTERBACH, *Coll. th. pract. Pand. h. t.*, § 6 e G. L. BÖHMKE, *Casi scelti di diritto (tedesco)*, vol. I, parte I, resp. XLV, num. 12 e seg.

⁵³⁾ L. 1 §§ 6, 24, 26, 29 D. h. t. LAUTERBACH, l. c., § 8 e WEBER, *Svolgimento sistematico della dottrina dell'obbligazione naturale (ted.)*, § 124.

debiti ereditarii a vantaggio dei creditori, quantunque l'erede non abbia ancora adito l'eredità e sia anzi molto dubbio, se la vorrà adire. ULPIANO dice nella L. 11 pr. D. h. t., che « hactenus igitur constitutum valebit, si quod constituitur debitum sit, etiam si nullus appareat qui interim debeat: utputa si ante aditam hereditatem debitoris vel capto eo ab hostibus constituat quis se soluturum; nam et Pomponius scribit valere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est »⁵⁴).

3°. Il consenso del debitore non si esige qui come non si esige nella fideiussione. Non solo dunque il costituito può avvenire senza, ma può anche avvenire contro la volontà del debitore e il debitore non ha potere di impedire che il costituente paghi al creditore. Di ciò ci ammaestra pure ULPIANO, dicendo nella L. 27 D. h. t.: « Utrum praesente debitore, an absente constituat quis, parvi refert. hoc amplius etiam invito constituere⁵⁵) eum posse, Pomponius libro XXXIV scribit. unde falsam putat opinionem Labeonis existimantis si postquam qui constituit pro alio, dominus ei denuntiet, ne solvat, in factum exceptionem dandam. nec inmerito Pomponius: nam cum semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare ».

4.° L'obbligazione del costituente è come quella del fideiussore meramente accessoria. Essa vien meno se l'obbligazione principale del debitore viene estinta per pagamento o altrimenti in via legale⁵⁶). Se il creditore avesse agito prima contro il costituente senza ottenere il pagamento, il debitore principale non resta liberato, ma rimane sempre libero al creditore di rivolgersi contro il debitore principale. Ciò può una volta essere stato controverso fra' giuristi romani, ma il passo di ULPIANO mette il punto fuori questione. Questo giurista romano dice nella L. 18 § ult. D. h. t.: « an qui hac ac-

⁵⁴) Veggasi Ant. FABRO, *Rational. in Paul.* h. l.

⁵⁵) Invece di *dominus* il FABRO, *Coniectur. iur. civ.*, lib. XV, cap. 4, legge *debitor*. Questa emendazione è approvata anche da G. NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t., pag. 314 e ha per sè l'autorità dei *Basilici*, lib. XXVI, tit. 7, cap. 27 (t. IV, pag. 186 ed. FABROT). Si veda però G. MEIER, *Rechtsgesch. Justin.*, dec. V, cap. 2.

⁵⁶) L. 43 D. *de sol.*, XLVI, 3. L. 28 D. h. t.

tione egit sortis obligationem consumat? Et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione⁵⁷⁾. quoniam solutio ad utramque obligationem proficit »⁵⁸⁾.

5.° Di regola però il costituito alieno è come la fideiussione una intercessione sussidiaria. Ciò almeno non ha dubbio per la Novella 4, cap. 1.°, per cui anche il costituente è obbligato solo tanto, in quanto il creditore non può ottenere dal debitore principale il soddisfacimento. Quindi nella prassi viene concesso senza scrupolo al costituente il *beneficium excussionis*⁵⁹⁾.

6.° Se più persone hanno costituito pel medesimo debito, sono tenute, siccome più fideiussori, quali Correi⁶⁰⁾, ma anche ad esse come ai fideiussori compete il beneficio di divisione⁶¹⁾. GIUSTINIANO trova equa tale parificazione, ordinando nella L. 3 C. h. t.: « divi Hadriani epistulam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur locum habere in his etiam, qui pecunias pro aliis simul constituunt, necessarium est: aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullomodo debet ».

§ 852 a.

Condizioni dell'azione de constituta pecunia. Azione diretta ed utile.

Ancora devesi avvertire, che:

Perchè abbia luogo l'azione *de constituta pecunia* l'Editto pretorio esige due requisiti e cioè:

- a) che il costituente non abbia eseguito la sua promessa,
- b) che il creditore non si sia opposto alla esecuzione.

⁵⁷⁾ L. 29 D. *de nov.*, XLVI, 2.

⁵⁸⁾ L. 23 Cod. *de ful.* (VIII, 40).

⁵⁹⁾ MEVIUS, parte I, decis. 229. — CARPZOV, parte II, cost. XVIII, def. 2. — WERNHER, *Observat. forens.*, tomo I, parte I, obs. 29 e parte IV, obs. 24. — BERGER, *Oeconom. iuris*, lib. III, tit. 1, th. 11, nota 3. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand. h. t.*, § 21. — WESTPHAL, *Pareri giuridici* (ted.), vol. I h. t. § 1 pag. 81. — HOFACKER, *Princ. iur. civ. rom. germ.*, tom. III, § 2069.

⁶⁰⁾ L. 16 pr. D. h. t.

⁶¹⁾ LAUTERBACH, l. c., § 17.

Le parole dell'editto ^{t bis}, che contengono questa duplice condizione, sono riferite da ULPIANO, L. 16 § 2 D. h. t. e sono le seguenti: « Ait praetor: si appareat eum qui constituit neque solvisse neque fecisse neque per actorem stetisse quominus fieret quod constitutum est. iudicium dabo » ⁶²). Il senso di queste parole è dunque che il convenuto deve trovarsi in *mora solvendi*, il creditore invece non trovarsi in *mora accipiendi* ⁶³), perchè l'azione possa aver luogo. Io ho detto, che il convenuto

a) non deve avere adempiuto la sua promessa. Anzitutto quindi vienè in considerazione il caso, che il costituente non abbia affatto eseguito il promesso pagamento e inoltre

α) se ha promesso un pagamento e poi, invece di esso, non offra che una cauzione ⁶³). S'egli invece avesse promesso quest'ultima, agirebbe in conformità alla promessa, se costituisse l'assicurazione promessa o con garanzia o con pegno. PAOLO dice nella L. 21 § 2 D. h. t.: « Constituto satis non facit qui soluturum se constituit, si offerat satisfactionem. Si quis autem constituat se satisdaturum ⁶⁴) et

⁶²) Queste ultime parole supplisce non senza fondamento A. FABRO, *Rational.* in h. l.

⁶³) V'è grande differenza fra « pagamento » e « prestazione di cauzione ». Il primo deve essere ricevuto dal creditore, anche contro la sua volontà; la seconda no. Questa si equipara al pagamento sol quando il creditore l'accetta: L. 6 § 1 D. *quib. mod. pign. solv.*, XX, 5.

⁶⁴) Così legge la fiorentina. Invece ALOANDRO e BAUDOZA leggono *satisfac-*

^{t bis}) Anche il BRUNS crede a torto che qui si tratti dell'editto. Come invece ha egregiamente il LENEL, si tratta di una parte della formola: « si paret... Numerium Negidium neque solvisse neque fecisse quod constituit neque per Aulum Agerium stetisse, quominus etc. ».

^u) Il concetto della *mora* è male applicato al costituito. Ricordiamo che nel suo significato originario esso è promessa di pagamento di una obbligazione ad *un giorno determinato*. Il giorno non è quindi una modalità dell'obbligazione costitutoria; fa parte essenziale del contenuto di essa: non pagare a quel giorno determinato equivale a *non adempire l'obbligazione*: l'azione costitutoria non mira quindi a ottenere l'adempimento, ma l'interesse pel mancato adempimento. Questo rimase sempre lo spirito dell'istituto e dell'azione correlativa; non si discorre di *mora* nelle fonti a proposito del costituito, meno che nell'interpolato fr. 14 § 2 D. h. t. Con tale originaria natura dell'azione costitutoria è in armonia anche il suo carattere penale (fr. 18 § 2 D. h. t. cfr. BRUNS, pag. 255), che poi si venne man mano attenuando e perdendo.

fideiussorem vel pignera det, non tenetur: quia nihil intersit, quemadmodum satisfaciat ».

β) se il costituente vuol prestare qualche cosa di diverso da ciò che ha promesso di pagare. Poichè qui pure vale la regola, che deve prestarsi proprio quell'oggetto, a cui si riferisce l'obbligazione del debitore: trattisi di un dare o di un fare ⁶⁵).

γ) se il costituente ha prestato il pagamento a persona diversa da quella, cui questo è stato promesso. Per esempio: tu avevi da principio promesso il pagamento a me o a B; quindi con costituito prometti di prestare a me solo il pagamento. Tuttavia tu hai poi pagato il debito a B. Qui io ti posso nonostante convenire *ex constituto* ⁶⁶). Ciò vale anche nel caso in cui il debitore faccia costituito con uno dei creditori correali, promettendo di pagare a lui solo e quindi faccia all'altro il pagamento. Colui, a cui favore è fatto il costituito, viene in tale ipotesi considerato come creditore esclusivo. Dice PAOLO, L. 10 D. h. t.: « *Idem est et si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum alteri postea solutum est: quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is cui constituitur* ».

b) L'altro requisito è che non sia dipeso dal creditore, che il debitore non abbia eseguito il costituito. Se manca uno di questi requisiti, vien meno l'azione; non scusa però verun ostacolo, per quanto affatto casuale che sorga nella persona del costituente pel termine del pagamento ⁶⁷). « *Generaliter enim causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet* »: dice VENULEJO, L. 137 § 4 D. *de verb. obl.* XLV, 1. Solo quando

turum. Questa lezione è preferita da Ger. NOODT, *Comment. ad Dig. h. t.*, § *Expectas*, pag. 316. Il nostro manoscritto delle Pandette di Erlangen concorda colla fiorentina. Nei *Basilici* (ed. cit., tom. IV, pag. 185 in fine) si dice: « *hò antiphónón hicanodosian didónai* »: *qui constituit se satisfaturum*. — BRISONIO, *de Verb. Sign. voc. Satisfare*, osserva a questo punto che talora la voce *Satisfare*, presa in senso generale, equivale a *quoquo modo satisfacere*.

⁶⁵) L. 25 D. h. t. L. 2 § 1 D. *de reb. cred.*, XII, 1. DUARENO, *Comm. ad h. t.*, cap. 4, pag. 932 e THIBACT, *Sistema delle Pandette* (ted.), vol. I, § 92.

⁶⁶) L. 8 D. h. t. POTHIER, *Pand. Iustin.*, tomo I h. t., nr. 23 e segg., pagina 388.

⁶⁷) Vedi MÜLLER *ad* STRUV., *Syntagma iur. civ.*, Exercit. XVIII, th. 49, nota γ.

la cosa che costituisce l'oggetto della obbligazione, per caso fortuito perisce, il costituente, che tuttavia venga convenuto, può difendersi con una eccezione⁶⁸), come insegna ULPIANO, che dice nella L. 16 § 3 D. h. t.: « si non stetit per actorem, tenet actio, etiamsi per rerum naturam stetit. sed magis dicendum est subveniri reo deberi ». Si chiede però a quale epoca bisogna guardare per giudicare se l'attore o il convenuto fosse in mora. Se noi in proposito confrontiamo la L. 16 § ult. e L. 17 e la L. 18 D. h. t., pare che ULPIANO e PAOLO non avessero su questo punto opinione concorde. ULPIANO afferma che secondo le parole dell'editto occorre guardare precisamente al termine fissato nel costituito. Se a quel tempo il costituente non aveva adempiuta la sua obbligazione, è fondata l'azione contro di lui, ancorchè più tardi egli abbia offerto il pagamento al creditore. Le seguenti parole non lasciano intorno a ciò dubbio veruno: « haec autem verba praetoris: *neque fecisse reum quod constituit*, utrum *ad tempus constituti* pertinent, an vero *usque ad litis contestationem trahimus*: dubitari potest. et puto *ad tempus constituti* ». PAOLO invece crede che il costituente, se anche non si è presentato proprio al giorno determinato, ma più tardi ha offerto al creditore il pagamento, faccia cadere in mora il creditore che senza legittima causa si rifiuti a ricevere il pagamento. Il debitore potrebbe dunque rimuovere gli effetti della sua mora finchè il creditore non ha intentato la sua azione. Così si intenderebbero le parole del pretore « *neque fecisse reum* » secondo equità e secondo lo spirito dell'editto. Questo è il senso della L. 17 D. h. t., in cui PAOLO dice: « *sed et si alia die offerat nec actor accipere voluit, nec ulla iusta causa fuit non accipiendi, aequum est succurri reo aut exceptione aut iusta interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipsi noceat; ut illa verba neque fecisse hoc significant: ut neque in diem in quam constituit fecerit, neque postea* ». Il nesso fra due passi è dunque questo: Secondo le parole dell'editto il debitore è in mora, s'egli non si presenta al creditore puntualmente al giorno fissato e adempie la sua obbligazione. Ma secondo una benigna interpretazione di esse, il

⁶⁸) Vedi Ant. FABRO, *Rational. in Pand.* h. t. e G. JENSIO, *Structurae ad rom. iuris Pand.* ad L. 14 § 3 D. h. t., pag. 105 (ed. Leida 1764, 4).

costituente può purgare la sua mora, offrendo il pagamento finchè il creditore non abbia intentata l'azione. Se il creditore respinge tale offerta, senza avere fondato interesse, cade a sua volta in mora e se quindi agisce contro il costituente, quest'ultimo può difendersi con una eccezione. « Est igitur in mora accipiendi actor — dice a ragione Antonio FABRO ⁶⁹⁾ — quamdiu nihil adhuc coepit ipsius interesse, licet constituens fuerit in mora solvendi. Merito igitur voluit praetor, ut factum actoris ipsi noceat, ad tempus usque accepti iudicii, nisi iustam causam habuerit recusandae solutionis, idest, nisi damnum aliquod ex mora senserit, ut negari non possit eius interesse ». Con questa spiegazione concordano anche i *Basilici* ⁷⁰⁾, in cui il senso de' due passi arrecati è espresso nel seguente modo: « Ἦὸ μὲ ἐμπρὸ θῆσμός ποῖόν ἡὸ περ ἀντεφῶνῆσεν, ὑπόκειται. ἡὸ δὲ φυσικὸς ἐμποδισθεῖς βοῆθειται. Καὶ ἡὸ μετὰ ταῦτα μέχρη προκατάρξεὸς ποῖόν ἡὸ περ ἀντεφῶνῆσεν, ἐν ἡὸι μὲ διαφῆρει τῶι ἐνάγῆντι ». Vale a dire: « Qui constituta die non fecit quod constituit, tenetur. si vero per rerum naturam stetit, subvenitur ei. Et ei qui postea usque ad litis contestationem fecit quod constituit, si actoris non interest ». Così rimangono chiarite le parole dell'Editto *neque solvisse neque fecisse*, che parlano della mora del debitore. Ma a simile dubbio danno luogo le parole « neque per actorem stetisse ». ULPIANO afferma che pur queste devono restringersi al tempo fissato nel costituito. Se a questo tempo il creditore era parato a ricevere, l'azione è fondata, ancorchè non lo fosse stata prima e nol fosse più dopo. Le sue parole (L. 18 h. t.) sono: « Item illa verba praetoris *neque per actorem stetisse eandem* recipiunt dubitationem. Et Pomponius dubitat, si forte ad diem constituti per actorem non stetit, ante stetit vel postea. et *puto et haec ad diem constituti referenda* ». Se si volessero intendere queste parole del caso, che il creditore rifiutasse il pagamento offerto prima del termine del costituito o dopo di esso e si ritenesse per fondata l'azione purchè egli fosse al termine stesso parato a ricevere la prestazione della cosa dovuta, vi sarebbe qui pure una contraddizione fra ULPIANO e PAOLO. Ma era deciso il caso in cui il debitore mancasse vera-

⁶⁹⁾ *Rational. in Pand.*, l. c., pag. 513.

⁷⁰⁾ Tomo IV, lib. XXVI, tit. 7, pag. 184 ed. FABR.

mente al termine del costituito, ma più tardi, prima che il creditore intentasse contro di lui azione, offrisse il pagamento. Che qui secondo una interpretazione equa e conforme allo spirito dell'editto non si potesse intentare l'azione con profitto del creditore che senza giusta causa avesse respinto l'offerta pagamento, è, secondo il dettato di PAOLO, da reputarsi quale principio sicuro. Tanto meno può con fondamento dubitarsi, che il debitore possa difendersi con una eccezione, qualora esso prima che arrivasse il termine del pagamento avesse offerto al creditore la cosa dovuta e costui l'avesse senza legittima causa rifiutata. Poichè lo stesso ULPIANO dice nella L. 38 § 16 D. *de V. O.*, XLV, 1: « quod certa die promissum est vel statim dari potest: totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur ». E d'accordo va pure CELSO nella L. 70 D. *de solut.*, XLVI, 3. Ma gli esempi addotti da ULPIANO nella L. 18 pr. D. h. t. provano che qui si parla di un caso in cui l'adempimento dell'obbligazione da parte del debitore fu impedito non da rifiutata accettazione del pagamento dovuto, ma da altri eventi casuali verificatisi nella persona del creditore. Qui, secondo il concorde avviso di ULPIANO e di PAOLO, tutto dipende solamente da ciò, che l'evento il quale ha impedito al creditore di ricevere la prestazione, cui era pronto il debitore costituente, si è avverato nella di lui persona proprio al tempo in cui la prestazione doveva effettuarsi, ovvero prima, ovvero dopo. Solo nel primo caso esso è di danno al creditore; negli altri casi l'azione è fondata. Così devono con Giacomo VOERDA ⁷¹⁾ spiegarsi le parole di ULPIANO, che sono: « Proinde si valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere Pomponius scribit ». Secondo queste parole dunque, il creditore è in mora se al giorno fissato nel costituito il debitore è stato pronto ad eseguire l'obbligazione e niuna cosa lo ha impedito di fare il pagamento, tranne che la mancata presenza del creditore, il quale non si potè trovare al giorno fissato, ancorchè quest'ultimo fosse impossibilitato da un evento esplicitosi circa la sua persona di ricevere la cosa dovuta dal costituente al termine stabilito. Se tuttavia in questo caso vien meno l'*actio de constituta pecunia*, il creditore può sempre

⁷¹⁾ *Interpretat. et emend. iuris rom.*, lib. I, cap. 16.

valersi dell'azione che a lui competeva prima del costituito per effetto del negozio conchiuso ⁷²⁾). Già sopra si è osservato, che col costituito non viene tolta la primitiva obbligazione.

II. L'azione *de constituta pecunia* ora è diretta, ora è utile. La prima spetta a colui, verso il quale è fatto il costituito, sia lo stesso creditore, sia un terzo, a cui s'è fatto il costituito per volontà del creditore ⁷³⁾. Quindi anche un procuratore può agire direttamente, se a lui è prestato il pagamento ⁷⁴⁾ e non c'è poi il menomo dubbio che l'azione compete anche agli eredi ⁷⁵⁾. La seconda compete a un terzo e cioè a' pupilli, a' minori, a' Comuni, se i loro tutori, curatori ed attori hanno costituito coi loro creditori nel loro interesse ⁷⁶⁾. Se il fiduciario ha costituito coi debitori ereditarii a beneficio della eredità, le fonti gli negano dopo l'avvenuta restituzione l'azione *de constituta pecunia*; perchè per prescrizione del senatoconsulto trebelliano i crediti ereditarii sono passati nel fedecommissario. Ma si domanda se il fedecommissario possa valersi dell'azione costitutoria. Veramente le azioni derivanti da quei negozi che il fiduciario ha intrapreso prima della restituzione non passano in forza del senatoconsulto *ipso iure* nel fedecommissario; ma egli deve farsi specialmente cedere dal fiduciario i relativi diritti ⁷⁷⁾. Tuttavia per equità si concede al fedecommissario un'azione utile *ex constituto*, la quale spetta anche al vero erede nel caso ch'egli abbia evitto l'eredità dal suo possessore, che prima avesse costituito coi debitori ereditarii ⁷⁸⁾.

⁷²⁾ Vedi ULR. HUBER, *Praelect. ad Pand. h. t.*, § 8. — GER. NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.*, pag. 316 e A. SCHULTING, *Theor. contror.*, dec. XLVII, th. 9.

⁷³⁾ L. 5 § 2. L. 6. L. 7. L. 8 D. h. t. VOET, *Comm. ad Pand. h. t.*, § 3. — STRUV., *Syntagm. iur. civ. h. t.*, th. 79 e MÜLLER, *ad Eundem*, nota z.

⁷⁴⁾ L. 5 § 6 D. h. t.

⁷⁵⁾ Poichè l'azione *de constituta pecunia* è, come insegna ULPIANO, L. 18 § 2 D. h. t., un'azione meramente persecutoria, ancorchè l'obbligazione confermata mediante il costituito nascesse originariamente da delitto. Vedi BOECKELMANN, *Comm. in Dig. h. t.*, § 10. Che quindi l'azione costitutoria passi tanto attivamente quanto passivamente agli eredi, insegna espressamente GIUSTINIANO, L. 2 pr. Cod. h. t.

⁷⁶⁾ L. 5 § 9 D. h. t.

⁷⁷⁾ L. 73 pr. D. *ad S. C. Trebell.*, XXXVI, l. V. WESTPHAL, *Dei legati e dei fedecommissi* (ted.), parte II, § 1859.

⁷⁸⁾ Secondo il rigore del diritto i contratti conchiusi dal possessore di una

PAOLO conferma tutto questo, dicendo nella L. 22 D. h. t.: « Si post constitutam tibi pecuniam hereditatem ex senatusconsulto trebelliano restitueris, quoniam sortis petitionem transtulisti ad alium, deneganda est tibi pecuniae constitutae actio. Idem est in hereditatis possessore post evictam hereditatem. Sed magis et ut fideicommissario vel qui ricit, decernenda esset actio » ⁷⁹ r).

§ 852 b.

Uso attuale di questa dottrina ²⁾.

Non si può negare in genere l'uso odierno del costituito. Oggi veramente ogni promessa produce per sè azione, sia fatta o no con

eredità altrui non esplicano pel vero erede, che poi evinca la eredità, nè obbligazioni, nè diritti: L. 17 § 6 D. *de pactis*, II, 14. Ma l'erede può chiedere che il possessore gli ceda tutte le azioni che ha acquistato per via dell'eredità. L. 16 §§ 4, 5 e ult. L. 17. L. 18 pr. L. 20 § 17. L. 30 D. *de Her. Pet.*, V, 3. Si veggia G. CUIACIO, *Comment. ad tit. de pactis* (II, 14) ad L. cit. 17 § 6 h. t. — Fr. DUARENO, *Comm. ad h. t.*, cap. 8 *Oper.*, pag. 933. — L. CHARONDAS, *Παράδοξον seu Verisimil.*, lib. II, cap. 8 e G. PACIO, *Ἐναγίσιον*, cent. I, qu. 91.

⁷⁹) Senza ragione A. FABRO, *Coniectur. iur. civ.*, lib. XV, cap. 5, ritiene queste ultime parole quale aggiunta di TRIBONIANO. Si veggia piuttosto la profonda dichiarazione di questa legge in G. MEIER, *Ἐναγίσιον*, centur. III, qu. 37.

e) Io non dubito che queste ultime parole siano interpolate.

2) L'inutilità del costituito pel diritto comune moderno quasi colle stesse parole dello SCHILTER citate dal GLÜCK si trova anche nel libro del BÄHR sulla ricognizione (*Anerkennung*), pag. 171 (1.^a ediz.), ove dice che l'importanza che il costituito aveva pel diritto romano, oggi s'è venuta perdendo pel fatto che sono in genere munite di azione tutte le convenzioni. Il BRUNS replica che con simile ragionamento (l. c. pag. 295) si dichiarerebbe inutile anche una dottrina speciale della compravendita nel diritto moderno; poichè anche la compravendita si distingue in diritto romano dalle altre convenzioni pel fatto di produrre azioni. Tutto dunque dipende dal vedere se quello scopo particolare, che si proponeva il costituito romano, sia tuttora così importante da legittimare una speciale teoria e disciplina di esso nel diritto moderno o se invece lo scopo medesimo si raggiunga oggidi per altre vie e per altri negozi, che abbiano fatto cadere in dimenticanza il costituito. Questa è anche la tesi del BÄHR che al *costituito* a suo parere affatto inusitato nel diritto moderno vorrebbe sostituire il suo contratto formale di « ricognizione ». Il BRUNS, l. c. pagine 295-312, ha lungamente combattuto tali inse-

riguardo ad una obbligazione preesistente. Per ciò non si può affermare con Giovanni SCHILTEE⁸⁰⁾ « quod actio ex pacto moribus

⁸⁰⁾ *Prax. iur. rom.*, Exerc. XXIV, § 76.

gnamenti. Altro è che più non si mantenga il vocabolo *constituito* nel linguaggio giuridico corrente ed altro è che la cosa stessa sia venuta meno. Non è cessato il bisogno e tanto meno è cessata l'utilità di una simile convenzione; il BRUNS prova che molti degli esempi arrecati dal БАИР per dimostrare i vantaggi del contratto di ricognizione sono veri costituiti nel senso romano. Poniamo ad esempio la seguente dichiarazione: Il sottoscritto confessa di dovere in forza di compravendita L. 100 ad A. e promette di pagargliela al primo di giugno. Secondo il БАИР, si avrebbe una promessa per effetto della forma prescelta sciolta dal materiale contenuto del contratto di compravendita ed elevata a contratto per sé stante: la conseguenza sarebbe che se il compratore (debitore) volesse far valere che la compravendita fosse nulla per ragione dell'oggetto, egli stesso dovrebbe provare in che cosa tale oggetto consisteva. Ma bene osserva il BRUNS che qui si ha un costituito romano in *optima forma* e anzi un costituito nel significato originario con aggiunta di un termine. Il costituito è perfetto e il costituente non può in altra guisa liberarsi dal suo impegno, che dimostrando di essere stato indotto a rilasciare la dichiarazione con inganno, violenza, ecc. ovvero che essa fu rilasciata per errore o simulazione, ovvero *la mancansa dell'obbligazione preesistente* per l'invalidità della compravendita e così via.

Il DERNBURG nelle sue *Pandette* pensa parimenti, che costituiti nel senso romano siano sconosciuti alla vita odierna: chi promette di pagare un debito intende di pagare solo quello che sarà dovuto al tempo della futura prestazione, non a quello dovuto al tempo della promessa (vol. II § 67 e segg.).

Pel diritto italiano negano molti Autori l'esistenza del costituito: GIORGI, *Obbligazioni*, vol. I pag. 80; DE CRESCENZIO, nell'*Enciclopedia giuridica italiana*, vol. XII, parte I, pag. 125. Ma non è da negare che presso la maggior parte dei civilisti nostri la nozione del costituito è tutt'altro che limpida e sicura. Riconosce invece l'esistenza del costituito il FADDA (*Arch. giur.*, vol. XXXVI, pag. 236), benchè ammetta poca essere presso di noi la pratica importanza di questo istituto. Il che avviene in parte per essere poco nota la sua natura e il suo ufficio, in parte perchè le cambiali e simili mezzi riempiono alquanto la lacuna, che il venir meno dell'uso del costituito ha lasciato. Un notevole esempio di applicazione del costituito ha fornito la Cassazione romana in due sentenze: 6 novembre 1879 (*Foro italiano*, 1880, I, pag. 198) e 15 novembre 1883 (*Foro italiano*, 1884, I, pag. 134). Soprattutto importa per noi la formola della prima sentenza: la preesistenza di una obbligazione naturale (nel fatto: di procurare al figlio un assegno per facilitargli il collocamento) distrugge e paralizza il concetto di un atto di liberalità e fa sì, che, ove vi acceda il fatto di una promessa, abbia vita una obbligazione civilmente valida ed un patto *constitutae pecuniae*, che nulla ha di comune colla donazione. Nella specie si può dubitare se l'applicazione fosse ben fatta. Ricorrere ad obbligazione naturale con tutti i suoi effetti giuridici la convenienza di assegnare a un figlio una somma per agevolargli un collocamento può sembrare eccessivo, data anche la grande latitudine di criteri e di apprezzamenti in siffatta materia. Attribuire al costituito efficacia di produrre azione, ancorchè conchiuso sul mero fondamento di una obbligazione naturale, può parimenti dar luogo a difficoltà pel nostro diritto civile, che, secondo un'opinione molto diffusa, non riconoscerebbe altro effetto della obbligazione naturale che la *soluti retentio*.

nostris sibi in omnia sufficiens sit », nè con Giorgio BEYER ⁸¹⁾ negare a questa dottrina ogni uso attuale. Il costituito proprio ha sempre utilità in questo, che per esso un negozio non assolutamente invalido, ma limitato solo rispetto a' suoi effetti, può divenire pienamente valido ed efficace, se ha luogo in tali condizioni, colle quali il costituente può pienamente obbligarsi. Già in altro luogo si è visto ⁸²⁾ come anche nel mutuo può con una reiterata promessa di pagamento escludersi l'eccezione *non numeratae pecuniae*. Invece il costituito alieno non è oggidì distinto più dalla fideiussione per ragione di forma, ma sì per ragione dello scopo, in quanto che può avvenire per altri fini, che non sia quello solo di procurare sicurezza al creditore ⁸³⁾. È quindi inesatto, se alcuni affermano ⁸⁴⁾ che la fideiussione sia oggidì del tutto trapassata nel costituito e che quindi oggidì per le fideiussioni non abbia luogo che l'azione costitutoria ^{v)}.

⁸¹⁾ *Delineat. iuris civilis positionibus succinctis comprehensa secundum Pandectas h. t.*, pag. 281.

⁸²⁾ Vedi parte XII di questo *Commentario*, pag. 151 segg. (ted.).

⁸³⁾ Vedi THIBAUT, *Sistema delle Pandette* (ted.), 3.^a ediz., vol. 2, § 955.

⁸⁴⁾ SCHILTER, l. c., § 78. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. rom. germ.*, tom. III, § 2068 e BEYER, l. c., pag. 281.

^{w)} Per completare le notizie bibliografiche sul costituito citerò: LANDUCCI nelle note alla versione del libro II di questo *Commentario*; E. SERAFINI, *Sul receptum* a proposito della monografia del ROSSELLO. Vedi pure il KARLOWA nella *Rivista di GRÜNHUT*, XVI, pag. 448 seg., il KAPPEYNE VAN DE COPPELLO nelle sue *Dissertazioni* tradotte in tedesco dal CONRAT, fasc. II, pag. 272 seg., secondo cui il costituito come tale non avrebbe prodotto azione nel diritto classico, ma avrebbe solo dato modo di costringere il promittente ad una *sponsio dimidiaae partis* (G. IV, 171). Vedi in proposito le osservazioni del BARON nella *Rivista critica trimestrale* di Monaco (ted.) XXVIII pag. 290 e seg. Sono anche da vedere sul concetto e sulla funzione del costituito le avvertenze del BRINZ nelle sue *Pandette*, II, § 257.

TITOLO VI.

Commodati vel contra

§ 853.

Concetto del commodato e suoi requisiti.

L'altro contratto reale, di cui il Pretore trattava nel suo Editto sotto la rubrica *de rebus creditis* ^{a)}, è il *commodato* ^{b)}. Si intende per commodato quel contratto reale, per cui taluno dà ad un altro gratuitamente una cosa per un uso determinato riguardo al modo, allo scopo o al tempo, a patto che ad uso finito la cosa stessa venga restituita in natura e in buono stato ^{b₁)} ^{b)}. Le parole dell'Editto, che

⁸⁵⁾ V. Fr. DUARENO, nel *Commentario* a questo titolo, nelle *Operae*, pagina 951 sq. Inoltre hanno trattato di questo contratto Gio. GODDÆUS, Gaspare ZIEGLER, Bart. LEON. SCHWENDENDÖRFER e altri, che sono citati dal LIPENIO nella *Bibliotheca realis iurid. v. Commodatum*. Fra i recenti sono da ricordare Michele Enrico G. REINHARD, *Commentatio de commodato eiusque actionibus*, Erfurt 1752, 4 e Enrico Antonio van ALPHEN van der BROECK, *Diss. de commodato*, Lugd. Batav. 1785.

⁸⁶⁾ La parola *commodatum* ha varii sensi. Non si adopera solo pel contratto definito nel testo, ma anche per la cosa stessa prestata: « *commodatum accipere, reddere, restituere* »; fr. 3 § 3. 5 pr. e § 73 Dig. (XIII, 6) *lex ult. Cod. h. t.* Talora anche si adopera per l'azione del contratto: « *commodati agere, commodati teneri* »: LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract. Pand. h. t.* § 2.

a) È appunto vero che del contratto di commodato si occupava il Pretore nel suo Editto sotto la rubrica *de rebus creditis* (LENEL, *Edictum perpetuum*, pag. 200). Fr. 1 § 1 D. *de reb. cred.*, XII, 1 (ULPIANUS, libro XXVI *ad Edictum*): « *Credendi generalis appellatio est; ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore scripsit* ».

b) Il nostro Cod. civile (art. 1805) definisce: « Il commodato, o prestito ad uso, è un contratto, per cui una delle parti consegna all'altra una cosa, affinché se ne serva per

trattava di tale contratto, erano secondo ULPIANO fr. 1 pr. Dig. h. t. (XIII, 6): « Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo »⁷⁾. ANTONIO FABRO⁸⁾ ne derivava essere l'azione di comodato un'azione pretoria. Prima, secondo l'antico diritto civile, non vi sarebbe stato che un'*actio praescriptis verbis*. Ma più esatta è l'opinione del COCCEIO⁹⁾, che cioè l'*actio commodati* sia originariamente un'azione civile. Poichè ULPIANO nel fr. 7 pr. § 1 D. *de pactis* (II, 14) enumera esplicitamente il comodato fra quelle *conventiones iuris gentium*, che hanno sempre generato azione; mentre le *actiones in factum praescriptis verbis* nacquero solo pe' negozii più recenti, per cui non v'era una determinata formola¹⁰⁾. Non è neppur giusto il conchiudere, che un'azione sia pretoria pel fatto, che il pretore l'ha accolta nel suo editto. Inoltre va notato che in principio l'editto del pretore neppure adoperava la parola *comodasse*. PACUVIO, l'autore dell'Editto, aveva

⁷⁾ *Rationalia in Pand.* ad fr. 1 pr. D. h. t.

⁸⁾ *Ius civile controv.*, h. t. q. 4.

⁹⁾ V. MEISTER, *Dissertatio de in factum actionibus*, Cap. II § 33 in *Opusc.* pag. 381.

un tempo o uso determinato, coll'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta». L'articolo 1806 aggiunge che il comodato è essenzialmente gratuito. Lo ZACHARIAE, *Handbuch des fr. Civilr.* (Manuale del diritto civile francese). 8.^a ediz. curata dal CROME, Friburgo 1894, vol. II, § 371 pag. 640, definisce: « Il comodato è quel contratto, per cui una delle parti lascia all'altra una cosa per l'uso gratuito, coll'obbligo di restituirla a uso compiuto », ma tale definizione è per sé in più luoghi manchevole. Del resto l'articolo 1874 del Codice francese pone il concetto comune di *prestito* e distingue il comodato (prestito d'uso) e il mutuo (prestito di consumazione): cfr. articoli 1805 e 1819 del nostro Codice civile. Il mutuo viene anche chiamato senz'altro *prêt*. Entrambi i contratti si accordano nell'idea di *prestito*; del resto sono molto diversi, come risulta anche dalla circostanza che il comodato concerne cose speciali, che rimangono in proprietà del commodante, il quale continua a portarne il pericolo. Invece il mutuario riceve in proprietà cose fungibili, coll'obbligazione di restituire *tantundem eiusdem generis*; cfr. ZACHARIAE (CROME), l. c., pag. 641.

Tra i moderni vedi del resto POTHIER, *Traite des contrats de bienfaisance* (Siffrein), tom. V, pag. 318 sg. — TROPLONG, *Commentario dei titoli X, XI e XII del Codice civile francese*, vol. II. — DUVERGIER nella *Continuazione del Toullier*, tom. XXI. — PONT, *Petits contrats*, I, 1 segg. — GUILLOUARD, *Trattati del prestito, del deposito e del sequestro*, 1893. — SCHMIDT, *Das commodatum und precarium* (Il comodato e il precario), Lipsia 1844. — FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato*, nell'*Archivio Giuridico* del SERAFINI, volumi LII e LIII.

c) Vedi la prima Appendice del traduttore al § 853.

scritto: *Quod quis utendum dedisse dicitur*, come Gerardo NOODT ⁹⁰⁾ ha osservato. GIULIANO solamente ha corretto tale clausola nel suo *Edictum perpetuum* e ha sostituito l'espressione propria: *commodasse*. « Unum solummodo notandum — dice ULPIANO nel fr. 1 § 1 D. h. t. — quod qui Edictum concepit (cioè GIULIANO) *commodati* fecit mentionem, cum Pacuvius *utendi* fecerit mentionem ». Del commodato vanno notate le norme seguenti:

1.° Il commodato è un contratto reale e come tale non si perfeziona che colla consegna della cosa.

2.° Non ha per oggetto che *cose*. Alcuni giuristi vogliono invero assumere anche un *commodatum personarum* ⁹¹⁾, in riguardo cioè alla prestazione di servizii. Così G. Henning BÖHMER ⁹²⁾: « Dari etiam commodatum personarum intuitu operarum suarum, notum. Quidni ergo etiam episcopus vel alius superior clericum alii ecclesiae ad certum tempus commodare posset? qui revocari nequit, nisi post usum expletum » ⁹³⁾. Lo stesso affermano colle medesime parole Paolo Gius. von RIEGGER ⁹⁴⁾ e Saverio GMEINER ⁹⁴⁾. Inoltre il MÜLLER ⁹⁵⁾ in proposito aggiunge in particolare: « Quin etiam hodie commodare possumus servos seu famulos nostros, homines liberos. Videmus enim principes personas aliis commodato dare cantores coquos et alios suos ministros ». Ma il diritto romano non conosce affatto il commodato di persone libere. Solo gli schiavi, considerati come cose, possono formare oggetto di questo contratto ⁹⁶⁾. Se ad una persona libera vien permesso da quelli che le possono comandare, ovvero ordinato di prestare determinati servigi a un terzo gratuitamente, ab-

⁹⁰⁾ *Comm. ad Dig. h. t. pag. 317.*

⁹¹⁾ V. Ottone Ludovico von EICHMANN, *Osservazioni storiche e giuridiche circa il prestito delle persone* nella sua raccolta di piccole memorie di Giurisprudenza (*Sammlung kleiner Abhandl.*) Halle 1782, num. XIV.

⁹²⁾ *Instit. iur. canon.*, lib. III, tit. 15 § 8.

⁹³⁾ *Inst. iurispr. eccl.*, parte III § 332.

⁹⁴⁾ *Inst. iuris eccl.*, tom. II § 540, Cor. 3.

⁹⁵⁾ Ad STRUVII, *Syntagma*, Exerc. XIX, Th. 4, n. β.

⁹⁶⁾ fr. 5 § 7; fr. 22 D. h. t., L. 2 Cod. eod.

d) Qui abbiamo in realtà un atto di giurisdizione, che esorbita affatto dal campo del diritto privato.

biamo un tutt'altro rapporto giuridico, che potrà dar vita a un'azione *in factum* o *praescriptis verbis*, ma non *commodati*. Anche il diritto canonico, a cui si richiamano il BÖHMER e gli altri canonisti citati, non deriva in ciò dal diritto romano. Il testo relativo, cap. uu. X *de commodato*, dice: « Cum gratia sui tantum quis commodatum accepit, de levissima etiam culpa tenetur, licet casus fortuitus (nisi acciderit culpa sua vel intervenerit factum seu in mora fuisset) sibi non debeat imputari; contra eum quoque recte commodati non agitur, nisi post usum expletum, cuius gratia res fuerit commodata, cum non decipi beneficio nos oporteat, sed adiuvari ». Anche il diritto canonico non ammette dunque *commodato*, che per le cose.

3.° La cosa viene data al commodatario solo per l'uso. Egli non ha quindi che la detenzione della cosa; gli manca il possesso giuridico, tanto più il dominio ⁹⁷⁾ c). Quindi è indifferente se la cosa commodata appartenga o no al commodante ⁹⁸⁾ f).

4.° La cosa dev'essere consegnata al commodatario per un uso determinato ^{g)}. Questo uso può essere determinato: 1.° rispetto al modo; per esempio io presto a taluno il mio cavallo solo per cavalcare o per arare ovvero pel maneggio; ovvero io presto ad alcuno danaro solo per pompa ⁹⁹⁾. 2.° rispetto allo scopo; per esempio taluno mi presta il suo orologio d'oro, perchè lo abbia a dare in pegno al mio creditore ¹⁰⁰⁾; 3.° rispetto al tempo; per esempio io presto a taluno un libro solo per un giorno. In genere l'uso, che in questo contratto si

⁹⁷⁾ L. 9 D. *de rei vind.* (VI, 1) confrontata col fr. 3 § ult. D. *ad exhib.* (X, 4); fr. 8 D. h. t. (XIII, 6); fr. 9 *eod.*; fr. 38 § 10 D. *de usur.* (XXII, 1); fr. 20 *de A. et A. Poss.* (XLI, 2) fr. 1 § 3 *de precario* (XLIII, 24).

⁹⁸⁾ fr. 15 e 16 D. h. t. NOODT, *Comm. ad. Dig. h. t.* pag. 318.

⁹⁹⁾ fr. 3 § 6 h. t.

¹⁰⁰⁾ fr. 5 § 12 h. t.

e) Opportunamente dicesi nello ZACHARIAE (Crome), l. c., che al commodante rimangono tutti i diritti, che egli aveva rispetto alla cosa, sia reali che personali.

f) Anche oggi non è dubbio che il non proprietario commodi validamente. È generalmente respinto l'argomento in contrario, che si è voluto dedurre dall'art. 1877 del Codice francese. Anche una cosa rubata può essere commodata dal ladro, con riserva s'intende, dei diritti del proprietario (ZACHARIAE (Crome), § 381 n. 2).

g) Come vedemmo, anche il nostro Codice civile (art. 1805) parla di « tempo » o di « uso determinato ». Vedi la seconda Appendice del traduttore al § 853.

concede a un altro, può essere più o meno limitato; ma deve sempre essere di tal natura da non contraddire alla essenziale obbligazione del commodatario, di restituire la cosa in natura. Quindi anco cose fungibili ponno formare oggetto di tale contratto, ma solo quando vengano prestate per un uso tale che non importi consumazione¹⁾. ULPIANO conferma ciò nella L. 3 § 4 D. h. t., dicendo: « Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat ». E GAIO nel fr. 4 D. *eodem* adduce espressamente l'esempio del denaro: « Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, dice, ut dicis gratia²⁾ numerationis loco intercedant ». Si pensi per esempio al caso, che il creditore per liberare interamente il suo debitore, a cui ha rimesso il debito, gli abbia prestato il denaro perchè con quello in presenza di testimoni gli faccia il pagamento³⁾.

5.° L'uso della cosa deve essere concesso gratuitamente.

6.° Dev'essere inoltre concesso a condizione che a uso finito la cosa si restituisca in natura. Con ciò il comodato si differenzia dal mutuo, poichè in quest'ultimo la proprietà della cosa trapassa nel-

1) V. HOFACKER, *Princip. iur. civ. rom. germ.* tomo III § 1875 i. f. Non è giusto dunque determinare, come fanno molti, il concetto del comodato, dicendo che solo cose non fungibili possono costituirne oggetto. Per esempio HUBER, *Praelect. ad Inst.* lib. III, tit. 15 § 8. — BOEHMER, *Introduct. in ius Dig.* h. t. § 1. — HEINECCIUS, *Elem. iur. civ. sec. ord. Pand.* h. t. § 106. — G. S. MADIHN, *Institut. iur. civ.* § 469 e altri.

2) *Dicis causa* equivale a *perfunctorie, simulate, ad speciem*, o come pur si dice, *pro forma*. Sull'etimologia di tale espressione non vanno d'accordo i giuristi. Veggasi in proposito A. WIELING, *Lectio. iur. civ.* lib. 1 cap. 3. Egli la deriva ἀπὸ τῆς δίκης. Anche Francesco CONNANO, *Commen. iur. civ.*, lib. VII, cap. 3 pag. 413, è d'avviso, che l'espressione *dicis causa* derivi dal greco e cioè da δίκαιον *ius* o *iustum*. Egli quindi dice: « *dicis causa* datur hic pecunia, ut contractus sit iustus et ex legis praescripto. Culus exemplum sumi potest in omnibus imaginariis quos appellamus contractibus ». Anche CICERONE, *Oratio IV in Verrem*, cap. 24, adopera la mentovata espressione nell'accennato significato, dicendo: « Attamen, ut posset dicere se emisse, Archagato imperat ut aliquid illis, quorum argentum fuerat, nummolorum dicis causa daret ». Veggasi anche Barnaba BRISSONIO, *de Verborum Signif.*, v. *dicis causa*.

3) L. 67 D. *de solut.* (XLVI, 3) combinato col fr. 18 § 1 D. *de reb. cred.* (XII, 1). V. G. FRANTZKIUS, *Comm. in Pandect.*, h. t. n. 13.

l'accipiente coll'obbligo di restituire a tempo opportuno una cosa di uguale qualità, bontà e quantità ⁴⁾).

§ 854.

Il commodato è un contratto reale.

Dal momento che il commodato secondo la natura dei contratti reali non si perfeziona che colla consegna della cosa, bisogna ben distinguerlo da un mero *pactum de commodando*. Questo vi è se la cosa non è realmente consegnata, ma se ne viene soltanto promessa la consegna ^{h)}. Per diritto romano tale patto non genera obbligazione, ma per diritto moderno un tale contratto produce obbligazione ed azione per ottenere la consegna ⁵⁾. La consegna può del resto essere qui pure o vera o simbolica. Per esempio, io ho dato ad alcuno una cosa in custodia e poi gli permetto di usarne a mo' di commodato ⁶⁾).

⁴⁾ Di tal differenza trattano *ex professo* il MÜLLER, *ad Struivium*, Exerc. XIX, Th. 2, n. § pag. 1223 e MADIHN, *Institut.* § 410.

⁵⁾ WERNHER, *Select. Observ. for.* tom. 1 parte III, Obs. 97 e THIBAUT, *Sistema delle pandette* (ted.), Vol. 2 § 914.

⁶⁾ Concorre elettivamente in tal caso l'azione di commodato con quella di deposito: STRYK, *De act. forens.*, Sect. 1 Membr. V, § 24 e G. OELRICHS, *Diss. de indole depositi notissimos terminos suos egredientis*, Gottinga 1777 Sect. II § 3.

^{h)} Anche nel diritto moderno si distingue il contratto *ad restitutionem* dai corrispondenti precontratti, cioè dalla convenzione di prestare, deporre, impegnare una data cosa o fare un determinato mutuo. Un tale precontratto è senza dubbio obbligatorio ed esigibile in via giudiziaria. Non si deve ammettere col DURANTON che colui che ha promesso di commodare, mutuare ecc. ed abbia la cosa debba essere condannato solo al risarcimento dei danni eventuali nascenti col rifiuto (DURANTON, XVII, 487: vedi lo ZACHARIAE-CROME, l. c., pag. 641). Le obbligazioni poi specifiche del commodato, del mutuo, del deposito e del pegno non nascono che coll'effettiva consegna della cosa, il che vuol dire che il contratto ha tuttodi carattere reale. Vedi sulla natura di tali precontratti consensuali lo stesso autore, § 374, nota 2.

§ 855.

Chi sopporta il caso nel commodato? Quando può ripetersi la cosa?

Già si è avvertito che il commodatario non ottiene la proprietà della cosa, ma solo l'uso di essa. Il commodante resta quindi proprietario⁷⁾; di norma soffre quindi anche il danno, se la cosa perisca per caso, ancorchè il caso sia stato originato dalla natura dell'uso, per cui fu prestata la cosa⁸⁾. Poichè il commodante deve in tal caso a sè imputare, se la cosa fu data per un affare così rischioso. Solo occorre che il commodatario non ecceda i confini dell'uso a lui concesso, nè abbia colla sua colpa dato occasione all'evento dannoso. Altrimenti s'avrebbe a decidere s'egli avesse assunto l'onere del caso fortuito, il che è senz'altro implicito nella obbligazione di restituire la cosa o la sua *aestimatio*, qualora appunto la cosa venisse stimata a tal fine⁹⁾. La vera *aestimatio* della cosa commodata, senza che il commodatario si sia obbligato a prestarla, non basta, benchè alcuni abbiano sostenuto che basti^{9) 1)}. I passi seguenti confermeranno abbastanza quanto s'è detto¹⁾:

7) Anche per diritto tedesco la proprietà della cosa non passa nel commodatario, sebbene parecchi abbiano affermato il contrario; vedine la confutazione in G. SCHILTER, *Praxis iuris rom.*, Exercit. XXV § 4-10. La ragione addotta, che cioè per la prescrizione di alcuni statuti tedeschi il commodante non ha azione contro i terzi possessori della cosa commodata, non è ancora un argomento convincente. V. STRYCK, *Us. mod. Pand.* h. t. § 5-8 e EISENHART, *Principii de' diritti tedeschi in proverbii* (ted.) parte IV, n. IX, pag. 346 sg.

8) VOET, *Comm. ad Pand.*, h. t. § 5. — BACHOVIO, *ad Treutlerum*, vol. I, Disp. XXIV, Th. 3. — GRIEBNER, *Progr. de aequitate legum rom. circa periculum rei commodatae*, Lipsia 1702 e EICHMANN, *De commodatario ad praestandum casum obligato*, Duisburgi 1752.

9) G. D'AVEZAN, *Contractuum*, lib. 1 cap. 28 § *Neque ex conv.* (in G. MEER-

i) Cfr. Cod. civ. ital. (art. 1812): Se la cosa si deteriora a cagione unicamente dell'uso, per cui fu data in prestito e senza colpa del commodatario, questi non è obbligato pel deterioramento.

j) L'art. 1811 del Codice civile dice che se la cosa fu stimata al tempo del prestito, la perdita, ancorchè avvenuta per caso fortuito, è a carico del commodatario, qualora non vi sia patto in contrario.

l) La responsabilità del commodatario può essere del resto in più modi accresciuta.

1.º L. 5 § 3 D. h. t. « Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum

MANN, *Nov. Thes. iur. civ. et can.*, tomo IV, pag. 58). — BERGER, *Oecon. iur.*, lib. III, tit. II, Th. 7 nota 3. — BOECKELMANN, *Commentar. in Dig. h. t. § 4* — FRANTZKIUS, *Comm. in Pand.*, n. 44. Ma si vegga piuttosto G. PROUSTEAU, *Recit. ad L. 23 D. de Reg. Iur.*, cap. XXVII, § 7 e 8 (MEERMANN, *Thes. iur. civ. et com.*, tomo III, pag. 341). — G. PACIUS, *Evangelop. seu LL. conciliat.* Centur. VII, Qu. 96. — Gio. BRUNEMANN, *Comm. ad L. 5 § 3 D. h. t.* — STRYK, *Us m. d. Pand.*, h. t. § 4. — COCCEII, *Iur. civ. contror.*, h. t. Qu. 21.

Anzitutto mediante apposito patto; che nulla vieta al commodatario di assumersi il rischio del caso fortuito (cfr. cap. 1 h. t. e fr. 21 § 1 h. t. « si tibi rem utendam tuo periculo commodauero & »). Troviamo anco (*ibid.*) un *commodeo periculo*. Ordinariamente quel patto va congiunto alla *rei aestimatio*¹⁾; la cosa viene stimata al suo valore e il commodatario si obbliga indistintamente a restituire la *res* o la *aestimatio*. La semplice *aestimatio* non ha altro significato che quello di dare una base al calcolo pel risarcimento nella ipotesi che la cosa si danneggi o perisca *per culpa* del commodatario. In tal senso va inteso il fr. 5 § 3 h. t.: « et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit ». Le ultime parole vanno appunto accentuate²⁾.

È chiaro che l'*aestimatio* per sé stessa non può avere che uno dei due significati teste esposti: né possiamo accogliere l'opinione, che nella ipotesi di un comodato a favore del commoante (in cui, come vedremo, la responsabilità del commodatario è limitata alla *lata culpa*) l'*aestimatio*, ove non serva meramente a stabilire il valore della *res commodata*, accresca tale responsabilità solo fino al grado della *culpa levis*. Cfr. per esempio il LAUTERBACH citato nel testo.

Questa teoria si basa sul principio (il quale del resto mi sembra intrinsecamente inespicabile), che l'*aestimatio* accresca di un grado la responsabilità; secondo tale principio il commodatario risponderebbe del *periculum* della *res aestimata*, essendo egli già tenuto ad osservare tutta la diligenza. Questo principio (benché la cosa non sia stata avvertita) si trova del resto già con precisione espresso nei paragrafi di STEFANO (ad fr. 52 § 3 *pro socio*) con parole, che io qui traduco fedelmente: Bisogna dunque sapere, che l'*aestimatio* aggiunge (un grado) alla responsabilità inerente naturalmente al negozio; e quindi nel comodato, in cui già si rende conto per la custodia, aggiunge l'obbligo di rispondere nei casi fortuiti; nelle società, in cui la responsabilità è pel dolo e la negligenza, aggiunge quella per la custodia.

Anzi simili parole sembrerebbero pienamente conformi alla dottrina del BARON a chi non avvertisse, che lo STEFANO richiama esplicitamente i propri insegnamenti dati al

¹⁾ L'obbligazione risulta alternativa: cfr. il fr. 7 § 5 D. 24, 1 (ammessa la comune lesione). — La recente esegesi del FORMIGGINI, *Stima*, pag. 71, non mi pare possibile.

²⁾ Egregiamente lo STEFANO ad h. l.: *ἐν ᾧ δὲ διατεταμημένον ἔλαβε τὸ χρηστὸν, οὐχ ἀπλῶς, οὐδὲ ὡς ἔτυχεν, ἀλλ' ὡς ἀναδεχόμενος τὸν τοῦ πράγματος κίνδυνον ὑπόκειται τοῖς κατὰ τύχην συμβαίνοισιν ὁ χρηστῶν. E lo scoliasta ci assicura che l'edizione di CIRILLO coincideva in tale esegesi colla σημείωσις dello STEFANO.*

recepti». Con ragione osserva su questo passo Francesco CONNANO¹⁰⁾:
 « At mihi videtur aestimatio non alia de causa fieri, quam ut certum

¹⁰⁾ *Comment. iur. civ.*, lib. VII, c. 3 pag. 466.

titolo *de commodato* e che pertanto egli intende per *custodia* la diligenza *assoluta*, per *παθημια* la mancanza *relativa* di negligenza, la così detta *culpa in concreto*.

Ma l'unico fondamento di tali dottrine (che contrastano per esempio a quella della *dos aestimata* etc.) è il fr. 52 § 3 cit. tanto pei bizantini, quanto pei moderni. Un tal frammento non ha, per chi spregiudicatamente lo esamini, il valore che gli si attribuisce:

« damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare; ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnus est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit; quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debet qui aestimatum accepit ».

Nel paragrafo antecedente si discute quale sia in genere la responsabilità del socio. ULPIANO riporta e approva il parere di CELSO, secondo il quale il socio è tenuto in grado maggiore (e, cioè, alla diligenza assoluta), quando egli conferisce la sola opera propria e l'altro invece conferisce il capitale. Nel presente paragrafo continua il discorso e si dice che per regola generale il socio non risponde però mai dal *damnum fatale* (che, come diciamo nelle Appendici, non è che il caso fortuito); da ciò si fa un'illazione al caso di chi *pecus aestimatum accepit*. Qui l'*aestimatio* non può essere rivolta ad accrescere la responsabilità del socio (poichè in tal caso se ne sarebbe discorso non nella conseguenza, ma nella premessa): l'*aestimatio* avviene qui, in un'ipotesi di cui un socio conferisce l'opera e l'altro il capitale, solo per stabilire l'entità di questa colazione. Il giurista sceglie questa ipotesi, poichè è quella in cui la responsabilità del socio si eleva fino alla *culpa levis* (troppo imponendosi l'analogia della locazione); egli infatti lo dice responsabile di tutti i danni, che avvengono *dolo aut culpa eius*, espressione che poi sostituisce con *custodia* in piena armonia colla nostra dottrina. — Il *furtum* (e va inteso con tutte le limitazioni di cui diremo) è paradigma della *perdita colposa*, appena potendosi ammettere un caso di *furtum* nei limiti accennati senza negligenza del socio; come il *latrocinium* è paradigma del *damnum fatale*, non essendo facilmente ammissibile che la perdita sia qui ascrivibile a *culpa*.

Del resto non occorre una *esplicita* pattuizione delle parti, perchè s'induca dalla *aestimatio* l'aumento di responsabilità. L'intenzione delle parti può benissimo rilevarsi dalle circostanze. Un esempio (che però non si riferisce al commodato) porge il fr. 17 § 1 D. 19, 5:

« si margarita tibi aestimata dederò, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante uenditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te uenditorem rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum aut culpam mihi praestes ».

Qui l'*aestimatio* può avere per sè ambo i significati, nulla essendo più naturale che chi dà altrui una cosa da vendere ne faccia fare la stima per norma comune. Ora LABEONE, seguito da POMPONIO, ammetteva la più rigorosa interpretazione solo quando il mediatore assumeva l'iniziativa del negozio, come rivolto precipuamente a beneficio suo in ciò naturalmente essi si regolavano secondo le consuetudini commerciali del loro tempo.

sit pretium rei, si forte continget, eam dolo vel culpa vel negligentia accipientis amitti, ut ea de re non sit amplius autiudicio disputandum aut iurandum in litem. Quod adeo puto clarum esse, ut nulla dubitatio esse possit, praesertim in hoc contractu, qui sua natura dominium rei non transfert. Quando vero is qui accipit commodato de aestimatione rei convenit, recepitque aestimationem se praestaturum, nisi rem restituerit, ea casu aliquo perempta, cum iam non possit eam restituere, ex pacto suo tenetur ad aestimationem ». Molti ¹¹⁾ vogliono intendere questo passo nel solo caso in cui il commodatario (come di solito) ha l'esclusivo vantaggio del contratto. Poichè s'egli in tal caso promise l'*aestimatio*, una tale promessa non potrebbe assumersi che come una dichiarazione di volere addossarsi il caso, dal momento che egli è già senz'altro tenuto per la menoma negligenza e però sarebbe del tutto inutile la promessa di risarcire il valore, se il commodatario non volesse imporsi una maggiore responsabilità di quella che già gli spetta. Si conforta tale spiegazione soprattutto coll'osservare che nelle parole immediatamente precedenti al § 2 della L. 5 si propone il principio: « Commodatum plerumque solam utilitatem continere eius cui commodatur et ideo esse praestandam et culpam et diligentiam ».

¹¹⁾ SALICETO, ad L. 5 § 3 D. h. t. — G. FRANTZKIUS, *Comm.*, h. t. n. 44 e 45. — LAUTERBACH, *Coll. th. pract. Pand.*, h. t. § 22. — GRIESINGER, *Commentario sul diritto del Württemberg* (ted.), vol. I, pag. 62 seg.

Ad ogni modo è chiaro, come bastasse all'uopo che l'intenzione delle parti risultasse implicita nel negozio ¹⁾).

¹⁾ S'è voluto vedere un'antinomia fra questo passo e il fr. 1 § 1 D. 19, 3 preso parimenti dall'opera *ad edictum* di ULPIANO. Ma, per quanto concerne l'opera genuina, giova notare che le parole: « aestimatio autem periculum facit eius qui susceperit; aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut aestimationem de qua conuenit », contengono appena l'inizio di una trattazione circa la natura della *aestimatio*, di cui noi ignoriamo le successive applicazioni alla materia speciale. Per quanto poi concerne il diritto giustiniano, è ovvio integrare il fr. 1 § 1 colle più precise determinazioni del fr. 17 § 1. Secondo il FORMIGGINI (*Stima nella conclus. dei contratti*, pag. 93) nel fr. 1 ULPIANO considera « il contratto estimatorio nella sua assolutezza spoglio da circostanze, che lo avvicinano a questo o a quel contratto nominato, volendo porre in evidenza la efficacia della stima elemento essenziale e caratteristico del rapporto ». — Ma esiste un « contratto estimatorio nella sua assolutezza? ». Piuttosto si può credere che il giurista cominciasse a considerare l'ipotesi meno frequente.

Questo principio verrebbe nel § 3 esteso dal giurista nel senso che il commodatario, avendo solo il vantaggio del contratto, ove abbia promesso la *aestimatio*, debba rispondere pure del caso. Donde tali giuristi derivano che se il comodato è utile tanto al commodante quanto al commodatario, la promessa della *aestimatio* obbliga il commodatario a rispondere anche della più lieve negligenza, e se il commodante ha solo il vantaggio del negozio, il commodatario con tale promessa si astringe a responsabilità per *culpa levis*. In questi due casi infatti ragionevolmente si dovrebbe credere che il commodatario abbia voluto accrescere di un grado solo, anzichè di due, la propria responsabilità. Ma ove si confrontino altri testi, che parlano del *periculum rei aestimatae*, si dovranno condividere i dubbi dello ZIEGLER¹²⁾ su questa opinione. Per addurre un solo esempio, la locazione è un contratto che notoriamente è di vantaggio per ambo le parti. Quindi esse sono tenute solo per la *culpa levis*, come insegna ULPIANO, L. 5 § 3 D. h. t. Tuttavia il *conductor* assume il pericolo, qualora abbia avuto la cosa a lui locata per una determinata *aestimatio*. PAOLO non ci permette di dubitarne, scrivendo sul fr. 54 § ult. D. *locati* (XIX, 2): « Servum qui aestimatus colonae adscriptus est ad periculum colonae pertinere et ideo aestimationem huius defuncti ab herede colonae praestari oportere ». Che il giudice qui in forza della avvenuta *aestimatio* avesse a condannare solo per la *culpa levissima*, non anche pel caso, sarebbe contrario alla nota significazione della voce *periculum*, per cui le leggi sogliono intendere un danno meramente fortuito¹³⁾. Quindi anche i *Basilici* parlano di un *interitus servi*¹⁴⁾, quando insegnano « kai teleutontos autoû didôsi tò timêma » (*et si interierit, aestimationem eius praestat*) e il greco interprete CIRILLO dichiara molto esattamente questo passo, scrivendo (come il FABROT traduce)¹⁵⁾: « Fundum tibi locavi cum servis ibi degentibus, quos aestimatos tibi dedi; non solum in his dolum et

12) *Diss. de commodato*, Th. 106-114 nelle *Disceptat. selectae*, pag. 502.

13) BRISSON, *de Verb. Signif.*, v. *Periculum* e questo *Commentario*, lib. II, pag. 764 (testo ted. vol. IV § 325 pag. 367).

14) Lib. XX, tit. 1 c. 54 (HEIMBACH, II, 363; FAB. II, 435).

15) *Basilicorum*, tom. II, pag. 480 (F.).

diligentiam praestas, sed etiam casus fortuitos (tà tuchérá) agnoscis. Didicisti enim aestimationem periculum rem alienam accipientis facere »¹⁶⁾.

2.º fr. 5 § 4 D. h. t. « Quod vero senectute contigit vel morbo vel latronum vi ereptum est aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquod damnum fatale, non tenebitur; nisi forte cum posset res commodatas salvas facere suas praetulit »¹⁷⁾. Per la corretta intelligenza di questo passo devo osservare che esso non contiene una restrizione di quanto fu detto immediatamente prima, discorrendosi del *periculum rei aestimatae*, ma piuttosto si rapporta il principio posto da ULPIANO nel § 2, che cioè il commodatario di regola risponde anche della più lieve negligenza, come hanno avvertito anche ANTONIO FABRO¹⁸⁾ e REINARDO BACHOVIO¹⁹⁾. Quindi si dichiara tenuto il commodatario, che in un dato pericolo, in cui avrebbe potuto salvare le cose commodate, ha preferito di salvare le proprie, a riparare il danno indi derivato^{m)}. Si chiede però se ciò abbia da intendersi assolutamente e proprio quale eccezione che qui solo abbia luogo. I giuristi sono in proposito divergenti²⁰⁾. DONELLO²¹⁾ non si perita di affermare e l'una e l'altra cosa. Invece l'ACCURSIO, se-

¹⁶⁾ Diffusamente ne tratta anche CRIST. G. WEHRN, nella *Doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni praestandi*, § 33.

¹⁷⁾ Quasi colle stesse parole dice questo PAOLO, *Rec. Sent.*, L. II, tit. 4 § 2.

¹⁸⁾ *Rational. in Pand.* ad L. 5 § 3 i. f. D. h. t.

¹⁹⁾ *Notè ad Treullerum*, Vol. I, Disput. 24 Th. 3.

²⁰⁾ Vedi WEHRN, *Doctrina*, cit. cap. IV § 13.

²¹⁾ *Comm. iur. civ.*, lib. XVI, cap. 7 pag. 887.

^{m)} L'art. 1819 del Codice civile dice, che, se la cosa prestata perisce per un caso fortuito, a cui il commodatario l'avrebbe potuto sottrarre surrogandone una propria o se egli, non potendo salvare che una delle due cose, ha preferito la propria, è responsabile della perdita dell'altra. I commentatori moderni ritengono che questo principio tratto dalla L. 5 § 4 D. h. t. sia una « regola speciale ». Pel riguardo delle circostanze vedi poi DURANTON, op. cit., l. c., pag. 527; PONT, 92: v. ZACHARIAE-CROME, pag. 643. Forse il giurista si riferiva al caso, in cui il sacrificio delle cose commodate è stato *il mezzo* per salvare le proprie. Allora la regola sarebbe pel diritto romano abbastanza chiara.

guito dallo HAHN²²⁾, dal LAUTERBACH²³⁾, BRUNNEMANN²⁴⁾ e più altri, crede che quel principio sia da restringere alla ipotesi, in cui le cose commodate superino in pregio quelle proprie del commodatario. Ma il COCCEJO²⁵⁾ crede plausibile tale idea, solo quando il salvamento delle cose proprie del commodatario sia avvenuto per compensare il commodante della sua perdita. Diversamente distinguono il FRANTZKE²⁶⁾ e lo ZIEGLER²⁷⁾. Bisogna a loro avviso osservare a beneficio di chi sia stato conchiuso il comodato. Se il contratto si fosse conchiuso a beneficio del solo commodatario, com'è il caso ordinario, egli non potrebbe mai preferire le cose proprie alle commodate, essendo egli tenuto alla maggior possibile diligenza. Se invece il contratto fu conchiuso a beneficio esclusivo del commodante, ha luogo il principio comune che ciascuno è per sè il primo prossimo. Se poi il contratto fosse concluso a vantaggio d'ambo le parti, tutto dipende dalla relazione di valore fra le due cose; ove superassero in valore le cose del commodatario, costui potrebbe preferirle, niuno essendo tenuto in un comune pericolo a subire un danno maggiore per rimuoverne uno minore degli altri; ove invece le cose commodate fossero di più alto valore, il commodatario commetterebbe un dolo preferendo nel salvamento le proprie cose deteriori a quelle più preziose dell'altro. Il consigliere SCHÖMAN²⁸⁾ crede di raggiungere davvero il sentimento di ULPIANO, modificando il principio posto da tale giurista nel senso che il commodatario nelle necessità non deve provvedere a sè solamente e trascurare gli interessi del commodante. Se il commodatario ha salvato tanto per sè stesso, quanto per il commodante, non si potrebbe dirsi *res suas praetulit commodatis* e perciò a nulla sarebbe tenuto. A mio avviso è più sicuro tenersi alle parole della legge e dichiarare senza distinzioni tenuto il commodatario alla riparazione del danno, ove in caso

22) *Obs. th. pract. ad Wesenbecium*, h. t. num. VII, pag. 534.

23) *Coll. th. pr. Pand.*, h. t. § 19.

24) *Comm. ad Pand.*, ad L. 5 § 4 D. h. t.

25) *Iur. civ. controu.*, h. t. Qu. 9.

26) *Comm. in Pand.*, h. t. num. 48-51.

27) *De casu fortuito*, § 12 (*Discept. select.* XV, pag. 511 sg.).

28) *Lehre v. Schadensers.* (Dottrina del risarcimento dei danni), parte I, pag. 194 sg.

di imminente pericolo abbia preferito le cose sue alle altrui, mentre avrebbe potuto salvar queste ²⁹). La legge non distingue. E neppur deve il principio considerarsi come una eccezione, che solo si avveri pel commodato. Le leggi dicono affatto in generale esser contrario alla *bona fides*, che un contraente adibisca maggior cura alle proprie che alle altrui cose e perciò preferisca le cose proprie alle altrui in un caso in cui avrebbe potuto quest'ultimo preservare ³⁰). Qui egli cerca il vantaggio proprio omettendo un'azione, a intraprendere la quale egli era giuridicamente tenuto; si ammette dunque ch'egli scientemente abbia operato contro il suo dovere ³¹). Non si misura quindi il grado di diligenza, a cui il contraente sarebbe d'altronde tenuto per la natura dell'affare. Finchè era possibile salvar le cose commodate (ove il commodatario non avesse invece cercato di salvare le proprie), si può sempre dire: « suas res praetulit commodatis », giacchè le leggi lo astringono a una maggior diligenza verso le cose commodate di quella che suole adibire nelle sue proprie ³²).

3.º fr. 5 § 7 D. h. t.: « Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet; nam si tibi equum commodaveris ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis. Idem erit et in homine. Plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. Nam et si servum tibi tectorem commodaveris et de machina ceciderit, periculum meum esse Julianus ait. Sed ego ita hoc puto verum, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur. Ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti

²⁹) Ciò ammettono il VOET, *Comm. ad Pand. h. t. § 4*, lo SCHILTER, *Prax. iur. rom.*, Exerc. XXV, § 11-13. — A. FABRO, *Ration. in Pand.*, ad L. 5 § 4 D. h. t. — STRYK, *Us. mod. Pand. h. t. § 10*. — WERNHER, *lectiss. Comm. in Pand.*, h. t. § 5. — WEHRN, l. c. — Egidio LÖHR, *Teoria della colpa*, parte I, pag. 27 sg. — WALCH, *Introd. in controv. iur. civ.*, Sect. III, cap. IV, membr. II, Subs. III, § 2 pag. 533 e THIBAUT, *Sistema delle Pand.*, vol. I, § 254 num. V, pag. 190 della 3.^a ediz.

³⁰) fr. 32 D. *depositi* (XVI, 3), cap. 2 X, *eod.* ove si legge: « Bona fides abesse praesumitur si rebus tuis salvis existentibus, depositas amisisti ».

³¹) LÖHR, l. c. pag. 27.

³²) L. 3 D. *de per. et comm. rei vend.* (XVIII, 6): « Custodiam autem venditor talem praestare debet quam praestant hi quibus res commodata est; ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet ».

in machina, aut si machinae culpa factum, minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere ».

4.º fr. 18 pr. D. h. t.: « In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat; alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet ».

5.º c. 1 C. h. t.: « Ea quidem quae vi maiore auferuntur detrimento eorum, quibus res commodantur, imputari non solent. Sed cum is, qui a te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur, Praeses provinciae, si probaveris, eum indemnitatem tibi promisisse, placitum conventionis implere eum compellet ».

Io ho già detto che nel commodato la cosa vien data per un uso determinato. Donde segue:

1.º Che il commodatario non può adoperare la cosa, che come il contratto gli concede ⁿ⁾). Se egli eccede i confini tracciati, commette un'azione illecita detta *furtum usus* ³³⁾, che l'obbliga a risponder pur dell'evento

³³⁾ Un tal *furtum usus* commette il commodatario prestando la cosa ad altri per ricavarne un profitto; L. 54 § 1 *de furt.* XLVII, 2, VOET, *Comm.*

ⁿ⁾ L'art. 1809 Cod. civ. dice: Se il commodatario impiega la cosa in un uso diverso o per un tempo più lungo di quello che dovrebbe, è responsabile della perdita avvenuta anche per caso fortuito, eccetto che provi che la cosa sarebbe ugualmente perita, quando pure non l'avesse impiegata in un uso diverso o l'avesse restituita al tempo determinato nel contratto.

fortuito che la cosa abbia subito in tale uso al contratto contrario³⁴). GIUSTINIANO dice al § 6 Inst. *de obl. quae ex del. nasc.* (IV, 1); « si is qui rem utendam accepit in alium usum eam transferat quam cuius gratia ei data est, furtum committit; veluti, si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad coenam invitaturus et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset ». Ciò vien detto anche altrove, § 2, I. *Quib. mod. re contr.* (III, 15), ove si dice: « Sed propter maiorem vim maioresque casus non tenetur (commodatarius), si modo non ipsius culpa is casus intervenit. Alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, peregre tecum ferre malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis ». Bisogna però osservare che il commodatario si fa reo di un *furtum usus* solo quando sapeva di applicare la cosa ad un caso, con cui eccedeva i limiti della concessione. Poichè se egli credeva che il commodante non avrebbe disapprovato quell'uso, potrà ben farsi reo di colpa, ma non di furto, come risulta dai testi seguenti:

§ 7 I. *de obl. q. ex del.* (IV, 1): « Placuit tamen eos qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas acceperint, ita furtum committere si se intellegant id invito domino facere eumque si intellexisset non permissurum. at si permissurum credant, extra crimen videri, optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committitur ».

L. 76 pr. D. *de fid.* (XLVII, 2): « Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur, sed nec depositi ullo modo tenetur. Commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit aestimare id dominum permissurum »³⁵).

ad Pand., lib. XLVII, tit. 2 § 5 e Aug. Fed. SCHOTT, *De furto usus*, Lipsia 1775, § 12.

³⁴) V. HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.*, vol. II, obs. 268 e WERNHER, *Sel. Obs. for.*, tom. I parte IV, obs. 214 num. 14 e 15.

³⁵) Il senso di queste ultime parole è, che la decisione della questione se in tal caso abbia luogo l'*actio commodati* dipende da ciò, se al commodatario possa imputarsi una colpa; per esempio egli aveva giusto motivo di credere

Concorre in questo caso coll'*actio commodati* l'*actio furti* o la *condictio furtiva* ³⁶⁾.

2.º La cosa commodata non può essere richiamata intempestivamente e prima che sia finito l'uso ³⁷⁾. In ciò differisce il comodato dal precario, per cui s'intende quel contratto per cui l'uso indeterminato di una cosa viene gratuitamente e precariamente concesso a taluno ³⁷⁾. La cosa in tal modo concessa può in qualunque tempo essere revocata all'accipiente ³⁸⁾. Ulteriori differenze insegnano CUIACIO ³⁹⁾, ILLIGERO ⁴⁰⁾ a MÜLLER ⁴¹⁾, di cui più diremo altrove ⁴²⁾. Si suole però eccepire pel comodato il caso, in cui il commodante stesso per imprevisto accidente abbisogni della cosa ⁴³⁾.

che il commodante non avrebbe biasimato l'uso da lui fatto. Nel deposito ciò non viene in considerazione, perchè qui non si presta che il dolo; ma il commodatario risponde per ogni colpa. V. POTHIER, *Pand. Justin.*, tom. III, tit. *de furtis*, Norm. XII, not. e pag. 400. — A. SCHULTING, *Thes. contro.* Decad. XLVIII, Th. 5 e BRUNNEMANN, *Comm. ad L. 76 pr. de furtis*, pag. 605.

³⁶⁾ L. 5 § 8. L. 14 h. t. D. L. 71 pr. D. *de furt.* (XLVII, 2). Specialmente notevole è la L. 16 D. *de cond. furtiva* (XIII, 1) ove POMPONIO dice: « Qui furtum admittit vel re commodata (sc. ultra modum comodato praescriptum) vel deposita utendo, conditione quoque ex furtiva causa obstringitur, quae differt ab actione commodati hoc, quod etiamsi sine dolo et culpa eius interiorit res, conditione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur ». V. G. MAJANSIO *ad XXX Ictorum fragm.*, tom. 1 pagina 470.

³⁷⁾ L. 1 pr. *de precario* (D. XLIII, 26).

³⁸⁾ fr. 2 § 2. pr. 12 D. *eod.* cap. fin. X *eod.*

³⁹⁾ *Observ.*, lib. XXIII c. 21.

⁴⁰⁾ *ad Donell.*, lib. XIV, c. 34.

⁴¹⁾ *ad Struivium*, Ex. XIX, Th. 2 n. β.

⁴²⁾ Lib. XLIII, tit. 26.

⁴³⁾ ZOXSIO, *ad Pand.*, num. 19 e 20. — HUBER, *Prael. ad Pand.*, h. t. § 4 e in *Eunom. Rom.*, pag. 536. — ECKOLT, *Compendiar. Pand. Tract.*, h. t. § 4. — STRUV, *Syntagma iur. civ.*, Ex. XIX, Th. 8. — MÜLLER, *ad eundem*, n. a. —

o) Vedi gli articoli 1815 e 1816 del Cod. civ. Il comodante non può ripigliare la cosa data a prestito fuorchè decorso il termine convenuto, ovvero, in mancanza di convenzione, dopo che la cosa ha servito all'uso per cui fu prestata. Nondimeno, se durante il detto termine o prima che sia cessato il bisogno del commodatario, sopravviene al comodante un urgente imprevisto bisogno di valersi della cosa, può l'autorità giudiziaria, secondo le circostanze, obbligare il commodatario a restituirla. In contrario il Codice Austr., § 976. Vedi le importanti osservazioni di UNGER, *L'agire a proprio rischio* (ted.), pagine 20-23.

Ma tale eccezione non è fondata nel diritto romano, come hanno sufficientemente dimostrato il VOET ⁴⁴⁾ e Giovanni WUNDEBLICH ⁴⁵⁾. Il contrario risulta sia della natura del contratto, sia dalla decisiva L. 17 § 3 D. h. t., ove PAOLO dice: « Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit (idest postquam commodavit), tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque; geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat converti in mutuas praestationes actionesque civiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit; neque enim impune peritura deseret; suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset; voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo; nam si negasses, vel emissem vel testes habuissem. Idemque est si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris; adjuvare quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est ». Si oppone che secondo la c. 3 C. *de locato*, il locatore possa ripetere la cosa del conduttore prima della scadenza per un improvviso bisogno. Ma tale analogia non regge, poichè il conduttore quando deve restituire la cosa prima del termine fa una corrispondente deduzione dalla mercede, e può sempre col suo danaro avere un'altra locazione. Egli non soffre quindi così gran danno, come il commodatario, che ha ottenuto l'uso gratuito della cosa. Si aggiunge che la detta prescrizione relativa alla locazione è di gius singolare e devia dai principii generali, come il WEBER ha profondamente osservato ⁴⁶⁾. Posto anche che

— LAUTERBACH, *Coll. th. pr. Pand.*, h. t. § 11. — BERGER, *Oecon. juris*, lib. III, tit. 2 Th. 5 n. 1. — STRYK, *Us. mod. Pand.*, § 1 e fra' più recenti WALCH, *Introd. in controv. iur. civ.*, Sect. III, c. IV, Membr. II, Subs. III, § 1 pag. 532 e DABELOW, *Manuale del diritto privato attuale* (ted.), parte 2 § 1214.

⁴⁴⁾ *Comm. in Pand.*, h. t. § 9.

⁴⁵⁾ *Comm. de Pugillaribus*, Jena 1756 § 9-12.

⁴⁶⁾ *Obblig. naturale* (ted.) § 90 pag. 388 (4.^a ed.).

l'analogia esistesse, non si potrebbe farne l'applicazione poichè tali speciali norme del diritto civile sono da considerarsi quali eccezioni dalla regola, che non ponno essere estese. Con ragione dunque anche fra' moderni HÖPFNER⁴⁷⁾ e MALBLANK⁴⁸⁾ hanno abbandonato quella comune opinione degli antichi.

§ 856.

Il commodato è un contratto gratuito p).

Ai requisiti essenziali del commodato appartiene inoltre che la concessione dell'uso venga fatta gratuitamente, cioè senza una pattuita mercede⁴⁹⁾. Se si pattuisse tale mercede, il negozio non sarebbe più commodato, ma o locazione, se venisse promessa una mercede in denaro per l'uso di una cosa o un contratto innominato, *contractus innominatus do ut des*, se venisse stabilito da darsi qualche altra cosa. GIUSTINIANO insiste specialmente su questo carattere del commodato nel § 2 J. *Quib. mod. re contr. obl.* (3, 15): « Commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est; alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum ». E ciò conferma ULPIANO, fr. 5 § 12 D. h. t.: « Si merces intervenit, vel in factum, vel ex locato conducto agendum erit ». Se dopo finito l'uso vien dato qualche cosa a titolo di riconoscenza, un così detto *honorarium*⁵⁰⁾, non viene perciò a mutarsi la sostanza del commodato e neppure qualora una simile prestazione fosse stata promessa⁵¹⁾.

47) *Sulle Istit. di HEINECCIO*, § 772 n. 1.

48) *Princip. iur. rom.*, parte II, § 496 pag. 348.

49) Nell'HUFELAND, *Trattato di dir. civile* (ted.), V. 1 § 554, tale decisione è stata negletta.

50) L. 1 pr. D. *si mentor f. m.* (XI, 4). Talora anche *honor* come in L. 6 pr. D. *mand.* (XVII, 1) e in SENECA, *Controv.* I, 8.

51) V. A. F. TRENDELENBURG, « De honorario eiusque a mercede discrimin ». Chilonii 1775, § 8. Il commodatario non viene con ciò liberato nep-

p) Vedi l'art. 1806 del Cod. civ.

§ 857.

Obbietto del commodato. Obbligazioni del commodatario.

Oggetto di questo contratto ponno essere tutte le cose, che vengano prestate per un uso tale, che permetta dopo il suo esaurimento la restituzione in natura: siano esse mobili o immobili ⁴⁾. Per esempio io presto a taluno il solaio della mia casa perchè vi faccia asciugare la sua biancheria. Anche cose incorporali non sono escluse, per esempio esercizio di una servitù. Gli antichi giuristi romani erano però in proposito, come riferisce ULPIANO, fr. 1 § 1 D. h. t., di diversa opinione. LABEONE credeva che solo cose mobili potessero formare oggetto di commodato. CASSIO invece insegnava, che il commodato ha luogo pur nelle cose incorporali. L'ultima opinione riuscì a prevalere ⁵²⁾. VIVIANO procedette anzi tant'oltre, da affermare potersi concedere ad altri in commodato l'*habitatio*, che pure, quale *servitus*, è cosa incorporale. ULPIANO non respinge tale opinione, ma crede più sicuro di valersi dell'*actio praescriptis verbis* anzichè dell'*actio commodati*. Sono notevoli due passi di ULPIANO, presi entrambi dal libro 28 *ad Edictum*, e quindi da congiungersi l'uno all'altro:

1.º fr. 1 § 1 D. h. t.: « Inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem; commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendum dari etiam rem soli. Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat: Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ».

pure dall'obbligo di risarcire il danno da lui recato. V. Crist. ENRICO BREUNING, *Quaest. iur. contrav.* « An honorarii datio in contractibus gratiosis liberet a danno dato restituendo »? Lipsia 1772, § 3 e 4.

⁵²⁾ Un esempio di un commodato *aedium* vedi in GIUVENALE, *Sat.* VII, v: 42.

q) Vedi la prima Appendice del traduttore al § 857.

2.° fr. 17 pr. D. *de praescr. verbis* (XIX, 5): « Si gratuitam tibi habitationem dederò, an commodati agere possim? Et Vivianus ait posse. Sed est tutius praescriptis verbis agere ».

Sul vero senso di questi passi non son però d'accordo gl'interpreti. VOET⁵³⁾ opina non trattarsi di un comodato *iam constitutae habitationis*, ma di una *habitatio per commodatum constituenda* e ciò perchè ULPIANO altrove⁵⁴⁾ insegna che non si possa concedere altrui per liberalità l'*habitatio*, che si esercisce quale servitù, ma che solo si possa locare. Invece una servitù potrebbe costruirsi per comodato come si può per legato. Ciò poi non deve essere dubbio per la *habitatio*, dal momento che PAPINIANO e SCEVOLA lo confermano esplicitamente, siccome risulta dai testi seguenti:

fr. 27 D. *de don.* (XXXIX, 5): « Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: Quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo eoque uti. Defuncto Regulo, controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse; verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum, ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse. quod si expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit, quasi loco possessoris constitutus, qui usum coenaculi accepit ».

fr. 32 D. *eod.*: « Lucius Titius epistulam talem misit: Ille illi salutem. Hospitio illo quamdiu volueris utaris, superioribus diaetis omnibus gratuito idque te ex voluntate mea facere hac epistula notum tibi facio. Quaero an heredes eius habitationem prohibere possunt. Respondi: secundum ea quae proponerentur, heredes eius posse mutare voluntatem ».

Egli aggiunge anche l'argomento, che secondo l'avviso di POMPONIO nella L. 3 e nella L. 15 § 2 D. *de precario* (XLIII, 26) perfino le servitù prediali possono essere costituite per via di un precario; perchè non altrettanto per via di comodato? Col VOET va

⁵³⁾ *Comm. ad. Pand.* b. t. § 1 e lib. VII, tit. 8 § 6.

⁵⁴⁾ L. 10 pr. D. *de usu et hab.* (VII, 8).

pienamente d'accordo anche GIUSTO MEIER⁵⁵⁾. Invece FRANCESCO DUA-
BENO⁵⁶⁾ intende più correttamente il passo di ULPIANO nel senso,
che colui, che ha l'*habitatio*, ossia il *ius habitandi in aliqua domo*,
quale servitù, possa permettere ad un altro di abitare per un certo
tempo in quella casa e ciò sarebbe appunto il *commodare habitationem*.
ANTONIO FABRO⁵⁷⁾ è d'uguale avviso. Egli obietta a quella prima
interpretazione che la costituzione di una servitù per via di commo-
dato repugna totalmente alla natura di questo contratto, giacchè per
esso la cosa prestata deve essere a termine dell'uso restituita in natura.
Ciò non è possibile nella costituzione di servitù che di nuovo s'estingue
dopo il termine della concessione. Piuttosto è all'uopo ammissibile
un precario, poichè questo altro non richiede se non che l'istanza o
la preghiera da parte dell'accipiente e l'esercizio di una liberalità da
parte del concedente, che dura finchè a costui piaccia di revocarla.
« Quid vero interest », scrive questo giurista, « quantum ad liberalita-
tem exercendam pertinet, an concedam tibi uti ea re quae iam antea
fuerit mea, an eo iure quod nec meum adhuc fuerit nec tuum? et
quod revocata liberalitate, nec suum nec meum futurum sit? Sufficit
vero ad constituendum precarium, ut utilitatem aliquam et commo-
dum adferre possit accipienti, sive usus sive possessionis alicuius;
nec aliud quidquam exigitur, in quo manifeste differt a commodato ».
GIOVANNI GIACOBBE WISSENBACH⁵⁸⁾ tuttavia difende la prima opi-
nione e cerca di toglier forza all'argomentazione del FABRO, am-
mettendo nel *commodatum servitutum* una restituzione finta, come
nelle cose incorporali ha luogo una quasi-tradizione. Egli dice: Se
finito il tempo del commodato, l'altro seguita a usare contro la buona
fede, bisognerà agire perchè cessi di usare, il che facendo e per av-
ventura dando inoltre cauzione, s'intende che restituisca. Ma quanto
poco l'idea di una finta restituzione si comporta colla natura del
commodato, salta agli occhi. BACHOVIO⁵⁹⁾ e HOTOMANNO⁶⁰⁾ non ac-

55) *Colleg. iur. argenter.*, h. t. § 6.

56) *Comm. ad h. t. cap. 2 (Oper. pag. 952)*.

57) *De error. pragmat.*, Dec. LXXVII, Err. 7.

58) *Exerc. ad Pand.*, parte I, Disp. XXVII, Th. 9.

59) *ad Treuller.*, vol. I, Disp. XXIV, Th. 1 Lit. D.

60) *Observ.*, lib. III, cap. 23 pag. 63 (Basilea, 1574, 8).

cettano nessuna delle due spiegazioni, ma negano addirittura che ULPIANO parli del comodato di una cosa incorporale. Pel loro modo di vedere la parola *habitatio* qui non designa punto un diritto, ma proprio la casa. Ma secondo questa opinione il comodato della *habitatio* non differenzierrebbe dal comodato di una cosa immobile. E delle cose immobili il giurista aveva già sopra parlato. Le parole « *amplius etiam habitationem commodari posse* » provano piuttosto, come ha già ricordato giustamente Antonio SCHULTING ⁶¹⁾, che ULPIANO voleva trattare un argomento soggetto a dubbi maggiori, che non fosse quello del comodato delle cose immobiliari. Gerolamo von OROZ ⁶²⁾ finalmente crede che ULPIANO abbia avuto difficoltà ad accettare l'opinione di VIVIANO. Egli nega pertanto che le cose incorporali possono essere oggetto del contratto di comodato. La gratuita concessione della *habitatio* è donazione e non comodato. Ciò, a suo credere, insegna anco POMPONIO, fr. 9 pr. D. *de don.* (XXXIX, 5), ove dice: « *In aedibus alienis habitare gratis donatio videtur; id enim ipsum capere videtur qui habitat quod mercedem pro habitatione non solvit* ». Ma anche questa opinione non risponde allo spirito del testo. La frase *tutius est* prova certo, che in proposito erano sorti dubbi fra i giuristi romani. Ma che ULPIANO abbia rigettato senz'altro l'avviso di VIVIANO, non segue affatto. Dice piuttosto acutamente il WISSENBACH ⁶³⁾: « *Hoc in more fuit positum prisca ICTis ut ubi aliqua vel levis dubitatio esset, an competeret actio ordinaria, simul proponerent actionem praescriptis verbis. Itaque fateor hoc quod solum probat d. L. 17 dubitasse quosdam, an commodatum esset etiam rerum incorporalium: atquin fuisse etiam qui hoc affirmarent, apertissimum est ex d. L. 1 § 1 in f. Commod. Et Ulpianus in d. L. 17 ita proponit actionem praescriptis verbis, ut non neget actionem commodati. Qui enim dicit tutius esse praescriptis verbis agi, utique commodati agi posse fatetur et concedit* » ⁶⁴⁾. Fra tutte le spie-

⁶¹⁾ *Theo. controv.*, Decad. XLVIII, Th. 1.

⁶²⁾ *De apicibus iur.* (Lugd. 1661) lib. III, c. 7 n. 8 pag. 227.

⁶³⁾ l. c.

⁶⁴⁾ Nei *Basilici* t. II, lib. XX, tit. 4 c. 17 pr. pag. 506, si ricorda espressamente l'azione di comodato dicendovisi: « 'Ean paráschô soi dôron oikêsin, échô tèn epì tois kechréménois agôgên; asphalésteron dè tèn perì tòn pro-

gazioni della L. 17 rimane dunque la migliore quella di DUARENO, cui sottoscrive anche il FABRO. Nè si oppone ad essa il fr. 10 pr. D. *de usu et habit.* (VII, 7) citato dal VOET. Poichè Antonio FABRO⁶⁵⁾ ha molto bene risposto, che fra il comodato di cui qui è parola e una donazione, di cui parla il fr. 10 cit., vi è la differenza, che il comodato « *semper certo usu* » — com'egli s'esprime — « *certoque tempore concluditur, non etiam donatio; quamvis extra hanc differentiam proxime accedat commodatum ad donationem, quia uterque contractus ex mera concedentis liberalitate proficiscitur, cum gratuitum ut diximus commodatum esse debeat* ». Le altre leggi poi neppur parlano di una servitù di *habitatio*, ma solo del permesso di abitare *gratis* nella casa altrui concesso a mo' di donazione e la questione era principalmente quella, se una tale concessione potesse sussistere dopo la legge Cincia, per cui *ab antiquo* era stato posto un certo *modus* alle donazioni, come hanno dimostrato il CUIACIO⁶⁶⁾, il CONNANO⁶⁷⁾, il BALDUINO⁶⁸⁾, il GEFANIO⁶⁹⁾, lo SCHULTING⁷⁰⁾ e il BRUNNER⁷¹⁾. Anche cose altrui possono darsi in comodato, risultando valido il contratto fra le parti, per quanto entrambe consapevoli. PAOLO dice espressamente nella L. 15 D. *Comm.* (XIII, 6): « *Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus* »⁷²⁾. Anzi perfino ad un ladro, che ha prestato ad altri la cosa rubata, compete l'azione di comodato e non gli può essere negata la restituzione pel motivo, che il commo-

gegramménôn sumphônôn agôgên kinein » e cioè: « *Si gratuitam tibi habitationem dederò, commodati actionem habeo. Sed est tutius praescriptis verbis agere* ».

⁶⁵⁾ *Ration. in Pand.* ad L. 1 § 1 D. h. t., n. a.

⁶⁶⁾ *Obs.*, lib. XVII, c. 33 e lib. XXI, cap. 37.

⁶⁷⁾ *Comm. iur. civ.*, lib. V, cap. 9 n. 6.

⁶⁸⁾ *Disp. duae de iure civ. ex Pap.*, Disp. I, ad L. 5 D. *transact.*, pag. 326 (ed. GUNDLING, Halle 1730, 8).

⁶⁹⁾ *Lecturae Altorph.*, ad L. 9. L. 27 et 32 *de don.*

⁷⁰⁾ *Theis. controv.*, Dec. XLVIII, Th. 2.

⁷¹⁾ *Comm. ad l. Cinciam*, c. 12 (*Opusc.* ed. BREYER), Lipsia 1716, pagina 188.

⁷²⁾ « *Quia ex contractu persona obligatur, non res* »: dice COCCIO, *Iur. civ. contr.*, h. t. Qu. 1. Si vegga anche il LAUTERBACH, *Coll. th. pr. P. h. t.* § 7 e VOET, *Comm. h. t.* § 1.

dante non è il legittimo proprietario, come insegna MARCELLO nella L. 16 *ibid.*, dicendo: « It ut, etsi fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem ». Il ladro non può certo avere azione dal suo fatto illecito ⁷³⁾. Ma qui egli non agisce come ladro, bensì come commodante. Si distingue dunque il fatto del furto dal comodato. L'ultimo in sè è lecito e dà un'azione anco al ladro, col quale tanto più egli può insistere per la restituzione, in quanto che egli ne risponde verso il domino ⁷⁴⁾. Se però si fanno avanti insieme il proprietario e il ladro, bisogna vedere se è senz'altro chiaro il dominio del primo e il dolo del secondo o se occorre una ulteriore disamina. Nel primo caso secondo l'equità del diritto civile è preferito il dominio al commodante ⁷⁵⁾. Nell'altro caso invece la cosa dev'essere restituita al commodante e il preteso proprietario deve poi far valere contro questo le sue pretese ⁷⁶⁾. Poichè un credito liquido non può essere sospeso dall'illiquido intervento di un terzo, purchè a costui non provenga dalla esecuzione un danno irreparabile ⁷⁷⁾.

Anche cose fungibili, come già si è avvertito, ponno essere comodate in quanto sia possibile di usarne nel modo pattuito senza consumazione o alienazione ⁷⁾; per esempio denaro per semplice pompa e ostentazione. Oltre questa ipotesi, per le cose fungibili che nell'uso cui sono ragionevolmente destinate devono esser consumate

⁷³⁾ L. 12 § 1 *de furtis*, D. XLVII, 2.

⁷⁴⁾ CULACIO, *ad Pauli* lib. XXIX *ad Edl.* ad L. 15 D. h. t. e A. SCHULTING, *Thes. controv.*, Dec. XLVIII, Th. 4.

⁷⁵⁾ Arg. L. 31 § 1 D. *Depositum* (XVI, 3). VOET, *Comm. ad Pand.*, h. t. § 2. — COCCEJO, *Ius. civ. contr.*, h. t. Qu. 2.

⁷⁶⁾ SAM. STRYK, *Us. mod. Pand.*, h. t. § 11 e M. G. WERNHER, *Lectiss. comm. in P.* h. t. § 9.

⁷⁷⁾ V. G. E. BEN. EMMINGHAUS *ad COCCEJ*, *Ius. civ. contr.*, Tom. II, h. t. Qu. 2 not. x pag. 236 e questo *Comment.* Parte VI § 531 pag. 479 (versione it., lib. V § 531).

⁷⁾ Lo ZACHARIAE-CROME, l. c., § 371, dice che « la cosa non deve appartenere alle cose inconsumabili o almeno la inconsumabilità deve essere stabilita per convenzione ». Sarà molto più esatto parlare infatti di cose consumabili, anzichè di fungibili, come si fa nel testo. Un esemplare di una data edizione di un libro è regolarmente cosa fungibile eppure attissima a formare oggetto di comodato. È poi proprio la consumabilità, che ripugna all'essenza e alla funzione del comodato.

o che non possono essere usate senza alienazione non ha luogo comodato ⁷⁸⁾. Qui però non vanno adottati gli abiti, non essendo dubbio che essi possano costituire oggetto di tale contratto ⁷⁹⁾. Infine deve osservarsi che anche le cose ecclesiastiche ponno essere colle dovute norme commodate. Però se esse sono destinate al culto non possono essere commodate che ad un'altra chiesa per uguale servizio ⁸⁰⁾.

Le obbligazioni del commodatario consistono in ciò:

1.° Egli è tenuto a restituire lealmente la cosa comodata a uso finito e non può rifiutarvisi per qualsivoglia pretesto. La restituzione però deve

a) avvenire in natura ⁸¹⁾; benchè la cosa sia stata stimata, qualora l'estimazione non sia avvenuta *venditionis causa* ⁸²⁾; chè allora può e deve essere pagato il valore della cosa ⁸³⁾. Tuttavia nel dubbio non si presume una tale estimazione nei contratti, in cui non si trasmette il dominio ⁸⁴⁾;

b) la cosa dev'essere resa in buono stato. ULPIANO dice nella L. 3 § 1 D. h. t. « Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita nisi quod interest praestetur. Proprie enim dicitur res non reddita quae deterior redditur ». Se la cosa è danneggiata per colpa del commodatario, egli ne risponde ⁸⁵⁾ e bisogna all'uopo distinguere se la cosa è tanto guasta da non avere più valore per il commodante o se invece può da costui venire ancora adoperata. Nel primo caso il commodatario deve pagare il valore della cosa intera e il commodante non è obbligato ad accettare la cosa guasta o un'altra cosa della stessa specie ⁸⁶⁾. Nel secondo caso il commodatario non va contro il suo dovere restituendo la cosa in natura e riparando inoltre in pecunia il danno recato ⁸⁷⁾. In nes-

⁷⁸⁾ fr. 36 § 6 D. h. t. XIII, 6.

⁷⁹⁾ fr. 5 § 8 D. h. t. ZIEGLER, *De commodato*, Th. 66 e 67.

⁸⁰⁾ Così in genere i canonisti.

⁸¹⁾ L. 2 pr. D. *de reb. cr.* (XII, 1).

⁸²⁾ ZIEGLER, *diss. cit.*, Th. 81-85.

⁸³⁾ A. FABRO, *Ration. in Pand.*, ad L. 5 § 3 D. h. t.

⁸⁴⁾ REINHARD, *De commodato*, § 17 e STRYK, *Us. mod. Pand.*, h. t. § 4.

⁸⁵⁾ L. 10 pr. L. ult. D. h. t. XIII, 6.

⁸⁶⁾ COCCEJO, *Iur. civ. contr.*, h. t. Qu. 7.

⁸⁷⁾ BACHOVIO ad TREUTLER., vol. I, Disp. XXIV, Th. 2.1. F. — BOECKEL-

suna guisa poi dal fatto che il commodante (pur sapendola deteriorata) ha ricevuto indietro la cosa guastata può presumersi o derivarsi, ch'egli abbia voluto rinunciare al diritto d'essere risarcito ⁸⁸⁾.

c) La cosa deve essere restituita con tutti gli accessori non spettanti al commodatario e coi frutti. Per esempio la cavalla col puledro, nato tanto prima quanto durante il comodato ⁸⁹⁾. Rispetto ai frutti occorre vedere se, secondo l'intenzione dei contraenti, non si poteva fare alcun uso della cosa prestata senza il godimento dei medesimi o se invece l'uso era possibile senza di essi, affatto distinto da essi. In quel caso il commodatario gode durante il contratto i frutti, ma deve restituire la cosa in quello *status fructiferus*, in cui l'ha ricevuta ⁹⁰⁾. Nel secondo invece il commodatario deve restituire i frutti al commodante ⁹¹⁾. Donde si capisce quello che dice PAOLO, L. 38 § 10 D. *de usur.* (XXII, 1): « si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet. videamus de fructibus. Et quidem in deposito et comodato fructus quoque praestandi sunt ». Anco il lucro, che il commodatario ha tratto dalla cosa, senza che la cosa a lui fosse per tal fine prestata, dev'essere restituito al commodante. Per esempio la mercede, se per avventura il comodatario ha locata la cosa. POMPONIO nel fr. 13 § 1 h. t. conferma questo col seguente esempio: « Si quem quaestum fecit is qui experiendum quid accipit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit ei, qui experiendum dedit, neque enim ante eam rem quaestui cuquam esse oportet priusquam periculo eius sit » ⁹²⁾. Il caso che qui decide

MANN, *Comm. in Dig.*, h. t. § 6. — SCHULTING, *Thes. controuv.*, Dec. XLVIII, Th. 9. — STRUV., *Synt. iur. civ.*, Ex. erc. XIX, Th. 8. — LAUTERBACH, *Coll. ih. pr. Pand.*, h. t. § 17 e ZIEGLER, *De comodato*, Th. 129-131.

⁸⁸⁾ D'altro avviso è VOET, *Comm.*, h. t. § 7. Ma si vegga COCCEJO, *Iur. civ. contr.*, h. t. Qu. 6.

⁸⁹⁾ L. 5 § 9 D. h. t., XIII, 6. L. 14 § 15 *De furtis*, D. XLVII, 2. — Hugo DONELLO, *Comm. ad tit. Cod. De Comodato*, num. 19.

⁹⁰⁾ JENSIO, *Stricturae*, ad L. 38 § 10 D. *de usur.*, pag. 165 sg. (Lugd. Batav. 1764) e HÖPFNER, *Commentario sulle Istituzioni di EINECCIO* (ted.) § 777 num. 1.

⁹¹⁾ DONELLO, l. c. num. 19 pag. 128. — MÜLLER, ad Struv. Exerc. XIX, Th. 7 not. γ. — FRANTZKIUS, *Comm. ad Pand.* h. t. num. 32.

⁹²⁾ Ho seguito qui la corretta lezione di BAUDOZA e di ALOANDRO, che viene preferita alla fiorentina anche da Gio. JENSIO nelle *Stricturae* ad h.

POMPONIO è, come lo spiega Gerardo NOODT⁹³), il seguente. Il venditore presta a colui, che gli vuole comperare un animale da tiro, l'animale stesso prima di conchiudere la vendita perchè possa meglio sperimentarlo. Ma costui loca l'animale ad un altro. Si domanda a chi spetti la mercede e POMPONIO decide molto giustamente a favore di colui, che ha dato l'animale in prova. L'accipiente non può vantare alcun diritto poichè la compravendita non era ancora stata conchiusa. Poichè non può discorrersi di un lucro del compratore prima che in lui sia trapassato il pericolo. In sè tutto ciò è fuori di dubbio. Solo circa l'azione da esperirsi, LABEONE in un caso analogo reputava doversi anche dare l'azione *praescriptis verbis*⁹⁴), sebbene dato il titolo in cui appare il frammento di POMPONIO, non sia da dubitarsi che competa l'azione di commodato. Più controversa era invece la questione se, avvenuto il furto della cosa commodata e avendo il commodatario, prevenendo il proprietario, istituito l'azione di furto e ottenuto la pena pecuniaria, egli sia tenuto a restituire pur questa al commodante domino. Gli antichi giuristi erano su ciò di diverso avviso e anche PAPINIANO non fu sempre della stessa opinione. Solo GIUSTINIANO decise la controversia nel senso, che in tal caso il lucro della pena non spetti al domino, ma al commodatario, che risponde del pericolo della cosa e dovrebbe risarcirne il proprietario, quando anche non si fosse scoperto il ladro. Si legge infatti nella L. ult. § 3 Cod. *de furtis*: « Sed cum in secundam dubitationem inciderunt, quid statuendum sit si quis rem commodatam habuerit, quam aliquis furto subtraxerit et lite pulsatus condemnationem passus fuerit, non tantum in rem furtivam, sed etiam poenam furti et postea dominus rei venerit, omnem condemnationem accipere desiderans, utpote ex suae rei occasione orta, alia dubitatio incidit veteribus, utrumne rem tantum suam vel eius aestimationem consequatur, an etiam summam poenalem. et licet ab antiquis variatum est et ab ipso Papiniano in contrarias declinante sententias, tamen nobis hoc decidentibus Papi-

L. pag. 106 sg. La fiorentina non ha *ei* dopo *praestabit* e dopo *quaestui* legge *cuique* invece di *quam*.

⁹³) *De foenore et usur.*, lib. I cap. 8 (*oper.* I, 191).

⁹⁴) L. 20 D. *pr. verb.* XIX, 5.

nianus ⁹⁵), licet variaverit, eligendus est, non in prima sed in secunda eius definitione, in qua lucrum statuit minime ad dominum rei pervenire. ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur, ne sit damno tantum deditus qui rem commodatam accepit, sed licet ei etiam lucrum sperare ».

d) La restituzione non deve essere ritardata per qualsiasi pretesto *). Per esempio non col pretesto di un debito con cui il commodato non abbia relazione. L. ult. C. h. t. dice: « Praetextu debiti restitutio commodati ⁹⁶) non probabiliter recusatur ». Per crediti connessi invece il commodatario può certo ritenere la cosa; per esempio se il commodatario ha fatto intorno alla cosa commodata delle spese, che gli devono essere risarcite. Quindi PAOLO nella L. 15 § 2 *de furtis* XLVII, 2 dice: « Si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem; quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit ». Lo stesso conferma GIULIANO, L. 59 D. *eod.* Queste prescrizioni non furono abrogate dalla L. ult. C. h. t. Poichè questa legge è un semplice rescritto degli Imperatori DIOCLEZIANO e MAS

⁹⁵) Nelle Pandette non si trovano testi chiari su queste diverse opinioni di PAPIANO. Em. MERILLO nelle *Expositiones in L. Decis. Iust.* N. XIII ad L. ult. § 3 C. *de furt.* (opp. parte II, pag. 36) crede tuttavia di aver scoperto nelle Pandette qua e là tracce di questa variazione papiniana. Vedi pure anche Fr. BALDUINO, *Iustin.*, lib. II, pag. 141 sqq. (ed. 1596, 8).

⁹⁶) La critica di CUJACIO (*Obs.* IX, 37), che vuol leggere *commendati* in luogo di *commodati* e intendere la legge del solo deposito fu già da un pezzo confutata da G. FORNERIO, *Select.* I, 4 (*Thes. iur. rom.* di OTTO, II, 62).

s) Anche pel nostro Cod. civ., art. 1289, num. 2, la compensazione non ha luogo... « quando si tratta della domanda per la restituzione del deposito o del commodato ».

Rispetto poi al diritto romano, bisogna avvertire che in diritto romano l'esclusione della *compensatio*, pur trattandosi di *iudicium bonae fidei*, qui derivava dalla *natura arbitraria* dell'azione. Ad ogni modo è certo, che anco pel diritto giustiniano il commodatario può far valere le sue ragioni *ex eadem causa* e il commodante non ottiene condanna che rimborsando le spese. Cfr. in proposito l'APPLETON, *Histoire de la compensation*, pagine 495 e 496, il quale respinge anche la correzione proposta dal CUJACIO di cui fa cenno il GLÜCK.

Sulle notevoli difficoltà che procura l'art. 1289 del Codice civile (= art. 1293 Cod. francese) vedi lo stesso APPLETON, o. c., pag. 501 seg. — DESJARDINS nel suo *Studio sulla compensazione*, pag. 411. — AUBRY et RAU, *sur Zachariae*. § 327, n. 3. — DELVINCOURT, II, pag. 578. — TOULLIER, VII, pag. 383. — DURANTON, XII, pag. 449.

SIMIANO. Nei rescritti non solevano gl'imperatori romani mutare il diritto anteriore, ma solo interpretare il diritto vigente e decidere secondo esso. La L. ult. C. h. t. non può quindi intendersi che di un debito non connesso, giacchè è principio noto che il diritto di ritenzione non si può esercitare che per crediti connessi ⁹⁷⁾. Il commodatario non può di regola opporre al commodante l'eccezione di compensazione ⁹⁸⁾. Si applica qui il principio che una *species* non può essere compensata con un *genus*. Un'eccezione ha però luogo, quando il commodante coll'azione diretta di comodato persegua non la cosa stessa, ma il suo valore. Ciò accade per esempio per essere la cosa perita per colpa del commodatario o per essere stata estimata *venditionis causa*. Chè, dal momento che qui il commodatario deve non una cosa individuale, ma una quantità, nulla si oppone alla compensazione, se alla sua volta il commodante è pur debitore di una quantità ⁹⁹⁾. Finalmente anche il commodatario non può efficacemente op-

⁹⁷⁾ D'altro avviso sono però G. VOET, *Comm. ad Pand.*, h. t. § 10 e HOFACKER, *Princip. iur. civ. R. G.*, tom. III, § 1877. Ma veggasi il VINNIO, *Sel. iur. quaest.*, I, 51, lo SCHULTING, *Theor. contror.*, Dec. XLVIII, Th. II. — DONELLO, *Comment.*, ad L. ult. Cod. h. t. num. 6. — EV. OTTONE, *Comm. ad § 30 I. de action.* (IV, 6) num. 5. — G. L. BOEHMER, *Diss. de iure retentionis* § 13 (nei suoi *El. iur. civ.*, Tom. II, Exerc. XIII, pag. 636). — THIBACT, *Teoria della interpretazione logica del diritto romano* (ted.) § 38 pag. 162 della 2.^a ed. e C. A. GÜNTHER, *Princip. iur. rom. priv.*, tom. II, § 1020.

⁹⁸⁾ C. Fed. WALCH, *Introd. in contr. iur. civ.*, Sect. III, cap. IV, Membr. II, Subs. III § 6. — F. G. TRENDELBURG, *De compensatione commodati*, Gottinga 1850 e JESTES, *De compens. circa rem commodatam instituenda*, Königsb. 1752.

⁹⁹⁾ L. 18 § ult. D. h. t. « Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur potest salvum habere iure pensationis ». In riguardo a questo passo affermano molti giuristi, che la compensazione abbia luogo solo per le spese sostenute dal commodatario; per esempio G. FORNERIO, *Sel. II*, 14. — PACIUS, *Enantioph.*, Cent. IV, Qu. 44. — WESTENBERG, *Princip. iur. sec. ord. Pand.*, h. t. § 30. Ma secondo il § 30 I. de act. e la L. fin. pr. et. § 1 Cod. de comp. deve piuttosto ritenersi, che sia lo stesso, tanto se la quantità dovuta dal commodatario al commodante derivi dallo stesso contratto quanto se abbia altro fondamento. V. DONELLO, *Comm.* ad § 30 I. de act., num. 10. — VINNIO, in *Comm.* ad § 30 I. *ibid.* num. 3. — ZOESIO, *Comm. ad Pand.*, h. t. num. 22 e 23. — HUNNIUS, *Var. Resol. iur. civ.*, lib. III, Tract. III, parte III, Qu. 4. — LAUTERBACH, *Coll. th. pr. Pand.*, h. t. § 26. — BOECKELMANN, *Comm. in Dig.*, h. t. § 18. — STRUV, *Synt. i. c.* EX. XIX, Th. 12.

porre l'eccezione di proprietà: che cioè la cosa ridomandatagli dal commodante in forza del contratto gli appartenga. Non può cioè pretendere che la restituzione della cosa venga differita a quando sarà totalmente esaurita tale eccezione ¹⁰⁰). Poichè, se il contratto è provato o ammesso dal commodatario, non puossi negare che costui in forza del contratto possedga la cosa in nome altrui e deve quindi lasciar valere le conseguenze di siffatto possesso secondo il contratto. Volendosi affermare il contrario, si potrebbe facilmente abusare del contratto per agevolare non rette intenzioni. Colui che intende di pretendere la cosa potrebbe farsela commodare da chi ora la tiene per poi spacciarsene proprietario quando essa venga ridomandata. Se il convenuto potesse coll'eccezione di proprietà ottenere che fino a esaurimento di essa venisse sospesa la restituzione della cosa, egli verrebbe arbitrariamente a privare il possessore attuale del vantaggio del possesso durante il giudizio. Non così se l'opposta obbiezione del dominio del commodatario potesse da lui subito dimostrarsi. Qui il convenuto potrebbe con tale eccezione rifiutare a buon dritto la restituzione della cosa. LEYSER ¹) è d'altro avviso. Egli stima che il commodatario non debba essere ascoltato colla sua *exceptio dominii*, ancorchè fosse pronto a provarla immediatamente. Il suo motivo è che col rifiuto della restituzione il commodatario si fa reo di uno *spolium* ²) e quindi s'ha da applicare la nota regola: « *spoliatus est ante omnia restituendus* ». Ma a tale opinione si oppongono le seguenti ragioni. Se l'eccezione della proprietà è liquida, per la L. 45 D. *de div. R. I.* (L, 17) il comodato è nullo. Sarebbe quindi un manifesto cavillo, da equipararsi secondo le fonti al dolo, se il commodante volesse insistere per la restituzione di una cosa, la cui pro-

¹⁰⁰) WEBER, *Contributi alla dottrina delle azioni giudiziarie e delle eccezioni* (ted.) Nr. 14 (Fasc. 2 e 3), pag. 85 sg.

¹) *Med. ad Pand.*, vol. III, Spec. 153 med. 2.

²) L. 20 D. *de A. et A. P.* (XLI, 2). Ma in questa legge si tratta di ciò, se il commodante perda il possesso pel fatto che il commodatario si usurpa la cosa. Una tal perdita può derivare anche dalle illecite azioni dei terzi e in specie dal detentore della cosa. Ma non deriva che il commodatario possa farsi valere come possessore civile e possa far ritenere legittimo acquisto di possesso la sua arbitraria usurpazione.

prietà è chiaramente dimostrata dall'avversario, mentr'egli poi la dovrebbe subito restituire al commodatario. « Dolo facit qui petit quod redditurus est », dice PAOLO, L. 8 pr. D. *de doli mali et metus exc.*, con cui s'accorda il Papa Bonifacio VIII nel cap. 59 *De Reg. Jur.* in 6.º Come può dunque il commodatario farsi reo di uno spoglio, mentre rifiuta di restituire una cosa, da cui l'esonerano le stesse leggi?

2.º Il commodatario è tenuto non solo nell'uso della cosa commodata (rispetto alle sue azioni correlative) ad evitare possibilmente tutte le colpe, ma anche ad applicare la massima cura tanto per la conservazione della cosa stessa, che forma l'oggetto del contratto, quanto di ciò, che alla cosa stessa appartiene, sicchè nel caso di un imminente pericolo non può salvare a preferenza le cose proprie. Egli dunque è tenuto non solo per dolo e colpa, ma anche per *diligentia et custodia*, cioè per ogni anco menoma colpa, per cui la cosa sia danneggiata o si perda o perisca. Solo egli non risponde del danno avvenuto per mero caso; risponde però di ogni furto ³⁾. § 3 I. *Quib. m. re contr.* (3, 15): « At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur; nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter maiorem vim maioresve casu non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenit ». L. 5 § 2 D. h. t.: « Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur et ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam ». § 4 *eiusd.* L. (vedi sopra), § 5 *eiusd.* L. « Custodiam plane rei etiam diligentem debet praestare ». § 9 h. L. « Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat; utputa equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te custodiam praestare debere, veteres responderunt ». § 15 d. L.

³⁾ COCCEJO, *Jur. civ. contr.*, h. t. Qu. 8. V. LÖHR, *Contributi alla dottrina della colpa* (ted.) Sez. 3 e 4. — SCHOEMAN, *Teoria del risarcimento dei danni* (tedesco) parte I, pag. 191 e seg. — HUFELAND, *Trattato di diritto civile*, v. 1 § 555.

« Si duobus vehiculum commodatum sit — pro parte quidem effectu me usum habere — sed esse verius et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere ». L. 18 pr. D. h. t. — L. 1 § 4 D. *de O. et A.* (XLIV, 7): « Is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest (veluti incendio, ruina, naufragio) rem quam accepit, amiserit, securus est; alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit ». L. 14 § 15 *de furtis* XLVII, 2: « Non solum autem in re commodata competit ei, cui commodata est, furti actio; sed etiam in ea, quae ex ea adgnata est, quia et huius custodia ad eum pertinet. Nam et si servum tibi commodavero et vestis eius nomine furti agis, quamvis vestem, qua vestitus est, tibi non commodaverim. Item si iumenta tibi commodavero, quorum sequela erat eculeus, puto competere furti actionem, etiam eius nomine, quamvis ipse non sit commodatus ». L. 14 § 10 D. *eod.*: « An pater, cuius filio commodata res est, furti actionem habeat, quaeritur. Et Julianus ait patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat. Sicut (inquit) is, qui pro eo cui commodata res est fideiussit, non habet furti actionem. Neque enim, inquit is cuiuscunque interest rem non perire habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit ». § 16 *eiusd.* L. « Et puto omnibus quorum periculo res alienae sunt, veluti commodatae — si hae subreptae sint, furti actionem competere ». — Sempre però si presuppone il caso, che il commodatario abbia l'esclusivo vantaggio del negozio. Se si muta questo rapporto, abbiamo eccezioni. Il commodatario è a) tenuto solo per la culpa lata, se il contratto non mira che al vantaggio del commodante. L. 5 § 10 h. t. D. « Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, utputa si quis ita convenit, vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori quo honestius culta ad se deduceretur ». Invece b) presta la *culpa levis* e la custodia, come nel pegno, se il comodato è a vantaggio d'ambo i contraenti. L. 18 pr. D. h. t. « In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res. At si utriusque, ve-

luti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisti, et ego argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ita ut culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis » ⁴⁾ ⁵⁾).

3.° Inoltre il commodatario deve sopportare le spese necessarie all'uso, per esempio quelle indispensabili a conservar la cosa, come il mantenimento del cavallo, senza distinguere se siano grandi o piccole. Invece le spese straordinarie richieste dalla conservazione o restaurazione della cosa (ad esempio spese di cura) il commodatario sopporta (ove non vi abbia colpa) solo in quanto siano moderate e cioè la spesa non superi il profitto avuto. GAIO dice: L. 18 § 2 D. h. t.: « cibarium impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accipisset. Sed et id quod de impensis valetudinis aut fugae diximus ad maiores impensas pertinere debet; modica enim impendia verius est, ut, sicuti cibarium, ad eundem pertinent » ⁶⁾).

§ 858.

Responsabilità del commodatario per il fatto di coloro, per mezzo di cui rimanda la cosa al commodante. Responsabilità di più commodatarii o di più eredi.

Qui si presentano le seguenti questioni:

I. Se la cosa prestata è perita per colpa di un terzo, per cui mezzo il comodatario la rimandava al commodante ⁷⁾, come il com-

⁴⁾ Si confrontino le L. 13 § 1 e L. 14 D. *de pign. a.* (13, 7), L. 19 Cod. *de pignor.*, L. 10 §. 2 D. h. t. (XIII, 6). G. NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.* tom. II, pag. 320. GONZALES TELLEZ, *Comm. in Decretales*, tom. III, *ad cap. un. X de comm.*, num. 9 pag. 244.

⁵⁾ Vedi la seconda appendice del traduttore al § 857.

⁶⁾ Cod. civ., art. 1813: « Il commodatario che ha fatto qualche spesa per potersi servire della cosa commodata non può ripeterla ».

⁷⁾ Vedi le cose dette nella seconda Appendice citata.

modatario risponderà per il danno? Si devono distinguere a tal riguardo varii casi:

a) Il commodante stesso ha indicato al commodatario la persona, per cui dovevasi rimandare a lui la cosa. Per esempio a tal uopo egli manda il proprio servitore. Qui il commodatario a nulla è tenuto ⁵⁾, a meno che a lui stesso possa farsi carico di una imprudenza che lo renda responsabile; si ponga ad esempio che egli fosse consapevole che quel servitore era un uomo infedele, mentre ciò era ignoto al suo padrone ⁶⁾.

b) Il commodatario senza incarico del commodante ha scelto la persona per rimandare la cosa. Qui la restituzione avviene a pericolo del commodatario, sia ch'egli abbia all'uopo adoperato il proprio dipendente, sia che abbia adoperato quello del commodante, ch'era stato da costui mandato solamente per fargli memoria della restituzione, sia finalmente ch'egli abbia incaricato qualche altro ⁷⁾; a meno che l'intero negozio fosse conchiuso nell'interesse esclusivo del commodante. Poichè qui il commodatario non risponde, se non quando nella scelta del portatore abbia commesso un dolo od una colpa ⁸⁾. Se però il commodatario avesse consegnata la cosa ad una persona che gli era nota come onestissima e tale, che non sarebbe stato mai da ritenere che si potesse rendere colpevole di infedeltà o di trascuranza, siccome invece è risultato dall'evento posteriore, il commodatario va scusato e tutto il danno spetta al commodante ⁹⁾.

II. Come rispondono più persone che hanno assunto insieme la stessa cosa a comodato? ²⁾.

⁵⁾ L. 12 § 1 D. h. t.

⁶⁾ GRIESINGER, *Comm. sul diritto del Württemberg* (ted.), vol. I, § 39 pagina 67 seg.

⁷⁾ L. 10 § 1. L. 11. L. 12 § 1 D. h. t. VOET, *Comm. ad Pand.*, h. t. § 6 o V. Ad. LAUTERBACH, *De nuncio*, Tubinga 1660, § 55.

⁸⁾ L. 11 e L. 12 pr. D. h. t. GRIESINGER, l. c. § 38 pag. 66 e HUFELAND, *Trattato di diritto civile* (ted.) v. 1 § 556 not. 1 pag. 227.

⁹⁾ L. 20 D. h. t. WERNHER, *Sel. obs. for.*, tom. I, parte IV, Obs. 214 numero 16. — SCHULTING, *Theis. cont.*, Decad. XLVIII, Th. 8.

²⁾ Cod. civ., art. 1814: « Se più persone hanno unitamente preso a prestito la stessa cosa, ne sono obbligate in solido verso il commodante ».

Per diritto romano controversa è la misura della responsabilità nella ipotesi di più commodatari. Di questa tratta un difficile passo del nostro titolo, il fr. 5 § 15:

a) Per la cosa stessa naturalmente in solido.

b) Se però si deve l'*acestimatio*, è controversa la misura dell'obbligo. Secondo alcuni¹⁰⁾: i singoli commodatarii non sarebbero

¹⁰⁾ HUBER, *Prael. ad Pand.* h. t. § 2. — ZIEGLER, *Diss. de commodato*, Th. 145. — COCCEJO, *Iur. civ. contr.*, h. t. Qu. 5. — WERNHER, *lectiss. comm. in Pand.*, h. t. § 11. — DABLOW, *Manuale del diritto privato* (ted.) parte II, Sez. II, § 1216. — WALCH, *Controv. iur.*, pag. 535 e HUFELAND, *Trattato cit.*, § 555, nota 4.

« si duobus uehiculum commodatum sit uel locatum simul, Celsus filius scripsit — quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur — — sed esse uerius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere; quare duo quodammodo rei habebuntur et si alter conventus praestiterit liberabit alterum ».

Una cosa deve ammettersi come sicura e cioè che l'ultima frase è interpolata. — L'interpolazione risulta e dall'esplicito paragone coi *rei promittendi* e dalla mancanza di oggetto al verbo *praestiterit* e soprattutto dalla parola *conuentus*. Forse che solo il pagamento successivo al processo aveva tale efficacia liberatoria? ¹⁾

Da questo passo, il quale del resto è stato in più altri modi alterato, senza che ci sia dato escogitare gli opportuni rimedi, appare, che gli stessi giuristi classici erano dubbiosi circa questo punto: taluni proponevano di tener responsabili *pro parte* i singoli commodatarii, mentre altri, fra cui CELSO seguito da ULPIANO, inclinavano a tenerli responsabili in solido, in modo però che, contestata la lite con uno di essi, gli altri venissero liberati. In diritto giustiniano tale efficacia liberatoria non compete più alla contestazione di lite, in forza della nota costituzione Cod. 8, 40, 28 ²⁾.

Del resto siffatta responsabilità non presuppone che ciascuno versi in colpa. Lo stesso CELSO dice senza distinguere che si tratta di rispondere *in totum* del dolo, della colpa, della diligente custodia. — Ordinariamente, quando l'uso è comune, sarà pure comune la colpa, benchè non nel medesimo grado; per esempio alla maliziosa condotta dell'uno corrisponderà la mancata vigilanza dell'altro. Ma anche se la colpa fosse di uno solo dei due commodatari, pei principii generali in materia di correalità, ne risponderà anche l'altro ed è così che noi abbiamo nella *Enciclopedia giuridica* alla v. *Obbligazione* spiegato il passo di CELSO, mettendolo in relazione con altri testi e con tutta la dottrina della correalità. Diversa, ma in questa parte a mio credere non accettabile, è la esposizione dell'ASCOLI, l. c.; nè pienamente soddisfacente era la mia, *Arch. Giur.*, vol. cit., pag. 111.

Ordinariamente si stima contraddittorio al citato fr. 5 il fr. 21 § 1 h. t. di AFRICANO:

« In exercitu contubernaliibus uasa utenda communi periculo dedi, ac deinde meus seruus subreptis his ad hostes profugit et postea sine uasis receptus est, habiturum me commodati actionem cum contubernaliibus constat *pro cuiusque parte* ».

Che tra GIULIANO (AFRICANO!) e CELSO vi fosse divergenza di parere, tanto più in

¹⁾ Cfr. ASCOLI, *Obbligazioni solidali*, pag. 33. — EISELE, *Archiv f. die civ. Pr.*, LXXVII, 435 seg.

²⁾ « Osserva — scrive lo STEFANO in h. l. — come non solo nella stipulazione, ma anco nel commodato due possono essere solidamente tenuti, come *rei promittendi*. »

tenuti che *pro rata*. Tale opinione vale anche in pratica ¹¹⁾. Secondo la più corretta opinione di altri ¹²⁾ essi sono tenuti in *solidum*

¹¹⁾ SCHILTER, *Prax. iur. rom.*, Ex. XXV, § 25 e 26. — BERGER, *Oec. iur.*, lib. III, tit. 2 Th. 7 n. 1.

¹²⁾ DUARENO, ad h. t. cap. 8 (*Oper.* pag. 957 sg.). — CUJACIO, *Observ.*, lib. XXVI, c. 26. — VOET, *Comm. ad Pand.*, h. t. § 3. — A. SCHULTING, *Theis. controv.*, Dec. XLVIII, Th. 7. — STREUV., *Synagma iur. civ.*, Ex. XIX, Th. 9. — EMMINGHAUS ad COCC., l. c. Qu. 5 n. a. — HOFACKER, *Princ. iur. civ.*, Tom. III, § 1876. — THIBAUT, *Sistema del diritto privato (ted.)* V. 2 § 889 e altri.

argomento da CELSO stesso designato come disputabile, è fin troppo ammissibile; la difficoltà della conciliazione non sarebbe d'impaccio che pel diritto giustiniano. Gli scrittori variano ³⁾; chi ritiene inconciliabili i passi, chi li stima in diversa guisa accordabili fra di loro. — A me sembra che anco pel diritto classico non sia punto necessario statuire una contraddizione. Si tratta di un esempio di responsabilità *per caso* (tale suole appunto, come già s'è visto, considerarsi la *fuga seruorum*) assunta per esplicito patto e assunta *communi periculo*. Questa clausola non può significare altro, se non che tutti si assumono di sopportare insieme il rischio e tale clausola non può in altro modo applicarsi, se non facendo da ciascuno compensare *pro rata* il danno.

Diverso è il caso di più eredi dell'unico commodatario. Per la colpa propria non c'è ragione che non abbiano a rispondere integralmente, poichè essi subentrano nella obbligazione e le conseguenze della colpa si rapportano alla cosa intera. Ma per la colpa del loro autore non rispondono che *pro rata*, giacchè si tratta di un'obbligazione già nata ed esistente nella eredità e dividendesi quindi, secondo le norme generali, in proporzione delle quote. Così va inteso il fr. 3 § 3 h. t. :

« heres eius qui commodatam accepit pro ea parte, qua heres est, convenitur ».

A questa proposizione succedono le seguenti parole: « nisi forte habeat facultatem totius rei restituendae, nec faciat; tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni iudicis arbitrio conueniat ».

Non sono necessarie molte osservazioni, per attribuire ai compilatori questo periodo ⁴⁾. Basterebbe la contraddizione intima e irremediabile fra il *conueniri pro parte* e *condemnari in solidum*. Formalmente è sospetto *nec faciat*; più ancora il ritmo compilatorio *nisi forte — tunc enim*. Sostanzialmente la decisione è cattiva. Un coerede non può arbitrarsi di restituire anche la parte degli altri, a rischio di danneggiarli e di compromettere le buone ragioni, che eventualmente abbiano di non restituire.

Poche parole circa l'ipotesi di più commodanti. Se nel contratto si è esplicitamente pattuito, che ciascuno potesse farsi rendere l'intero, non v'ha dubbio circa la validità di tal clausola; altrimenti ciascuno non può agire che per la sua parte ⁵⁾. E solo per la propria parte agiranno i singoli coeredi dell'unico commodante.

³⁾ STEPH. in h. l. — CUJACIO, *ad Afr.*, VIII (*opp.* Neap. I, 1442). — RIBBENTROP, *Correalobl.*, pag. 133. — ASCOLI, pag. 32 seg.

⁴⁾ Son lieto di trovarmi d'accordo collo EISELE (*Beiträge zur Erkenntniss der Digestesinterpolationen*, III) nella *Zeitschr. d. S. S., R. A.*, XIII, pag. 124 seg.

⁵⁾ Arg. fr. 1, 46 dep. (16, 3).

(col *beneficium divisionis*)¹³⁾ anche per la *actimatio*, a meno che la cosa non sia stata commodata a più persone esplicitamente *a comune pericolo*¹⁴⁾. Chè allora i singoli non ponno essere convenuti che *pro rata* alla restituzione della *actimatio*¹⁵⁾.

III. Come rispondono più eredi di un commodatario ?

a) Se la cosa esiste tuttavia in natura, quel coerede, che ha la cosa, può essere convenuto *in solidum*¹⁶⁾.

b) Se niuno ha la cosa ed uno solo dei coeredi (senza colpa degli altri) è cagione del perimento, egli solo ne risponde¹⁷⁾

c) Se non si avvera alcuna delle precedenti ipotesi, i singoli coeredi dello stesso commodatario rispondono per la estimazione della cosa solo in proporzione della loro quota ereditaria¹⁸⁾.

§ 859.

Obbligazioni del commodante.

Le eventuali obbligazioni del commodante concernono:

a) Il risarcimento del danno derivato al commodatario per essere la cosa consegnata inadoperabile e dannosa¹⁹⁾ (e se ciò era a notizia del commodante)¹⁹⁾, ovvero per l'intempestiva ripetizione di casa²⁰⁾.

b) La rifusione di tutte le spese straordinarie e notevoli fatte per la conservazione della cosa o delle altre spese dal commodante

13) Nov. XCIX, cap. 1. L. 47 D. *locat.* (XIX, 2). — STARYK, *Us. mod. P. h. t.* § 9.

14) L. 5 § 15 D. h. t. L. 9 pr. D. *de duob. r.* (XLV, 2).

15) L. 21 § 1 D. h. t.

16) L. 3 § 3 D. h. t.

17) L. 17 § 2 D. h. t.

18) L. 3 § 3 D. *cod.*

19) L. 18 § 3 D. h. t.

20) L. 17 § 3. L. 22 D. h. t.

¹⁹⁾ Cod. civ., art. 1818: Se la cosa commodata ha difetti tali, da recar danno a colui che se ne serve, il commodante è tenuto al risarcimento del danno, qualora, conoscendo i difetti della cosa, non ne abbia avvertito il commodatario ».

consentite ²¹⁾, o di quelle con cui il commodatario abbia recato a termine un miglioramento già iniziato dal commodante ^{22) aa)}.

c) La restituzione della cosa o del suo valore, se il commodatario aveva perduto la cosa e ne aveva pagato l'estimazione e poi il commodante abbia recuperato altrimenti la cosa stessa ²³⁾.

§ 860.

Azioni derivanti dal comodato.

Dal comodato derivano due azioni:

1.° *L'actio commodati directa* che spetta al commodante contro il commodatario per la restituzione della cosa colle pertinenze tutte e col risarcimento del danno, di cui il secondo deve rispondere. Contro un pupillo, che abbia assunto a comodato una cosa senza *auctoritas* del tutore, non ha luogo che un'*actio commodati utilis*, in quanto sia divenuto più ricco, oltre un'*actio ad exhibendum* ovvero un'*actio ex lege aquilia*, qualora egli siasi reso colpevole di un dolo o di una colpa ²⁴⁾.

2.° *L'actio commodati contraria* per cui il commodatario persegue le sue eventuali pretese contro il commodante. Niun dubbio esiste, che ambo le azioni passino anche agli eredi ²⁵⁾.

²¹⁾ L. 18 § 2 D. h. t. L. 15 § 2 e 59 *de furt.*, XLVII, 2.

²²⁾ DONELLO, *Comm. iur. civ.*, lib. XIV, cap. 3 § *De impensis*, pag. 674 e FRANTZKE, *Comm.*, h. t. num. 62.

²³⁾ L. 17 § 5 h. t. D. Se al commodatario importa di avere piuttosto la cosa, può agire colla *utilis rei vindicatio* per ottenerne la restituzione. L. 5 § 1 D. h. t. L. 63 D. *De R. V.* (VI, 1). Se a lui importa invece di riavere il danaro sborsato per la cosa, può agire colla *condictio sine causa* per la rifusione della pagata *estimatio*. L. 2 D. *de condict. s. causa* (XII, 5). Se a lui è indifferente riavere la cosa o il suo valore, agisce coll'*actio commodati contraria*: V. VOET, *Comm. h. t.* § 8.

²⁴⁾ L. 1 § ult. L. 2. L. 3 pr. D. h. t.

²⁵⁾ V. SCHMIDT, *Lehrbuch von Klagen* (Trattato delle azioni ed eccezioni) § 780 seg.

aa) Cod. civ., art. 1817: « Se durante il prestito il commodatario è stato obbligato per conservare la cosa a fare qualche spesa straordinaria, necessaria ed urgente in modo da non poterne avvisarne il commodante, questi è tenuto a rimborsarne il commodatario ».

PRIMA APPENDICE DEL TRADUTTORE

AL § 853.

La retta comprensione dell'Editto del pretore sul commodato non è possibile senza una larga disamina di tutte le controversie, a cui ha dato occasione un testo di GAIO. All'uopo noi riprodurremo con modificazioni e ritocchi quanto scrivemmo nell'*Archivio Giuridico* del SERAFINI (vol. LII, pagine 469 a 499).

Scolgimento storico dell'istituto.

Leggesi in GAIO, IV, § 47:

« sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, ueluti commodati et depositi ».

L'intelligenza di questo paragrafo di GAIO è fondamentale per la materia che trattiamo. È molto controverso, se le azioni di commodato e deposito fossero le uniche, per cui l'albo conteneva la duplice formula; tutto sta nel modo di intendere il *ueluti*, che accenna ordinariamente a una mera esemplificazione, ma non esclude neppure, che si tratti di una dimostrazione esauriente, nel qual caso dovrebbe tradursi per « ovvero » « ossia » « cioè ». Nella ipotesi del più normale significato i moderni hanno pensato ad altre azioni, cui potesse riferirsi la notizia di GAIO; chi ha pensato all'*actio pignoratitia*¹⁾, all'*actio mandati*²⁾, chi all'*actio fiduciae*³⁾ e così via. Tale questione non si può qui discutere per la sua troppo grande indeterminatezza, che non lascia speranza di pervenire a risultati sicuri. — Ma vi ha un altro problema, che concerne la relativa cronologia delle due formule. Quale di esse fu la più antica? E perchè, dopo che l'una era già stata proposta e comprovata dall'uso, si sentì il bisogno di proporre anche l'altra?

Per spiegare la duplicità di formula molti scrittori⁴⁾ hanno richiamato i seguenti passi:

Fr. 9 D. *de obl et act.*, 44, 7 (PAUL., lib. IX *ad Sabinum*):

¹⁾ LENEL, *Edictum perpetuum*, pag. 201 seg.

²⁾ Ibidem, § 108.

³⁾ GEIB nella *Zeitschrift der Savigny Stiftung* (Rivista della fondazione Savigny), vol. VIII, pag. 131 segg.; PERNICE, *Parerga* nella cit. *Rivista*, vol. IX, pag. 228 (v. però il suo *Labeo*, III, 1, pag. 124 seg.)

⁴⁾ Cfr. HEFFTER, *ad Gaii comm.*, IV, pagina 58; ZIMMERN, *Gesch. d. röm. P. R.* (Storia del dir. priv. rom.), 154; SCHMIDT, *das comm. u. prec.*, pag. 146 seg.; SAVIGNY, *System des h. r. Rts.* (Sistema del dir. rom. attuale), II, 102 e V, 84; PUCHTA, *Istitutionen*, II, §§ 165, 219; VANGEROW, *Pand.*, I, § 138. Cfr. pure i passi citati dallo HUSCHKE, *ad Gai.*, IV, § 47, nella *Jurispr. anteiustiniana*.

« *Filiusfamilias* suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum et quod aut clam et depositi et commodati, ut Julianus putat ». Cfr. ULP., lib. I *disputationum* (fr. 13, *ibid.*): » *in factum actiones* etiam filii familiarum possunt exercere ».

L'*actio in factum* sarebbe quindi introdotta a favore dei *filiifamilias*, che avrebbero così potuto *agere suo nomine* per tali contratti. Ma siffatta spiegazione incontra difficoltà non lievi. Se proprio questo fosse stato il fine della formulazione *in factum* e la funzione della rispettiva formula, come mai direbbe PAOLO « ut Julianus putat? ». Cfr. fr. 19 D. *depositi*, 16, 3 (ULPIAN., lib. XVII *ad Edictum*): « Julianus et Marcellus putant, filiumfamilias depositi recte agere posse ». Questo frammento, che conferma e completa la notizia del fr. 9 cit., ben ci avverte che GIULIANO, seguito da MARCELLO, trovò possibile accordare *suo nomine* al figlio di famiglia l'azione di commodato e di deposito, in quanto che esisteva una formulazione *in factum*; ma sicuramente non ne deriva che tale fosse lo scopo e la funzione di siffatta formula; ne deriva anzi il contrario ¹⁾.

Non si capirebbe poi, ove si ammettesse tale spiegazione, perchè tale concezione *in factum* s'avrebbe dovuto restringere alle due azioni di commodato e di deposito ²⁾; mentre la giurisprudenza romana non ignorava che in molti altri casi i *filiifamilias* abbisognano di simile rimedio e per molti altri negozi ben più frequenti e indispensabili che non siano i due accennati. Cfr. per esempio quanto scrive ULPIANO nel fr. 18 § 1 D. *De iudiciis* (lib. XXII *ad Edictum*):

« Unde ego semper probavi, si res non ex maleficio ueniat, sed ex contractu debeat, filius (familias) possit agere utili iudicio; forte depositum repetens, uel mandati agens uel pecuniam, quam credidit, repetens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae nel studiorum causa uel alia iusta ex causa degat ».

Perchè mai il pretore avrebbe dunque pensato a quelle sole due cause?

Si è detto che l'*actio in factum* si accordava quando il convenuto negava il fatto stesso del deposito o del commodato; quella *in ius*, quando il convenuto ammetteva l'esistenza del rapporto giuridico e la disputa verteva solo sulle relative conseguenze. Ma tale opinione ha contro sè due obiezioni gravissime. La prima è che non si vede perchè tale possibile diversità nella natura delle due parti (che si ha in tutte le azioni contrattuali) solo qui si traduca nella duplicità di formula; forsechè la stessa ragione non vi sarebbe ovunque? Si avverta poi che, qualunque sia la natura della controversia, la risoluzione è sempre la medesima. La seconda obiezione a mio avviso è questa, che nè l'una nè l'altra formula presenta verun appiglio a siffatta distinzione. La formula *in ius* per esempio è costrutta affatto analogamente all'*actio empti uenditi* ecc., nelle quali si comprendono pure quei casi, in cui il convenuto nega addirittura l'esistenza dell'affermato rapporto giuridico; ora non si vede perchè il giudice che qui trovava compresa anche tale ipotesi, là non la potesse trovare. E la formula *in factum* è composta analogamente a moltissime altre, in cui si comprende certamente il caso, che il convenuto ammetta l'esistenza del fatto o rapporto indicato nella *intentio* e solo ne contesti le conseguenze o si rifiuti di corrispondervi.

Si sono cercate altre differenze nella funzione o negli effetti delle due formule. — La formula *in factum*, si dice, ha il vantaggio di fronte all'altra di essere arbitraria; ciò farebbe appunto credere che siasi più tardi introdotta per avere questo vantaggio. — Ma anzitutto per raggiungere tale scopo sarebbe bastato inserire la clausola resti-

¹⁾ La formula *in factum* era per sè certamente applicabile anco all'ipotesi di un *filiifamilias* attore.

²⁾ Cfr. THON, nella *Zeitschrift für Rechtsgesch.* (Rivista per la storia del diritto), II, 231, 292; ACCARIAS, *Précis de droit romain*, II^e, 794.

tutoria nella formula preesistente: in realtà poi ciò sarebbe stato inutile, essendo la formula *in ius* munita di *intentio* « ex fide bona », la quale in simili casi conduceva allo stesso risultato, cfr. per esempio fr. 9 D. 19, 5 ecc. — Si è invece obbiettato¹⁾, che dal testo gaiano appare essere state arbitrarie tutte e due le formule; ma tale obbiezione è per più capi viziata. La formula *in factum* (come ora leggesi in GAIO) non è certamente arbitraria, come a torto si ritiene. Essa suona così: « Si paret A. um A. um apud Num Num mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. i N. i A. o A. o redditam non esse »; ma certo nelle ultime parole non si può vedere una clausola restitutoria; esse si rapportano ai fatti antecedenti alla *contestatio litis*, non alla facoltà di sfuggire, restituendo *arbitratu iudicis*, alla *condemnatio post iudicium acceptum*. — Circa poi alla formula *in ius* è noto come l'HУСНЕК, ad Gai h. I., abbia acutamente sciolta la sigla NR. che trovasi nel palinsesto sul fine della formula *in ius*, nelle parole *nisi restituat*: così si è creduto che tal formula risultasse anche nella apparenza *arbitraria*:

« Iudex Num Num A. o A. o condemnato, nisi restituat; si non paret, assoluto ».

Ma, lasciando per ora in disparte la già avvertita inutilità di tale inciso, è chiaro come esso sarebbe ad ogni modo fuori di posto. La clausola restitutoria (si cfr. per esempio la formula petitoria) va posta prima che cominci la *condemnatio* e infatti essa costituisce una condizione negativa di essa al pari della *exceptio*. Non a torto pertanto, considerate come facienti parte della formula *in ius*, le sigle NR sembrano tuttora al LENEL dubbie (*editum perpetuum*, pag. 230); al PRANKE anzi addirittura *impossibili*; cfr. *Labeo*, I, pag. 437 n. 49 e *Parerga*, III, pag. 228, n. 2.

V'ha tuttavia una proposta molto ragionevole²⁾ ed è quella di considerare come spostate le lettere NR, che in origine avrebbero appartenuto alla formula *in factum*, dove in realtà sarebbero state necessarie, non potendosi ritenere implicita siffatta clausola, mancando ogni riferimento alla *bona fides*. Nel qual caso la formula *in factum* avrebbe dovuto leggersi: « eamque dolo malo N. i N. i A. o A. o redditam non esse, nisi restituat, quanti ea res erit . . . ». Tale congettura non è nè certa nè molto verosimile; ma pur possibile e, come dicevo, ragionevole.

Ad ogni modo da tutte queste considerazioni risulta quanto la combattuta differenza fra le due formule sia inaccettabile. Se mai, la verità sta precisamente al rovescio. Manca ogni clausola restitutoria all'*actio in factum*, se qui non si trasportano le due sigle NR; mentre si può pervenire a non dissimile risultato coll'altra formula.

In altri scrittori la ragione della duplicità di formula appare meno chiara. Pel KARLOWA³⁾ per esempio la formula *in ius* è la più antica; la formula *in factum* è sopravvenuta per colpire fatti delittuosi del depositario e commodatario. Non dissimile è la spiegazione, che già aveva dato il THON⁴⁾. Secondo questo autore, nella formula *in ius* deve assolversi il convenuto, che nè possiede nè per dolo suo si è tolta la *facultas restituendi*. La formula *in factum* sarebbe quindi stata introdotta dal pretore pel caso in cui il depositario o commodatario, mentre ancora deteneva la cosa, l'avesse guastata, ecc., ovvero per quello in cui la cosa fosse stata bensì resa, ma troppo tardi con danno del commodante o deponente. Essa quindi non avrebbe altra funzione, che di colmare le lacune lasciate dalla formula *in ius concepta*.

¹⁾ ACCARIAS, *Précis*, II⁴, pag. 794.

²⁾ KELLER, *Institutionen* (Istituzioni), pag. 115 seg. (prima altrimenti: *Litiscont.* (Contestazione della lite), pag. 357); VOIGT, *röm. Rechtsg.* (Storia del dir. rom.), I, § 55, pag. 621.

³⁾ *Röm. Rechtsg.* (Storia del diritto romano), vol. II, 2, pag. 603.

⁴⁾ Nella *Zeitschrift f. Rechtsg.* (Rivista per la storia del diritto), II, pag. 293.

Siffatta spiegazione riposa sopra un concetto affatto inaccettabile della formula *in ius*. Intanto essa ammette come sicuro che la sigla NR vi appartenga; mentre quanto ciò sia dubbio, noi abbiamo visto. In secondo luogo, pur leggendosi la formula, come si legge nelle recenti edizioni di GAYO, ancora quel significato non ne consegue. La *intentio* ordina al giudice di considerare « quidquid ob eam rem (ossia in seguito al contratto) Num. Num. A. o A. o dare facere oportet ex f. b. » e di dirigersi la condanna: in quella *intentio* è compresa tutta quanta l'efficacia del negozio giuridico. E se anco poi seguisse la clausola *nisi restituat*, questa non si dovrebbe intendere nel materiale significato della restituzione della cosa, ma, coerentemente alle cose precedenti, nel senso di un completo soddisfacimento dell'interesse dell'attore. E infatti, come non si considera *reddita* la cosa restituita in stato non buono per colpa del detentore, così non s'ha da considerar compiuta una restituzione avvenuta con ritardo, senza compenso del danno cagionato da questo. Del resto ognuno vede che siffatta ragione non sarebbe stata in ogni modo sufficiente per introdurre un'apposita formula *in factum*. Il pretore avrebbe data *utiliter* la consueta formula *in ius*, omissa la pretesa clausola restitutoria, se questa fosse stata proprio di ostacolo all'esperimento della giusta domanda dell'attore.

Molto plausibile è invece, a mio avviso, l'opinione di coloro che stimano essere la formula *in factum* più antica della formula *in ius*; essa si sarebbe in origine riferita specialmente a ottenere la restituzione della cosa deposta o commodata. Il transito dalla formula *in factum* a quella *in ius* si spiega pensando allo svolgimento giuridico avvenuto e compiutosi non senza efficacia della originaria tutela pretoria; s'era venuta nel frattempo consolidando la consuetudine, elaborandosi la dottrina e ormai ben poteva discorrersi di un *oportere* per diritto civile, cui l'istituto s'era rivendicato ¹⁾. La cosa del resto è tutt'altro che inaudita, come alcuni stimano a torto. Il transito di formule *in factum* in formule *in ius* si compie chiaramente ai tempi dell'impero per così detti contratti innominati. È un processo che noi possiamo in gran parte seguire tuttavia. I Sabiniani (fino a GIULIANO e a GAYO) non riconoscevano che un'*actio in factum*; i proculiani trovavano ammissibile un'*actio civilis*. Secondo costoro il principio, che chi avesse prestato avesse pure diritto alla pattuita controprestazione, poteva per opera della giurisprudenza considerarsi come acquisito al diritto civile. La loro opinione prevalse specialmente per l'autorità di Aristone; i giuristi posteriori, che riconoscono l'*actio civilis*, qua e là ammettono l'*actio in factum*, specialmente dove pendono da testi sabiniani o dove il concedere l'una o l'altra azione non conduce a pratiche differenze. Perché un simile svolgimento non si potrebbe ammettere per le azioni di comodato e deposito? Si potrà chiedere perché mai, nata l'azione più comoda (di buona fede) e più comprensiva (quella *in ius concepta*), si continuasse tuttavia a proporre nell'albo anche l'azione *in factum*. Ma qui pure l'analogia del *praescriptis verbis agere* (che del resto non poteva aver luogo già nell'antica età repubblicana, come pensavano i vecchi romanisti citati nel testo), ci torna opportuna. Perché mai si potrebbe chiedere con altrettanta ragione ammessa che fu generalmente l'*actio civilis* più comprensiva, più comoda e di buona fede, si continuò a menzionare e ad usare l'*actio in factum*? Si può anzi invocare tutto quanto il procedimento storico nel diritto romano, in cui i vecchi tipi non sogliono abolirsi al sorgere dei nuovi, ma continuano allato a questi finché per desuetu-

¹⁾ Fra i molti sostenitori di questa dottrina cfr. specialmente WŁASSAK, *Negotiorum gestio*, pag. 165 segg. (cfr. *Röm. Prozessgesetz* (Leggi processuali), II, pag. 102, n. 27 e 39); KRUEGER, *Rechtsquellen* (Fonti giuridiche), pag. 44; e, a quanto parmi, VOIGT, *Röm. RG.* (Storia del diritto romano), I, pag. 621 segg.; da ultimo GIRARD, *Zeitschr. d. Savigny S.* (Rivista della fondazione Savigny), XIV, 16).

dine vengono meno. Così la formula petitoria non tolse l'agere per « sponzionem »; il riconoscimento giuridico del mandato non tolse subito efficacia al capo II della legge *aquiliana*; quello dal pegno non riuscì ad abolire la fiducia; e così via.

Con tale spiegazione si conciliano molto bene alcuni altri fatti. Com'è noto (fr. 4 pr. h. t.), v'era nell'editto pretorio una clausola relativa alla tutela giudiziaria del comodato; ciò che ben si adatta all'ipotesi di un'azione (*in factum*) di creazione pretoria, alla quale solo più tardi si sarebbe aggiunta la formula *in ius*¹⁾. Anche pel deposito v'è la clausola edittale; ma per questa sarebbero possibili anche altre spiegazioni. Si avverta poi che la clausola edittale non si adatta che all'azione diretta (cui solo si riferiva la formula *in factum*). — A ciò si aggiunge un fatto a mio avviso certissimo ed è che nell'albo le formule *in factum* precedevano le formule *in ius*, il che significa appunto che queste ultime sono formazioni posteriori e che non sono quelle destinate a complemento o supplemento di queste. La dimostrazione di tale asserto mi par facile. I Digesti di GIUSTINIANO ci danno la teoria delle azioni di comodato e di deposito anzitutto con frammenti dei commentari edittali relativi alla formula *in factum*. Il che non si spiega, se non ammettendo che appunto tale formula precedesse quella *in ius* e però venisse dai commentatori più largamente esplicita; mentre gli stessi, commentando la successiva formula *in ius*, potevano in gran parte rinviare alla precedente spiegazione, tanto più che la prassi e la giurisprudenza avranno naturalmente attenuata la diversità delle conseguenze.

E parimenti si accorda benissimo con tale spiegazione il fatto che ne' varii cataloghi di giudizi di buona fede, che troviamo in CICERONE, non compaiono mai le azioni di comodato e deposito. Il che si comprende facilmente ammettendo che a' suoi tempi non si conoscesse che la formula « *in factum* » priva di ogni menzione di « *bona fides* ».

CICERO, *de off.* III, 17 § 70: « Quintus quoque Scaeuola pontifex maximus summanuim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur *ex fide bona*, FIDEIQUE BONAE nomen existimabat manere latissime idque uersari in tutelis societatibus fiducia mandatis rebus emptis uenditis, conductis locatis, quibus uitae societates contineretur: in his magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria quid quemque cuique praestare oportere ».

top. 10, 42: « si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit... ».

ib. 17, 66: « in omnibus igitur iis iudicis, in quibus *ex fide bona* est additum, ubi uero etiam « ut inter bonos bene agier » imprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est « quid aequius melius »... quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei, cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset eumue cui mandatum esset alterum alteri praestare oportere; quid uirum uxori, quid uxorem uiro tradiderunt ».

de nat. deor. 3, 30 § 74: « inde tot iudicia de fide mala: tutelae mandati pro socio fiduciae, reliqua quae ex empto uendito, locato et conducto contra fidem fiunt ».

Si è osservato che siffatte enumerazioni non hanno la pretesa di essere esaurienti: che pertanto ben potevano esistere altri *iudicia* di buona fede da CICERONE non menovati²⁾. Ma se tale osservazione è giusta pe' singoli passi citati, non lo è invece per il loro complesso. Infatti se CICERONE omette nel *de officiis* l'*actio rei uxoriae* e quella *negotiorum gestorum*, le ricorda però nella *topica* (17 § 66): se nella *topica* omette

¹⁾ E questo sarebbe conforme all'opinione dei vecchi romanisti ricordati dal GLUCK, i quali solo per la imperfetta conoscenza della procedura confondevano azione *in factum* e azione *praescriptis uerbis*, ingannati da certe interpolazioni delle Fonti.

²⁾ ACCARIAS, *Precis.*, II, 4 795. « Cicéron n'a pas la prétention de donner des énumérations limitatives »; KARLOWA, *rom. RG.* (Storia del dir. rom.) II, 2 pag. 603.

i giudizi di compra-vendita e locazione-conduzione, li ricorda però nel *de officiis*; ben strano sarebbe che, esistendo davvero *iudicia ex fide bona* pel comodato e il deposito, egli ne facesse affatto pur là, dove la grandissima analogia cogli altri negozi adottati non avrebbe potuto a meno di richiamarli alla mente.

Ciò rende molto verosimile, che tanto meno esistessero le azioni contrarie di comodato e deposito (pur prescindendo da qualsiasi opinione circa l'esistenza delle formule *in ius conceptae*, come non esisteva l'*actio contraria negotiorum gestorum*¹⁾). E per vero il gestore si assume ordinarmente spese e brighe per l'adempimento della sua impresa: mentre è solo in via eccezionale che il depositario o il commodatario possono avere pretese da esperire contro il deponente o il commodante. Urgeva inoltre per la *negotiorum gestio* l'analogia del mandato; qui mancavano analogie.

Grave parrebbe l'altra obiezione del KARLOWA, il quale si richiama alla testimonianza di giuristi anteriori o coevi a CICERONE, che attesterebbero il carattere di « bona fides » delle azioni di comodato e di deposito.

Anzitutto verrebbe il fr. 5 § 3 comm. XIII, 6:

« commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur et ideo uerius est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam ».

Io non so che cosa da questa sentenza di Q. Mucio si possa ricavare contro la dottrina da noi accettata. La questione circa la misura della responsabilità del commodatario è affatto indipendente dal carattere di buona fede dei giudizi. Forsechè non si considera come *non reddita* la cosa per colpa di lui guasta o sfigurata od offerta con colpevole ritardo? Nè reca alcuna difficoltà, che di tali considerazioni di Q. Mucio si valesse ULPIANO nel commentare la formola *in ius* (a cui sembra in realtà riferirsi il fr. 5, § 2-10, h. t.). Forse tutto dipende da ciò, che il KARLOWA crede che si contenessero nella formola « in factum » del comodato le stesse parole che si leggono in quella del deposito « eamque dolo malo N. i N. i A. o A. o redditam non esse » (GAI. IV, 47)²⁾. Ma evidentemente a torto. La formola del deposito conteneva tale espressione, ch'è per tal contratto « dolus praestatur solus »; ma nulla c'insegna che tale espressione si contenesse nella formola del comodato; anzi la lettura de' relativi commenti c'insegna l'opposto. GAIO, l. c. dice, « similes etiam commodati formulae sunt »; ossia *similmente* formate, ma non uguali, avendosi naturalmente riguardo alla diversa natura del rapporto contrattuale. Per cui qui si sarà detto solamente « eamque a N. o N. o redditam non esse »³⁾.

Analoghe riflessioni vanno fatte pel gruppo di decisioni dei *ueteres* raccolte nello stesso frammento di ULPIANO, che risguardano tutte l'obbligo di prestare la diligenza o la custodia. Tali decisioni sono appunto necessarie per pronunciare se si abbia a con-

¹⁾ Vedi il FERRINI, nel *Bullettino dell'Istituto di dir rom.*, vol. VII, fasc. I. Sulla genesi posteriore delle *actiones contrariae* in genere in confronto delle dirette sono d'accordo i migliori storici del diritto romano. Cf. p. e. PERNICE, *Labo* I, 124 sgg. 315. — BEKKER, *Aktionen* (Azioni), I, 150.

²⁾ Donde probabilmente anco la sua idea, che colle formole « in factum » si reprimesse un delitto, anzichè si esperisse un credito contrattuale.

³⁾ Non già « eamque culpa N. i N. i redditam non esse », chè allora la questione sarebbe stata risolta. L'UBBELOHDE, *zur Gesch. der bon. Realcontr.* (Storia dei contratti reali nominati) pag. 64 sg., crede che la formola « in factum » suonasse appunto così e fosse quindi tuttora ignota a Q. Mucio, il cui avviso andrebbe riferito all'ipotesi di una fiducia contratta a tale scopo.

siderare la cosa come *non reddita* o invece come causalmente perita. Uguali riflessioni si fanno, quando taluno abbia promesso « Stichum hominem dare », per quanto in tale materia la colpa si specifichi *in faciundo*. Così § 6 « an hominis commodati custodia praestatur apud ueteres dubitatum est »; § 7 « si seruum tibi tectorem commodauero et de machina ceciderit periculum meum esse Namusa ait »; § 9: « etiam pulli te custodiam praestare debere ueteres responderunt ». E neppure il cenno a' dubbii de' *ueteres* nel § 11, implica comunque riconoscimento del carattere di buona fede del giudizio.

Possiamo dunque ritenere ciò che molti argomenti persuadono (e niuna seria obiezione rende inverosimile), che cioè in antico il contratto fosse tutelato con un'*actio in factum* (diretta) e che solo relativamente tardi (sul finire della repubblica o sul principio dell'impero) venisse più ampiamente tutelato mercè la doppia formula (diretta e contraria) *in ius*, senza che perciò tramontasse l'antica formula « in factum ». In quale epoca precisamente avvenisse tale riconoscimento del contratto da parte del *ius civile*, non possiamo dire con sicurezza. È certo però che LABEONE conosce (come vedremo anche in seguito) e la *formula in ius* e il *contrarium iudicium*. D'altra parte sappiamo che la legge GIULIA municipale (L. 111) non conosceva ancora l'*actio depositi* come infamante; nè sarebbe temeraria la supposizione che questo contratto (la cui storia è talmente connessa con quella del commodato, da potersi dalle vicende dell'uno arguire a quelle dell'altro) non fosse al tempo di quella legge ancor tutelato coll'azione civile. Infatti sembra probabile che la conseguenza dell'infamia si rannodasse al fondamento civile riconosciuto all'azione; com'è per tutti gli altri negozi giuridici, di cui le neglette esigenze adducono l'*infamia*.

Meno facile è dire, quando il pretore cominciasse a occuparsi del nostro contratto e a munirlo di azione « in factum ». Qui più ancora siamo privi di ogni appiglio ed è meschina consolazione il poter dire, che ciò non poté essere prima della legge EBUZIA; prima anzi che la procedura formulare acquistasse una certa indipendenza, non potendosi ritenere che le formole *in factum*, che prescindono da ogni fondamento (sia pur mendicato con finzione o scambio di subbietti) di diritto civile, fossero tra le prime creazioni formulari. Tale nostra asserzione, che del resto ha a suo favore la *communis opinio*, va direttamente contro ai recentissimi insegnamenti del WLAŚAK ¹⁾, secondo il quale le pretorie *actiones in factum* vi sarebbero già state in Roma, al tempo delle *legis actiones* ²⁾. Egli stesso però riconosce che esse non poterono svilupparsi molto tempo prima delle leggi processuali, che eressero a sistema la formula. — A mio avviso contro tale opinione può addursi l'esistenza e la forma degli interdetti donde si deduce che anticamente il pretore non trovava così agevole e spedito introdurre un rimedio giuridico dove la legge taceva.

Del resto noi non troviamo alcun documento che la tutela giuridica del commodato (e lo stesso dicasi del deposito) risalga molto addietro nella storia del diritto romano. Ciò non vien punto provato, come crede il KARLOWA ³⁾, dall'espressione certo antica e usata al tempo delle *legis actiones*: « utendum dare » per « commodare » (come « seruandum dare »). Tale espressione pare al K. tanto esatta e tecnica, da doversi attribuirne la origine non all'uso popolare, ma alla scienza del diritto. Ora noi dimostriamo avanti che tale espressione è ben lontana dal rigore scientifico e che è assai preferibile l'altra « commodare ». Né ciò può provarsi colla testimonianza degli scrittori.

¹⁾ *Prozessgesetze* (Leggi processuali) II, § 39.

²⁾ Cf. ESMÉIN, *Sur l'actio rei uxoriae* (*Nouv. Rev. hist de droit*, 1893).

³⁾ L. c. II, 2 pag. 603.

I comici, e soprattutto PLAUTO ¹⁾, parlano in più luoghi del *commodato*; ma sempre come di un rapporto di benevolenza e di amicizia; anzi le menzioni, che appunto in PLAUTO si trovano del grave pericolo, che si corre dando a prestito, mostrano che non si pensa affatto a un vero rapporto giuridico ed alla conseguente tutela.

Cf. PLAUTO, *Asin.* II, 4, 38-9:

*scyphos quos utendos dedi Philodamo rettulitne?
em! rem sis perdere, da commoda homini amico.*

Autul. I, 2, 18:

*quae utenda semper uasa vicini rogant,
fures uenisse atque abstulisse dicit.*

TERENZIO, *Hecub.* V, 1, 34:

meritus de me est, quod queam illi ut commodem

Solo potrebbe fare difficoltà il no:o verso del *Trinũmmo*, V, 2, 7:

quod datum utenũumst repetendi id copias quando uelis,

da cui parrebbe dedursi che a' tempi plautini *sempre* si potesse ripetere il *commodato*. Ma, benchè il COSTA riferisca appunto il passo al *commodato* ²⁾, pure mi sembra innegabile che si tratti di un deposito ³⁾; è infatti stato confidato il tesoro. Tale singolare confusione nel modo di esprimersi ⁴⁾ già prova che siamo ben lontani dalla ipotesi, che il poeta pensi a un vero istituto giuridico e alla relativa azione; ad ogni modo pel deposito, di cui si tratta, le XII tavole davano per la negata restituzione un'*actio in duplum* ⁵⁾.

CATONE, *de re rustica*, V, 7, raccomandando di aver poche e fidate persone, con cui mantenere scambievoli rapporti pe' necessari prestiti di uso, non contribuisce a persuadere che a' suoi tempi tale contratto godesse tutela giuridica.

9. Chi legge senza prevenzione il fr. 1 § 1 h. t. (ULP. 28 *ad ed.*) ne deduce che autore primo dell'editto intorno al *commodato* dovette essere un pretore PAONIO ⁶⁾. Ecco infatti le parole del giurista:

« Ait praetor: quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo. § 1. . unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit (cioè GIULIANO) *commodati fecit mentionem, quum Paconius utendi fecerit mentionem* ».

Ora PAONIO nominato in contrapposto al redattore del testo editto definitivo, che stava avanti al commentatore, non può essere altri, che un pretore e tutto fa credere che sia il primo, che introdusse nell'Editto una clausola sull'argomento. La quale, secondo la notizia ulpiana, dev'essere stata concepita a un dipresso così: « quod quis

¹⁾ COSTA, *Il diritto romano nelle comedie di PLAUTO*, pag. 306 sgg. *Il diritto privato nelle comedie di TERENZIO*, nell'*Archivio Giuridico* del SERAFINI, vol. 50 pagina 483.

²⁾ PLAUTO, pag. 315.

³⁾ DEMELIUS, *Ztschr. f. RG.* (Rivista per la storia del dir.) II, 223 (*Plaut. Studien*, 3. Cf. PERNICE, *Labeo* I, pag. 430).

⁴⁾ Altrove « *commodare* » sta in PLAUTO per « *mutuare* »: *Asin.* III, 3, 135.

⁵⁾ Cf. DEMELIUS, l. c. Ma la confusione fra i vari istituti è abbastanza frequente ne' greci.

⁶⁾ Tale è l'opinione affermata nel nostro testo; la divergenza non riguarda che la lezione, giacchè il GLÜCK colle antiche edizioni legge *Pacovius*.

utendum dedisse dicitur, de eo iudicium dabo ». — Questa opinione ha per sé l'autorità del RUDORFF ¹⁾ e, recentemente, del VOIGT ²⁾, il quale bene avverte, che un pretore PACONIO (— unio, — unio) non è storicamente determinabile.

Se fosse GIULIANO il primo a mutare l'espressione « utendum dare » in « commodare » o s'egli in ciò seguisse l'esempio di qualche pretore, non possiamo dire con sicurezza; la prima alternativa mi sembra però più verosimile, poiché ancora nell'età trajanea (VIVIANO) si discuteva circa l'equipollenza delle due espressioni. — LABRONE ancora giustificava l'espressione adoperata dall'Editto (in confronto della voce « commodare » ormai prevalente nell'uso), avvertendo, benché a torto, che quella fosse più generale e comprendesse, a differenza della seconda, anco l'uso degli immobili. Tale spiegazione fu giustamente combattuta (fra gli altri da CASSIO e da VIVIANO); infatti noi troviamo già ne' migliori scrittori repubblicani la voce *commodare* riferita agli immobili, per es. Auctor. *ad Her.* IV, 51 § 61 « ait se aedes maximas cuidam amico... *commodasse* ». E vinto per l'autorità di VIVIANO questo dubbio, ben poté nella definitiva redazione dell'Editto sostituirsi alla vecchia espressione « utendum dare » quella ormai prevalente di « commodare ». Tale storia della clausola edittoale mi sembra dedursi abbastanza sicuramente dal citato fr. 1 § 1, né io so trovare la esposizione ulpiana così oscura e confusa, come al PRANICE pare.

Solo non comprendo come mai il VOIGT, che a mio avviso meglio di ogni altro ha colto il vero significato dell'esposizione ulpiana, riferisca il mutamento di « utendum dedisse » in « commodasse » ad una revisione del tempo di AUGUSTO. Le osservazioni di LABRONE, da noi surriferite e commentate, non provano ciò in alcun modo; provano anzi, s'io ben veggo, il contrario. LABRONE in tale ipotesi non avrebbe interpretato strettamente l'Editto, privando di tutela giuridica molti casi, che a suo avviso non si comprendevano nell'espressione « commodare ».

Ma la più infelice dichiarazione del testo ulpiano è sicuramente quella del KARLOWA. A suo avviso la contrapposizione fra Paconius e « qui edictum concepit » fa ritenere, che il primo fosse un commentatore dell'Editto e anzi non gli pare temerario il supporre che siavi qui una corruzione e che s'abbia da leggere *Pomponius*, il commentatore tanto adoperato da ULPIANO. Ma io ben comprendo che il giurista faccia confronti fra l'una e l'altra redazione dell'Editto (come appunto fa in altri casi, cfr. Dig. IV, 2 1); non comprendo come mai faccia confronti fra il testo edittoale e le espressioni usate nella dilucidazione di esso da un commentatore. La corruzione poi di « Paconius » (la Flor. ha Pacunius) in « Pomponius » è tutt'altro che verosimile; *Pomponius* era un nome notissimo agli scrittori delle opere di ULPIANO e delle Pandette; mentre « Paconius » è nome, che occorre tutt'al più una sol volta in queste ultime ³⁾. Ora tutti sanno che facilmente un nome proprio meno noto si altera in uno più noto (poiché gli scrittori semidotti pensano di correggere un errore); ma non viceversa.

Che del resto l'originaria redazione edittoale dovesse dire « utendum dedisse » e non « commodasse » è ben credibile, quando nel linguaggio del tempo, in cui la clausola edittoale dovette introdursi (cf. num. 8) prevaleva di gran lunga la prima espressione alla seconda; per es. ENNIO fr. 364 (Vahlen), PLAUTO *Asin.* II, 4, 38 — *Aul.* I, 2, 18 — 2, 4, 32 — 2, 9, 3 — *Curc.* 5, 2, 5 — *Men.* 4, 2, 94, 96 — *mil. gl.* 2, 3, 76 —

¹⁾ *Edictum perp.* § 99, 1.

²⁾ *Röm. RG.* (Storia del diritto romano) I, § 45.

³⁾ Fr. 3 D. *si a parents*, XXXVII, 12 (PAUL. libro VIII *ad Plautium*). Anche qui s'è sospettata una corruzione (cfr. KARLOWA, *röm. RG.* (Storia del dir. rom.), I, pag. 704). Ad ogni modo non v'ha alcun indizio che il Paconius citato da PAOLO fosse un commentatore dell'Editto.

Rud. 3, 1, 10 — *Gato r. r.* 5, 7, ecc. Lo stesso provano le tracce del linguaggio dei più antichi giuristi; cfr. BRUTO e Q. MUOIO *apud. Gell. N. A.* VI, (7), 15.

Di ciò conviene lo stesso KARLOWA, il quale anzi opina che l'espressione *utendum dare* (come *servandum dare* rispetto a *deponere*) fosse molto migliore dell'altra « *commodare* ». — In *utendum dare*, scrive il KARLOWA, sono ben rilevati i due momenti necessari alla giuridica consistenza del contratto; il momento causale nel *gerundio*, che serve a indicare lo scopo dell'azione e l'attuazione di esso nel « *dare* ». — Perchè mai tale espressione così esatta e felice dovette cedere il posto all'altra « *commodare* » assai meno precisa? La spiegazione del K. è così strana, che merita di essere riferita. Quando il pretore più tardi accanto alla preesistente formula *in ius* introdusse quella *in factum* destinata a colpire atti delittuosi del commodatario (naturalmente secondo le idee del K., che noi abbiamo già respinte), egli dovette temere che, usando nella *intentio* la frase « *utendum dedisse* », il giudice credesse di dovere decidere secondo le norme del *ius civile* e di dovere applicare qui (in materia di delitto) le norme sulla capacità giuridica contrattuale, sulla trasmissibilità ereditaria ecc. Quindi il pretore inserì nella *intentio* la voce « *comodasse* ». Più tardi, fissati i concetti e tolto il pericolo di equivoco, la più breve e comoda espressione « *commodare* » si sostituì senz'altro a quella più esatta, ma meno spiccia « *utendum dare* ».

Per tacere delle molte altre inverosimiglianze, che già avrà rilevato l'accorto lettore, non possiamo a meno di notare che proprio il fondamento di tutta la congettura, la pretesa precisione ed esattezza scientifica dell'espressione *utendum dare*, non si regge affatto. Che si tratti di una espressione, che deve la sua origine all'uso popolare e non all'opera della giurisprudenza, si prova anche col confronto di molte espressioni simili, che non si riferiscono per nulla a determinati negozi giuridici, come per es. *uendendum dare* (PLAUT. *Poen.* V 2, 58), *spetandum dare* (*Poen.* I 2, 125. — *Pers.* III 3, 35), ecc. Inoltre il *gerundio* « *utendum* » è tutt'altro che una designazione molto precisa dello scopo del contratto. Per lo meno l'*uti* non specifica il negozio; non lo distingue dal precario, non da altri atti giuridici; anzi neppure dal mutuo, giacchè qui pure si dà « *rem utendam* » e dipende dalla natura della cosa, che l'*usus* si converta necessariamente nell'*abusus*. Così (per tacere ora delle testimonianze dei giuristi) PLAUTO (*Pers.* 13, 38) discorre di « *nummos dare utendos mutuos* »; e (ibid. 47) dice « *utendam da* » una cosa da venderli. Per tali considerazioni trovo che male non si appone il DEMELIUS, quando osserva che *utendum dare* si riferisce a qualsiasi concessione d'uso mancante di portata giuridica.

Possiamo ora chiederci se prima che iniziasse la tutela del comodato per opera del pretore (mediante la formula *in factum*), e quindi se al tempo dell'esclusivo uso delle *legis actiones*, vi fosse qualche mezzo per fornire di azione la sostanza almeno del negozio. Tale problema ci conduce naturalmente all'altro, se la *fiducia cum amico contracta* avesse mai in Roma la stessa funzione del comodato e se quindi agli scopi di questo negozio potesse essere adibita delle parti. La comune opinione risponde che sì ¹⁾. E per vero alle osservazioni di romanisti autorevolissimi venivano ad aggiungere singolare rinforzo gli studi del LENEL ²⁾. In questi ultimi tempi però contro tale comune dottrina fu rivolto un attacco poderoso ³⁾, del quale l'odierna letteratura sull'argomento

¹⁾ PERNICE, *Parerga*, III, 227 num. 6.

²⁾ Riassunti in *E. P.*, pag. 233; cfr. *Ztschr. der S. S.* (Rivista della fondazione SAVIGNY) III, 105 sgg. Cfr. del resto UBBELOHDE, *Zur Gesch. der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species* (Storia dei contratti reali) pag. 55 sgg. — VOIGT, *Ius naturale*, II, 540 sg. e *die zwölf Tafeln*, II, 173.

³⁾ HECK, nella *Ztschr. d. S. S.* (Rivista della fondaz. SAVIGNY) pag. 116 sg.

ha dovuto occuparsi ¹⁾. Generalmente le conclusioni di tali studi non furono molto favorevoli ai risultati dello Hæck ²⁾, il che però non ci dispensa dal dovere di esaminare brevemente la questione.

L'unica diretta informazione (per tacere ora della tarda testimonianza di Bozzio, *ad top.* 41) intorno alla *fiducia cum amico*, è quella, che ci porge GAI^o, *Inst.* 2, 60:

« sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum *sint*, et siquidem cum amico contracta sit fiducia. sane omnimodo competit usureceptio; si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit; nondum uero soluta, ita demum competit, si neque precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret: quo casu lucretia usucapio competit ».

Da questo passo appare chiaramente, che accanto alla fiducia « cum creditore » servente alla stessa funzione, cui è destinato il pegno, v'era una *fiducia cum amico*, avente diverso scopo e funzione. Invano, parmi, viene ciò negato dallo Hæck. L'arguto giurista avverte che il palinsesto galiano non ha « quo — sint » ma « quod — essent » e l'ordinaria correzione accolta omai in tutte le edizioni sembra a lui inopportuna e arbitraria. Intanto a me non pare così capricciosa; poichè « quod » per « quo » sta altre volte nel palinsesto ³⁾; nè ad *essent* vien sostituito il solo *sint*; ma *sint et*: la mancanza dell'*et* evidentemente necessario a compiere la frase successiva, mostra appunto che qui un errore dell'amanuense intervenne. Del resto la correzione è di mera forma; si tratta di sostituire buon latino al latino cattivo; ma rispetto al significato non so trovarci la differenza, che lo Hæck suppone. Il *quod essent* significherebbe l'intenzione e l'opinione del fiduciante; il « quo — sint » lo scopo del negozio. Il medesimo Hæck crede che ambo le forme della fiducia abbiano lo scopo e la funzione medesima; nella prima la cosa si mancherebbe al creditore stesso, nella seconda a un terzo, che meglio goda la confidenza del debitore, che deterrebbe la cosa a sicurezza e nell'interesse del creditore. Ora di fronte a questa congettura, per quanto geniale e magistralmente esposta, le obiezioni si presentano veramente in folla. Le parole « pignoris iure » si riferiscono evidentemente alla sola *fiducia cum creditore*; la *fiducia cum amico* si contrappone a questa e la sua diversa funzione viene appunto espressa nelle parole che seguono « quo — sint ». Inoltre questo « amicus » del debitore in tanto col ricevere la *cosa* appresta una garanzia al creditore, in quanto costui pone in esso di fatto la sua confidenza; l'« amicus » può del resto remanipare la cosa al debitore o lasciargliela in qualsiasi modo *usurecipere*, senza che il creditore possa opporsi. È un rapporto meramente di fatto, una confidenza che riposa sull'amicizia, che verrebbe ad intercedere fra il fiduciario e il creditore. Con ciò tutta quanta la sostanza del « pignoris ius » si dilegua; come mai avrebbe potuto GAI^o parlare di questo negozio come di una sottospecie della « fiducia iure pignoris »? Nè può suppersi che qui il creditore (che non interviene nel negozio fiduciario) acquisti diritti in forza di una « res inter alios acta »; che ciò ripugna a tutto quanto noi sappiamo: cfr. soprattutto fr. 73 § 4 *de R. I.* 50, 17 (Mucius *ῥοῦν*). Se anco tutto ciò potesse ammettersi, resterebbe pur sempre un insuperabile ostacolo nella differenza di trattamento della *usureceptio*; la quale ben si spiega colla comune opinione, ma rimane affatto enigmatica, data la teoria dello Hæck. Nel

¹⁾ NIEMEYER, *Ztschr. der S. S.* (Rivista della fondazione SAVIGNY), XII, 299 sg. — OERTMANN, *die fiducia* (1890). — JACQUELIN, *la fiducia* (1891). — PERNICE, *Labeo*, III, 1, pag. 136 sgg. — GÖPPERT nella *Ztschr. der S. S.* (Rivista della fondazione SAVIGNY), XIII, 388 sgg.

²⁾ Cfr. però KARLOWA, *róm. R. G.* (Storia del diritto romano) II, 2 pag. 569 sg. e in parte lo stesso NIEMEYER, *o. c.* pag. 313 sgg.

³⁾ Cfr. *Apographum* dello STUEDEMUND, pag. 306.

fatto poi noi sappiamo che la fiducia era adoperata a tutt'altra funzione, che non fosse quella indicata coll'espressione « iure pignoris »: si pensi alla « mancipatio fiduciae causa » de' figli di famiglia, alla *coemptio fiduciae causa* ecc. Nè importa che qui si tratti di *libera persona*; ciò anzi può meglio servire a dimostrare quale varietà di scopi potesse trovare mercè la fiducia il proprio soddisfacimento; del resto le espressioni usate da' giuristi provano che era proprio lo stesso negozio, cui si pensava; cfr. GAIO, I, 114 con GAIO, II, 59, 220. — 3, 201. — Un altro esempio ci è posto chiarissimo dalla *Collatio* II, 3 (cfr. OERTMAN, l. c. pag. 159). Ivi troviamo la *fiducia* applicata a un caso di « noxae deditio », non avente necessariamente e neppure di consueto a oggetto una libera persona. Dalla molesta testimonianza cerca lo HECK di liberarsi, osservando che la *noxae deditio* si può considerare alla stregua del pegno. Al che è facile rispondere (anzi ripetere la risposta già data), che al contrario le due cose sono diversissime; che il pegno serve a garantire un'obbligazione tuttora pendente; la « noxae deditio » ad estinguere un'obbligazione scaduta ed esigibile.

Di fronte ai più recenti studi sulle interpolazioni riesce impossibile negare la « mancipatio fiduciae causa » allo scopo di manumissione. Cfr. il LENEL¹⁾, il GRADENWITZ²⁾, il PERNICZ³⁾. I compilatori hanno sostituito il « mandato » alla fiducia; non male, date le condizioni del diritto giustiniano. Ora questa innegabile applicazione della fiducia basta a rovesciare tutto l'edificio dello HECK, e a confermare la comune opinione circa il significato della *fiducia cum amico*.

Per ultimo non si può del tutto tacere del commento di BOZZIO alla Topica (§ 41 pag. 340). È facile respingere tale testimonianza, dicendo che B. non è autorità attendibile per istituti giuridici tramontati al suo tempo. Tale notizia, che mirabilmente coincide colla interpretazione data dalla « communis opinio » al testo di GAIO (2, 60), non può essere stata da lui inventata, e s'egli aveva davanti gli occhi il testo gaiano, resta per lo meno fermo che questo a suoi tempi s'intendeva come noi l'intendiamo, ed è già qualche cosa.

Assodata l'esistenza di una « fiducia cum amico » avente proprio scopo affatto diverso da quello di garantire un'obbligazione esistente, ancora non è detto che tale fiducia potesse servire alla funzione del commodato. — I compianti e benemeriti maestri che lavorarono alla ricostruzione storica del diritto romano in seguito alla scoperta di GAIO, hanno per verità pensato subito a tale applicazione della fiducia. E può dirsi che l'insegnamento loro continuò pacificamente a tramandarsi, finchè recentemente sorsero voci discordi; fu questo il vero frutto dell'attacco dello HECK. Poichè il nuovo esame della questione e de' testi, che fu risvegliato dalle sue osservazioni, spinse taluno ad accettare *in questa parte* le sue idee. L'impiego della fiducia ai fini del deposito è molto dubbia al NIEMEYER (che ne contesta non tanto la possibilità teorica, quanto la pratica attuazione; cfr. loc. cit. pag. 313 segg.); quello poi della fiducia ai fini del commodato è da lui recisamente negato. La ragione precipua di tale negazione si è che GAIO (2, 60) dice chiaro, che la *fiducia cum amico* si contrae « quo tutius nostrae res apud eum sint »: allo scopo cioè di conseguire maggiore sicurezza (o di fatto o di diritto) e insomma un vantaggio pel mancipante. Ora, se la fiducia si contraesse ai fini del commodato, l'interesse del negozio sarebbe pel fiduciario e non pel fiduciante; l'espressione gaiana « quo tutius res nostrae apud eum sint » non si adatterebbe più al-

¹⁾ *Zeitschrift der Savigny Stiftung* (Rivista della fondazione SAVIGNY) vol. III, pag. 104 e IX pag. 182 e segg.: cfr. *Edictum Perpetuum*, pag. 244 e seg.

²⁾ GRÜNHUT's *Zeitschrift* (Rivista del diritto pubblico e privato edita dal GRÜNHUT), vol. XVIII, pag. 347.

³⁾ LABEO, III, 1 pag. 128 segg.

l'ipotesi. Tali osservazioni si trovano anche nel KARLOWA, che dice: GAIO almeno non ha conosciuto la possibilità di un'applicazione della fiducia ad un simile scopo, giacchè egli non adduce le sue applicazioni della fiducia « iure pignoris » e « quo tutius res sint », come esempi, con un « velut »; ma come le due uniche possibili con un « aut — aut ». Così non si esprime chi sa essere possibili altre diverse applicazioni. Non vi ha dubbio che tali affermazioni abbiano una certa forza. Ma credo che così s'interpreti troppo rigorosamente il concetto del giurista. Intendiamoci: la *fiducia* per sé non è un pegno, né un deposito, né un mandato ecc., né è la rivestizione formale di tali contratti: è un negozio per sé stante, avente propria configurazione, struttura ed efficacia, la cui applicazione però può servire a molteplici scopi pratici. La diversità di tali scopi pratici raggiunti dall'applicazione della fiducia non poté in parte non influire su talune regole relative; e all'uopo si distinsero due grandi categorie, specialmente in vista della *usureceptio*. La prima categoria è costituita dai casi, in cui taluno dà in fiducia la cosa ad un creditore per assicurare l'obbligazione; l'altra è quella, in cui, non per esigenza di creditore, ma per rapporti di benevolenza e amicizia, la cosa viene temporaneamente data in fiducia a taluno (singolare la designazione di « amicus » in confronto a « creditor »!) per altro fine. Noi possiamo immaginare varie ragioni per cui tal giuridico negozio si facesse coll'*amicus*, ma queste varie ragioni non potevano influire sulla validità o meno di esso, giacchè nel *paetum fiduciae* le parti erano libere di stabilire le modalità che volevano circa la remancipazione, il contegno del fiduciario ecc. Si comprende del resto, che il motivo prevalente doveva essere quello di valersi dell'opera del fiduciario per qualche effetto relativo alla cosa (custodia, manumissione, ecc.), che il fiduciante per qualche circostanza non poteva o non voleva raggiungere personalmente o che credeva si raggiungesse più sicuramente per mezzo del fiduciario; ma anche là, dove vero fine del negozio fosse stato di procurare qualche vantaggio al fiduciario, determinante doveva sempre essere la confidenza, che il fiduciante aveva in lui, la sicurezza che egli avrebbe osservato i limiti della facoltà conferitagli. Per cui se anco l'espressione gajana « quo tutius res nostrae apud eum sint » si riferisce solo alle precipue figure di questa categoria, essa non è mal scelta per esprimere il carattere generale di essa di fronte a quello della prima: qui infatti determinanti del negozio possono essere le esigenze de' creditori, l'urgenza delle condizioni economiche, ecc., là invece determinante è sempre la spontanea confidenza riposta nel fiduciario. E del resto conosciamo con certezza de' casi, in cui la fiducia mira al vantaggio del fiduciario; si pensi al passo della *Collatio* II, 3, dove niuno può negare che il negozio sia rivolto all'interesse dell'accipiente, per quanto possa pure concorrervi quello del fiduciante. Un altro caso è per es. quello del fr. 49 *de don. i. v. 24*, I di MARCELLO¹⁾:

mulier, quae ad communem filium uolebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum pervenire, eum patri *mancipavit* (tradidit, uti post mortem restitatur²⁾) Flio . . . : si color uel titulus (ut sic dixerim) donationi quaesitus est, nihil ualebit *mancipatio* (traditio); idem si hoc exigit uxor, ut aliquid ex ea re interim sentiret maritus; alioquin si solo eius ministerio usa est et id egit, ut uel reuocare sibi liceret, uel ut res cum omni emolumento per patrem postea ad filium transiret, cur non idem perinde sit ratum, ac si cum extraneo tale negotium contraxisset, h. e. extraneo in hanc causam *mancipasset* (tradidisset)?

Dunque l'unica ragione per cui MARCELLO esclude la validità del negozio, che apporti emolumento al fiduciario, si è che il negozio stesso si compie fra coniugi, tra cui ogni donazione è interdetta; se si trattasse di estranei, non vi sarebbe alcun ostacolo.

¹⁾ Per le interpolazioni di esso cfr. FERNICK, *Labo*, III, 1 pag. 136-7.

²⁾ Crederei (anche per la *consecutio temporum*) « remanciparetur ».

Non si vede dunque come per ciò solo debba *a priori* dichiararsi impossibile che la fiducia potesse usarsi ai fini stessi del commodato.

Incalza però il KARLOWA con un altro argomento. Ed è che non si vede, secondo lui, alcuna ragione di tale uso. Si comprende come alla sicurezza di chi vuol mettere la cosa sua in custodia di altri possa in certi casi valer meglio la trasmissione del dominio, che non il semplice deposito; il fiduciario ha per la difesa della cosa tutti i rimedi competenti al domino. Ma non si vede quale ragione potesse spingere le parti a valersi della fiducia per gli scopi di un commodato. Il K. così dicendo presuppone senz'altro la sua già combattuta teoria, che il contratto di commodato abbia sempre goduto in Roma tutela giuridica; ove si ammetta il contrario, è ovvio che una ragione di ricorrere all'uopo alla fiducia ci sarebbe stata benissimo. Ma neppure manca del tutto una ragione, anche quando il commodato è sicuramente fornito di azione; poichè può in molti casi interessare al concedente (che p. e. è assente o altrimenti impedito) di mettere il ricevente in grado di difendere indipendentemente le cose. Se noi pensiamo che l'*utendum dare* si riferisce anche agli immobili, chi non vede che la forma della fiducia per l'importanza dell'obbietto molte volte si impone? Questa considerazione anzi mi fa ritenere, che potesse essere più facilmente il caso di ricorrere alla fiducia ai fini del commodato, che non a quelli del deposito, che non può avere ad obbietto che cose mobili ¹⁾.

Dove però il lettore deve inarcare le ciglia e rileggere per timore di non aver ben compreso, è davanti alla temeraria affermazione del KARLOWA « che la pretesa dimostrazione di una interpolazione *depositum uel commodatum* per *Fiducia* non è stata data ». — Io credo invece, che poche dimostrazioni in materia di interpolazioni siano così sicure. Si potrà discutere sulle conclusioni da ricavarci da simile prova, ma il fatto di questa non si può mettere in dubbio.

Sono precipuamente quattro i relativi testi, che noi non ci possiamo dispensare dall'esaminare brevemente.

Fr. 1 § 47 *dep.* 16, 3²⁾.

« quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem uenit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem *depositam uel commodatam* distraxit, ignorans *depositam uel commodatam*, an teneatur? et quia dolo non fecit, non tenebitur de re ».

I fr. 2 e 3, che seguono e che ne' Digesti son messi in relazione col § 47, si prestano per la loro iscrizione ad un riferimento alla fiducia (pel fr. 3 cf. LENEL, loc. cit.); il fr. 2 col suo « actiones suas tantummodo praestabit » poco conviene all'ipotesi di un deposito, ove il deponente avrebbe pur sempre la *rei vindicatio*. E contro l'ipotesi di un deposito sta nel fr. 3 la frase « non caret culpa » e più ancora quanto segue: « quemadmodum si redemptam uel alia ratione *suam factam* noluit praestare ». Inoltre data l'ipotesi di un deposito, il deponente potrebbe agire coll'a^o *depositi* contro l'erede per la rifusione del prezzo, colla *rei vindicatio* contro il terzo acquirente e così percepirebbe un ingiusto guadagno, mentre l'erede, che restituisce il prezzo e risponde per la evizione, subirebbe un'ingiusta perdita. — Per cui non si comprende (nella ipotesi de' compilatori) quanto scrive ULPIANO in fine del § 47: « an tamen uel de pretio teneatur quod ad eum peruenit? et uerius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se peruenit non reddit ». Nel caso di un deposito o commodato è tanto falso che, così operando, l'erede versi in dolo, che anzi gli dovrebbe competere una « exceptio doli », non potendosi costringere a restituire il prezzo, mentre è tenuto per l'evizione verso

¹⁾ L'esempio di BOZZIO, *ad top.* 41 si riferisce ad un negozio nello scopo suo affine al deposito, ma avente per obbietto un fondo. Ne tale esempio parmi da negligerare.

²⁾ LENEL, *Paling.* II, 617.

l'acquirente, cui il deponente strappa la cosa colla « rei vindicatio ». Non così invece nella ipotesi della fiducia, poichè il fiduciante non è più domino e non ha la « rei vindicatio » Domino è il fiduciario, che trasmette validamente il dominio al terzo e non può essere esposto alla evizione.

Fr. 31 *de pign. a.*, 13, 7:

« si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae dedito relinquere. quodsi sciens furem pignori mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilominus habiturum me pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet, eadem servanda esse Julianus ait etiam cum *depositus vel commodatus servus* furtum faciat ».

La prima parte del testo si riferisce chiaramente alla *fiducia cum creditore*; si parla infatti di « relinquere pro noxae dedito » espressione, che non si attaglia che al caso, in cui chi tiene il servo già ne sia domino. Cfr. il fr. 62 § 1 D. 47, 2 preso dallo stesso libro della stessa opera (AFRICANO, lib. VIII, *quaest.*). Probabilmente il fr. 31 non è di origine diversa dal fr. 62 § 1: quest'ultimo rappresenta più completo il testo genuino, mentre il primo non ne contiene che un sunto, conservando però qualche frase caratteristica. — Ora il fr. 62 § 1, il cui confronto in ogni modo si impone, parla evidentemente della fiducia *cum creditore* e della relativa « actio » contraria, poichè deduce la relativa dottrina dalle cose dette nel frammento circa l'ipotesi dei condomini (« his etiam illud *consequens* est » ecc.) ove il furto è patito da chi pur è domino del servo. Il giurista passa poi nel § 2 al caso del servo venduto che fa un furto al compratore, da cui vien poi redibito: anche qui l'ipotesi è di un domino, che subisce il furto. È chiaro che il giurista passa in rassegna le varie eccezioni al principio, che il domino non ha rimedio pei furti a lui fatti dal proprio servo. — Ciò posto è chiarissimo, che in luogo di « depositus vel commodatus » il testo genuino doveva dire « fiduciae cum amico causa mancipio datus », giacchè altrimenti il paragone sarebbe affatto strano. Strano anzi ed erroneo, poichè lo stesso AFRICANO nel libro stesso insegnava ben diversamente (fr. 62 § 5-6 cit.). Insegnava che il deponente è tenuto in ogni caso a tenere completamente indenne il depositario, che ha patito un furto per opera del servo depositato, « nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse ». Non così, al contrario, pel comodato « quod tunc eius solius commodum, qui utendum rogaverit, versetur ». — La fiducia invece ha proprie regole speciali, che non dipendono dal fine concreto, cui le parti la fanno servire ¹⁾.

Fr. 6 *de st. s.*, 45, 3:

« Ofilius dicebat et per traditionem accipiendo vel deponendo commodandoque posse soli ei adquiri, qui iussit » ²⁾.

¹⁾ Forse l'originario passo può ripristinarsi così:

« his etiam illud *consequens* esse ait, ut, et si servus, quem creditori fiduciae causa mancipaveris, furtum ei fecerit, liberum tibi sit servum pro noxae dedito relinquere. Quod si sciens furem mancipaveris, etsi paratus fueris pro noxae dedito apud creditorem relinquere, nihilominus agendo contraria fiduciae consequetur, ut ei damnum decidas. eadem servanda esse Julianus ait etiam cum amico fiduciae causa servus mancipio datus furtum ei faciat ».

²⁾ LENEL, *Paling.* II, 136.

Qui l'interpolazione è evidente sia per la struttura del periodo (et — vel —), sia per la dicitura « per traditionem accipere », sia per intima diversità che vi ha fra i negozi nominati (tradizione, deposito e commodato). È poi da ricordarsi, che generalmente, ove si parla degli acquisti per mezzo del servo, non si menzionano (come ha bene osservato anche il GRADENVITZ) che due tipi; la « mancipazione » (tutt'al più anche la *traditio*) e la stipulazione. L'assumere il deposito o il commodato (ambidue contratti reali) come campioni di tutta la serie delle obbligazioni si concederà da ognuno essere molto strano. Insieme va considerato il fr. 16 *de O. et A.* (44, 7):

« qui a servo hereditario mutuum pecuniam acceperat et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat et precario rogavit, precario possidet; nam servus hereditarius sicuti per traditionem accipiendo proprietatem hereditati acquirit, ita precario dando efficit, ne res usucapi possit; nam etsi commodaverit vel deposuerit rem familiarem, commodati et depositi actionem hereditati acquirit ».

Anche il fr. 16 è con tutta certezza interpolato.

La prima parte parla evidentemente di una fiducia « cum creditore contracta ». L'acquisto del pegno viene infatti detto poi « acquisto di proprietà » (« proprietatem acquirit ») e di proprietà « per traditionem accipiendo » (consueta interpolazione per « mancipio accipere »); « fundus » e « homo » sono infatti gli esempi tipici delle *res mancipi*. La dazione a precario esclude infatti l'« usureceptio » (qui non si capirebbe, trattandosi di pegno, perchè s'abbia a impedire l'usucapione) secondo l'insegnamento di GAIO, II, 66: « si vero cum creditore (contracta sit fiducia), soluta quidem pecunia omnimodo competit (usureceptio); nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret ». A questa parte sicuramente interpolata e relativa alla *fiducia cum creditore*, segue una proposizione, che non ha con essa nulla che vedere: « nam etsi commodaverit vel deposuerit rem familiarem, commodati et depositi actionem hereditati acquirit ». — L'impressione del lettore non può essere altra che questa. Il giurista dalla *fiducia cum creditore* sarà passato a quella *cum amico contracta* e avrà detto « poiché se invece avesse dato a precario una cosa ricevuta in fiducia *cum amico contracta*, non sarebbe impedita l'« usureceptio » (cfr. GAIO, *ibid.*). I compilatori non sapendo che farsi di questa « fiducia cum amico » e del relativo insegnamento hanno sostituito quella frase, per sè inconcludente e mal connessa col resto, ma pur sempre preziosa in quanto ci mostra che cosa solevano essi sostituire alla menzione di quella fiducia. — Ritornando poi al nostro fr. 6, appena può dubitarsi che abbia sostanzialmente colpito nel segno il LENEL, sostituendo: « et fiduciae causa mancipio accipiendo vel cum creditore vel cum amico posse soli ei adquiri, qui iussit »: così anco la strana conformazione del periodo « et — vel » rimane felicemente spiegata.

Fr. 27 D. 15, 1.

« Et ancillarum nomine et filiarum familias de peculio actio datur ... depositi quoque et commodati actionem dandam earum nomine Julianus ait ».

Già la menzione veramente inopinata del deposito e del commodato in questo luogo fa pensare ad un'alterazione del testo. La quale si rivela sicura a chi confronti il fr. 36 *ibid.*, dove precisamente si discorre dell'« actio de peculio » in rapporto alla fiducia.

A tutti questi passi uno potrebbe aggiungersi (per tacere di altri che non presentano altrettanta certezza) ed è il fr. 22 D. 9, 4:

« si servus depositus vel commodatus sit, cum domino agi potest noxali actione: ei enim servire intellegitur et, quod ad hoc edictum attinet, in potestate eius est, maxime si copiam habeat recipiendi hominis ».

Strano è il dubbio (ove realmente trattasi di *commodato* o *deposito*), se il proprietario abbia ancora « in potestà » lo schiavo dato in *deposito* o *commodato*; più strana è l'affermazione che tal *servo* « intellegitur ei servire », mentre ciò nel caso di *commodato* è punto vero. Più strana ancora è la chiusa « si copiam habeat recipiendi hominis »; essa non è certo interpolata, perchè anzi appunto relativamente al *deposito* e al *commodato* essa si rivela infelice.

L'esistenza di tali interpolazioni ha dovuto venir riconosciuta anche dallo Hæck (*estr.*^o pag. 44 sg.), il quale però ha tentato di togliere forza al poderosissimo argomento che ne deriva contro la sua dottrina, mediante una supposizione davvero poco probabile. Egli pensa che qui originariamente in luogo di « *depositum* vel *commodatum* » stesse « *receptum* ». Al qual proposito non debesi credere che il testo genuino parlasse del « *receptum* » in senso tecnico; la menzione di tale « *receptum* » avrebbe dovuto necessariamente togliersi dai compilatori o sostituirsi con quella di altro istituto riconosciuto nel diritto giustiniano. Ora è chiarissimo che ne' testi surriferiti la menzione del tecnico « *receptum* » non potrebbe in alcuna guisa iatrodursi. Ma, crede lo Hæck, i compilatori hanno proceduto con tanta negligenza, da non accorgersi che alle volte *receptum* era usato in senso affatto comune (ricuperato, ripreso, ricevuto) e l'hanno sostituito nella loro cieca sollecitudine con altre espressioni, risultandone così de' passi e per la sostanza e per la forma veramente strani¹⁾. — Che tale ragionamento sia molto atto a persuadere, non credo. Come mai ammettere che una svista così grossolana (poichè tutto il contesto doveva avvertire fin troppo chiaramente non trattarsi di *receptum* in senso tecnico) sia stata commessa più volte, per un'intera serie di testi? E poi è provata mai la sostituzione di *depositum* vel *commodatum* in luogo di *receptum*? I compilatori sogliono sostituire *constitutum* a *receptum*. Si dirà, che qui si sono avvisti che tale sostituzione era impossibile. Benissimol! Ciò vale quanto dire, ch'essi si sono avvisti, che *receptum* non era usato in senso tecnico e che non era il caso d'interpolare. Ma — e questo parmi senz'altro decisivo — si provi a sostituire in tutti i passi citati al num. 11 alla espressione *depositum* vel *commodatum* quella di *receptum*, sia pure in senso non tecnico, e si vegga se il passo risulta così per la sostanza e per la forma veramente sanato, se, insomma, ne risulta una ragionevole esposizione. Io credo il contrario! Credo che, se mai, i testi vengano peggiorati. E la prova può fare da sè ogni accorto lettore.

Possiamo quindi concludere con sicurezza, che i compilatori, come riducono a *pignus* la *fiducia cum creditore contracta*, così non di rado riducono a *depositum* vel *commodatum* la *fiducia cum amico*. Talora *d. u. c.* è sostituito all'originaria menzione della *fiducia cum creditore*, per es. nel fr. 22 D. 9, 6 e la ragione si è che del *pignus* si occupa il § 1 dello stesso frammento. — Ma nella maggior parte dei passi si tratta anzi della contrapposizione delle due specie di *fiducia*, sicchè la ragione della sostituzione appare chiarissima.

È questo un argomento per ritenere che la *fiducia cum amico* potesse servire anche agli scopi del *commodato*?

Il NIEMEYER (che pur ammette l'evidenza delle interpolazioni) crede poter rispon-

¹⁾ L'unico argomento dello Hæck sarebbero le parole *servo constituto* in fr. 23 *dep.* 16, 3, che starebbero per *servo recepto* del testo originario in senso non tecnico. Ma la cosa più probabile è che al testo originario tali parole mancassero affatto (*Coll. X*, 2, 5); *constitui* è ivi usato dai compilatori nel senso bizantino = καθεστῆναι e, se anco non è espressione infelice, non è neppure assurda. Cfr. GÖPFERT, *Ztschr.* (Rivista) cit., pag. 340 sg. Chi ad ogni modo potrebbe ammettere sul serio che Modestino usasse quelle parole nel significato preteso dallo Hæck?

dere negativamente. « Si tratta — così egli scrive — della opinione di TRIBONIANO circa le funzioni del vecchio istituto, non del vero svolgimento storico di esso. Anzi neppure deve pensarsi, che si volesse proprio sostituire all'istituto originario quello che nella funzione gli era succeduto. Devesi ritenere semplicemente che la fattispecie ha permesso in quei testi di mutare l'originaria menzione della fiducia in quella di deposito e comodato, che in certo modo a quella fattispecie si adattavano ».

Siffatta opinione contrasta decisamente a quanto noi sappiamo sul carattere delle interpolazioni. I compilatori, interpolando, hanno appunto avuto di mira di sostituire alla menzione dell'istituto tramontato quella dell'istituto più affine, che oramai compieva le veci di quello. E precisamente, nella materia di cui ci stiamo occupando, troviamo di ciò ottimi esempi. Alla *fiducia cum creditore* è sostituito il *pignus* (già i classici dicevano, che tale fiducia facevasi *iure pignoris*); alla fiducia a scopo di manumissione e simili è sostituito il *mandato* (*l'actio mandati* è all'uopo scelta molto opportunamente, scrive il PERNICE, *Labeo*, III, 1, 128); se ad altre applicazioni della *fiducia cum amico* è sostituito il *deposito* e il *comodato*, mi pare molto verosimile, che gli scopi economici o empirici di entrambi questi contratti fossero un tempo anche mercè la fiducia raggiunti. E ognuno vede quanto poco valga l'osservazione, che tali interpolazioni non ci rivelerebbero, che l'opinione dei compilatori in proposito; poichè tale opinione, come quella di gente che aveva tanto lavorato sui testi genuini, è per noi di grandissimo valore.

SECONDA APPENDICE DEL TRADUTTORE

A E § 853

Di contro al precario, che come dicemmo non costituisce pel diritto classico un vero negozio giuridico, stanno due contratti, la locazione e il commodato. La locazione si distingue facilmente e dal precario e dal commodato, perchè non è atto gratuito; il conduttore è tenuto ad un corrispettivo, alla mercede. Non così il commodato: « voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare », « commodati finem praescribere eius est qui beneficium tribuit »¹⁾. Il commodato come il precario è affatto gratuito; « est (*precarium*) simile commodato; nam et qui commodat rem sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat »²⁾.

Tuttavia il trattamento del commodato diversifica notevolmente da quello del precario.

Mentre il concedente nel precario non è astratto da vincolo alcuno e non incorre in veruna obbligazione, il commodante è, come vedremo anche meglio, vincolato dal fine specifico del negozio e non può ripetere ad arbitrio la cosa; inoltre, almeno già ai tempi di LABRONEZ, egli è soggetto a reciproca obbligazione e ne risponde nel *contrarium iudicium*.

Il precarista non è tenuto (almeno nel diritto classico) da un'obbligazione nascente dal rapporto; in via interdittale e cioè per diretto intervento e comando del magistrato viene, se renitente, astretto alla restituzione della cosa. Risponde, se questa non può aver luogo, soltanto per dolo. — Invece il commodatario è tenuto da vera e propria obbligazione contrattuale; egli deve comportarsi circa la cosa, come un buon padre di famiglia, giusta almeno la regola generale.

Il precarista ha frequentemente, anzi normalmente, il possesso della cosa³⁾; mentre ciò non è pel commodatario.

Queste differenze rimangono in gran parte pur nel diritto nuovo ed è certamente infondato il dichiarare quasi parificate in questa le due figure⁴⁾. È quindi assai importante lo stabilire quali siano le caratteristiche, donde si possa dedurre la qualità specifica dell'atto.

¹⁾ PAUL. fr. 17, h. t. (13, 6).

²⁾ ULP. fr. 1 § 3 D. 43, 26.

³⁾ « Memnisse autem nos oportet eum qui precario habet etiam possidere », cfr. ULIANO, fr. 4 § 1 D. 43, 26.

⁴⁾ KRITZ, *Pandektenrecht* (Diritto delle Pandette) I, 2 pag. 429 seg.

Il DONELLO ¹⁾ definisce sagacemente il commodato così: « commodare est rem quae usu non consumitur seu mobilem seu immobilem utendam gratis dare *praescripto utendi fine aut modo* ». — Il commodato è un atto che non ha avuto la sua origine nei rapporti fra superiori e inferiori, ma in quelli amichevoli tra uguali ²⁾; la cosa viene posta a disposizione di una delle parti *per uno scopo determinato*. Non è dunque che qui venga *in genere* concesso l'uso e il godimento di una cosa; è concesso in quanto serve a uno scopo prefisso ³⁾. — La tesi è stata ai nostri giorni vigorosamente ripresa dallo SCHMIDT ⁴⁾, che la difese non troppo validamente contro gli assalti del KRITZ. È intanto notevole che le fonti, ove menzionano il commodato, sogliono aggiungere lo scopo, per cui la cosa viene prestata. Eccone esempi:

auct. ad Her. IV, 51 § 61 « ait se aedes maximas cuidam amico ad nuptias commodasse ».

D. 47, 2, 55 § 4 « ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium — — vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum ».

Quinto Mucio apud Gell. VI (7) 15, 2: « sive quod utendum accepit ad aliam rem atque accepit usus est ».

D. 47, 2 40 « qui iumenta sibi commodata *longius* duxerit ».

ib. fr. 17 « qui re sibi commodata — — usus est aliter atque accepit ».

D. 19, 5, 17 § 3 « commodaremus, ut opus faceret ».

D. 47, 2, 52 § 22 « pondera tibi commodavi *cum emeris ad pondus* ».

Dal nostro titolo sceglierò i seguenti esempi:

fr. 3 § 6 « commodari — — ad pompam vel ostentationem ».

fr. 4 « ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant ».

fr. 5 § 7 « si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres ».

« si sic commodavi, ut ad bellum duceres ».

« si tibi commodavi (servum) ut in machina operaretur ».

§ 8 « si tibi (codicem) ad hoc commodavero, ut caveretur tibi in eo ».

§ 10 « si — commodavit — quo honestius culta ad se deduceretur ».

§ 12 « rem tibi dedi ut creditori tuo pignori des ».

fr. 10 pr. « si in eam rem usus est in quam accepit ».

fr. 17 § 3 « modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit ».

« si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret ».

« si ad fulciendam insulam tigna commodasti ».

fr. 18 « si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferret ».

fr. 23 « si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum ».

Ho riportato una serie alquanto numerosa di esempi, perchè è soprattutto la loro abbondanza che fa impressione: il che anco dallo SCHMIDT non fu posto nella debita luce.

¹⁾ *Comm. iuris civ.* XIV, 2, 2 seg. (ed Lucca *Opp.* III, 695). Cfr. VINNIO, *Inst.* h. t. ed. 1763 t. II, pag. 93.

²⁾ E per lo più scambievoli; CAIO, *r. r.* 5, 7. — CICERONE, *de off.* 2, 15.

³⁾ E questa può considerarsi, almeno fino a pochi anni sono, quale *communis opinio*. Vedi sopra e lo HEINECCIO, *Inst.* § 799. La determinazione però dell'uso rispetto al tempo non mi pare correttamente stabilita di fronte alle fonti romane. Cfr. pure HAIMBERGER, *Dir. rom. puro*, § 506 e § 513.

⁴⁾ *Kommodat und precarium* (Commodato e precario) pag. 157.

Il VANGEROW replica, che tali passi dimostrano bensì che tali determinazioni si usassero, non che fossero necessarie. Ma la dimostrazione s'integra appunto col confronto dei testi, che discorrono del precario, *dei quali non uno accenna* ad un determinato uso, a un fine determinato della concessione. Ora l'asserzione dello SCHMIDT, che la specificazione implicita od esplicita dell'uso desse all'atto carattere di commodato ed escludesse il precario, mi pare ben giustificata.

Non è possibile che sia mero caso, che nella serie di testi concernenti il commodato sia di regola menzione dello scopo particolare; mentre in quella de' testi concernenti il precario tale scopo non appare mai. Qui la cosa è messa a disposizione del precarista, perchè se ne valga come crede. E questa è pur anco una delle ragioni per cui (ove non sia diversa la volontà delle parti) il precarista a differenza del commodatario suole possedere (cfr. SCHMIDT, l. c. pag. 166)¹).

La dimostrazione riceve novello rinforzo da un'altra circostanza, ch'è passata — ch'io sappia — inosservata. Nella materia del precario si discorre (come in quella della locazione) della *rinnovazione esplicita* e della *rinnovazione tacita*, che ha luogo, quando è scaduto il tempo, per cui fu fatta la concessione e il precarista seguita senza opposizione a tenere la cosa; *intellegitur enim dominus, cum patitur eum qui precario rogavit possidere, rursus precario concedere*²). Nulla di tutto ciò dicesi a proposito del commodato. E infatti, se questi è per un uso determinato, è chiaro che non può discorrersi di rinnovazione; terminato l'uso, tutto è terminato: una seconda concessione pel medesimo uso non sarà già reintegrazione del rapporto anteriore, ma novella causa di novello rapporto.

Si è replicato dagli stessi avversarii che da taluni testi appare non essere così rigorosamente delimitato l'ufficio specifico del commodato; ci citano specialmente il fr. 76 pr. *de furtis* (47, 2) e il § 7 *ibid.* (4, 1).

fr. 76 (78) pr.: « qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur, sed nec depositi ullo modo tenetur; commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, idest an non debuerit existimare id dominum permissurum ».

¹) Così anche il fatto che il concedente può revocare *ad libitum* (a differenza del commodante, fr. 17 § 3 h. t.), cfr. il fr. 12 *de prec.* 43, 26, riceve una nuova spiegazione. Chi concede una cosa in genere, perchè altri se ne serva, può richiamarla a sé quando crede, ancorchè in un momento intempestivo pel concessionario, giacchè egli non è tenuto a sapere in che circostanze versi costui, il quale d'altronde non ignora la precarietà del suo godimento. Ma chi concede la cosa *per un determinato uso*, non può non sapere le circostanze dell'utente e non può andar contro la sua parola data, che era di procurare non l'uso in genere, *ma quel determinato servizio*. — Il VANGEROW poi nel citato luogo conchiude (cfr. il WINDSCHEID, § 576 cit.): « l'unica cosa essenziale è piuttosto se il concedente voglia veramente addivenire ad un *negotium* e obbligare quindi se medesimo ». A confutare questa strana dottrina, che del resto ripugna alle idee oggidi più ricevute intorno alla natura del negozio giuridico, basterà arrecare un testo solo e decisivo: « si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus an habeam commodati actionem, nam et Celsus filius siebat, si iussissem eum aliquod facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse, idem et in commodato erit dicendum, nec obstat quod non hac mente cum eo qui liber bona fide nobis serviret contraheremus, quasi eum obligatum habituri; PLURIMQUE ENIM ACCIDIT UT EXTRA ID QUOD AGITUR TACITA OBLIGATIO NASCATUR ». Qui certo non si intendeva di *contrarre un negotium* e il commodante era così lontano dalla intenzione di obbligare se stesso, che non credeva neppure di obbligare il commodatario!

²) Cfr. fr. 4 § 4. fr. 6 *de prec.*, 43, 26.

§ 7: « placuit tamen eos qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas acceperint ita furtum committere si se intellegant id inuito domino facere eumque si intellexisset non permissurum ac si permissum credant extra crimen videri: optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committitur »¹⁾.

Comincerò ad avvertire, che tali passi (aggiungi il § 6. Inst. Just. ibid. e G10, 3, 196) confermano che l'uso concesso nel comodato è determinato da uno scopo specifico. Solo così si capisce, come si possa scrivere *si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit* (6 e 396 citt.)²⁾. Si noti bene: il giurista non dice: *si quis in quem usum rem acceperit eamque*, ecc., ma dice senz'altro *utendam rem acceperit* poichè tale negozio (e cioè il comodato) non può darsi che per un determinato uso. Cfr. anco il fr. 5 § 8 h. t. *qui alias re commodata utitur*, ecc.

Il § 7 poi (e il relativo brano delle Istituzioni di G10) non hanno veruna relazione colla questione presente. Essi si riferiscono all'altra, se chi usa della cosa commodata altrimenti che nel modo pattuito commetta furto. A commettere il furto richiedesi l'*affectus furandi*: ossia lo scopo di lucro e la scienza di andar contro il volere del domino. Tale scienza non vi ha senz'altro in chi esorbita dall'uso pattuito, giacchè deve concedersi la possibilità che il domino avrebbe acconsentito. Ciò è affatto indipendente dalla esistenza di un vincolo contrattuale. Per esempio io mi reco nell'orto di un amico a cogliere frutta, presumendo il suo consenso; qui non esiste fra noi alcuna relazione contrattuale, nè si tratta di mera usurpazione a fine di uso, ma di completa appropriazione della cosa, eppure non si dà furto (nemmeno nella ipotesi che poi l'amico si sdegni) per ragione della mia buona fede. Ciò che sta, quando non siavi alcun rapporto contrattuale, perchè non dovrebbe stare, data l'esistenza di esso? Poichè qui la presunta concessione del domino non dipende che dalla conoscenza personale, che di lui ha l'utente³⁾; dalle preesistenti attinenze di parentela, amicizia, benevolenza, ecc. e non ha quindi col contratto medesimo relazione veruna.

Maggiore difficoltà può forse presentare il fr. 76, dove il discorso non concerne la sola azione di furto, ma si estende a quella di comodato: ad ogni modo l'ostacolo non regge ad una seria considerazione. Tanto varrebbe il dire, non essere vero che il depositario non ha l'uso dell'oggetto depositato, pel motivo che, s'egli usa presumendo la volontà del deponente, non commette furto e non è tenuto coll'azione di deposito. La verità è che il deposito è per sua natura diretto alla custodia della cosa (*rem servandam dare*), come il comodato è diretto ad un uso determinato di essa; se nell'una e nell'altra ipotesi, presumendosi la volontà del concedente, viene usata la cosa o viene usata in modo diverso dal pattuito, non se ne risponde coll'azione contrattuale (nel caso del comodato però solamente, quando l'opinione dell'utente si fondi sopra una base solida e seria); il che dipende dalla qualità di *buona fede* del giudizio stesso. Ciò nulla toglie alla natura del contratto; giacchè si colpiscono non le deviazioni materiali dall'ordinamento suo, ma le lesioni formali, imputabili a malizia o a negligenza delle parti contraenti.

¹⁾ Cfr. G10, 3, 197.

²⁾ Gli esempi: « si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cenam invitaturus » « si quis equum gestandi gratia commodatum longius (del luogo destinato) aliquo duxerit ».

³⁾ scol. ad fr. 76 cit. (Bas. LX, 12 const. 76: ΗΕΙΜΒΑΧΗ, V, pag. 526, FABR. VII, 365: τούτουστιν εἰ φίλιαν ἔχει τσαυτήν πρὸς τὸν δεσπότην, ὥστε εὐλόγως πιστεύειν κτλ.

PRIMA APPENDICE DEL TRADUTTORE

AL § 857

Obbietto del comodato non sono che gli *infungibili* o meglio quelle cose che non si consumano coll'uso pattuito e che, dopo questo, possono venire restituite nella loro originaria integrità (cfr. i fr. 3 § 6 e 4 h. v. e le notevoli illustrazioni dello STEFANO, *ibid.*). Il comodato si applica, come già vedemmo, tanto ai mobili quanto agli immobili. Se vengono commodate più cose, aventi ciascuna autonoma esistenza, si hanno altrettanti contratti; non così se sono congiunte e non serbano la loro autonomia ⁴⁾.

Si disputa fra gli scrittori, se il comodato potesse applicarsi anco alle cose incorporali; più esattamente, se obietto di comodato potesse essere l'esercizio del contenuto di un diritto. La più comune sentenza è negativa; si citano il fr. 1 § 2 h. t. e più ancora il fr. 17 pr. *praesor. v.* 19, 5, dove è sconsigliata l'*actio commodati* pel caso in cui fosse stata ceduta gratuitamente una *habitatio*. Si suole aggiungere un argomento teorico; in tale ipotesi non sarebbe possibile una vera restituzione in natura della cosa ricevuta, come invece si esige nel comodato.

Circa i fr. 1 § 2 e 17 pr. cit. vedremo avanti. Essi non hanno molta importanza nella presente questione, essendo assai verosimile che in essi *habitatio* indichi l'immobile, *la casa* (tale per es. deve ritenersi il senso della parola nel fr. 40 D. 33, 2 di ALFENO VARO *illi cum illo habitationem lego*; nel fr. 34 pr. *habitationem in domo* significa, come dal frammento stesso si ricava, la proprietà della casa; *habitationem locare* nel fr. 5 D 19, 2 significa dare in affitto un appartamento e così in molti altri passi, per es. fr. 9 pr. § 1 — 19 § 6 — 24 § 2 — 26 § 1 *ibid.*); ad ogni modo *habitatio* si assume per denotare la facoltà di usare di una casa a scopo di abitazione (sicchè oggetto diretto vien sempre ad essere l'immobile stesso), anzichè l'esercizio effettivo corrispondente al contenuto del *diritto reale di abitazione*. La ragione per cui il fr. 17 cit. sconsiglia l'azione di comodato è del resto quella, che la scopo della *habitatio* sembra troppo vago e complesso di fronte alla rigorosa determinazione dell'uso richiesta dal comodato.

Altri testi, che si possono addurre in questa materia, io non conosco fuorchè il fr. 24 D. 8, 3 (POMP.):

« *Ex meo aquaeductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare. Proculus contra, ut ne in meam partem aliam quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est.* »

A prima vista sembrerebbe potersi dedurre da questo passo la suscettibilità degli *iusa in re* di formare oggetto di valido comodato; nel caso concreto il problema sa-

⁴⁾ Fr. 17 § 3 h. t. 13, 6.

PRIMA APPENDICE DEL TRADUTTO

rebbe stato risolto negativamente da PROCULO e da POMPONIO solo per l'accidentale aggravamento, che sarebbe provenuto al proprietario del fondo serviente. Ma una più attenta considerazione dissolve tali apparenze. Il testo non parla di *commodare* la *servitus aquaeductus*¹⁾; ma di *commodare, ex meo aquaeductu*, dove l'oggetto di commodare facilmente sottinteso è *aquam*. LABEONE opina che il titolare di un acquedotto può permettere ai vicini di derivare acqua per i loro fini. Ora l'*aqua* corrente in sé stessa considerata non è certo valido oggetto di comodato. Evidentemente LABEONE usava qui la voce *commodare* nel generico significato di *concedere gratuitamente*, il che egli e PROCULO potevano benissimo fare, in quanto che ai loro tempi tale designazione non era quella tecnica editale del nostro contratto, come altrove si è visto. Tale generico significato della voce *commodare* è tutt'altro che insolito nei buoni scrittori, cf. per es. PLAUTO, *Rud.* 2, 4, 21 *aquam — quam hostis hosti commodat. operam — quam civis civi commodat*, Cic. *de off.* 1, 16 *ut quidquid sine detrimento possit commodari, id tribuatur vel ignoto* — *id. fam.* 13, 32 *ut his omnibus in rebus quantum tua fides dignitasque patietur commodes*, ecc. Gli esempi si potrebbero agevolmente moltiplicare. Se è ovvio come i giuristi che scrivono dopo la definitiva rescissione dell'editto si astengono da tale uso della parola, nulla osta che in questo volgare significato essa potesse adoperarsi da quelli che scrivevano prima che essa ricevesse la sua consacrazione ufficiale.

Messi da parte come non probanti tali frammenti, rimane assai notevole, come, mentre le Fonti avvertono in numerosi passi che possa concedersi *precario* l'esercizio di un diritto reale²⁾, nulla di simile trovisi esplicitamente insegnato pel comodato. E tanto più notevole questo mi pare, in quanto che il comodato è assai più largamente e diffusamente trattato, che non il precario. E io credo appunto, che tale silenzio sia qui *eloquente* e significhi che oggetti di comodato non possono essere, che la *res corporalis*.

Tale persuasione si conforta con argomenti teorici. — Si è detto da varii scrittori, che le cose incorporali non possono formare oggetto di comodato, perchè non è escogitabile a loro riguardo la restituzione in natura. Pur senza ricorrere al concetto di *restitutio ficta*, mi pare che tale argomentazione non sia troppo forte. La restituzione in natura è pure richiesta nella locazione, eppur niuno dubita che si possono locare dei diritti³⁾; si pensi alla locazione dei *vectigalia*. Infatti la restituzione si dà, quando si cessa dall'esercizio corrispondente a quel determinato diritto e (ove occorra) si rimettono nel pristino stato le cose da quell'esercizio alterate. Non è questa, ma ben altra la ragione che a mio avviso rende le cose incorporali inadatte a costituire oggetto di comodato.

Un comodato di crediti è affatto inconcepibile. La questione non potrebbe presentarsi che per i diritti reali, e infatti gli scrittori, che trattano l'argomento, non accennano che a questi. — A ben vedere, anzi, ad una limitata serie di essi; poichè il pegno, l'ipoteca, il diritto enfiteutico per loro natura non si confanno in alcuna guisa coi termini del comodato.

Possono le così dette servitù personali formare oggetto di comodato? Una tale do-

¹⁾ In sostanza si avvicina a questo modo di intendere il frammento anche il PEROZZI, *Bullettino dell'istituto di d. r.* VI, pag. 33, benchè del resto le nostre spiegazioni divergono parzialmente. Il PEROZZI però non si occupa che affatto incidentalmente del nostro passo, secondo lo scopo delle sue ricerche.

²⁾ Cf. per es. i testi in SCIALOJA, *Precario*, pag. 26 sg.

³⁾ Gli esempi però comunemente citati ne' manuali (fr. 12 § 2 38 D. 7, 1 — fr. 2 i. f. 4 D. 7, 8) sono locazioni di cose corporali.

manda può più esattamente formularsi in doppia forma. Chi ha l'usufrutto, l'uso, ecc. può concederne altrui il gratuito esercizio mercè un contratto di comodato? Ovvero il domino di una cosa (o chi altrimenti ha facoltà di disporre) può cederne altrui gratuitamente l'uso in modo, che il cessionario eserciti il contenuto di tali diritti e l'atto di concessione assuma la natura del comodato? A questo secondo problema intendono certamente di alludere questi scrittori, che parlano molto impropriamente di *costituzione* di usufrutto, ecc. mediante comodato.

Ai due problemi può darsi una risposta comune (per tacere degli argomenti che vivono solo per alcune categorie di tali diritti, per esempio che il titolare dell'uso non può cederne gratuitamente l'esercizio). L'essenza del comodato sta in ciò, che tutto il negozio è retto da uno scopo particolare rigorosamente determinato *a priori*; mentre tali diritti si riferiscono ad un uso multiforme vario e complesso, serviente ai più di versi scopi dell'utente. L'usufruttuario, purché salvi intatta la sostanza, dispone liberamente, come il domino, della cosa; inoltre egli ne lucra i redditi, cosa incompatibile colla essenza del comodato. In più stretta misura tale libertà di disposizione compete all'usuuario, allo *habitor*, al titolare delle *operas servorum*; ma pur sempre qui ci si affaccia una generalità di scopi raggiungibili mercè l'uso, che contrasta colla rigorosa limitazione del nostro contratto. Se alcuno dà a Tizio una cosa da usare per un determinato scopo, tale uso non risponde al contenuto di veruno fra gli accennati diritti e non risponde per l'aggiunta determinazione; quindi non si può discorrere di cessione di uso di *res incorporalis*, ma solo di cessione dell'uso della cosa corporale medesima.

Anco rispetto alle servitù prediali il problema si duplica in modo affatto analogo. E a proposito avvertiremo, come per la dottrina romana classica il titolare di una servitù non possa cederne altrui l'uso, poichè una cessione contraddice alla massima che le servitù aderiscono ai fondi e devono esercitarsi a vantaggio dei fondi stessi. Tant'è vero che *servitutum locare nemo potest* (fr. 44 D. 19, 2)⁴. La questione si riduce pertanto a vedere, se il proprietario può cedere gratuitamente altrui in forma di comodato l'esercizio di quanto costituisce il contenuto di una servitù prediale: per es. la facoltà di passare, attingere acqua, ecc. Tale quesito va risolto negativamente. Se io per es. concedo a Tizio in genere di passare sul mio fondo, una concessione così larga e così svincolata da ogni motivo particolare non risponde alla natura del comodato; se invece la concessione si riferisce a uno scopo transitorio e determinato, essa non risponde più alla natura del contenuto di una *servitus itineris*. Poichè le servitù prediali devono rispondere ad una utilità permanente del fondo, e contraddice affatto alla loro indole un uso concesso restrittivamente ad uno scopo transitorio.

Non così invece pel precario. L'uso nel precario è generale o almeno non è necessariamente ristretto; nè la natura di esso esclude punto il godimento de' redditi da parte del precarista. Nulla osta per es. che il contenuto di un usufrutto costituisca materia di concessione precaria. Ma neanche il contenuto di servitù prediale ripugna al concetto di concessione precaria. Sta bene che tale concessione sia essenzialmente tem-

⁴ Cfr. il PEROZZI, *loc. cit.* pag. 22 segg. Però noi divergiamo dal P. nel modo d'intendere il fr. 24 D. 8, 3 (cf. il capo I del presente lavoro); v. PEROZZI, pag. 23. Nè possiamo per identiche ragioni accogliere lo svolgimento della relativa dottrina, quale è accennato da lui a pag. 25. — Il diritto giustiniano conosce, secondo le buone osservazioni dello stesso PEROZZI, deviazioni dall'accennata regola; ma esse devono intendersi strettamente (rimanendo ancora regola generale quelle del diritto classico) e ad ogni modo tali deviazioni non hanno che vedere colla presente materia; cf. lo scritto citato, pag. 29 segg.

poranea e revocabile; ciò non toglie per altro che essa sia destinata a soddisfare una permanente utilità del fondo, che la causa obbiettiva sia duratura. Appunto perchè non vi ha uno scopo determinato e transitorio, il contenuto della concessione risponde a quello di una servitù prediale e nasce una *iuris quasi possessio*; appunto perchè la concessione è revocabile, non sorge il *diritto* stesso: sorge una condizione di fatto alla natura del rapporto giuridico rispondente ¹⁾.

Sicchè, concludendo, diremo che le cose incorporali non possono costituire oggetto di comodato, non perchè vi sia fra i due termini una necessaria antitesi, ma perchè ragioni particolari alle singole categorie di diritti tolgono a questi la possibilità di formare materia di tale contratto ²⁾.

Veniamo più particolarmente alla questione di un comodato di *habitatio*. Taluni hanno perfino pensato ad una costituzione di un *ius habitationis* merchè comodato ³⁾; mentre altri (sovratutto per la ragione non principale e non inoppugnabile ⁴⁾ che altrimenti non sarebbe possibile la restituzione in natura) hanno pensato al caso di chi avesse il *ius habitationis* e ne commodasse altrui l'esercizio. — Già si oppone il fr. 10 *de usu et hab.* 7, 8 ove si enumerano le facoltà del titolare di un *ius habitationis* e non si fa cenno di quella di commodarne l'esercizio; si parla anzi in modo da escluderla. Ma più si oppone il passo parallelo, fr. 17 pr. *de pr. verb.* 19, 5: « si gratuitam tibi habitationem dederò, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse; sed est tutius praescriptis verbis agere ». Qui il caso è meglio spiegato: si tratta di *dare gratuitam habitationem*, frase che si trova altrove nelle Fonti (per esempio GAIO, 4, 153, cfr. fr. 15 § 1 D. 43, 26) nell'evidente significato di concedere di abitare gratuitamente una casa, non in quello di cedere l'esercizio di un diritto reale di abitazione. Ciò toglie ogni forza all'argomento, che pel fr. 1 cit. si può dedurre e s'è infatti dedotto (per es. GLÜCK, *loc. cit.*) dalla parola *amplius*. Il frammento dichiara prima ammissibile il comodato di cose immobili; *amplius*, si dice, accenna a qualcosa di più e di diverso,

¹⁾ Oltre i notissimi frammenti dei Digesti (specialmente nel tit. 43, 26) cf. per es. C. I. L. I, n. 1215 pag. 245 — V. 1 n. 700 (pag. 76) n. 2447 (pag. 237) n. 3472 (pag. 355) — X, 1 n. 1285 pag. 149 — n. 4320 pag. 424, ecc.

²⁾ Io devo considerare come erronea la trattazione dello SCHMIDT (*Comm. praec.* § 7 pag. 117-135). Dal momento, ch'egli aveva ben compreso la vera nota differenziale fra il comodato e il precario, non avrebbe dovuto confondere le due questioni e istituire un'unica ricerca « sulla possibilità di un comodato o di un precario di cose incorporali ».

La sua conclusione si è che è possibile tanto un comodato, quanto un precario di usufrutto, abitazione, *operae servorum*, enfiteusi, qualora il concedente sia un titolare di tali *iura*, i quali pertanto abbiano a suo riguardo una esistenza autonoma, e gli possano essere *restituiti*. Il *dominus rei* non può che costituire una posizione di fatto analoga a quella, che gode il titolare di simili diritti; ma ciò non va confuso colla concessione del gratuito esercizio di essi.

Tale conclusione è direttamente contraria alle fonti, che in materia di precario si esprimono affatto diversamente: fr. 3; fr. 15 § 2 *de praec.*; fr. 2 § 3 *ibid.*, la cui forza probante non è certo diminuita dalle osservazioni dello SCHMIDT, pag. 130 sg. — In tutti i casi si tratta di immettere *precariamente* taluno in quella condizione effettiva, in cui sarebbe se il relativo diritto competesse.

Ad ogni modo ciò non concerne che il precario; rispetto al comodato cfr. quanto si dice nel testo.

³⁾ VOET, *ad Pand.* XIII, 6 n. 1; cf. VII, 8 num. 6.

⁴⁾ Con ciò non vogliamo difendere il WISSENBACH, *Exerc. ad Pand.* I, 27 n. 9.

donde è ovvio riferire l'*habitatio* alle cose incorporali. Ma *amplius* può intendersi nel senso di *ansi, perfino* e il passo tradursi così: « Bene si dice *commodata* anche una cosa immobile, come stima pure CASSIO; anzi VIVIANO dice che il *commodato* può consistere anche nella gratuita concessione di abitare una casa (che fra tutte è l'ipotesi più controversa) ». — Rimane appunto da vedere, perchè qui si fosse alieni dall'ammettere un *commodato*, tanto che nel fr. 17 si suggerisce come praticamente più sicura un'altra strada e altrove non troviamo mai concepito il negozio, siccome *commodato*. Troviamo anzi in GAIO ¹⁾ una singolare contrapposizione: *per eos quoque apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur*.

La ragione dell'accennato trattamento non può essere che in ciò, che la concessione della abitazione è qualche cosa che sembra esorbitare i limiti del *commodato*. Questo negozio deve avere un fine ben determinato; si comprende un *commodare aedes ad nuptias*, non si comprende facilmente un *commodare aedes* per la gratuita abitazione, la quale rappresenta un uso vario, complesso e non esattamente determinabile *ab initio*. — Si dà spesso un'altra ragione; si dice cioè, che il concedere una gratuita abitazione cade sotto il concetto di donazione. E all'uopo si citano i fr. 9, 27, 32 *de don.* 39, 5, il fr. 13 *de don. int. vir. et ux.*, 24, 1 e anco il fr. 15 § 1 *de precario* 43, 26. — Cominciamò ad escludere affatto il fr. 18, come quello che non appartiene alla nostra questione. In esso si dice: « si vir uxoris aut uxor viri servis aut vestimentis usus vel usa fuerit, vel in aedibus eius gratis habitaverit, valet donatio ». In questo passo *donatio* è usato nel senso più lato, cioè di beneficio economico altrui procurato e che appunto non sia usato in senso tecnico, prova il fatto che l'operato è valido anche fra coniugi ²⁾. Del resto il passo proverebbe troppo, giacchè si estende anco all'uso de' servi e del vestiario, che niuno ha dubitato potere formare valido oggetto di *commodato* ³⁾. Il passo pertanto si tradurrà così: « Se il marito avrà usato de' servi o degli oggetti di vestiario della consorte o viceversa o se avrà gratuitamente abitato in casa di lei, il beneficio non cade fra le vietate donazioni ». — E così possiamo escludere il fr. 15 § 1:

« hospites et qui gratuitam habitationem accipiunt non intelleguntur precario habitare ».

La ragione, si dice, per cui tale concessione non costituisce precario è la stessa, per cui non può costituire *commodato*; cioè il fatto che il negozio va considerato come donazione. Ma tale non può essere il senso del testo.

Il giurista non dice che *non consiste, non sorge* il precario; ma dice che l'atto non suole interpretarsi come un precario, il che non esclude la possibilità di un precario avente tale oggetto; bensì esclude che di regola la parti in tal caso abbiano in animo di addivenire ad un precario. E la ragione è senza dubbio più chiara per gli ospiti; il rapporto di ospitalità è contrario a quella specie di inferiorità, in cui suol trovarsi il precarista di fronte al concedente; inoltre esso crea un complesso di doveri non compatibili colla fragilità del precario. — Negli altri casi, in cui taluno *accipit gratuitam habitationem*, la ragione, per cui non si deve essere corrviti ad ammettere un precario, è certo la fragilità e la liberissima revocabilità (anco intempestiva) di questo rapporto, che per un fatto tanto importante alla vita umana, come l'abitazione, è di gravissimq. inconveniente. Del resto male si negherebbe, che il precario di abita-

¹⁾ 4, 153.

²⁾ V. però ora ASCOLI, *Concetto della donazione* pag. 3 sgg. Secondo questo autore l'assenza del concetto tecnico di donazione in simili casi dipenderebbe da ciò, che in essi manca l'attribuzione di un diritto principale. Cf. loc. cit. pag. 110.

³⁾ Che l'uso di una cosa sia valutabile in denaro, non è naturalmente sfuggito ai Romani: per es. fr. 19 D. 22, 4.

zione sia possibile. La const. 2 *de prec. et Salo. int.* (8, 9) nomina espressamente il *preario habitans* e l'obbligo dei suoi eredi di *restituere habitaculum*. E un vero precario deve scorgersi in SCEVOLA, fr. 32 *de don.*, nel passo cioè addotto dai sostenitori della contraria opinione, benchè sia stato dai compilatori inserito nel titolo *de donationibus*¹⁾:

« Lucius Titius epistulam talem emisit: Ille illi salutem, hospitio illo²⁾ quamdiu volueris uteris in superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex mea voluntate facere hac epistula notum tibi facio. quaero, an heredes eius habitatione eum prohibere possint. respondit, secundum ea qua proponerentur, heredes posse mutare voluntatem ».

Tale volontà avrebbe dunque potuto mutare anche il concedente stesso: cf. del resto fr. 8 § 1 *de prec.* 43, 26. La concessione era bensì stata fatta *quamdiu volueris*; ma come è noto e come abbiamo visto, simili espressioni non mutano la natura del precario e non tolgono la sua libera revocabilità. — Si comprende invece senz'altro, come una così indeterminata concessione non potesse considerarsi come *commodato*.

Al fr. 32 si contrappone il fr. 27 *eod.* di PAPINIANO:

Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit:

« *quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo eoque uti* ». Defuncto Regulo, controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et, cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistrì quadam mercede remuneratum esse Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse.

Il rapporto fra i due passi è di solito configurato nel seguente modo³⁾. Le donazioni vanno interpretate restrittivamente; ora se taluno concede ad altri la gratuita abitazione non devei credere che la concessione abbia a durare oltre la vita del concedente. E così si spiega il fr. 32. Ma nel caso studiato da PAPINIANO tale interpretazione restrittiva non è opportuna, poichè non si tratta di mera liberalità; si tratta di *ἀντίδοτον* et quasi *merces doctrinae* e ciò anzi consiglia a dare una interpretazione favorevole al concessionario. — Ma questa esegesi è incompatibile colla lettera dei due passi. Il fr. 32 non dice che la liberalità è da ritenersi limitata ai termini della vita del concedente; ma dice che vi è facoltà negli eredi di questo di cambiare volontà e revocare. Ciò presuppone, come abbiám visto, che tale facoltà competesse al concedente e insomma il passo non si spiega bene, che presupponendo un precario. — Nè il frammento di PAPINIANO è per sè tale da recare ostacolo. Nel caso di Nicostrato il giurista non trova che siavi mera liberalità (*donatio* in senso lato, che comprende benissimo anche il precario); ma che la concessione ha quasi carattere di mercede e merita quindi diverso trattamento⁴⁾. L'ipotesi respinta da PAPINIANO parmi appunto quella di un precario; giacchè solo così possono spiegarsi le parole *non videri donationem sequentis*

¹⁾ Cfr. già SCIALOJA, *Del precario*, pag. 23 n. 1. Ora la cosa sembra fuori di dubbio, giacchè il passo nell'opera genuina di SCEVOLA dovette trovarsi sotto la rubrica *de precario*: cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, 313. A torto quindi l'ASCOLI considera il passo come riferentesi, anco pel diritto classico, ad una donazione, *Bull. Ist. dir. rom.* VI, pag. 200.

²⁾ Nel senso di *abitazione* cfr. Cod. 8, 9, 2.

³⁾ Cfr. già DOROTEO, *ad fr. 27 cit.* — CUIACIO, *Observ.* 21, 37.

⁴⁾ Cfr. ASCOLI, *Concetto della donazione*, pag. 88 segg. Vedi anche *Bullettino cit.* pag. 201.

temporis irritam esse. Se si trattasse di una *donatio* limitata alla vita del donatario, non si vedrebbe perchè, cessato il tempo cui era destinata, si debba dire *irrita*. — Invece, ove si pensi al precario, si comprende come il giurista dica che la liberalità in seguito al mutamento di volontà del concedente o del suo erede (« *donatio sequentis temporis* ») perde il suo fondamento, sicchè il possesso o l'uso del precarista viene ingiustificato.

Rimane il fr. 9 pr. *de don.*: « In aedibus alicuius habitare gratis donatio videtur; id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit, potest enim et citra corporis dationem valere donatio ».

Da questo passo si ricava infatti che la concessione di abitare *gratis* un appartamento può anche costituire *donatio* in senso tecnico (che a questa pensi il giurista sembrami risultare dal § 1): nè osta che materialmente non siavi una *datio rei*, quando vi ha la remissione della mercede. Infatti in questo ultimo caso si ha una vera e propria rinuncia *ad un diritto* a tutto vantaggio del debitore; mentre, come si è visto, ad esaurire il concetto di donazione non basta la semplice gratuità dell'uso. Occorre, a mio avviso, che il negozio si configuri come remissione di mercede già dovuta o patuita. L'Ascoli, il quale ora accede alle mie opinioni su questa materia nel suo importante *Trattato sulle donazioni*, p. 160 seg., non ammette che sia necessario pensare ad una mercede già dovuta o almeno convenuta: « anche la rinuncia ad acquistare un diritto » può costituire donazione. Ma vedasi l'argomento che io traggio dall'analogia di altri passi. Naturalmente l'Ascoli stesso conviene che, se la mercede fosse già convenuta, più nitida apparirebbe la figura della donazione (p. 162). Per esempio è stato concluso un affitto per alcuni anni e quindi il locatore rimette la mercede, dichiarando di volere per tal tempo lasciare abitare gratuitamente il conduttore. La quale interpretazione pienamente credo di giustificare coi fr. 15-17 *de lib. leg.* 34, 3, i quali si riferiscono bensì alla materia dei legati, ma contribuiscono a recar luce sul nostro tema. Io qui non riferisco che i fr. 15 e 17, di cui l'uno è la continuazione dell'altro; entrambi son presi dal IX libro di PAOLO *ad Plautium*:

« Ei cui fundum in quinquennium locaveram legavi quidquid eum mihi dare oportet oportebitue, ut sineret heres sibi habere. Nerva et Atilicinus, si heres prohiberet eum frui, ex conducto; si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obligatum aiunt; quia nihil interesset, peteret an retineret: . . . totam enim locationem legatam videri ».

CASSIUS: « *Etiamsi habitatio eo modo legata esset, GRATUITAM HABITATIONEM HERES PRAESTARE DEBET* »¹).

Apprendiamo che un modo di *praestare gratuitam habitationem* è quello di non chiedere la mercede di una preesistente locazione; che dicesi legato di *habitatio* (non del *usus in re* di tal nome) anco l'ordine dato all'erede di non chiedere l'affitto di una locazione in corso.

Si comprende poi che vien meno il concetto di commodato, quando l'*usus* coincida col *frui* e sia destinato a trarre un provento diretto della cosa. Giacchè in tal caso viene ad aggiungersi un novello elemento, l'acquisto de' frutti o proventi. — Un fondo per esempio potrà essere commodato per impiantarvi un provvisorio edificio di legno, per alcune esercitazioni ecc., ma non per coltivarlo e raccoglierne in frutti. Un simile negozio cadrebbe sotto altra categoria.

Una prova di ciò io veggio specialmente nel fr. 16 § 1 D. 19, 5:

« Permisisti mihi ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi, nec pateris me

¹ Sul vero modo di coordinare i due frammenti ci siamo trattenuti altrove. Cfr. *Sus libri di Paolo ad Plautium*, Modena 1894 pag. 20.

fructus tollere, nullam iuris civilis actionem esse, Aristo ait. an in factum dari debeat, deliberrari posse; sed *crit de dolo* ».

Qui il fondo è concesso per un uso determinato e tuttavia il giurista non conosce alcuna *actio civilis*, che serva all'uso. Pensa dubitante un'*actio in factum*; ad ogni modo ammette l'ultimo rifugio, *actio doli*. La ragione non può essere altra, che questa: l'uso del fondo *ut fructus tollerem* non s'accorda colla natura del comodato.

Invece in altre ipotesi cessa il comodato, perchè non si può discorrere di un vero uso della cosa da parte di colui che la riceve. Tali sono i casi, in cui taluno consegna altrui una cosa perchè ne stimi il valore, ecc. I giuristi romani ritengono che qui si abbia un negozio speciale, che ora s'avvicina al deposito (quando cioè l'esame o la stima della cosa si intraprendono a beneficio di chi la consegna), ora al comodato (quando s'intraprendono invece a beneficio di chi la riceve o a beneficio comune). Quando non valgono l'*actio in rem*, l'*actio ad exhibendum* e i rimedi contro il furto, si permette di agire *praescriptis verbis*. Questa dottrina fa evidentemente capo a PAPI- NIANO nell'ottavo libro delle sue *Quaestiones* ¹⁾ (fr. 1 § 2 D. 19, 5; fr. 17 § 2 *eod.* cfr. il fr. 79 D. 47, 2). ULPIANO nel fr. 10 § 1 h. t. pone apparentemente senza risposta il quesito: *si rem inspettori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est?*; ma in fatto la risposta è implicita in quanto segue, come ha già visto lo STEFANO ad h. l. ed è in buona sostanza l'insegnamento del fr. 17 § 2 *ibid.* — PAPI- NIANO ha opportunamente avvertito del resto che *si quis pretii explorandi gratia rem tradat* (che sostanzialmente non differisce dal *rem inspiciendam tradere*) *neque depositum neque commodatum est*. Mentre però ULPIANO fa comprendere che tale negozio può essere *simile al comodato* (fr. 10 § 1 *comm.* 13, 6); altrove sulla scorta dello stesso PAPI- NIANO riconosce, che in qualche ipotesi, e cioè se v'interviene il solo interesse del tridente, *prope depositum hoc accedit*.

Vedi pure il fr. 17 § 4 *pr. verb.* 19, 5: « si cum mihi vestimenta venderes ²⁾, rogavero, ut ea apud me relinquaas, ut peritioribus ostenderem ³⁾, mox haec perierint vi ignis aut alia maiore, periculum me minime praestaturum ⁴⁾, ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere ».

Precisamente le regole del comodato!

¹⁾ A' tempi repubblicani (e poi nella scuola sabiniana) dovette concedersi all'uso un'*actio in factum*. Cfr. ALFENO, 3 Dig. a *Paulo epil.* nel fr. 23 *pr. u.* (19, 5): « duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret, illi excidit anulus (s'intende per sua colpa) et in Tiberim devolutus est. respondit posse agi cum eo in factum actione ».

²⁾ « Avendo tu intenzione di vendermi capi di vestiario ».

³⁾ È una forma del negozio *rem inspiciendam accipere* nell'interesse dell'accipiente o almeno nell'interesse comune.

⁴⁾ Nel genuino testo il discorso indiretto pendeva, secondo ogni verosimiglianza, da un *Papinianus scripsit*. Che ULPIANO citi appunto uno scrittore, risulta anche dalle parole: *ex quo ecc.*

SECONDA APPENDICE DEL TRADUTTORE

AL § 857

Nel citato lavoro, capo IV, io ho trattato largamente della responsabilità del commodatario tenendo conto dei molteplici studi recenti. Riproduco qui la parte principale.

STEFANO, commentando il fr. 5 Dig. XIII, 6 h. t., scrive che il commodatario è tenuto per la custodia e « non semplicemente in genere, ma per custodia oculatissima. E il commodatario deve infatti usare una custodia attentissima (se il negozio verte a sola sua utilità)... Per concludere dunque, il commodatario, se il negozio è rivolto a vantaggio suo e del commodante, deve rispondere circa la cosa del dolo e della colpa, ossia della custodia; se invece ricava egli solo profitto dal negozio, deve rispondere del dolo e della colpa e della diligenza, ossia della più oculata custodia... ». Da questo brano si ricava che pel giurista la *custodia*, a cui secondo i testi è tenuto il commodatario nella normale ipotesi che il negozio sia concluso a suo esclusivo beneficio (Cfr. GAIO, 3, 205-206 — fr. 5 § 14 h. t. — § 15 sg. I, 4, 1), non è che una forma di diligenza. La custodia è una determinata serie di provvedimenti atti a preservare dal perimento, dalla perdita e dal danno la cosa; la diligenza è il grado di energia in tali provvedimenti richiesti.

Il commodatario (sempre secondo lo STEFANO) è tenuto alla custodia *ordinaria* o *semplice*, quando il negozio è a comune vantaggio dei due contraenti; è tenuto alla custodia *qualificata* o *diligentissima*, quando il negozio è a suo profitto esclusivo. La custodia semplice consiste nell'assumere quei provvedimenti che il commodatario suol del resto adibire per le cose proprie; la custodia qualificata consiste invece nell'usare quella cura, che il prudente *paterfamilias* suole adoperare circa le cose sue. — Non bisogna lasciarsi ingannare da quel superlativo *επιμελιεστατος* usato più volte dal giurista greco; la sua dottrina nulla ha di comune con quella già universale fra' romani, che nel caso del comune vantaggio (d'ambo i contraenti il commodatario sia tenuto per *culpa levis* e in quello di suo esclusivo vantaggio per *culpa levissima*). Giacchè qui tale *επιμελιεστῆς κωστωδια* si contrappone alla *diligentia quam suis* e non è pertanto nè più nè meno che la consueta diligenza del buon *paterfamilias*. Tanto meno poi è lecito identificare la *custodia diligentissima* dello STEFANO colla *custodia teneica* di WINDScheid e BARON e la *custodia semplice* colla custodia in senso lato o volgare de' predetti scrittori. La custodia pel giureconsulto bizantino non è che una forma, un'applicazione della diligenza; l'obbligo alla custodia s'identifica coll'obbligo di evitare la *culpa* (*culpa ἤτοι custodia*); inoltre è chiarissimo da quanto segue nello stesso commento, che in tale *επιμελιεστῆς custodia*, non entra alcuna responsabilità per avvenimenti fortuiti (*τυχηρά*. Cfr. le parole « δυνατὸν δὲ ἔστιν, αὐτὸν, τὸν χρησάμενον » λέγειν κτλ »).

Io non esito a dichiarare che tale dottrina dello STEFANO mi pare conciliabilissima colle fonti rispetto al diritto giustiniano e mi pare sostanzialmente quella già professata dai giuristi classici. E poichè tale affermazione può suscitare qualche meraviglia, quale ritorno alle idee antiquate (COCCHI, *ius civ. contr.*, ed. cit. h. t. I, 715 sg.), così io credo bene di esporre con qualche ampiezza le ragioni del mio opinare. Nè io potrò stare rigorosamente entro i confini della presente materia; necessariamente dovrò toccare alcune questioni generali attinenti al tema della custodia: ciò è tanto più naturale, in quanto che il comodato è quasi la sede precipua delle relative controverse ¹⁾).

Si è affermato ai nostri giorni, soprattutto dal BARON ne' due suoi scritti sulla *custodia*, che il commodatario sia tenuto alla così detta *custodia tecnica*, ovvero sia responsabile verso il commodante non solo del perimento o del danno cagionato da suo dolo o da sua colpa, ma pur anche da quello derivante dal *caso minor*. La sua responsabilità circa la cosa commodata eccederebbe i confini della colpa e arriverebbe fino a quelli della *vis maior*. I danni dati dai terzi o da animali, i furti e simili evenienze formerebbero materia di tale responsabilità. Veniamo a vari argomenti addotti a sostegno di siffatta dottrina.

Ansitutto si osserva, che le fonti esigono dal commodatario una *diligentia diligentissimi patrifamilias, exacta, exactissima* ²⁾: fr. 18 pr. h. t.: « in rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias in suis rebus adhibet »; fr. 1 § 4, *de O. et A.* (44, 7) « ... is vero, qui utendam accepit, ... exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur »; cfr. § 2 *Inst.* 3, 14 ³⁾. — Secondo il BARON tali espressioni indicano una responsabilità comprendente la custodia in senso tecnico ⁴⁾. I giuristi romani avrebbero qui per tale singolarissima diligenza inteso una norma obbiettiva, la cui osservanza eccede le forze del singolo individuo, e che appunto comprenderebbe la responsabilità per la colpa altrui e il *casus minor*; sostanzialmente si avrebbe in altre parole una indicazione della *custodia tecnica*.

Ma qui devono fare parecchie osservazioni. Tali frasi non sono punto patrimonio comune de' giuristi romani. Il *diligentissimus paterfamilias* è un'espressione particolare a GAIO; fr. 18 pr. cit. — fr. 25 § 7 D. 19, 2 « culpa autem abest, si omnia facta sunt quae diligentissimus quisque observaturus esset »; a GAIO va ricondotto anco il § 5 l. *de locat.* 3, 24 ⁵⁾. — Lo stesso deve dirsi anche dell'altra frase *exactissima diligentia*: il fr. 1 § 4 cit. appartiene appunto a GAIO, e a GAIO, *res cott.* va ricondotto il § 1 l. 3, 27, come altrove abbiamo avvertito ⁶⁾. — Il BARON adduce come equipollente la frase *exacta diligentia*. Essa si trova nel citato § 2 l. 3, 14 preso dalle *res cottidianae* di GAIO e sostituito a *exactissima diligentia*, che sta nel testo delle Pandette (fr. 1 § 4). Non è invece ammissibile una simile sostituzione pel § 4 l. *ibid.* derivante dalla stessa opera di GAIO. Del resto *exacta diligentia* non trovasi che due volte in PAOLO ⁷⁾.

¹⁾ Cfr. FERNICE, *Labeo* 2, 354.

²⁾ BARON, II, 260 (con I e II indico, secondo l'ordine cronologico, i due articoli dell'*Archivio per la pratica civile*).

³⁾ Circa la divergenza nella espressione cfr. a titolo di curiosità MERILLIO, *in inst.* ad h. l.

⁴⁾ Cfr. II, 253 sgg.

⁵⁾ FERRINI, *Fonti delle Istituzioni* ad h. § = *res cottidianae*.

⁶⁾ *Ibid.* ad § 1 cit.

⁷⁾ D. 18, 6, 3 — R. S. 1, 4 § 1.

Già questo fatto mi sembra poco atto a confermare la nostra fede negli insegnamenti del BARON. Un concetto così rigoroso, così definito, così importante avrebbe dovuto avere espressioni sicure, precise, uniformi; non si capisce affatto come uno scrittore pretenda indicarlo con frasi non usate da alcun altro e che intese letteralmente danno un diverso significato.

Si avverta poi che GAIO usa tali espressioni in casi, per cui la ragione si scorge ben chiaramente. Nel fr. 18 cit. si tratta di distinguere la diligenza dovuta dal commodatario nel caso normale, in cui il negozio è volto a suo esclusivo profitto, dalla *diligentia quam suis* da prestarsi nei casi in cui il profitto è comune. Il giurista fa efficacemente osservare, che non basta adibire circa la cosa commodata la cura stessa che si pone circa le cose proprie; occorre usare la premura stessa che per le cose proprie suole avere un padre di famiglia diligentissimo. Siamo evidentemente nel campo mero della diligenza e della colpa e il superlativo qui non ha altro ufficio che di contraddistinguere con maggiore energia la diligenza del buon *paterfamilias* dalla diligenza *quam suis*. — Uguale ragione vi ha pel citato fr. 1 § 4; si tratta appunto di inculcare, come « non sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantam suis rebus adhibere solitus est ». Lo stesso dicasi del § 1 l. 3, 27 « ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, etc. ».

Ne' due passi fr. 25 § 7 cit. e § 5 *de loc.* si tratta di indicare i confini tra la colpa e il caso; il giurista vuole chiaramente dimostrare che quest'ultimo comincia dove non v'è alcuna negligenza da rimproverare al conduttore. E si tratta anche di un genere di negozi, in cui il buon padre di famiglia suole effettivamente adibire molta cura. — Ora mi pare che si possa con sicurezza concludere, che le citate espressioni non implicano un incremento di responsabilità oltre gli ordinarii confini della colpa.

Meno ancora può addursi la semplice frase *exacta diligentia*. PAOLO usa questa frase pel *negotiorum gestor* (r. s. l. 4 § 1), che non è certo tenuto che all'ordinaria diligenza del buon *paterfamilias*¹⁾; altrove dice (18, 6 § 3) che il venditore *ante admettendi diem* deve prestare *diligentiam exactiorem, quam in suis rebus adhiberet*. — Qui insomma non si distingue altro che la diligenza ordinariamente richiesta dalla *diligentia quam suis*. E questo comparativo fa credere che GAIO e PAOLO usando il positivo *exacta diligentia* altro non vogliano indicare, che la consueta diligenza del buon *paterfamilias*. So bene che tal modo di intendere il passo non coincide con quello di BARON²⁾; ma le ragioni del dissenso esporrò quanto prima, confutando altri argomenti. — Il § 4 l. 3, 14 preso certamente dalle *res cottidianas* di GAIO, dice, parlando del creditore pignoratizio, « placuit sufficere quod ad eam rem custodiendam *exactam diligentiam* adhiberet »; ora PAOLO nel fr. 14 *de p. a.* 13, 7 spiega in che consista l'*exacta diligentia* richiesta in tale ipotesi « ea igitur *quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet* a creditore exiguntur ». Il BARON, che sul fondamento del § 4 cit. e di altri passi, di cui vedremo, aumenta invece la responsabilità del creditore pignoratizio per la *custodia teonica*, si trovò costretto ad asserire che PAOLO aveva un'opinione diversa da quella degli altri giuristi su tale argomento³⁾. Più tardi propose un'altra spiegazione⁴⁾; PAOLO avrebbe parlato di un pegno di immobili e in tal caso avrebbe avuto ragione di scrivere così, perchè la *custodia teonica* non si applica che ai mobili. — Ma intanto (senza discutere se il concetto di custodia sia ristretto ai

1) PACCHIONI, *neg. gest.*, pag. 620 sg.

2) II, 225 sgg.

3) I, 79.

4) II, 269 sg.

mobili) è certo, che i compilatori tolsero qualsiasi relazione fra tale decisione e la qualità immobiliare dell'oggetto e quindi la dottrina di BARON risulta, almeno per diritto giustiniano, non vera. Inoltre si vegga quanto la sua spiegazione per quanto concerne il testo originario di PAOLO sia improbabile. Il fr. 14 è assunto dai compilatori per intercalarlo tra i fr. 13 e 15 e integrarne il discorso. I compilatori in tali casi sogliono completare quanto un giurista dice con quello che un altro giurista espone trattando il medesimo punto. E devesi appunto credere che PAOLO trattasse un problema generale della responsabilità del creditore pignoratizio, come lo tratta ULPIANO al fr. 13 § 1. Del resto se PAOLO avesse voluto limitare il suo asserto al pegno di immobili, l'avrebbe naturalmente detto (tanto più se la diversa natura dell'obbietto avesse tanto influito sul grado della responsabilità), nè tal menzione avrebbero negletto i compilatori, che, secondo il BARON, avrebbero pure accolto la dottrina della custodia tecnica!

Più grave può sembrare l'altro argomento, che le fonti esigono dal commodatario, oltre la responsabilità per dolo e colpa, quella per *custodia* e che la responsabilità sua viene esplicitamente delimitata da' casi di forza maggiore.

Cfr. fr. 5 § 5 h. t.: « custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare » (il commodatario).

Cfr. fr. 5 § 15 *ibid.*: « esse uerius ait, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere ».

Cfr. pure GAI, 3, 205, 206 — §§ 15, 16 I (4, 1).

Circa all'accennata delimitazione, si meditino i passi seguenti:

Cfr. fr. 5 § 4 h. t.: « quod vero senectute contingit vel morbo vel vi latronum ereptum est, aut si quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat ¹⁾, perinde et si incendio vel ruina, aliquid contingit vel aliquod damnum fatale, non tenebitur ».

Fr. 1 § 4 *de O. et A.* (44, 7): « is vero qui utendum accepit, si maiore casu cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio, ruina, naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est ».

È bene avvertire, che il *damnum fatale*, il *naufragium*, la *vis piratarum* sono adottati come limitazioni della responsabilità nel *receptum naustrarum* ²⁾; nel quale, come tutti sanno, si rispondeva anco del perimento e del danno avvenuto senza colpa del recipiente.

Aggiungeremo ancora che GAI, 3, 206 sembra nel fr. 5 pr. D. 4, 9 mettere il *fullo* e il *sarcinator* rispetto alla responsabilità per la *custodia* nella stessa condizione del *caupo*, dello *stabularius*, del *nauta*.

« Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, ... et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt et tamen custodia nomine ex locato tenentur ».

Lo stesso GAI, 3, 206 parifica altrove ³⁾ rispetto alla *custodia* il commodatario al *fullo* e al *sarcinator*:

« Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus; nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendi similiter necesse habet custodiam praestare ».

¹⁾ « nisi-interveniat » è probabilmente emblema. Ad ogni modo, se esso dà un carattere troppo scrupoloso e scolastico alla esposizione, non turba menomamente il senso.

²⁾ Fr. 3 § 1 D. 4, 9.

³⁾ 3, 206.

Sebbene il BARON esplicitamente nol dica, pure è chiaro che la conclusione « se a = x e b = x, a = b » gli è parsa in questo caso ben applicabile!

Si aggiunge, inoltre, che in molti testi ¹⁾ è detto senz'altra restrizione, che quella della solvibilità (poichè il commodatario insolubile è privo del necessario interesse), che il commodatario ha l'*actio furti* contro il ladro, poichè del furto risponde verso il commodante. Una tale responsabilità apparentemente illimitata pel furto sembra bene accordarsi colla dottrina della custodia tecnica.

Secondo il BARON ²⁾ vi sarebbe pure nelle fonti una esplicita testimonianza della piena responsabilità del commodatario pel danno recato dagli animali alla cosa commodata, cioè il fr. 2 pr. D. 9, 1: « haec actio (de pauperie) non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit, veluti ei cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur damnum videntur pati ».

Crede così di avere condensato tutte le precipue ragioni addotte dagli avversari e di averle anzi espresse più efficacemente di quanto alcuno di loro, compreso lo stesso BARON, abbia fatto.

Nel campo delle obbligazioni per *custodia* s'intende un dovere di custodire e difendere una cosa dal perimento, dal trafugamento, dal danno, cui corrisponde un diverso grado di responsabilità ³⁾. È quindi un obbligo di assumere le dovute cautele per evitare la perdita e il danno. Secondo la natura del rapporto, quest'obbligo è più o meno rigido; ora basta che taluno non ometta maliziosamente de' provvedimenti necessari o almeno che non ometta quelli, la cui necessità non può sfuggire che a persone singolarmente trascurate; ora si richiede che taluno usi quei provvedimenti che suole usare per le cose proprie; ora si richiede che impieghi tutta la cura per prevenire le perdite e i danni. — È chiaro, a mio avviso, che la dottrina della custodia è posta così in stretto rapporto colla dottrina della colpa e in ciò mi allontano dal BRINZ. Che vi abbiano quelle tre categorie di *custodia*, dicono le fonti:

a) una *custodia*, che ha per contrapposto il dolo (e la *culpa lata*): fr. 2 § 1 D. 18, 6: « custodiam — — qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat... ». V'è dunque una *custodia*, che consiste nell'astenersi dalle omissioni maliziose o gravemente colpose (STEFANO ad fr. 53 § 3 *pro socio* parla appunto di una custodia δὲλφ προσποιουία). Tale *custodia* non è *plena*; e infatti le fonti sogliono evitare la nomenclatura di *custodia* dove non corrisponde la *diligentia*. E così si spiegano alcune antitesi, non infrequenti nelle fonti, per es. fr. 10 § 1 h. t. « si quidem mea causa dedi — — dolum mihi tantum praestabit; si sui et custodiam ».

b) una *custodia*, che ha per misura la *diligentia quam suis*, è indicata da PAOLO fr. 3 D. 18, 6: « custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet ». V'è dunque anche una *custodia*, che risponde alla *diligentia quam suis*.

c) una *custodia* (ed è quella solitamente intesa) che risponde alla *diligentia diligentis*; per es. § 4 l. 3, 24 « ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet ». In tal caso appunto *custodia* si scambia con *diligentia* o si illustra colla menzione della diligenza ⁴⁾ (fr. 2 § 1 cit. « custodiam plenam, ut et diligentiam praestet » ecc.). L'endiade *et diligentiam et custodiam* nel celebre

¹⁾ Per es. GAIO, l. c., § 16 I. 4, 1. — fr. 14 § 16 *de fis* (47, 2), etc.

²⁾ II, 206 sg. 270.

³⁾ Alquanto diversamente BRINZ, *Pand.* § 268 sgg.

⁴⁾ Cfr. soprattutto il fr. 19 h. t. col fr. 41 *de loc.* (19, 2).

fr. 5 § 15 h. t. riceve così molta luce; essa va sciolta in *diligentem custodiam (custodiam diligentem praestare* si ha in fr. 5 § 5 h. t.) o *custodiam, qualem diligens paterfamilias adhibere solet*. Cfr. pure fr. 36 D. 19, 1 « pars est custodiae diligentiaeque hanc interponere stipulationem ».

La *negligentia in custodiendo* costituisce, a mio modo di vedere, il perfetto contrapposto della *culpa in faciendo*; entrambe queste figure riunite insieme esauriscono la materia della *culpa* in senso lato. E così si comprende benissimo, perchè ora la *mancata custodia* s'indichi come *culpa* e ora invece si dica che taluno risponde e della *culpa* e della *mancata custodia*. La *culpa* è là intesa in senso lato; qui più strettamente, come *culpa in faciendo*. L'equiparazione di *culpa* e *mancata custodia* è chiara in fr. 5 § 13 « *culpam in eam quoque praestandam* »¹⁾, cfr. anche lo STEFANO in h. l.; così pure in fr. 14 § 10 *de furtis* (47, 2): « *patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat... is... habet furti actionem... qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit...* ». Il cumulo invece si trova in molti passi, per es. fr. 13 § 1 D. 13, 7: « *venit autem in hac actione (pigneraticia) et dolus et culpa, ut in commodato; venit et custodia* »: const. 19 *de pign.* 8, 13: « *creditor — dolum et culpam et diligentiam et custodiam exhibere cogitur* »: fr. 5 § 15 h. t. « *et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere* »: fr. 1 § 35 D. 16, 3: « *non solum dolum sed etiam culpam et custodiam (culpa in faciendo) e in omittendo praestet* ».

Invece io non trovo mai (e questa affermazione farà forse stupire più di un lettore) indicata colla voce *custodia* una responsabilità che arrivi pur là dove manca la colpa, dove non c'è una negligenza imputabile. — Ho detto che tale mia affermazione farà forse stupire qualcuno, giacchè si è oggi inclinati a trovare « il paradigma della responsabilità per la custodia nel *receptum* del *nauta* e del *caupo* ». (PERNICE, *Labeo* 2, 347). E certo, che « omnimodo qui recepit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est » (fr. 3 § 1 D. 4, 9); ma è pur certo che tale responsabilità non è mai indicata colla voce *custodia*. Niuno vorrà trovare una simile indicazione nel fr. 1 § 1 *ibid.*: « *maxima utilitas est huius edicti, nam necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere* », giacchè qui *custodia* non indica una responsabilità, ma il semplice fatto di ricevere in cura le cose altrui, cfr. per es. fr. 1 pr. D. 16, 3 e fr. 1 § 5 *de O. et A.* (44, 7). Da questo fatto possono nascere obbligazioni e responsabilità, ma queste non vanno confuse con quelle. Precisamente il *committere custodiae* si trova detto pel *deposito*, in cui niuno ammette la così detta custodia tecnica. Cfr. il cit. fr. 1 § 1: « *depositum est quod custodiendum alicui datum est; dictum ex eo quod ponitur: praeposito enim de auget positum, ut ostendat TOTUM RIUS FIDEI COMMISSUM, QUOD AD CUSTODIAM REI PERTINET* ». Vedi fr. 9 § 3 *de I. D.* 23, 3: « *et si custodia marito committitur (rerum uxoris), depositi vel mandati agi poterit* ». Vedi poi fr. 1 § 9, 12²⁾, 13, 14 fr. 6 *dep.* (16, 3) — Al *committere custodiae alicuius*

¹⁾ Il BARON insiste nuovamente (II, 266) nella sua vecchia (I, 70) spiegazione *culpani (servi) praestandam*. Ma essa è impossibile, come prova un semplice confronto colle ultime parole del paragrafo. Il BARON ha però ragione, quando sostiene contro il PERNICE (*Labeo* 2, 355), che tali parole derivano da CARTILIO e non da ULPIANO. La verità è che *periculum* (scil. *custodiae*) *ad te respicere* equivale a *culpam praestandam*.

²⁾ *Plenius fuit mandatum habens et custodiae legem* vuol dire: « il mandato non si riferiva solo all'incarico di consegnare la cosa a TIZIO; era più ampio e comprendeva anche quello di custodire la cosa ove TIZIO non la volesse ricevere »: Cfr. l'indice di STEFANO in h. l. Ma per sè la *custodia* (ossia il fatto del custodire) può essere oggetto del deposito, come del mandato, come della locazione d'opera.

corrisponde il *custodiam rei recipere*: cfr. fr. 1 § 12 *depositi* e fr. 1 § 8 *navit. caup.* (4, 9) « et puto omnium eum recipere custodiam quae in navem illatae sunt ».

Un siffatto *recipere custodiam rei* è in taluni contratti la precipua o anche l'esclusiva prestazione, a cui una delle parti si viene obbligando con diversa efficacia: lo è nel deposito, lo è in taluni casi di locazione d'opera (quando si dà una *merces pro re custodienda*), lo è in alcuni casi di mandato. In altri contratti invece il *recipere custodiam* è una prestazione subordinata, che tacitamente segue la principale. Così nella *locatio operis*, il conduttore che si assume di lavorare la materia altrui si assume tacitamente di sorvegliarla; così nei contratti col *nauta* e il *caupo*, questo si assume *ut viatores manere in cauona patiatur*, quello *ut traiciat vectores*, eppure a tali prestazioni principali ed esplicite segue tacitamente l'altra del *recipere rerum custodiam*. Tanto non è altro vuole insegnarci GAIO nel fr. 5 h. t., il passo che è stata forse la pietra d'inciampo del BARON e che ha creato molte difficoltà al WINDSCHEID e ad altri scrittori.

« nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia (pel fatto della custodia; non per un determinato grado di responsabilità relativa), sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in cauona patiatur, stabularius, ut permittat iumenta apud eum stabulari (si noti come il confronto è sempre con determinate figure di prestazioni); et tamen custodiae nomine tenentur (cioè si dà azione verso loro, non solo per l'adempimento di queste principali prestazioni dedotte in contratto, ma ancor rispetto alla conservazione delle cose). nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt et tamen custodiae nomine ex locato tenentur »

E cioè il fullone ed il sarto possono essere convenuti *ex locato* non solo per mancata o difettosa esecuzione del pattuito lavoro, ma anche per conseguenze derivanti dal perimento della cosa data in consegna.

Il distinguere questi due significati di *custodia* nel campo delle obbligazioni è necessario anche di fronte alle locuzioni usate dai giuristi. GAIO qui scrive: *custodia nomine teneri*, e ripete ben due volte la frase; mentre questa espressione non si trova mai né in lui né in altri autori per indicare, che taluno è *responsabile della diligenza impiegata nel custodire la cosa*, o nei casi, in cui il BARON trova insegnata la responsabilità per la *custodia tecnica*. La frase costante per indicare tale responsabilità è *custodiam praestare* ed è molto istruttivo confrontare col fr. 5 testè citato il § 206 e seg. delle Istituzioni di GAIO, lib. III, tanto più che i due passi sono dello stesso autore.

« Quae de fullone aut sarcinatore diximus eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus; nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habent custodiam praestare. sed is apud quem res deposita est, custodiam non praestat ».

Che qui *custodiam praestare* abbia tutt'altro senso che *custodiam nomine teneri*, è chiaro. Il depositario *tenetur custodiae nomine* al punto, che il contratto si definisce appunto dalla *custodia*: eppure qui si dice che *custodiam non praestat*. Nel fr. 5 s'insegna giustamente che il *fullo* ed il *sarcinator* NON PRO CUSTODIA MERCEDEM ACCIPIUNT e qui altrettanto giustamente si dice che MERCEDEM CAPIENDO CUSTODIAM PRAESTANT. Ivi si dice che la mercede non si riferisce al servizio che fanno custodendo la cosa; qui si dice che siccome il negozio è loro profittevole, poichè ricevono mercede, così la loro responsabilità si misura colla diligente custodia.

Oltre la frase *custodiam praestare*, che di gran lunga è la più usata, occorrono *custodiam exhibere* o *adhibere*: *custodia alicui pertinet: custodia (in iudicio) venit*.

Non mai, in questo senso, *custodiae nomine teneri*, frase, su cui il BARON ha pur fatto tanto assegnamento (II, 225, 237).

La frase *subire periculum custodiae* fr. 1 § 4 D. 47,5 indica semplicemente che s'incontra una responsabilità (*periculum*) pel fatto di tenere la cosa altrui (*custodia*) anche per eventi non derivanti direttamente dalla volontà propria (*dolo*). Cfr. anche la nota seguente e la frase affatto analoga *periculum depositi* in fr. 1 § 35 D. 16, 3. Non è precisato del resto fino a che punto tale responsabilità si estenda, se comprenda o no qualche parte del caso, o anche tutto il caso. Può anche limitarsi alla *diligentia quam suis*: cfr. fr. 25 D 17, 2 = « non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet, quod negligentia eius periisset etc. ». Può invece comprendere anche la forza maggiore: c. l. h. t. (4, 23).

Un altro passo, che merita di essere ponderato, è il difficile fr. 14 § 17 *de furtis* (47, 2):

« An etiam is, cui data est (epistula) preferenda, furti agere possit? et si custodia eius ad eum pertinebat, potest sed et si interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem; finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretue, potest habere furti actionem: vel si custodiam eius rei recepit vel mercedem preferendae accepit, et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis et magistris nauis; nam his damus furti actionem, si sint soluendo, quia periculum rerum ad eos pertinet ».

L'indice di DOROTKO mostra che il testo ha subito alcune alterazioni. Appare però come *custodiam recipere* non abbia lo stesso significato di « *custodiam ad aliquem pertinere* ». Stando all'indice doroteano, il testo dovrebbe ricostituirsi a un dipresso così:

« an — furti agere possit? et si interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem; finge eam epistulam fuisse, qua continebat, ut ei quid redderetur fieretue: potest habere furti actionem. sed et si custodia eius ad eum pertinebat, potest, vel (uti) si custodiam eius rei recepit et mercedem preferendae accepit. et erit etc. »

Quand'è che il latore della lettera è tenuto alla diligente custodia, che (come vedremo poi meglio) suole arrecare la responsabilità pel furto? Quand'è, in altre parole, che *custodia epistulae ad eum pertinet*? Quando, risponde il giurista, *recepit custodiam eius rei* e si assunse l'incarico contro la mercede corrispondente. Colui infatti che gratuitamente riceve una cosa per trasportarla, *recepit* bensì *custodiam*, nel senso che prende la cosa per tenerla e restituirla; ma viene ad essere considerato come un depositario non tenuto alla diligente custodia e non responsabile pel furto. Cfr. fr. 3 § 1 D. 4, 9: « si gratis res (preferendae) susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse ».

Per mostrare che la mia ricostituzione del testo, che del resto a prima vista già si rivela corrotto, segue *letteralmente* l'autorevolissimo indice di DOROTKO, ecco la versione *parola per parola* di quest'ultimo: « E per questo si è domandato, se anche l'intermediario cui vien data da portare la mia lettera, abbia l'azione di furto. E se lui interessa il consegnare la lettera, ha l'azione di furto; supponi che nella lettera si contenga di dare qualche cosa a colui che la porta o di fare qualche cosa per lui. Anche se ha ricevuto una mercede pel trasporto della lettera, ha pure l'azione di furto, poichè ne ha la responsabilità ecc. ».

Tra le ragioni, per cui si alterò questo passo, fu a mio credere la non capita differenza fra le due frasi *custodiam ad aliquem pertinere* (sul cui senso cfr. per es. anche il § 15 h. fr.) e *custodiam recipere*: ciò ingenerò confusione e spinse a guastare il testo.

Dopo tali osservazioni crediamo inutile l'occuparci dell'interpretazione affatto diversa proposta dal LEBMANN, *Rivista della fond. Sav. R. A. IX*, 109-121.

Credo così di avere provato che la responsabilità del *nauta* e del *caupo*, la quale eccede sicuramente i confini della colpa, non è mai indicata colla frase *custodiam praestare* e che tanto meno *custodiam* indica quella eccedenza di responsabilità oltre gli accennati confini. — L'argomento, che si è voluto trarre dalla pretesa equiparazione del *fullo* e *sarcinator* col *nauta* e col *caupo*, e di quelli col commodatario, è affatto immaginario, come s'è visto. Che del resto la responsabilità del conduttore di opera (a cui appartiene il *fullo* e il *sarcinator*) si misuri diversamente da quella del *nauta*, è detto esplicitamente nelle fonti. Perchè, scrive POMONIO, ha il pretore introdotta l'azione in *factum* contro il *nauta* ecc. ? Non bastavano le azioni civili ? Forse che per es. *si res perferendas nauta conduxit*, non ci sarebbe stata contro di lui l'*actio ex locato* ? E risponde: La ragione è duplice; la prima sta in ciò che il pretore ha voluto mostrare il suo rigore verso certa gente; la seconda e più importante sta in ciò, che « in locato et conducto — culpa dumtaxat praestatur; at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res perit vel damnum datum est »: fr. 3 § 4 D. 4, 9.

Ora il commodatario è rispetto alla custodia esplicitamente parificato al *conductor operis* (cfr. GAIO 3, 206) e anzi anco al *conductor rei* (fr. 5 § 15 h. t. *sub fin.*): a proposito del quale vedi POMONIO *apud* ULP., nel fr. § 1 cit. ¹⁾.

Maggiore difficoltà potrebbe sorgere da ciò, che il limite della responsabilità del commodatario sembra in parecchi testi riposto nella *vis maior*, nel *casus maior*, come abbiamo già osservato. Parrebbe così che il campo del *casus minor*, cui appartengono

¹⁾ Che l'*horrearius* sia tenuto per la così detta *custodia tecnica*, che sia anzi equiparato in proposito al *nauta* ecc. (s'intende ove non intervengano speciali pattuizioni) è bensì opinione generale (BARON, II, 245 sg. — GOLDSCHMIDT, nella sua *Rivista*, 16 pag. 327. — WINDSCHIED, *Pand.*, § 401 num. 2. — BRINZ, *Pand.* § 269 (2.^a ediz.). — PERNICE, *Labeo*, 2, 350 (num. 6)); ma non mi pare dimostrato. Che egli possa obbligarsi con apposite pattuizioni oltre l'ambito della diligenza e della colpa, è ovvio; ma che tale obbligo già intervenga *ope iuris* o per sottintesa convenzione, non mi pare.

In contrario parlano apertamente, s'io ben veggo, il fr. 41 *loc.* (19, 1) e il fr. 19 h. t., sui quali qui non mi diffondo perchè dovrò presto considerarli nel testo. Nulla prova il fr. 40 *loc.*: « qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat ». *Custodia* qui indica il fatto dell'assumere *rem servandam*: la natura della prestazione coincide con quella del deposito, da cui il negozio differisce per la convenuta mercede. Ora il testo dice potervi essere un contratto di locazione d'opera avente per oggetto la *custodia rei* ossia quella prestazione, che forma l'oggetto del deposito; se non che in tal caso il custodiente incontra una *responsabilità (periculum)*, che non incontra nel deposito. Ora il *periculum* (ed è noto da un pezzo; per es. VINNIO, *Inst.* cit. II, 94) non significa punto necessariamente una responsabilità eccedente la colpa; quella derivante da omissa diligenza è (se altro non appare) compresa. Tale responsabilità non incombe al depositario, che è tenuto pel solo dolo (o per la colpa lata), ossia per eventi riconducibili direttamente o indirettamente alla sua volontà. Cfr. per una decisione affatto analoga il fr. 1 § 35 *dep.* 16, 3: « et si quis se deposito obtulit, idem Julianus scribit *periculo se depositi illigasse* (la sua responsabilità eccede quella per dolo; *periculum depositi* è del tutto equivalente a *periculum custodiae*) ita tamen ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestat, non tamen casus fortuitos ». — È certo che l'*horrearius*, come del resto ogni conduttore, *praestat custodiam* (fr. 60 § 8 *loc.* 19, 2); ma ciò significa che per la conservazione della cosa risponde della diligenza del buon padre di famiglia.

i furti, i danni recati senza violenza dagli uomini o dagli animali ecc., debba esser compreso in tale responsabilità. E ciò sembra appunto confermato dal fatto, che regolarmente compete al commodatario l'*actio furti*.

Cominceremo però ad avvertire, che il limite della *uis maior* è addotto anche per altri casi di responsabilità, per cui nessuno ha pensato mai alla così detta custodia tecnica. Cfr. per es. Dig. 26, 7, 50 « si res pupillaris incursum latronum pereat vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit quum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit, nihil eo nomine praestare cogitur ». Cod. 4, 34, 1 « si incursum latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierint, detrimentum ad heredem eius qui depositum accepit — non pertinet » —. Ora l'ultima formula non so in quanto differisca da quella del fr. 5 § 4 h. t. « si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquid damnum fatale... » usata a proposito dal commodato (v. anzi circa l'*incendio*, quanto si dice più avanti). E del resto si può anche spiegare come mai si adducano ordinariamente esempi di *uis maior* per escludere la responsabilità pur nei casi, in cui si esige più dell'ordinaria diligenza. Questi sono veramente casi, in cui ogni responsabilità appare senza altro esclusa (e quando taluno ne risponde, è per la deviazione dai limiti della sua obbligazione, non per diretto rapporto coll'evento dannoso); mentre, ove non si tratti di forza maggiore, è sempre aperta la questione se poteva o no con maggior cura evitarsi il danno. Insomma i casi di forza maggiore si prestano ad un paradigma generale; gli altri casi *fortuiti* risultano *tali* solo dall'esame delle circostanze concrete e individuali.

Nè del resto si deve credere, come fa il BARON, che le espressioni *casus fortuitus*, *fatalis* siano equipollenti a *casus maior*, *uis maior* etc. Per esempio nel Cod. 5, 38, 4 leggiamo:

« tutoribus vel curatoribus *fortuitos casus, adversus quos cavere non potuit*, imputari non oportere saepe rescriptum est ».

Ora qui per tali *fortuiti casus* non si possono intendere che in genere gli eventi non prevedibili. Cfr. l'affatto simile decisione in Cod. 4, 35, 13:

« a procuratore dolum et omnem culpam, non etiam *improvisum casum praestandum esse*, iuris auctoritate manifeste declaratur ».

Si avverta che siamo in ipotesi, in cui per confessione di tutti non può discorrersi di custodia tecnica; il secondo passo poi mira *ex professo* a delimitare la responsabilità del *procurator*. È poi lecito invocare anche la c. 5 (9, 16); benchè ivi la decisione si rapporti al diritto criminale, pure non può non aver radice nel significato proprio delle parole, il quale deve fondamentalmente ritenersi lo stesso, che nel campo del diritto civile⁴⁾. Ivi si dice avvenuta per *caso fortuito* la morte in conseguenza di un calcio ricevuto. L'evidente significato è pur quello che chi assesta altrui un calcio non può prevedere una così grave e terribile conseguenza: tale effetto è per lui *improvisus*. Del resto il *damnum fatale*, che nel fr. 5 § 4 cit. è addotto come limite della responsabilità del commodatario, è definito nel fr. 52 § 3 *pro socio* (17, 2) come « *damnum quod imprudentibus accidit* ». — Si è disputato circa l'intelligenza di queste parole. Io credo, che l'espressione non possa disgiungersi dall'altra *improvisus casus*; si tratta di quegli eventi che capitano improvvisi anco a' diligenti, anche a chi prende le precauzioni dall'ordinaria prudenza suggerite. I greci traducono *fatale* con τυχαίον (for-

⁴⁾ Cfr. benchè non si riferisca alla presente questione particolare, ma tratti più generalmente il problema, il PERNICE, *Labeo*, 2, 372 sg.

tuito, causale) e *quae imprudentibus accidunt* con τὰ παρ' ἑλπίδα γινόμενα, ciò che avviene fuori d'ogni ragionevole aspettazione.

Tale definizione è suffragata dagli esempi, che seguono: Tra essi è che il *pecus* perisca in un incendio. Ora un tal caso ordinariamente non appartiene necessariamente alla *vis maior*. Tanto poco vi appartiene di necessità, checchè ne pensi il BAKON¹⁾, che i romani dicono anzi, che *incendium sine culpa fieri non potest* (fr. 11 D. 18, 6). La quale frase è certo iperbolica; ma indica chiaro che il danno è in astratto evitabile: la responsabilità è esclusa per regola, quando il fatto non sia riconducibile a colpa dello stesso obbligato. Cfr. il fr. 3 § 1 D. 1, 15: « *quia plerumque incendia culpa sunt inhabitantium, aut fustibus castigat eos, qui negligentius ignem habuerunt etc.* ».

L'unica difficoltà che può opporsi a queste riflessioni è forse quella che può ricavarsi dal fr. 3 § 1 D. 4, 9: « *omnimodo qui recepit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contigerit* ». Qui pare, poichè si discorre del *receptum nautarum*, che *damnum fatale* sia affatto equivalente a *vis maior*, che infatti più avanti si adduce: « *idem erit dicendum et si in stabulo vel caupona vis maior contigerit* ». — Se non che qui abbiamo a fare con un malaccorto glossema od emblema: *nisi — contigerit*. Già il tipo di esso (che rientra in una delle più note categorie dello EISELE) è sospetto; si aggiunga che appena può credersi che un giurista romano scrivesse « *si — damnum datum est, nisi si quid damno fatali contigerit* ». La condotta poi del ragionamento risulta strana. Si pone come principio incontroverso, che il *nauta* non risponde del *damnum fatale*, quindi se ne deduce sull'autorità di LABRONE *non essere iniquo* dare al *nauta* eccezione in caso di naufragio o di assalto de' corsari! È invece naturale, che il giurista, dopo aver detto che il *nauta* risponde anco per perimento e pel danno non ascrivibile a sua colpa, aggiungesse: *Labeo tamen etc.*, temperando così il rigore del principio annunciato. Ma il principio doveva appunto annunciarsi in tutto il suo rigore, trattandosi di spiegare le parole edittali *nisi restituent, in eos iudicium dabo*. Queste parole, letteralmente intese, non lasciano scampo per il *nauta*: o restituire o risarcire.

Che del resto la responsabilità del commodatario intesa sotto il nome di *custodia* non esorbitasse dai confini della colpa, è detto nelle Fonti per chi vuole intenderlo.

La c. 6 IV, 24 dice generalmente: « *quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint* (in quibus etiam aggressura latronum est) NULLO BONAE FIDEI IUDICIO praestantur ».

È arbitrario equiparare caso fortuito a *vis maior*. Il senso è spiegato dalla stessa costituzione *cum praevideri non potuerint* e a questo senso noi dobbiamo attenerci, benchè poi si citi un esempio di *vis maior*. Questa rientra nel caso fortuito come la specie nel genere; ma l'imperatore, decidendo una questione attinente ad essa, invoca il principio generale.

Il fr. 13 § 1 D. 14, 7: « *venit autem in hac actione et dolus et culpa; ut in commodato venit et custodia; vis maior non venit* ».

Ciò è meglio chiarito dal successivo fr. 14: « *Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur* ».

Anche il creditore pignoratizio è tenuto alla custodia; anche per la sua responsabilità è addotto il limite della *vis maior*; la misura della sua responsabilità è parificata esplicitamente a quella del commodatario e tuttavia apprendiamo che non esorbita quanto suole e può prestare il diligente *paterfamilias*.

Il tentativo di BAKON di attribuire la decisione del fr. 14 al solo pegno di immobili

¹⁾ II, 276, 296, sg.

non mi pare, come ho già detto, troppo felice. Del resto io non so quale vantaggio se ne possa ricavare per la sua teoria, una volta che si dimostri inaccettabile l'altra sua asserzione che la *custodia* è applicabile ai soli *mobili*. — Non si vede anzitutto verun motivo intrinseco per tale limitazione; è vero che degli immobili non si commette furto, ma i *danni* sono possibili tanto pe' mobili, che per gli immobili. — Il suo argomento esegetico è tolto dal fr. 29 D. 19, 2 (Alf. 7 Dig.): La *Lex locationis* comprende questa clausola: « *redemptor siluam ne cedito neue cingito neue deurito, neue quem cedere cingere urere sinito* ». Si domanda, se basti che il conduttore impedisca di far tali cose a chi coglie sul fatto o se invece debba « *ita siluam custodire, ne quis id facere possit* ».

Respondi: « *verbum sinere utramque habet significationem; sed locatorem potius id videri voluisse, ut redemptor non solum, si quem casu vidisset siluam caedere, prohiberet, sed uti curaret et daret operam ne quis caederet* ».

A me pare che il testo dimostri la piena applicabilità della *custodia* agli immobili; si può *custodire* una selva e la custodia sta nella diligenza impiegata (*curare et dare operam*) nel prevenire il danno, proprio come per i mobili.

Così invece al BARON non pare. « Il giurista — così egli scrive: (II, 229) — in luogo del *custodire* mette un *curare et dare operam*; evidentemente perchè stima impossibile un *custodire siluam* ».

Ma una simile interpretazione può venire in mente solo a chi, fissatasi bene in capo un'idea, attribuisce senz'avvedersi a tutti gli altri e anche ai testi il suo modo di vedere. La domanda è se qui il *ne sinito* importi solo il dovere di impedire chi vien colto sul fatto o anche quello di *custodire siluam*. Il giurista risponde che esso ha *utramque significationem* (dunque anche quella di *custodire*) e si decide per la seconda, cui chiarisce anche meglio colle parole *curare et dare operam*. Ma che l'interpretazione da lui scelta sia una di quelle proposte dal consulente, è evidente, dal momento che dice: « Le parole usate si adattano a entrambe le interpretazioni; è nel caso però più verosimile, ecc. »¹⁾. Invece vi hanno testi gravissimi, che confermano non esistere in proposito fra mobili e immobili differenza di trattamento: Alf. 2 *Lig.* fr. II, D. 18, 6 — « si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? respondit: *quia sine patrisfamilias culpa fieri potest* (neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit), quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in *INSULA CUSTODIENDA, quam debent homines frugi et diligentes praestare*, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit ».

È l'obbligo generale della *rei custodia* che spetta al venditore fino al momento della tradizione o al momento in cui questa viene a mancare per colpa del compratore.

Non meno chiaro è il fr. 36 D. 19, 1:

« *Venditor domus antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet, quia antequam vacuum possessionem tradat custodiam et diligentiam praestare debet et pars est custodiae diligentiaque hanc interponere stipulationem et ideo si neglexerit, tenebitur emptori* ».

Il venditore, se non interpone la *cautio*, si espone alla perdita del possesso e anco della proprietà; è quindi proprio *pars custodias*, vale a dire si riferisce proprio ai provvedimenti suggeriti dalla diligenza per la conservazione della cosa l'interporre la stipulazione.

¹⁾ La *lex* è qui interpretata *adversus conductorem*; ma ciò è perchè il dovere che così ne risulta per quest'ultimo è conforme all'obbligo generale del conduttore di *praestare custodiam*. — La nostra interpretazione è del tutto conforme a quella di STEFANO.

I quali bellissimi testi non solo mostrano esteso anche agli immobili il concetto della custodia, ma illustrano egregiamente il concetto medesimo, quale applicazione della *diligentia*. Ora il BARON dice: « illecito l'adoperare tali espressioni incidentali come argomentanti »¹⁾. — Ma non si tratta affatto di *espressioni incidentali*. Si opera in ambo i testi e specialmente nel secondo col concetto di *custodia*, come un concetto tecnico e fondamentale e lo è difatti, poichè il venditore deve appunto prestare la custodia. Come si dovrebbe qualificare il contegno del giurista se si esprimesse in tal guisa, mentre la *praestatio custodiae* fosse ristretta al venditore di cose mobili? E la nostra esegesi è tanto più certa, in quanto che il frammento nell'opera genuina (PAOLO *ad Pl.*) si riferiva al titolo *de furtis* (LENEL, I, 1158). L'argomento del furto poteva dare occasione a parlare della *custodia tecnica*, come viceversa (per es. fr. 4 D. 47, 2 cf. LENEL, II, 1126).

Ritornando dunque alla nostra trattazione, si ricava che il creditore pignoratorio non è tenuto oltre la diligenza del *bonus paterfamilias*, ciò che benissimo per noi si accorda con quanto dicono le Istituzioni (3, 14 § 4): « placuit *sufficere* quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet; quam si praestiterit *et aliquo fortuito casu rem amiserit*, securum esse debet ». Un argomento perentorio offre poi a mio avviso il fr. 14 § 6 *de furtis* 47, 2, dove la responsabilità del creditore pel furto coin-

¹⁾ II, 228 — La tesi pel BARON si complica forse per ciò, che il venditore non è tenuto secondo lui alla *custodia tecnica*, che nel caso di vendita per un prezzo fissato per misura prima della misurazione. Io non credo esistere alcuna differenza fra questo caso e l'ordinario. Ed ecco le mie ragioni. ULPIANO nello stesso libro 28 *ad Sab.* poco dopo avere esposto, secondo il BARON, l'obbligo della *custodia tecnica* per chi vende vino a misura, soggiunge (fr. 4 § 1, 2 D. 18, 6): « si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est... vino autem per aversionem vendito, finis custodiae est auhendi tempus ». Come mai « praestare custodiam » può avere a poche righe di distanza così diverso significato? E poi una *custodia assoluta*, quale vorrebbe il BARON, come si accorda con quanto scrive GAIUS (fr. 2 § 1 *ibid.*): « custodiam ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat: utrum plenam, *ut et diligentiam praestet*, an vero dolum dumtaxat? ». Si porrebbe così in quella ipotesi il quesito? Qualche difficoltà può dare il fr. 1 § 1; ma, senza biasimare col PERNICE ULPIANO per una confusa esposizione, dovremo riconoscere che ivi si è operato qualche spostamento fra il testo di SABINO e le note di ULPIANO. Infatti la fine del pr. del fr. si rannoda strettamente col § 2; invece il principio del § 1 si rannoda col § 3. Insomma è nata confusione tra la *custodia*, che è una cosa, e il *periculum aoris, musoris* ecc. che è tutt'altra cosa. Così si spiega benissimo anche l'osservazione « priusquam enim admetiatur vinum, prope nondum venit » e si comprende come un caso affatto naturale, quale l'inacidirsi del vino, venga a ricadere sul venditore. L'obbligo alla custodia invece si collega con quanto s'insegna poi circa l'effusione, ecc. Si noti che ora tra il pr. e il § 1 c'è una singolare mescolanza di cose diversissime: la *degustatio* e la *mensura*, che si riferiscono a ipotesi fra loro lontanissime; e ciò prova con ogni certezza che qualche cosa è caduto e che s'è operato uno spostamento. — Notevole è poi il fr. 35 § 4 D. 18, 1: « si res vendita per furtum perierit... si nihil appareat convenisse, *talis custodia desideranda est a venditore*, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet, quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet ». A mio avviso così è detto ottimamente quanto si esige da chi è tenuto alla custodia per antonomasia. Lo stesso GAIUS al fr. 2 § 1 D. 18, 6 ove si parla di vino da misurarsi, dice che il venditore è scusato dalla *vis magna* e dal *damnum fatale*; le due formole per noi coincidono. Non così naturalmente pel BARON.

cide espressamente colla di lui colpa. E poichè alla responsabilità del creditore pignoratizio è perfettamente equiparata quella del commodatario, è lecito dall'una arguire all'altra.

E tale insegnamento è perfettamente conforme ad altri testi. Cf. il fr. 19 h. l. (GIULIANO):

« Ad eos qui servandum aliquid conducunt aut UTENDUM ACCIPIUNT damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est; qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det? »

Quella responsabilità pel *damnum*, che è così importante pel *nauta* e pel *caupo*, non ha luogo pel commodatario, giacchè anche adoperando tutta la diligenza egli non può evitare ogni danno. Notevolissimo si è che in fr. 41 D. 19, 2 la stessa domanda di GIULIANO è da ULPIANO riferita così: « qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? ». — Naturalmente GIULIANO non intendeva escludere ogni responsabilità de' danni dati dai terzi, ma, come la sua stessa argomentazione prova solo pel caso, in cui il danno colla debita diligenza non si sarebbe evitato. Nel fr. 41 cit. ULPIANO continua:

« sed Marcellus interdum esse ¹⁾ posse ait; sive custodiri potuit ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit; quae sententia Marcelli probanda est. »

A torto crede il BARON, che qui MARCELLO contraddica affatto a GIULIANO e ne confuti l'errore! MARCELLO sostanzialmente è dello stesso avviso, tanto che ritiene responsabile il commodatario o il conduttore solo qualche volta (INTERDUM). MARCELLO non fa che esporre e svolgere quanto ULPIANO aveva sottinteso, usando una formula forse troppo assoluta e alla critica della formula usata si riferisce appunto quel *sed*, che il BARON pare di così grande significato — Che del resto non si tratti di una novità, non di un *errore ad GIULIANO*, prova a mio avviso chiaramente il seguente passo ²⁾ preso da GIUVOLENO, *lib. VI ex post. Labeonis*:

« equum tibi commodavi; in eo tu cum equitares et una complures equitarent, unus ex his irruit in equum, teque deciet et eo casu crura equi fracta sunt. *Labeo negat tecum ullam actionem esse* ». »

È importante questo passo non solo perchè mostra, come sempre la giurisprudenza romana abbia tenuto fermo il requisito della colpa, ma anche perchè sparge luce sul fr. 2 D. 9, 1 invocato dal BARON. Questo passo insegna che l'*actio de pauperie* non compete al solo domino, ma che anzi compete *ei cuius interest*: « veluti ei, cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur videntur damnum pati ³⁾ ». »

Il BARON ne deduce che *sempre quindi* il commodatario risponda pel danno recato dagli animali altrui alla cosa; mentre il testo dice solo che l'azione spetta a chi v'ha interesse e quindi anche al commodatario che è tenuto a rispondere del danno. Quando e come sia tenuto, il testo non dice: al giurista qui importa solo rilevare, che il dover rispondere del danno è una ragione sufficiente per la legittimazione attiva. — Il fr 57 cit. infatti si rapporta anco all'ipotesi della *pauperie*, come risulta evidente da quanto segue ⁴⁾; eppure niuna azione spetta in proposito al domino della cosa danneggiata contro il commodatario.

¹⁾ Il MOMMSEN ha *interesse*; ma non si ricava alcun senso buono. La parola più ovvia da sostituire (in conformità al discorso precedente) sarebbe *agi*.

²⁾ fr. 57 D. 9, 2.

³⁾ Non è punto necessario avvertire collo scoliaste antico ad h. l. « ὑπόθου ὅτι τὸν κινδύνον ἰδικῶς ἀνεδέξατο, διὰ τὸ εἰρημύλον, ὅτι δι' ἐπιμέλειαν οὐδεὶς δύναται φυλάσσειν τὴν ἐξ ἴππου βλάβην ». »

⁴⁾ « sed si equitis culpa factum esset, cum equite sane, non cum equi domino *agi* posse, verum *puto* ». Se invece il danno fosse avvenuto per impeto feroce del cavallo

È vero, come s'è visto, che le fonti attribuiscono senz'altro l'*actio furti* al commodatario per la ragione ch'egli del furto risponde verso il domino. Ma che tali testi abbiano da intendersi con qualche discrezione, prova il confronto testè istituito tra il fr. 2 D. 9, 1 e il fr. 57 D. 9, 2¹). — Rispetto al furto poi devono farsi speciali considerazioni. Le fonti distinguono sempre dal *furtum* il *latrocinium*: « *aggressura latronum* » entra nel concetto di *vis maior*. Ma anche la semplice *rapina* se ne distingue: fr. 23 *de R. I.* 50, 17 « ... rapinae ... a nullo praestantur ... »²).

E la ragione è ovvia. La rapina è un furto che avviene *palam*, in presenza di chi custodisce la cosa. Se la rapina avviene, è segno che o l'obligato era personalmente presente o altri era presente per lui; con ciò egli ha fatto quanto l'ordinaria diligenza esige e d'altro non risponde. — Inoltre quando le fonti parlano del furto, di cui il commodatario risponde, intendono quello che avviene senza effrazione. Ci è infatti attestato che l'*horrearius* non risponde « *effractis atque expilatis horreis* », a meno che si sia esplicitamente assunto di sorvegliare non solo le cose affidate e poste nell'*horreum*, ma l'*horreum* stesso³). E infatti quand'uno ha riposto la cosa in luogo ben chiuso (o casa o armadio o scrigno)⁴), ha fatto quanto da lui esige l'ordinaria diligenza, a meno che per patto speciale si sia obbligato a sorvegliare che i ladri non penetrino con effrazione⁵). — E ancora: il commodatario non risponde della fuga (e quindi neppure del furto; la fuga è un furto che il servo fa di sé stesso) de' servi « qui custodiri non solent. » (fr. 5 § 6 h. t. fr. 23 *de R. I.*, 50, 17 &)⁶). La decisione si può certo estendere per analogia e ammettere, per esempio che il commodatario non risponderà delle capre, che in montagna ha (secondo la consuetudine) lasciate errare sole pe' halzi, de' colombi che ha lasciato *volare et revolare* e così via. E la ragione è chiarissima. Vi sono cose, che l'ordinaria diligenza non permette che si lascino in luogo aperto senza sorveglianza; se esse vengono rubate per mancanza di tali cure, del furto deve rispondere chi a tale diligenza è tenuto; altrimenti, se il furto avviene (rapina, effractio)

senza colpa del cavaliere, l'azione si darebbe contro il domino; ma il domino del cavallo offeso non avrebbe perciò veruna azione contro il commodatario; l'azione compete quindi al commodante, poichè il commodatario *eo quod non tenetur* non ha interesse.

¹) Cf. del resto come si esprime ULPIANO fr. 14 § 10 *de furtis* (47, 2), riferendo il principio esplicitamente accolto da CELSO e GIULIANO: « Neque enim is cuiuscunque intererit rem non perire habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit ». Si noti che ivi si parla proprio del commodato!

²) Intende nel campo dei contratti. Della speciale condizione del *nauta* etc. il frammento non parla. — E qui pure si esprime ciò che suole avvenire; eccezionalmente è escogitabile una *rapina* con *culpa* del commodatario, che in tal caso avrebbe l'*actio bonorum raptorum* (fr. 2 § 22-24 *vi bon. rapt.*, 47, 8).

³) « nisi custodiam eorum (scil. horreorum) recepit » fr. 55 pr. D. 19, 2. *Recipere custodiam* vuol dire, come sappiamo, semplicemente: assumere la sorveglianza; non indica un grado speciale di responsabilità.

⁴) fr. 3 § 2 D. 1, 15: « *Effracturae fiunt plerunque in insulis, in horreis, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt, cum vel ocella effringitur vel armarium vel arca* ».

⁵) Tale patto s'intende nel senso, che si debbano porre o portinai o altri *custodes* (fr. 3 § 1, 2 D. 1, 15). In tal caso *qui recepit custodiam* risponde o per non avere appreso verun sorvegliante o per avere usato poca cura nella scelta.

⁶) Cfr. pure il fr. 5 § 13 h. t.: « si me rogaveris ut servum tibi cum lance commo darem et ... servus eum ea fugerit, eum qui commodatum accepit non teneri, nisi fugae praestitit culpam ».

malgrado tali cure, non si risponde. Ma se son cose, che anche l'uomo diligente lascia all'aperto senza sorveglianza, non sorge responsabilità pel furto.

È quindi quasi inescogitabile (e però in un'esposizione generale trascurabile) l'ipotesi, in cui il commodatario soffre il furto, fuori delle accennate contingenze, senza essere in colpa. E si comprende quindi perfettamente come lo STEFANO, che identifica la custodia colla diligenza, come più volte avemmo occasione di osservare, scriva senz'altro ἡ δὲ κλοπή οὐκ ἐστὶ τυχερά περίστασις e ἡ κλοπή οὐχ ὑπερβάλλει τὴν exactian diligentian ¹⁾ = il furto non è un evento fortuito; « il furto non supera l'esatta diligenza » ²⁾.

Dico che l'ipotesi di un semplice furto (oltre le accennate circostanze) subito dal commodatario senza sua colpa è quasi inescogitabile. Del tutto non lo è; si pensi ai casi di un ladro di singolare abilità e scaltrezza, che sorprenda anche l'uomo prudente e vigilante. *Ad abundantiam* le fonti ci attestano, che in tal caso il commodatario non risponde. Noi sappiamo che rispetto alla custodia il commodatario è parificato al conduttore (cfr. fr. 5 § 15 i. f. h. t. &c.). Or bene, ULPIANO ci assicura (fr. 14 § 12 D. 47, 2), che: « quodsi conduxerit quis habebit furti actionem, si modo culpa eius surrepta sit res ».

Il BARON (II, 359) per sfuggire alla forza probante di questo gravissimo testo, dice che deve supporre che qui l'oggetto rubato sia un servo, il quale, non essendo solito a custodirsi, se vien furato senza colpa dell'utente non arreca responsabilità per costui.

E il suo ragionamento si basa sul fatto che il § 11 precedente studia l'ipotesi: « Is qui precario servum rogaverat, subrepto eo &c. ». — Ma tale esegesi non mi pare accettabile. Il giurista non fa in questo passo l'esame delle varie ipotesi, in cui un servo venga rubato; ma passa in rassegna i vari contratti (compravendita, pegno, mandato, precario, locazione, commodato) e studia le conseguenze derivanti da tali rapporti giuridici per l'azione di furto. Generalmente egli non suole specificare l'obbietto del furto e se al § 11 per esempio egli nomina il servo come obbietto di precario, la ragione è quella che tale rapporto soleva comprendere le cose immobili: ai mobili si applicava raramente e fra questi di preferenza ai servi. Del resto come si fa a sostenere tale interpretazione, quando il giurista « surrepta sit res? » Come avrebbe egli scritto così, se avesse voluto limitare la sua decisione ai servi, per cui sarebbero valse norme speciali?

Del resto noi abbiamo una esplicita dichiarazione a proposito del commodato nel fr. 20 h. t. (JUL. 3 ad Urs. Fer.):

« argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum non meum detrimentum erit, si id mali homines interceptissent. »

L'importante frammento, che insegna appunto a intendere con cautela altri che parlano troppo generalmente, mostra che, se il furto avviene, quando il commodatario ha preso i provvedimenti insegnati dall'ordinaria diligenza, non è più tenuto. — Il BARON nel suo primo articolo aveva pensato a un caso di *damnum fatale*, cioè che — nel senso da lui attribuito a questa espressione ³⁾ — è, come ora egli stesso riconosce, inammissibile. Ora invece (II, 265) egli collega questa decisione coll'altro *error* di GIULIANO, per cui il commodatario non risponde del danno recato ai terzi; dobbiamo supporre

¹⁾ ad fr. 52 § 3 *pro socio* (17, 2).

²⁾ Anche l'Indice greco delle Istituzioni nella proleoria all'esposizione della competenza dell'a.º furti al commodatario etc. parla solo della varia responsabilità de' contraenti per dolo, colpa lata e colpa lieve: IV, 1 § 15.

³⁾ Non così invece, secondo la nostra opinione. *Damnum fatale* è appunto quello non prevedibile da chi usi l'ordinaria diligenza.

che in questa ipotesi GIULIANO riscontrasse una certa violenza; l'*intercipere* s'avrebbe a tradurre per « strappare, rapire ». — Ma *intercipere* non suole avere questo significato; vuol proprio indicare il furto clandestino; a ogni modo che si tratti di quest'ultimo, prova il *decipere*. È questione di astuzia. L'uomo, cui vien data la cosa da riportare è *idoneus* e cioè onesto e intelligente; ma i *mali homines* stavolta lavorano con tanta scaltrezza, ch'egli ne resta vittima. — Il passo è così ostico pel BARON, che trova singolare lo stile di esso ed esclama: che cumulo di parole per una storiella così semplice! — A me pare invece che il brano sia lodevole per concisione e semplicità.

Nè con tale frammento sta menomamente in contrasto il fr. 12 § 1 *ibid.*:

« *commodatam rem missus qui repeteret, cum recepisset, aufugit: si dominus ei dari iusserat, domino perit; si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei qui commodatus est* ».

È giustamente. Se il padrone manda la persona per ritirare la cosa a tempo debito il commodatario la deve dare e, data che l'abbia, è esente da ogni responsabilità. Altrimenti, se il messo non aveva altro ufficio che di ricordargli il debito di restituire, egli non gliela può consegnare che a suo rischio e pericolo; giacchè dovendo *praestare custodiam*, deve o riportare la cosa personalmente o affidarla a persona, della cui onestà e capacità possa essere moralmente certo; non già consegnarla al primo che gli capita.

Nella medesima condizione del commodatario è, come sappiamo, l'*inspector*, che riceve la cosa *sua causa*. Costui, come scrive ULPIANO (fr. 10 § 1 h. t.), « *praestabit custodiam ed ideo furti habebit actionem* ». Eppure

« *si ipse cui voluit commisit (rem referendam), aequè OULPAM mihi praestabit, si sua causa accepit* ».

E, se ciò non bastasse, PAOLO soggiunge (fr. 11 *ibid.*).

« *qui non tam idoneum hominem elegit, ut recte id perferri possit* ».

Anche tali giuristi dividevano dunque l'*errore di GIULIANO* (!); anche PAOLO usa la stessa espressione *idoneus homo*. Il BARON dice che qui si tratta di idoneità di fatto, la quale avrebbe potuto essere senza colpa ignota all'*inspector* ¹⁾. — Ma allora ULPIANO parlerebbe di *culpa* ²⁾. E PAOLO farebbe una così banale e sciocca osservazione? E che dire poi, se, come nell'esempio di GIULIANO, l'*homo* è *idoneus*, ma i *mali homines* riescono tuttavia nell'intento loro?

I due giuristi trattano, commentando SABINO evidentemente la stessa fattispecie: PAOLO spiega in che possa qui consistere la *culpa*, mentre ULPIANO si accontenta di avvertire, che si deve prestare la *culpa*.

Siccome non è nostro proposito trattare *ex professo* della *custodia*, così non esaminiamo le dottrine (cui implicitamente avevamo altre volte aderito; cfr. *Il digesto* pag. 63 sg.) che spiegano mediante un'evoluzione storica i passi apparentemente discordanti. Vedi specialmente PERNICI, *Labeo* II, pag. 245 sgg. e BIRMAN nella *Rivista dello Zavoigny Stiftung*. R. A. vol. XII. Ma i loro precipui argomenti sono stati da noi indirettamente confutati nel corso della nostra esposizione.

¹⁾ Cfr. per un di più la paragrafe di STEFANO ad h. l. « *ἐχρῆν γὰρ αὐτὸν ὡς θρεῖλοντα καὶ custodiam ἐπὶ τῷ πράγματι πάνυ ἐπιτηθεϊότατον πρὸς τὴν τῆς μεταλοιδίης ἐπιλέξασθαι διακονίαν* ».

²⁾ È vero che B. cancella *culpam* in ULPIANO e sostituisce *custodiam*. Ma allora dove andiamo? Del resto a noi la sostituzione nulla importa; poichè la custodia ha per noi i suoi limiti dove li ha la *culpa* e il fr. 11 può anche assumersi come dichiarazione del contenuto della *custodia*.

TITOLO VII *)

De pigneraticia actione.

§ 861.

Concetti di pignus e di hypotheca. Differenza fra essi.

Il terzo contratto reale è il contratto di pegno (*contractus pigneraticius*), il quale ha il carattere differenziale di essere un semplice contratto accessorio che serve a rafforzare un obbligo già esistente, in modo che il creditore sia maggiormente sicuro dello adempimento di esso. Vien detto anche semplicemente *pignus*. Come è noto, alla parola pegno = *pignus* (*Pfand* ted.) si collega un triplice concetto. Essa cioè vien presa per

1.° diritto di pegno; ed allora per esso si intende un diritto reale, che appartiene al creditore sulla cosa di un altro, per sicurezza del suo credito, ed in forza del quale egli, dato il caso che il debito non venga puntualmente soddisfatto, può attenersi alla cosa, e, alienandola, pagarsi col ricavato ¹⁾).

¹⁾ Fra gli antichi giuristi hanno specialmente trattato la dottrina del diritto di pegno: Ugo DONELLO, Franc. BALDUINO, Mercur. MERLINO, Gab. MUDEO, Rein. BACHOVIO ed Ant. NEGUSANZIO nelle loro opere: *de pignoribus et hypothecis*. — Tra i moderni lo scritto migliore è quello di Ernesto Crist. WESTPHAL: *Saggio di una interpretazione sistematica di tutte le leggi romane sul diritto di pegno*, Lipsia 1770 e 1794-8. A questo si aggiunga pure: Gio. Ern. Crist. ERXLEBEN, *Principia de jure pignorum et hypothecarum*, Gottinga 1779-8 ^{a)}).

^{a)} Agli scrittori citati dal prof. ASCOLI a pagine 3 e 4 della traduzione del Libro XX titolo I di questo *Commentario*, aggiungansi: BREMER, *das Pfandrecht*

^{*)} Tradotto ed annotato dall'avvocato CUGUSI Ignazio.

2.° per il suo oggetto, o la cosa stessa oppignorata, la quale vien detta il pegno (*Pfandstück* ted.). Se il creditore riceve ad un tempo il possesso della cosa, si ha un *pignus*, in senso proprio; e vien detto per le cose mobili un pegno che si tiene in mano = pegno manuale (*handhabendes Pfand*) o diritto di pegno, od anche un pegno che si tien in pugno = pegno manuale (*Faustpfand*)²); e pei beni immobili invece un suppegno (*Unterpfang*) o diritto di suppegno (*Unterpfangsrecht*). Se poi la cosa viene oppignorata senza che la si consegni, si parla di ipoteca, di promessa scritta pignoranzia (*Pfandverschreibung*); e questa parola viene del pari usata tanto per il diritto in se stesso, quanto per il suo oggetto. ULPIANO dice: L. 9 § 2 D. *de pigner. act.*: « *Proprie pignus* dicimus, quod ad creditorem transit, *hypothecam*, cum non transit nec possessio ad creditorem »; e FLORENTINO nota, L. 35 § 1 D. *de pigner. act.*: « *PIGNUS* manente proprietate debitoris *solam possessionem* transfert ad creditorem ».

La differenza sta dunque in questo: a) Una ipoteca viene costi-

²) Nella L. 238 § 2 D. *de verb. signif.*, 50, 16 la parola *pignus* vien fatta derivare da *pignus*: « *quia res, quae pignori dantur, manu traduntur* ». Altri invece vogliono far derivare la parola *pignus* piuttosto dall'antica parola *pago* o *pigo* la quale sta per *jungo* o *figo* od *obligo*. Ved. MENAGIO, *Amoenitat. iur. civ.*, cap. 39; VOSSIO in *Etymolog.*, v. *Pignus*, ed *Ant.* SCHULTING, *Thes. controversar. iuxta seriem Dig.*, Decad. 65, § 1.

und die Pfandobecte (Il diritto di pegno ed i suoi oggetti), Lipsia 1867; HITZIG, *das griech. Pfandrecht* (Diritto ipotecario greco); GESTERDING, *die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des r. R.* (La teoria ipotecaria secondo i principi del diritto romano), 2.ª ediz., 1831; KUNTZE, *Zur Geschichte des r. Pfandr.* (Sulla storia del diritto ipotecario romano), Lipsia 1893; COUTURIER, *Origine de l'hypothèque et aperçu sur les garanties hypothécaires*; DUCHÊNE, *Des origines de l'hypothèque*; GAUCHET, *Étude historique sur le développement des sûretés réelles à Rome*; HERZEN, *Origine de l'hypothèque*; JACQUELIN, *Fiducia*; JOURDAN, *L'hypothèque*; M. CAREDDU, *La pubblicità e la specialità dell'ipoteca*, appunti di storia e di legislazione comparata, 1898; P. TROISI, *L'ipoteca romana*, 1903.

E per il nostro diritto: E. BIANCHI, *Considerazioni generali sul sistema ipotecario e sulla trascrizione secondo il c. c. it.*, 1877; POCHINTESTA, *Dei privilegi e delle ipoteche secondo il c. c. it.*, 1880; E. GIANTURCO, *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario*; CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. I, parte generale, 1894, parte speciale 1901, Torino, Bocca; G. MIRABELLI, *Delle ipoteche secondo il codice italiano*, 1896.

tuita col semplice contratto, un pegno manuale invece con la consegna della cosa oppignorata.

A ciò si riferisce il § 7 I. *de action.*, 4, 6, dove vien detto: « PIGNORIS appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si *mobilis* sit: at eam, quae sine traditione *nuda conventione* tenetur, proprie HYPOTHECAE appellatione contineri dicimus ». A questo non contraddice la L. 1 D. *h. t.* dove è detto: « *Pignus* contrahitur non sola traditione, sed etiam *nuda conventione*, etsi non traditam sit ». Infatti qui la parola *pignus* è presa per diritto di pegno in senso generale ³⁾.

b) Il *pignus* in senso proprio dà al creditore un diritto di ritenzione, che egli può far valere non soltanto per il debito pignoratorio, ma anche per altri crediti per cui il pegno non era stato costituito ⁴⁾, presupposto però che il creditore abbia ottenuto dallo stesso debitore, per contratto, il possesso del pegno ⁵⁾. Un tale diritto di ritenzione non può invece concepirsi nel caso di un'ipoteca, giacchè essa non si collega ad alcun possesso.

c) Inoltre possono esser date in pegno solo cose presenti, ma l'ipoteca può avere per oggetto anche cose future. La L. 15 pr. D. *de pign. et hypoth.*, 20, 1 dice: « Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, *hypothecae* dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum et ea quae nascuntur sint hypothecae obligata ».

d) Abitualmente il *pignus* consiste in cose mobili, e l'*hypotheca* in immobili ⁶⁾. Questa differenza non è però essenziale; poichè, come possono esser concesse in pegno, a stregua di leggi non dubbie,

³⁾ V. Ant. FABRO, *Rational. in Pandect. ad L. 1 D. h. t.*; COCCEJO, *Ius civ. contror. h. t.*, Qu. 3 ed EMMINGHAUS *ad eundem* not. **.

⁴⁾ L. un. Cod. *Etiā ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse*. 8, 26. V. WIESE, *Diss. de retentione pignoris tam ob eadem, quam ob diversa debita*, Rostoch 1780, § 13; Gio. Ant. Thilemann de SCHENK, *Diss. de retentione pignoris ob aliud debitum chirographarium*, Brema 1730 e *Sam. Fed. WILLENBERG, Diss. de retentione pignoris*, § 14 in *Eius Exercitation. Sabbathin.*, parte II, n. XXXIV.

⁵⁾ V. Giov. Crist. von QUISTORF, *Note giuridiche*, p. 2, nota 10.

⁶⁾ L. 238 § 2 D. *de verb. signif.*, 50, 16; § 7 I. *de action.* Vedi Rein. BACOVIO, *Tract. de pignorib. et hypoth.*, lib. I, cap. I e WALCH, *Introduct. in contror. iuris cir.*, pag. 417.

anche cose immobili ⁷⁾, così, all'opposto, possono venire ipotecate anche cose mobili ⁸⁾.

Riguardo al diritto reale, invece, ed all'azione ipotecaria che ne deriva, non sussiste alcuna differenza fra *pignus* ed *hypotheca* ⁹⁾. Semplicemente a tal riguardo MARCIANO dice: L. 5 § 1 D. *de pign. et hypoth.*, 20, 1: « Inter *pignus* et *hypothecam* tantum nominis sonus differt », come risulta non soltanto dalla iscrizione della citata L. 5 *de pign. et hypoth.* che suona così: « MARCIANUS libro *singulari ad formulam hypothecariam* » ¹⁰⁾; ma viene affermato espressamente anche in un passo delle *Istituzioni*, § 7, IV, 6 *de actionib.*, dove si dice: « inter *pignus* autem et *hypothecam* quantum ad *actionem hypothecariam* nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur » ^{b)}.

⁷⁾ L. 11 § 1; L. 31 D. *de pignor.*; L. 16 § 2 D. *de pigner. act.*; L. 9 D. *de oper. novi nunciat.*, 39, 1.

⁸⁾ L. 34 D. *de pignor.* V. Gio. Aug. HELLFELD, *Diss. de hypotheca mobilium*, Jena 1743, cap. 3 ed il *Commentario alle Istituzioni* di HÖPFNER, § 712. Nel dubbio però il diritto di pegno costituito su cose mobili del debitore vien considerato piuttosto come un pegno manuale che come una ipoteca. E perciò anche al creditore vengono senza esitazione accordati, sui documenti di obbligazione di un terzo trasmessigli dal debitore in sicurezza del suo credito, i diritti di un pegno manuale; perchè secondo il diritto comune i capitali dati in prestito vengono considerati come cose mobili del debitore. V. von QUISTORF, *Note giuridiche*, parte I, nota 42.

⁹⁾ Perciò le espressioni *pignus* ed *hypotheca* vengono talvolta considerate nelle leggi come equivalenti. E così l'*hypotheca* vien detta *pignus* nella L. 17 § 2 D. *de pactis*, 2, 14, e a sua volta il *pignus*, *hypotheca* nella L. 5 § ult. D. *de pignor.* V. HUBER, *Praelect. ad Pandect.*, lib. XX, tit. 1, § 1. Anche l'azione ipotecaria non di rado viene perciò detta nelle leggi: *actio pigneraticia*. L. 41 D. *de pigner. act.*, L. 3 § 3 D. *ad exhib.*, 10, 4; L. 7 § 12 D. *Communi divid.*, 10, 3; L. 19, L. 30 § 1 D. *de except. rei jud.*, 44, 2; L. 5 C. *Si res aliena pignori*, 8, 15. V. BRISSONIUS, *de verb. signif.*, voc. *Pigneraticius*, n. 5, e BACHOVIVS, *De pignor. et hypoth.*, lib. I, cap. 1, pag. 2.

¹⁰⁾ V. VOET, *Comm. ad Pand.*, lib. XX, tit. I, § 1; Ant. SCHULTING, *Thes. controversar.*, decad. LXXV, § 3 e specialmente Bern. ENR. REINOLD, *Oratio de inscriptionibus legum Digestorum et Cod.* § 10 in *Opuscul. iurid.*, pag. 574 segg.

^{b)} Il FERRINI nel suo studio « Sulle fonti delle *Istituzioni* di GIUSTINIANO » — estratto dal *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, anno XIII, fasc. II-VI —

Un pegno manuale (*Faustpfand*) non ha quindi, secondo il diritto comune, alcun privilegio dinanzi all'ipoteca¹¹⁾. Nondimeno esso fonda un'azione personale per la restituzione del pegno dopo l'avvenuto sodisfacimento del creditore, azione che non è concepibile nell'ipoteca, il possesso della quale rimane presso il debitore¹²⁾.

§ 862.

Contratto di pegno. Contractus fiducia; pactum hypothecae.

Sotto la denominazione di *pignus* si comprende anche

3.º il contratto di pegno; che è quel contratto reale, per cui si consegna al creditore una cosa in sicurezza del suo credito, a condizione che egli, sodisfatto che sia, la restituisca. Da esso bisogna

¹¹⁾ L. 12 pr. e § 10 D. *Qui potiores in pignore*, 20, 4, V. LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. III, specim. CCXXIII, medit. 1.

¹²⁾ Si veda soprattutto *Giust. Enn.* BOEHMER, *Diss. de diverso pignoris et hypothecae iure*, Hala 1718, ed in *Exercit. ad Pand.*, tom. III, pag. 802 segg.

osserva che il citato § 7 tit. VI del libro IV va ricondotto alle « *res cottidianae* » di GAJO. A ciò lo inducono alcune affinità sintattiche e stilistiche con altri luoghi di GAJO, ed ancora l'affinità di concetto con il fr. 238 § 2 D. 50, 16. Il *quantum ad... nihil interest* è un modo di esprimersi riscontrabile in GAJO, I, 1, § 73 (*quantum ad erroris causam probandam attinet, nihil interest*). Comunnissime in GAJO, sono le frasi: *appellatione continetur* (fr. 51 D. 50, 16; fr. 233 § 2 *ib.*; fr. 9 D. 47, 9; fr. 236 pr. D. 50, 16 *bis*; fr. 236 § 1 *cit.*; fr. 151 D. *ibid.*; fr. 5 D. 20, 5, *ecc.*) ed *inter... differentia est* (fr. 58, pr. D. 50, 16; GAL., *Inst.* II, 18; *ib.* 171; *ib.* 205; *ib.* 284; IV, 66). Il cit. fr. 238 § 2 D. 50, 16, GAIUS, *libro sexto ad legem duodecim tabularum* così è concepito: « *Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur, unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui* ». GAJO vi pone in rilievo il carattere, diremo così, esteriore del pegno: la consegna dell'oggetto di garanzia; carattere che solo può distinguerlo dall'ipoteca poichè « l'uno non differisce dall'altra nè per l'essenza nè pel modo (GLÜCK, *Comm.*, trad. Ascoli, lib. XX, tit. I, p. 3) ». « *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.* » sono le parole di MARCIANO (fr. 5 § 1 D. 20, 1); questi dunque ama meglio far notare l'identità sostanziale delle due forme del pegno e dell'ipoteca; ed il FERRINI pone a punto a raffronto questo concetto di MARCIANO con quello del fr. 238 § 2 D. 50, 16 di GAJO per dedurne con maggior sicurezza che il luogo delle *Istituzioni* citato appartiene non alle *Istituzioni* di MARCIANO, ma piuttosto alle *res cottidianae* di GAIUS.

distinguere il patto d'ipoteca (*pactum hypothecae*) per cui viene accordato al creditore semplicemente un diritto reale di garanzia sui beni del debitore, senza che gliene venga concesso il possesso. È questo un patto pretorio, in base al quale però il pretore accorda un'azione reale (*actio hypothecaria*). Ma il contratto di pegno deve la sua origine al diritto civile, ed era obbligatorio già dagli antichi tempi di Roma; infatti con molta probabilità l'ultima delle XII tavole ne trattava ¹³⁾. Con esso però si creano solo fra i contraenti degli obblighi personali l'adempimento dei quali può pretendersi con l'*actio pignoratitia*. Qui non è questione se il creditore abbia anche effettivamente sempre un diritto di pegno ¹⁴⁾; poichè può darsi in pegno anche una cosa altrui. L'obbligo fra i contraenti sorge quando è stata data in pegno al creditore una cosa, sia che si tratti di cosa propria del debitore, sia che si tratti di cosa altrui. E qui si delinea un'importante differenza tra l'*actio pignoratitia* e l'*actio hypothecaria*. Quest'ultima presuppone sempre un valido diritto di pegno ¹⁵⁾, poichè essa è un'azione reale, che ha luogo contro ogni possessore del pegno; ma l'*actio pignoratitia* è un'azione semplicemente personale, la quale ha luogo solo fra i contraenti. Qui già il contratto per se stesso vincola il creditore (*re obligatur*) a restituire il pegno dopo ottenuto il pagamento, quando anche esso non appartenga al debitore ¹⁶⁾.

E però se il creditore vuol far valere il suo diritto di garanzia contro il terzo detentore del pegno, deve poter provare che gli è stato concesso un valido diritto di pegno. Perciò il NOODT ¹⁷⁾ dice giustamente: « Multum interest, inter obligari pignori, et dari pignori. Priori casu res obligatur: posteriori *contrahentium personae tenentur: res libera est* ».

¹³⁾ V. Iac. GOTHOFREDO, *Quatuor fontes iuris civ.*, pag. 157 secondo l'edizione ginevrina del 1653; ed in *Thes. Otton.*, tom. III, pag. 139.

¹⁴⁾ Si veda specialmente Ger. NOODT, *Comment. ad Dig. h. t.*, tom. II, *Operum*, pag. 321.

¹⁵⁾ L. 6 Cod. *Si aliena res pignori data sit*, 8, 15.

¹⁶⁾ § 4 I. *Quib. mod. re contrah. obligat.*, 3, 14; L. 9 § 4; L. 22 § 2 D. *h. t.*

¹⁷⁾ Cit. loc. et lib. I *Observation.*, cap. 7.

Per ritornare dunque al contratto di pegno, originariamente era duplice la forma di questo contratto. Prima cioè che il pretore avesse introdotta l'*actio hypothecaria* il pegno serviva di garanzia al creditore solo fin tanto che questi lo teneva in sue mani. Se egli ne perdeva il possesso, non aveva da principio alcuna azione contro il terzo possessore, che non era il debitore. Per fornirlo di una tale azione si soleva trasmettere al creditore, o stragiudizialmente con la solennità della mancipazione dinanzi a cinque testimoni, o giudizialmente con una *cessio in iure*, con il possesso anche la proprietà del pegno, revocabilmente ed a condizione che egli dovesse rimanciparlo al debitore, non appena fosse stato da quest'ultimo soddisfatto. Il contratto di pegno, per tal modo conchiuso con il creditore, era detto *fiducia* o *contractus fiduciarius*; come, per antitesi, il contratto di pegno senza la *lex fiduciae* si soleva chiamare semplicemente *pignus*, *depositum pignus*, o *contractus pigneraticius* ¹⁸⁾. È degno di nota il passo di ISIDORO ¹⁹⁾ che chiarisce la differenza tra *pignus* e *fiducia*: « *Pignus est, quod propter rem creditam obligatur, cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor, ceterum dominium penes debitorem est. Fiducia est, cum res aliqua, sumendae mutuae pecuniae gratia, vel mancipatur, vel in iure ceditur* ».

Ed anche la cosa stessa, la cui proprietà era stata trasferita al creditore per sua garanzia, sotto condizione di rimancipazione, veniva detta *fiducia* o *res fiduciaria* ²⁰⁾; donde la frase: *fiduciam distrahere* ²¹⁾. Il nome *fiducia* incontestabilmente ebbe origine dal fatto che si fece specialmente assegno sulla fede e l'onorabilità

¹⁸⁾ V. Ger. NOODT, *Observation.*, lib. II, cap. 7; Ant. SCHULTING *ad Pauli sentent. recept.*, lib. II, tit. 4 e 13 in *Iurisprud. antejustin.*, pag. 271, 282 e segg.; IDEM, *Thes. controversar.*, decad. L, parte II e III; POTHIER, *Pandect. Justin.*, tom. I h. t. in *Append.*, pag. 398 e segg.; Franc. Car. CONRADI, *Diss. II de pacto fiduciae*, Helmst. 1732 e WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 63.

¹⁹⁾ *Origin.*, lib. V, cap. 25.

²⁰⁾ PAULUS, *Sentent. recept.*, lib. II, tit. 13, § 2 e 7; e: *ad eundem* SCHULTING in *Iurisprud. antejust.*, pag. 286.

²¹⁾ PAULUS, *cit. loc.*, § 1 e 3.

del creditore. E ciò prova anche la formola di cui si serviva il debitore nel conchiudere questo contratto: *Ego hanc rem meam tibi mancupo, ut eam mihi remancupes, uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem*²²). Se dunque il pegno era stato mancipato al creditore *sub lege fiduciae*, egli era ritenuto vero proprietario fin che non avesse rimancipato la cosa; egli poteva non soltanto perseguire giudizialmente la sua proprietà contro ogni terzo possessore del pegno; ma anche prendersi stragiudizialmente il pegno dovunque lo trovasse²³). Il creditore poteva anche appro-

²²) V. CONRADI, *Diss. I de pacto fiduciae*, § 16 e *Diss. II*, § 2.

²³) L. 66 D. *de rei vindicat.* 4, 6; PAULUS, *Sentent. recept.*, lib. V, tit. 26, § 4: « Creditor fiduciam et pignora apud se deposita persequi, et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur ». V. Ant. SCHULTING, *Iurisprud. antejustin.*, pag. 524, not. 30, 31 e 32. Il creditore poteva anche, come proprietario, legare per testamento il pegno a chi volesse. Vedi PAULUS, *l. c.*, § 6. E quindi in questo caso aveva luogo un *legatum vindicationis*, poichè il pegno era divenuto *jure Quiritium* proprietà del creditore. ULPIANI *Fragment.*, tit. 24, § 7. A ciò deve riferirsi ciò che dice PAPINIANO nella L. 9 § 2 D. *de supellect. legata*, 33, 10: « Supellectili sua omni legata acceptum argentum pignori non continebitur, quia supellectilem suam legavit, ntique si non in usu creditoris. id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum ». Tanto CUIACIO, *ad Papiniani responsa*, lib. VII, quanto Ger. NOODT, *Observat.*, lib. II, c. 10, spiegano le parole « si non in usu pignoris » come riferentisi ad un *contractus fiduciae*. Però NOODT legge: « Si non iuris creditoris », ed intende per *jus* = proprietà; e legge invece di *propositum: depositum*. Con essi consentono anche Ant. SCHULTING in *Iurisprud. antejust.*, p. 286 e WESTPHAL in *Dir. di pegno*, § 63, not. 85 e nel *Sistema della teoria delle singole specie di legati*, § 521; pure, egli crede che le parole *in usu creditoris* si possano spiegare anche senza mutamento, giacchè l'espressione: *in usu mancupioque* era molto usata. Con esse dunque si indicherebbe un possesso, cui si fosse pervenuto per mezzo di una mancupazione. (Gio. van de WATER, *Observ. iur. rom.*, lib. I, c. 10, ritiene le parole *in usu* un tribonianismo, perchè PAPINIANO avrebbe scritto: *si non fiduciae*. Ma rigettano giustamente queste spiegazioni Gio. IENSIO in *Strictur. ad iuris rom. pand.*, pag. 281 e segg., e Gio. Lud. CONRADI, *Reprehensor in observation. super jure civ. diversor. sing.*, pag. 121 e segg. Se il testatore ha legato ad alcuno la mobilia di casa e fra questa si trova dell'argento altrui che a quello era stato affidato come pegno, e di cui però gli era concesso l'uso, l'argento è senza dubbio compreso nel legato, e cioè nel senso che il legatario ne ha l'uso

priarsi i fratti e gli utili del pegno, ma doveva dedurli dal debito ²⁴⁾. Se il debitore pagava, il pegno non ritornava a lui *ipso iure*, ma il creditore era obbligato alla rimancipazione, al qual uopo competeva al debitore l'*actio fiduciae directa*; la formola di essa era: *Aio te mihi fiduciam, quam tibi mancupari, remancupare oportere, ut inter bonos bene agier oportet, et sine fraudatione* ²⁵⁾ c).

Se però il creditore, per il mancato pagamento del debito, aveva venduto il pegno, allora il debitore poteva pretendere ²⁶⁾, per mezzo di quell'azione, per lo meno il sopravanzo del prezzo di vendita, che vien detto *hyperocha* ²⁷⁾. All'opposto, anche il creditore poteva, quando avesse incontrato delle spese a causa del pegno, richiederne il risarcimento con l'*actio fiduciae contraria* ²⁸⁾.

Risulta chiaramente da tutto ciò, che a torto afferma CUIACIO ²⁹⁾ che il *contractus fiduciae* sia stato sempre connesso con la *lex commissoria*, che cioè, in caso di mancato pagamento del debito, il pegno fosse devoluto al creditore ³⁰⁾; quantunque non si possa negare che prima di COSTANTINO IL GRANDE la *lex commissoria* potesse esser validamente aggiunta al contratto di pegno ³¹⁾.

fin che il pegno non venga riscattato. V. POTHIER, *Pandect. Instin.*, tom. II, tit. *de legatis*, n. CCLXII, not. d, pag. 325.

²⁴⁾ PAULUS, *Sentent. recept.*, lib. II, tit. 13, § 2; L. 1 C. *de pign. act.*

²⁵⁾ V. CONRADI, *de pacto fiduciae*, exercit. II, § 6.

²⁶⁾ L. 20 D. *qui potior. in pignore*, 20, 4.

²⁷⁾ PAULUS, c. l., § 1; SCHULTING, c. l., pag. 283.

²⁸⁾ PAULUS, *Sent. recept.*, eit. loc., § 7; CONRADI, exercit. II, eit., § 7 e 8.

²⁹⁾ Ad PAULI *Sent. recept.*, lib. II, tit. 13 *ad rubricam*.

³⁰⁾ Si veda piuttosto Iac. GOTHOFREDO, *Comm. ad L. un C. Theodos. de commissoria rescindenda*, tom. I, pag. 290 e segg., edit. RITTER, ed *Ant. SCHULTING ad Pauli Sent. recept.*, pag. 282, ed anche CONRADI, *Ex. 1 de pacto fiduciae*, § 20.

³¹⁾ CICERO, *Orat. pro Flacco*, cap. 21.

c) Secondo LENEL, *L'édit perpétuel*, Paris 1903, vol. II, pag. 7, l'*actio fiduciae* avrebbe avuto una formola *in factum*, concepita presso a poco nei termini seguenti: « S. p. Am Am No No fundum q. d. a. ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse (s. in iure cessisse) eamque pecuniam solutam eorum nomine satisfactum esse aut per Nm Nm stetit quo minus solveretur eumque fundum redditum non esse negotiumve ita actum non esse, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea reserit, tantam pecuniam et rel. ».

Nel contratto di pegno conchiuso senza mancipazione od *in iure cessio* tutto procedeva in modo differente; qui al creditore non spettava nè la *rei vindicatio*, nè l'*actio publiciana* ³²⁾, poichè la proprietà rimaneva al debitore e al creditore passava il nudo possesso ³³⁾. Questo semplice contratto di pegno, conchiuso senza la *lex fiduciae*, pare sia stato in uso solo per le *res nec mancipi* ³⁴⁾. Tuttavia il *contractus fiduciae* portava con sè parecchie difficoltà in quanto, per suo mezzo, solo i cittadini romani potevano acquistare un efficace diritto di pegno, ed all'atto della mancipazione dovevano sempre intervenire, come testimoni, cinque cittadini puberi, ed un *libripens*; od anche, come nella *cessio in iure*, era necessaria la presenza del pretore; senza pure tener conto delle parole sacramentali che si dovevano pronunziare fra i presenti in tale circostanza. Questi furono motivi sufficienti perchè il pretore, per agevolare il commercio ed il credito comuni, si inducesse ad introdurre nel suo Editto un modo nuovo e semplice di oppignoramento, il quale poteva mettersi in atto senza tradizione della cosa e senza alcuna formalità per via di una semplice convenzione orale o scritta. Tal modo di costituzione di pegno, per differenziarlo dal *pignus traditum*, venne chiamato con un nome greco: *hypotheca*, da ὑποθήκαι.

Al riguardo non importava se la cosa fosse o no una *res mancipi*, se essa appartenesse al debitore *ex jure Quiritium*, o si trovasse semplicemente *in bonis* del medesimo ³⁵⁾.

Il pretore non faceva neppure differenza fra cittadini e peregrini ³⁶⁾. Ed ancor meno occorreano, a tal riguardo, parole o formule certe ³⁷⁾; ma il semplice consenso dei contraenti era sufficiente,

³²⁾ L. 13 § 1 D. *de public. in rem actione* 6, 2: « Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit *Publicianum iudicium*: namque *pigneraticiae* 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 ».

³³⁾ L. 35 § 1 D. *de pigneraticia act.*

³⁴⁾ ERXLEBEN, *de jure pignorum*, § 22.

³⁵⁾ L. 15 § 1 D. *de pignorib. et hyp.*, 20, 1; L. 6 Cod. *si aliena res pignori data sit*, 8, 15.

³⁶⁾ V. GER. NOODT, *Observation.*, lib. II, cap. 8.

³⁷⁾ L. 4 D. *de pignorib. et hyp.*, 20, 1; L. 23 § 1 D. *eodem*.

da solo, a fondare un diritto di pegno. L'effetto principale consisteva però in questo: che in base al semplice patto, pel quale il debitore avesse costituito a favore del creditore un diritto di pegno sul suo patrimonio, senza però consegnargli il pegno, si poteva agire tanto contro il debitore quanto contro il terzo possessore ³⁸). DONELLO ³⁹) ha ricostruito nel seguente modo le parole dell'Editto, tenendo per norma le leggi al titolo: *de pignoribus et hypothecis*: « Si pro eo, quod ei debbitur, res aliqua pignoris hypothecaeve nomine obligata esse dicetur ab eo, cuius in bonis ea res est, aut alioqui, cui de ea re constituendi ius est: ei heredive eius, quoad pecunia solvetur, aut eo nomine illi satisfactum erit, in eum, qui eam rem possidebit, tenebitve, aut dolo malo fecerit, quominus possideret, actionem dabo, ut si ea res arbitrio iudicis non restituetur, quanti ea res erit, condemnatio sequatur ».

Quest'azione reale vien chiamata azione ipotecaria, ed ha luogo in ogni caso, tanto se al creditore sia stata data in pegno una cosa di cui egli abbia, accidentalmente però, perduto il possesso, quanto se gli sia stata costituita una ipoteca ⁴⁰). Essa si chiamava originariamente: *actio Serviana*. Quasi tutti ne indicano come creatore il pretore *Servius Sulpicius* ⁴¹). Ma, anche facendo astrazione dal fatto che allora l'azione si sarebbe dovuta chiamare: *actio Sulpicia*; sta pure che *SERVIVS SULPICIVS* non fu *praetor urbanus* nè *peregrinus*, ma *praetor quaestionum* ⁴²). Questo pretore non aveva alcuna giurisdizione ⁴³), come già hanno ricordato anche *Antonio SCHULTING* ⁴¹) ed *Er. OTTO* ⁴⁵) [*Vedi nota a pag. seg.*].

³⁸) L. 17 § 2 D. *de pactis*, 2. 14: « De pignore iure honorario nascitur ex pacto actio ». V. NOODT, *loc. cit.*, pag. 326: L. 17 D. *de pignoribus et hyp.*, 20, 1: « Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori ».

³⁹) *Tract. de pignoribus et hyp.*, cap. I.

⁴⁰) L. 28 D. *de pign. act.*; L. 18 C. *de pignor.*, 8, 13.

⁴¹) *Ant. AUGUSTINUS, De nominibus propriis Pandectarum*, in *Thesaurum iuris romani Otton.*, tom. I, pag. 334; *Iac. CURTIUS, ΕΙΣΣΩΝ*, lib. III, cap. 39; WESTPHAL, *Dir. di pegno*, § 262, not. 293, pag. 383 ed i più.

⁴²) Egli aveva cioè la *quaestio peculatus*; CICERO, *pro Murena*, cap. 20; V. *Er. OTTO Lib. sing. de vita, studiis, scriptis et honorib. Servii Sulpicii*, *Traj. ad Rhen.*, 1737-8, cap. X, § 1.

⁴³) TACITUS, *Agric.*, cap. 6; *Er. OTTO*, cap. 1, § 2, pag. 145.

⁴⁴) *Thes. controv.*, decad. LXXVI, parte I.

Dev'essere stato dunque qualche altro pretore della *gens Servia* il creatore di quell'azione ⁴⁶⁾. Questo è però certo: che l'*actio Serviana* aveva luogo soltanto a favore del locatore di un *praedium rusticum* per le cose del *colonus* oppignorate presso di lui in garanzia del prezzo di affitto, in riguardo alle quali, le parole dell'Editto, secondo la ricostruzione di *Gherardo NOODT* ⁴⁷⁾, debbono aver suonato così: « *Quae in fundum conductum a colono inducta, in vecta, locator conventione eius, cuius in bonis sint, pro mercede sibi obligata esse dicet, de his illi, nisi arbitrio iudicis restituantur, adversus eum, qui possidebit, quanti res erit, iudicium dabo* ». Solo in seguito la si estese, e fu concessa anche, senza distinzioni, ad ogni altro creditore pignoratorio, in favore del quale esistesse un valido diritto di pegno, sia per contratto di pegno, sia per iscrizione ipotecaria. Ed allora essa prese il nome di *actio hypothecaria* o *quasi Serviana* ⁴⁸⁾ ^{d)}.

⁴⁵⁾ *Vita Servii Sulpicii*, cap. X, § 2.

⁴⁶⁾ VELLEIUS PATERCULUS, lib. II, cap. 15, fa menzione di un pretore *Servius*.

⁴⁷⁾ *Commentar. ad Dig.*, lib. XX, tit. 1; *Oper.*, tom. II, pag. 432.

⁴⁸⁾ Così c'insegna GIUSTINIANO, § 71. *de actionib.* 4, 6: « *Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecasse persequuntur* ». E però di

^{d)} Diamo, con LENEL (*l. c.*, vol. II, pag. 244), la formula dell'*actio quasi-Serviana*: *S. p. inter A^m A^m et Lucium Titium convenisse, ut ea res q. d. a. A^o A^o pignori hypothecae esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse, neque per A^m A^m stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrato tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.* — La formula dell'*actio Serviana* non differiva che in qualche punto dalla precedente. Questa azione interveniva nella stessa ipotesi in cui era dato l'*interd. Salvianum*, quindi — sempre secondo LENEL (*l. c.*) — la *conventio* vi era designata con gli stessi termini che in questo interdetto e che nell'*interdetto de migrando*: *convenisse, ut quae in fundum q. d. a. introducta importata ibi nata factae essent, ea pignori A^o A^o pro mercede eius fundi essent*. Conformemente a ciò che veniva detto nella convenzione, il fatto della *inductio* doveva necessariamente esser indicato nella formula. La *clausola*, poi, relativa all'eccezione risultante dalla liberazione era identica a quella dell'azione precedente.

Ma dopo che i creditori ebbero per il loro diritto di pegno una azione reale, cominciò a divenir sempre più raro il *contractus fiduciae*. A torto quindi afferma CUIACIO ⁴⁹⁾ che esso sia stato abolito dall'Imperatore COSTANTINO IL GRANDE con la L. ult. Cod. *de pactis pignor.*, 8, 34, poichè questa legge proibisce solo la *lex commissoria* negli oppignoramenti ⁵⁰⁾. Il *contractus fiduciae* è confermato ⁵¹⁾ ancora in una

altra opinione von LÖHR nel *Grolmans Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, 3.^o volume, 1.^a metà, n. IV, pag. 129 seg., in cui appaiono alcune sue *Osservazioni sulle azioni reali pignoraticie*. Egli infatti crede che fin da prima avesse luogo un'azione fondata sul diritto civile, una *vindictio utilis* che sarebbe spettata tanto al creditore pignoraticio ed ipotecario, quanto al superficiario, all'enfiteuta ed a parecchi altri non proprietari. Ciò verrebbe detto esplicitamente nella L. 16 D. *de servitutibus*, VIII, I. Qui GIULIANO dice: « Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur ». Ma è evidente che l'*utilis petitio*, che qui vien accordata al creditore pignoraticio, non è altro che l'*actio quasi Serviana*, come ha giustissimamente notato anche WESTPHAL, *De libertate et servitut. praediorum*, § 976, not. 853. Ma non basta. Oltre quell'azione il creditore pignoraticio manuale (*Faustpfandgläubiger*) deve aver avuto ancora l'*actio pigneraticia*, se il diritto di pegno era stato validamente costituito fin da principio e se la cosa si trovava nella proprietà quiritaria del debitore; in caso contrario avrebbe avuto luogo l'*actio Serviana* che sta alla *pigneraticia* come la *Publiciana* alla *rei vindictio*. Ma tutta l'antichità romana tace che oltre all'azione pignoraticia pretoria si sia data ancora un'altra azione reale di diritto civile. Nè anche THEOPHILUS nella sua parafrasi greca delle *Istituzioni* al § 7 I. *de action.* ne fa cenno. Le leggi addotte in proposito parlano, sì, di una *actio pigneraticia in rem*, ma è noto a tutti che sotto questo nome non si comprende altra azione pignoraticia all'infuori della *pretoria*; vedasi la nota 9 di questo paragrafo. E poi questa *actio pigneraticia* è anche abbastanza chiaramente detta *pigneraticia Serviana* nella L. 3 § 3, *ad exhib.* D. 10, 4. Ed è così giusto ciò che, quando un *bonae fidei possessor*, cui il pretore accorda l'azione *publiciana*, mette in essere un diritto di pegno sulla cosa, compete al creditore l'azione ipotecaria appunto con la limitazione con cui al debitore l'*actio Publiciana*. Essa cioè gli compete solo contro il possessore del pegno che ha sulla cosa un diritto più debole di quello del debitore. L. 18 D. *de pignorib. et hypoth.*, 20, 1.

⁴⁹⁾ Ad PAULI *Sentent. recept.*, lib. II, tit. 13 *ad Rubrum*.

⁵⁰⁾ V. *Ant.* SCHULTING, *Iurisprud. antejust.*, pag. 383 ed Iac. GOTHOFREDUS in *Comm. ad leg. un. C. Theodos. de lege commiss. rescind.*

⁵¹⁾ L. 9 C. *Theodos. de infirmant. his, quae sub tyrann.*

nuova costituzione degli Imperatori ARCADIO ed ONOBIO ⁵²). Esso dunque cessò effettivamente soltanto dopo che GIUSTINIANO ⁵³) ebbe abrogato la distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi* ⁵⁴). Ed è perciò che in tutto il *Corpus iuris* non se ne trova più traccia in alcun punto ^e).

Il contratto di pegno è dunque 1.° un contratto reale, che riceve la sua perfezione solo con la tradizione della cosa. Se però il debitore ha promesso di dare in pegno una cosa, questa, già prima della tradizione, deve riguardarsi come una ipoteca, giacchè per la costituzione di quest'ultima basta la semplice convenzione ⁵⁵).

Così si spiegano le parole di ULPIANO L. 1 § 1 D. *h. t.*: « Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori: et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint »; ed ANTON. FABER ⁵⁶) nota giustamente a questo proposito: « Etsi traditione *pignus* proprie constituitur, non tamen ita accipi debet, ut incipiat *pignus* a traditione, quamvis inutilis traditio est, nisi praecesserit consensus de re obliganda; quo consensu praecedente inutilis quoque traditio est ad pignoris obligationem constituendam, quae iam satis nudo consensu constituta est ». Se però è seguita la tradizione, od il creditore ha già altrimenti ottenuto il possesso del pegno, sia pure per via dell'azione ipotecaria, sin da quel momento ha luogo l'*actio pigneraticia*, che allora compete al debitore specialmente nel caso

⁵²) *Sidonius Apollinar.*, lib. IV, ep. 24, fa menzione del *contractus fiduciae* come di un contratto ancor valido a' suoi tempi.

⁵³) L. un. C. *de usucap. transform.*, 7, 31.

⁵⁴) V. NOODT, *Observation.*, lib. II, cap. 8 e CONRADI, *Exercit. II de pacto fiduciae*, § 17 e 18.

⁵⁵) V. BACHOVIVS, *De pignorib. et hypoth.*, lib. V, cap. 18.

⁵⁶) *Rational. in Pand. ad L. 1 § 1 D. h. t.*

^e) Queste affermazioni debbono accogliersi con molta cautela. Rimandiamo, perciò, su questo punto che riflette la storia del pegno a quanto ne ha scritto l'illustre prof. ASCOLI nel *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano*, Livorno 1887.

in cui il creditore con la vendita del pegno abbia agito fraudolentemente, o per tal modo il debitore stesso abbia pagato più che il debito non importasse ⁵⁷⁾).

Il contratto di pegno è: 2.º un contratto *bonae fidei*, che deve giudicarsi più secondo l'equità e la presumibile intenzione delle parti, che secondo le formule rigorose del diritto.

Inoltre, 3.º per la sua validità non è richiesto alcun atto scritto ⁵⁸⁾, ma la semplice convenzione delle parti, la semplice promessa orale; e l'adempimento della medesima, con la consegna del pegno, è sufficiente per la sua perfezione. La scrittura suole aggiungersi solo come mezzo di prova ⁵⁹⁾. Non è pregiudicata quindi la validità del contratto, anche se il documento sia viziato ⁶⁰⁾, a meno che non se ne sia fatta dipendere la validità del contratto stesso ⁶¹⁾.

4.º Il dolo, la violenza e l'errore hanno nel nostro caso lo stesso effetto che negli altri contratti. Tuttavia, qui bisogna ben notare che, quando il contratto di pegno debba ritenersi invalido per causa della violenza, il debitore dovrebbe esser stato costretto, mal suo grado, a ricevere, in luogo del pegno estortogli, danaro che nè gli occorreva, nè egli chiedeva.

Se però il debitore avesse richiesto del denaro e il creditore non glielo avesse voluto prestare altrimenti che mediante dazione di pegno; il debitore, poi, trovandosi in strettezze, ed abbisognando del denaro, si fosse visto conseguentemente costretto a dare al creditore, sebbene malgrado, un pegno; non potrebbe, in tal caso, dolersi di una violenza illegale. Poichè non si può far carico ad un creditore se egli non vuol prestare il suo danaro senza garanzia. È questo il senso della L. 4 Cod. *de pignor.*, 8, 13, ove si dice :

⁵⁷⁾ L. 34 D. *de damno infecto*, 39, 2; L. 11 § 5 D. *de pignorat. act.*; *Ant. SCHULTING, Thes. controvers.*, decad. L, p. 4 e BACHOV., c. l., pag. 450 e segg.

⁵⁸⁾ L. 12 C. *de pignor.*, 8, 13.

⁵⁹⁾ L. 4 D. *de pignor. et hypoth.*, 20, 1.

⁶⁰⁾ L. 34 § 1 D. *eodem*.

⁶¹⁾ BACHOVIVS. *Tr. de pignorib.*, lib. I, cap. 3, n. 2; ERXLEBEN, *Princip. de iure pignor.*, § 42.

« Cum te pecuniam accepisse et agros tuos obligasse fateris, non habes rationem, quod quereris, vi te coactum pignori dare. si igitur recipere vis rem tuam, solve creditori pecuniam debitam ».

In un caso simile, in cui il contratto di pegno è nullo per mancanza di accordo, non si dà neppure un diritto di ritenzione, quand'anche il Fisco debba subentrare al posto del creditore. L. 25 D. *de pignor.*, 20, 1: « Cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, *retentioni locus non est*, nec si bona creditoris ad fiscum pertineant ».

5.º Il contratto di pegno può esser conchiuso così tra assenti come tra presenti. La L. 23 § 1 D. *eodem* dice espressamente: « Pignoris obligatio etiam inter absentes recte contrahitur ». Prima di GIUSTINIANO era però assai controverso se esso potesse venir conchiuso anche per mezzo di un mandatario, di guisa che il mandante ne conseguisse tutti i diritti e ne assumesse tutti gli obblighi come se egli stesso l'avesse contratto; come risulta dalla L. 11 § 6 D. *de pigner. actione*, ove si dice: « Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo ut ne *per procuratorem* plerumque vel tutorem adquiratur: et ideo ipsi actione pigneraticia convenientur. sed nec mutat, quod constitutum est ab imperatore nostro ⁶²⁾ posse per liberam personam possessionem adquiri: nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem adprehendere, ipsam autem obligationem libera persona nobis *non semper* ⁶³⁾ adquiret ».

Qui si poneva come base la regola dell'antico diritto che nessuno potesse acquistare dei diritti nè venir obbligato ad alcuna cosa per mezzo di una libera persona. Ma poichè nel nuovo diritto questa regola è stata modificata in vario senso, come s'è

⁶²⁾ Qui si fa menzione della Costituzione dell'imperatore SEVERO, L. 2 Col. *de adquir. possess.*, 7, 32.

⁶³⁾ Le parole *non semper*, come anche il *plerumque* che si nota fra le prime parole, sono ritenuti un'aggiunta di TRIBONIANO. Ved. CUIACIUS in *Not. ad § 5 I.*: « per quas personas cuique acquirit. ». Si veda però, in contrario, su questo passo, WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 56, not. 77.

già mostrato in altro luogo ⁶⁴), così, anche con una nuova Costituzione dell'Imperatore GIUSTINIANO, si tolse ogni dubbio particolarmente riguardo al contratto di pegno; e quindi, ora, questo contratto può esser conchiuso per mezzo di un mandatario, con la stessa efficacia che in persona propria: « Si enim — dice GIUSTINIANO, L. 3 (2), 1, Cod. *Per quas personas nobis adquiritur*, 4, 27. — procuratori necessitas legibus imposita est domino contractus cedere actionem, quare non ab initio quemadmodum in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in hypothecis et pignoribus simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem seu pignoris vinculum vel retentionem sibi acquisitam? ».

Già prima di GIUSTINIANO era giuridicamente ammesso pel mutuo, che se alcuno avesse dato a prestito del denaro in nome altrui, potesse questo appartenere al mutuante o all'altro in nome del quale veniva prestato, quest'ultimo in base a tal contratto poteva agire contro il debitore, senza dover ricorrere ad una cessione da parte del mutuante ⁶⁵). Tuttavia il mutuante non poteva conchiudere alcun contratto di pegno in favore dell'altro, in nome del quale egli aveva prestato i denari. Per giustificare questo punto GIUSTINIANO non trovò alcun motivo sufficiente; e perciò eliminò la minuziosità dell'antico diritto.

6.º Il contratto di pegno obbliga il creditore a restituire al debitore, senza far opposizione di sorta, la cosa ricevuta in pegno, una volta estinto il debito ⁶⁶).

⁶⁴) V. la parte IV di questo *Commentario*, § 343.

⁶⁵) L. 9 § 8 D. *de reb. cred.*, 12, 1.

⁶⁶) L. 1 § 6 D. *de obligat. et action.*, 44, 7.

§ 863.

Quali cose possono formare oggetto del contratto di pegno? f).

Può darsi in pegno qualsiasi cosa; basta che essa sia al caso di poter garantire il creditore. E poichè la garanzia del creditore

f) È logico e naturale far procedere di pari passo il pegno e la vendita: il pegno infatti, come bene osserva il TROPLONG, ha da risolversi in un prezzo se il debitore non paga, e son quindi da considerarsi soprattutto come di natura sottoposti a pegno i valori che possono essere dalla vendita convertiti in una somma di denaro. Pel nostro diritto possono darsi in pegno tutte le cose mobili, tanto corporali, quanto incorporali, purchè in commercio. Nell'antico diritto francese si disputava se potessero oppignorarsi le cose incorporali; ne dubitava POTHIER, l'affermava FAVRE; la pratica si pronunciò in favore del pegno delle cose incorporali, vedendovi un potente mezzo di credito. Non si dubita che possa darsi in pegno il denaro medesimo; così, dice il PACIFICI MAZZONI, *Ist. VI, 244*, si costuma di rilasciare cinque lire in pegno al commerciante di gazose per la bottiglia dell'acqua di Seltz. Possono essere date in pegno le cose mobili per loro natura o per determinazione della legge (416 c. c.), quindi pure i diritti, le obbligazioni e le azioni, anche ipotecarie, che hanno per oggetto somme di denaro od effetti mobili, le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria (art. 418 c. c.). Fra questi beni mobili per determinazione della legge v'è il credito, ed il pegno di credito è usato assai in commercio. L'art. 418 c. c. considera anche come beni mobili per determinazione della legge le rendite dello Stato: è però sorto dubbio se possano validamente oppignorarsi, perchè per la legge speciale sul debito pubblico l'amministrazione dello stesso non può ammettere sequestro o pignoramento sopra tali rendite. Le ragioni, però, sulle quali tal legge è fondata, ragioni particolari, e che si riducono all'essersi voluto evitare dannosi incagli a quell'amministrazione, se son valide per i rapporti con l'amministrazione, non possono opporsi tra i privati. Le rendite restan sempre beni mobili e, come tali, son sottoponibili a vincolo.

Possono oppignorarsi tanto le cose singole, quanto le università di cose, beninteso purchè mobili. Non possono invece le cose future, e i frutti che nasceranno, perchè non possono esser consegnate al creditore; se però, raccolti che siano, gli si consegnino, il pegno comincerà a sussistere efficacemente (V. PACIFICI-MAZZONI, *l. c.*). In tal caso però il contratto per se stesso sarà valido — osserva il WAHL, e con lui il LOMONACO — (*Dir. cir. it.*, 2.^a ed., 1904, pag. 850), almeno come promessa di pegno, indipendentemente dalla tradizione perchè qualsiasi convenzione deve ritenersi valida, purchè non sia contraria all'ordine pubblico od ai buoni costumi.

In chi costituisce il pegno si richiede la proprietà, e la capacità di alienare, perchè il pegno implica un'alienazione della cosa oppignorata.

Tra le cose che si possono dare in pegno debbonsi annoverare anche le cose comuni. Gli effetti sono regolati dall'art. 679 c. c.; così, se, per esempio, siavi

consiste principalmente in questo: che egli, nel caso di mancato pagamento del debito, è autorizzato ad alienare il pegno per soddisfarsi; così ne risulta la regola generale, dataci da GAJO nella L. 9 § 1 *de pignoribus*, 20, 1: « Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest »⁶⁷⁾. Non si guarda al genere della cosa: e perciò possono esser dati in pegno tanto mobili che immobili, cose corporali quanto incorporali. Alle cose incorporali che possono essere oggetto di oppignoramento appartengono, per esempio, le obbligazioni ed i crediti (*cautiones, nomina*). In questo ultimo caso il creditore pignoratizio può, qualora l'oppignorante non lo soddisfi, agire per il pagamento del debito, *actione utili*, contro il debitore che risponde pel credito oppignorato⁶⁸⁾. Il creditore poi

⁶⁷⁾ Veramente questo frammento non è posto nelle *Pandette* al suo giusto luogo: perchè GAJO nel libro IX *ad Edictum provinciale*, donde esso, come dice l'iscrizione, è stato tolto, trattava dell'*actio pigneraticia* che deriva dal contratto di pegno, come risulta dalla L. 10 e dalla L. 12 D. *de pigner. act.* Esso dunque avrebbe dovuto esser collocato sotto il titolo: *de pigneraticia actione*, e non incluso in quello *de pignoribus et hypothecis*, come giustamente ha notato anche Ger. NOODT, *Observation.*, lib. I, cap. 7 *o*). Vi è perciò una grande differenza tra la questione: quali cose possono essere oggetto di un contratto di pegno - e l'altra: quali cose possono essere validamente ipotecate. Poichè il contratto di pegno produce semplicemente diritti ed obbligazioni personali, così possono esser date in pegno manuale anche delle cose altrui, nè più nè meno come esse possono formare oggetto d'un contratto d'acquisto. Confr. la L. 9 § 4 D. *de pign. act.* con la L. 28 D. *de contrah. empt.*, 18, 1. Mentre, al contrario, l'ipoteca imposta sui beni altrui non è menomamente valida, in quanto da essa non nasce alcuna azione pignoratizia contro il terzo possessore, comechè essa presupponga sempre che la cosa sia proprietà dell'oppignorante. L. 6 C. *si aliena res pignori data sit*, 8, 15. Vedi anche WESTPHAL, *Dir. di pegno*, § 106, nota 128, e P. FABER, *Semestrium*, lib. II, cap. 17.

⁶⁸⁾ L. 7 C. *de heredit. vel act. vend.*, 4, 39: « Postquam eo decursum est,

un credito di novantamila lire comune a tre persone, io comproprietario potrò vincolare questo credito, ma non attribuirò al creditore pignoratizio il diritto di preferenza per il credito intero, sibbene per la quota che verrà a toccarmi nella divisione.

o) V. LENEL, *Palingenesia*, I, pag. 210, n. 211.

contegga sul suo credito il danaro riscosso. Se però il debito consiste in altre cose che il convenuto doveva dare all'oppignorante, allora questi se le ritiene come pegno ⁶⁹⁾, solo però deve essere data notizia al terzo debitore dell'avvenuto oppignoramento, poichè altrimenti egli potrebbe pagare invano il debito al suo creditore, e con ciò annientare il diritto di pegno impostovi in vantaggio di altri ⁷⁰⁾. Anche le servitù possono venire oppignorate, e non soltanto quelle personali, per esempio l'usufrutto, in cui il creditore deve godere dei frutti fin tanto che il debito non venga per tal mezzo estinto ⁷¹⁾; ma anche le servitù reali. Però le *servitutes ur-*

ut cautiones quoque debitorum pignori darentur: ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori si [ut responsum est], vel ipsi creditori postulanti dandas actiones ». Poichè il compratore di un credito senza dubbio può valersi *utiliter* di quell'azione che il venditore del credito poteva originariamente proporre contro il debitore, così anche l'azione del creditore pignoratizio non è differente. V. WESTPHAL, *Dir. di pegno*, § 141, nota 165.

⁶⁹⁾ L. 18 pr. D. *de pigner. act.*: « Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarum fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris loco ».

⁷⁰⁾ L. 4 C. *Quae res pignori.*, 8, 16: « Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit cui tu credidisti, ille cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur quatenus tamen ipse debet ». V. FRAT. BECMANN, *Consil. et decision.*, parte II, decis. 68, n. 7 segg.

⁷¹⁾ L. 11 § 2; L. 15 pr. D. *de pignor. et hypoth.*, 20, 1; L. 8 D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solvit*, 20, 6. L'*usus* non può essere dato in pegno: poichè nella L. ult. D. *de usuris et fruct.*, 22, 1, l'oppignoramento della cosa è rivolto solamente al *fructus rei*. V. ANT. FABER, *Coniecturar. iuris civ.*, lib. XIX, cap. 8. Relativamente all'abitazione invece non si solleva alcun dubbio. V. CASP. ACHAT. BECK, *Diss. de oppignoratione servitutum*, Jena 1729, § 18. In genere però è propriamente il godimento, non il diritto stesso, quello che forma l'oggetto dell'oppignoramento, come ha dimostrato decisamente GREG. MAIANUSIO in *Disputation. iur. civ.*, tom. I, disp. 4, § 24 segg., pag. 84 segg.

banae non possono esserlo in nessun caso ⁷²⁾ ^{h)}). Ma una servitù rustica può venir concessa come pegno al creditore su un fondo del suo debitore, affinchè quegli, se possieda un fondo attiguo, se ne valga in vantaggio del medesimo, fino al seguito pagamento del debito, e, qualora non venga soddisfatto, la possa vendere ad un altro vicino ⁷³⁾). In questo caso adunque la servitù viene costituita la prima volta a titolo di pegno. Le servitù reali, invece, che già precedentemente aderiscono attivamente ad un fondo, non possono essere oppignorate senza il fondo, poichè non se ne possono separare ⁷¹⁾).

Se però viene oppignorato il fondo sul quale sono imposte, allora esse sono implicitamente e contemporaneamente comprese in tale oppignoramento ⁷³⁾).

Non v'ha dubbio che possano formare oggetto del contratto di

⁷²⁾ L. 11 § 3 D. *de pignorib.*, 20, 1: « Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt: igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint ».

⁷³⁾ L. 12 D. *de pignor. et hypoth.*: « Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse POMPONII ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diem certum pecunia soluta non sit vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est ». Che questo frammento tratti di una servitù costituita in pegno dal proprietario al suo creditore, vien confermato anche dai *Basilici*, tom. IV, pag. 35, dove si dice, secondo FABROT: Δουατὸν δὲ συμφωνεῖν, ἔχειν με κατὰ τοῦ ἀγρογαίτουτος ὁδὸν στενήν καὶ πλατείαν, καὶ ὑδραγωγίον, ἕως οὗ τὸ χρέος καταβληθῆ μοι. καὶ ἐὰν μὴ καταβληθῆ ἔμπροσθέντος, ἐξείναι μοι ταῦτα πῖπράσκειν. ⁱ⁾ i. e. « Valet autem conventio, ut liceat mihi ire, agere, et aquam ducere per fundum vicini, donec pecunia mihi servaturi: et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas (sc. servitutes) mihi liceat. V. VINNIUS, *Select. iuris quaest.*, lib. I, cap. 32; SYKLAMA, *Membranar.*, lib. VII, eccl. 45; CHARONDAS, *Verisimil.*, lib. I, nr. 7 in *Theo. Otton.*, tom. I, pag. 698; WESTPHAL, § 139, nota 163.

⁷⁴⁾ Vedi *Ant. FABER, Coniectur. iur. civ.*, lib. XIX, cap. 6 e 7.

⁷⁵⁾ L. 16 D. *de servit.*, 8, 1.

^{h)} Cfr. V. SCIALOJA, *Della facoltà di dare in pegno le « servitutes urbanae »*, *Giur. It.*, 1880, IV, 35.

ⁱ⁾ Conforme HEINBACH, *Bas.*, III, pag. 69, XII.

pegno anche le cose altrui ⁷⁶⁾ ¹⁾, ma l'oppignoramento non è valido nei riguardi del proprietario della cosa se egli non ha consentito espressamente o tacitamente. Egli può rivendicare la cosa sua ⁷⁷⁾, a meno che sin da principio avesse avuto notizia dell'oppignoramento, e, per danneggiare il creditore pignoratizio, non lo avesse avvisato del pericolo ⁷⁸⁾. Ed ugualmente nullo è l'oppignoramento di fronte al terzo possessore della cosa; contro questi non ha luogo l'azione ipotecaria, perchè il creditore deve provare la proprietà del debitore ⁷⁹⁾. Fra i contraenti l'oppignoramento delle cose altrui è valido, e ne derivano ugualmente i diritti e gli obblighi che derivano dall'oppignoramento delle cose proprie, ma il creditore non deve aver saputo che il pegno apparteneva ad un terzo, quando egli, nel caso d'evizione, debba avere qualche cosa dal debitore ⁸⁰⁾. Il creditore è perciò obbligato a restituire il pegno al debitore, se questi paga; chè anzi, sotto questo rispetto, anche al ladro si accorda l'*actio pigneraticia* ⁸¹⁾. Il debitore a sua volta si rende garante dinanzi al creditore per la evizione ⁸²⁾. A questo proposito debbo notare ancora quanto segue:

⁷⁶⁾ *Ern. Crist.* WESTPHAL, *Dissertazione giuridica sull'oppignoram. deñ beni altrui*, Halle 1779, 4 e *Crist. Teofilo* GMELIN, *Comment. iur. civ. de iure pignoris vel hypothecae. quod creditori debitor in re sibi non propria constituit*, Ulma 1778, 8.

⁷⁷⁾ L. 6 Cod. *Si aliena res pignori dat.*, 8, 15.

⁷⁸⁾ L. 2 Cod. *eod.*

⁷⁹⁾ L. 15 § 1 D. *de pignor.*; L. fin. § 2 Cod. *Communia de legat. et tot. tit.*, 6, 43. *Si aliena res pignori data sit*, VIII, 15.

⁸⁰⁾ L. 16 § 1 D. *h. t.*: « Sed si sciens creditor accipiat vel alienum vel obligatum vel morbosum, *contrarium* (sc. iudicium) *ei non competit* ».

⁸¹⁾ L. 9 § 4 D. *h. t.*: « Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest *pigneraticia* experiri ». L. 22 § 2 D. *eod.*; « Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus *pigneraticia actio* ».

⁸²⁾ L. 16 § 1 D. *h. t.*: « *Contrariam pigneraticiam creditori actionem competere certum est: proinde si rem alienam..... dedit, tenebitur, quauvis et stellionatus crimen committat. sed utrum ita demum, si scit,*

¹⁾ V. Siegfried LEVI, *die Verpfändung einer fremden Sache nach römischem Recht* (L'oppignoramento di cosa altrui in diritto romano), Breslavia 1894.

I. Poichè l'oppignoramento di cose altrui ha valore per lo meno fra i contraenti, non v'ha dubbio alcuno che anche l'azione ipotecaria stessa ha luogo contro l'oppignorante. Chè se egli volesse obiettare che non è proprietario, gli si potrebbe opporre la *replicatio doli* ⁸³⁾.

II. Se quegli che ha oppignorato una cosa altrui ne diviene in seguito proprietario, bisogna tener conto se il creditore sin da principio ha saputo che la cosa apparteneva ad un terzo, oppure no. Nel secondo caso l'oppignoramento si convalida ed al creditore vien accordata per motivo di equità l'*actio hypothecaria utilis*. Nel primo caso invece egli consegue semplicemente un diritto di ritenuta, in quanto si trova nel possesso del pegno; ma non può vantare alcun diritto all'azione ipotecaria. Sotto questo punto di vista devono porsi d'accordo i seguenti passi delle fonti:

L. 41 D. *h. t.*: « Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti: datur utilis actio pigneraticia creditorum ».

L. 5 Cod. *Si aliena res pignori dat.* 8, 15: « Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pigneraticiae daretur ».

an et si ignoravit? et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat » ⁸⁴⁾.

⁸³⁾ L. 21 § 1 D. *de pignorib.*, 20, 1: « Si debitor servum, quem a domino bona fide emerat et pigneravit, teneat, *Servianae* locus est et, si adversus eum agat creditor, *doli replicatione* exceptionem elidet ». In questo caso era una circostanza indifferente che l'oppignorante avesse comprato la cosa *bona fide*; e perciò l'azione ipotecaria avrebbe avuto fondamento anche nel caso in cui l'oppignorante avesse acquistato la cosa *mala fide*. Pare quindi che ULPIANO abbia scelto un simile caso solo per mostrare che a pena il creditore pignoratizio deve essere sempre in buona fede. Infatti se il creditore aveva notizia della condizione della cosa, l'oppignoramento non gli giova menomamente. « Dolus nemini debet prodesse ». V. WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 270, nota 300, pag. 391 e GMELIN, *Commentat. de iure pignoris quod creditor debitor in re sibi non propria constituit*, § 14.

⁸⁴⁾ GRADENWITZ, *Interpolationen*, p. 118; LENEL, *Palingenesia*, I, p. 1023 son d'accordo nel ritenere interpolata la prima frase fino a *certum est*.

L. 1 pr. D. *de pignor. et hypoth.*: « Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventionem, si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quaesito difficiliter creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilius erit possidenti retentio ».

Nell'ultima legge PAPINIANO fa distinzione fra pegno generale e speciale. Poichè il primo si estende anche al patrimonio futuro del debitore, non nuoce alla validità dell'oppignoramento se anche il debitore abbia solo dopo acquistato la proprietà di una cosa che a quello appartiene ⁸⁴). Se però il debitore dà in speciale pegno una cosa, di cui egli non è ancora proprietario, senza il consenso del proprietario, un tale pegno è nullo fin da principio, se il debitore, al tempo della costituzione del diritto di pegno, non aveva anche un diritto personale rivolto ⁸⁵) ad acquistare la proprietà per tradizione. Chè se anche l'oppignorante acquisti successivamente la proprietà, ciò non giova menomamente al creditore, se egli sapeva della condizione in cui si trovava la cosa. È questo il senso delle parole: *difficiliter dabitur utilis actio*, le quali, quindi, non significano altro che non esservi neppur luogo ad un'*actio hypothecaria utilis*. In fatti PAPINIANO anche in altri luoghi usa l'espressione *difficiliter* in senso negativo ⁸⁶). Questa spiegazione è accolta dalla maggior parte degli interpreti ⁸⁷), e ne con-

⁸⁴) L. fin. Cod. *quae res pignori*, 8, 16; GMELIN, in *Comm. cit.*, § 50.

⁸⁵) Se l'oppignorante avesse ottenuto un tal diritto di credito in rapporto alla cosa, l'oppignoramento sarebbe stato ugualmente valido fin da principio. L. 3 § 1 D. *Qui potiores in pignore*, 8, 17.

⁸⁶) L. 8 D. *de dotis collat.*, 37, 7; L. 95 § 3 D. *de solut.*, 46, 3; L. 24 D. *depositi*, 16, 3. V. BRISSONIUS, *De verbor. signif.*, voc. *difficiliter* ed *Er. OTTO, Papinianus*, cap. XV, § 4, pag. 558 seg.

⁸⁷) Iac. CUIACIUS, ad *Africanum*, tract. VIII, ad L. 9 § 3 D. *Qui pot. in pign.*; Ant. FABER, *Coniectur.*, lib. XX, cap. 17; Hug. DONELLUS, *De pignorib. et hypoth.*, cap. 7; Ant. SCHULTING, *Thes. controversar.*, decad. LXXIX, p. 1; BACHOV., *De pignorib. et hypoth.*, lib. 11, cap. 4, n. 3; Bern. ENR. REINOLD, *Varior.*, cap. 33 in *Opuscul. iurid.*, pagina 198; GMELIN, *cit. Comment.*, § 51; WESTPHAL, in *Dir. di pegno*, § 114; HOFACKER, *Princip. iuris civ. R. P.*, t. II, § 1172 ed i più.

segue anche chiaramente che le due prime leggi debbano riferirsi solo al caso in cui il creditore accettò in buona fede in suppegno la cosa altrui come cosa propria del debitore, come anche aiuta sufficientemente a riconoscere la base di equità, su cui vien fondata la decisione. È perciò evidentemente a torto che CONNANO ⁸⁸⁾, VOET ⁸⁹⁾ e WESTENBERG ⁹⁰⁾ credono di poter affermare che al creditore vien concessa un'*actio hypothecaria utilis*, senza distinzione se egli abbia o no saputo che gli veniva data in pegno una cosa altrui.

Del resto si deve notare che in un caso simile, in cui il debitore acquisti in seguito la proprietà del pegno, il pegno stesso non si considera valido a partire dal tempo dell'acquisto della proprietà, ma retroattivamente fin da principio; e perciò l'ordine fra i vari creditori che hanno conseguito un diritto di pegno prima dell'acquisto della proprietà, si determina alla stregua del tempo della costituzione del pegno ⁹¹⁾. Questo però, senza dubbio, vale solamente nel caso in cui il non proprietario stesso abbia costituito in vantaggio di parecchi suoi creditori un diritto di pegno sulla cosa altrui prima che ne abbia acquistata la proprietà. Poichè se il vero proprietario dopo avvenuto l'oppignoramento per parte del non proprietario, e prima che questi ne acquistasse la proprietà, avesse concesso un diritto di pegno sulla cosa, allora il diritto di pegno del primo creditore non potrebbe ottenere effetto retroattivo in danno di quello del secondo ⁹²⁾.

III. Se il proprietario, senza il consenso del quale era seguito l'oppignoramento della cosa, diviene erede dell'oppignorante, non perciò l'oppignoramento avvenuto ottiene direttamente alcuna va-

⁸⁸⁾ *Commentar. iur. civ.*, lib. IV, cap. 13, pag. 289.

⁸⁹⁾ *Commentar. ad Pandectas*, lib. XX, tit. 3, § 4.

⁹⁰⁾ *Princip. iur. sec. ord. D.*, lib. XX, tit. 3, § 8, n. 4.

⁹¹⁾ L. 14 D. *Qui potiores in pignore*, 20, 4: «Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est»; di differente opinione è Ant. FABER, *Coniectur. iur. civ.*, lib. II, cap. 10. Si veda però Enrico Ern. Ferd. BOLLEY, *Dottrina dei pubblici suppigni*, Tübinga 1802, 8 § 54 seg.

⁹²⁾ GMELIN, *Comment. de iure pignoris*, etc., § 53 e 54.

lità; ma il creditore, in questo caso, può solo richiedere espressamente dall'erede una conferma dell'oppignoramento stesso, o pretendere la costituzione di un'altra ipoteca per mezzo dell'*actio pigneraticia contraria*⁹³⁾. Ma si domanda se, per ragione di equità, non debba concedersi al creditore, per lo meno, l'*actio hypothecaria utilis*. Tal quesito, per causa di una contraddizione che a questo proposito si riscontra in due passi delle *Pandette*, è irto di difficoltà. Secondo la L. 22 D. *de pignorib. et hypoth.* 20. 1. dovrebbe risponderci affermativamente. MODESTINO dice cioè, ivi stesso: « Si Titio, qui rem meam ignorante me creditorum suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non conualescit, sed utilis pigneraticia dabitur creditori ».

Ma PAOLO insegna proprio il contrario nella L. 41 D. *de pigneraticia act.* così concepita: « Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti: datur utilis actio pigneraticia creditori. non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori nec utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur ». Si son fatti parecchi tentativi per eliminare tale antitesi, ma senza risultato felice. Molti⁹⁴⁾ credono che nei due passi si tratti di casi completamente diversi. La L. 22 tratterebbe cioè del caso

⁹³⁾ V. WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 115.

⁹⁴⁾ Piet. FABER, *Semestrium*, lib. II, cap. 18; Erm. VULTEIUS, *Discepsat. Scholastic.*, cap. 17; VOET, *Commentar. ad Pandectas*, lib. XX, tit. 3, § 5; HUBER, *Praelect. ad Pand. eod. lib. et tit.*, § 2; van INSINGA, *Var. iuris civ.*, cap. 16 e 17; Io. van NIPSEN, *Diss. ad fragmenta quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. Libris differentiarum supersunt*, Lugd. 1750, cap. VIII (in *Ger. OELRICH, Thes. Dissertat. iuridic. select. in acad. belgicis habitat.*, vol. I, tom. I, pag. 67); EINECCIO, *Elem. iuris civ. sec. ord. Pandectar.*, lib. XX, tit. III, § 27; Io. Gottf. SAMMET, *Quaestion. for.*, n. III, Lips. 1754 (in *Opuscul.*, pag. 261 seg.); HOFACKER, *Princip. iur. rom. germ.*, tom. II, § 1173; GÜNTHER, *Princ. iur. rom. priv. novissim.*, tom. II, § 666; MALBLANC, *Princip. iur. rom. sec. ord. Digest.*, parte II, sez. II, § 567, pag. 512.

in cui l'oppignoramento è seguito senza il volere del proprietario (*ignorante me*); la L. 41, invece, del caso in cui l'oppignoramento è avvenuto contro la volontà del medesimo (*sine mea voluntate*). Ma quantunque questa interpretazione abbia in suo favore l'autorità dei *Basilici*⁹⁵), pure contro di essa sussiste l'importante argomento che in simili casi, in cui la validità di un negozio giuridico dipende dal consenso di un terzo, è affatto indifferente se il terzo non ne è a cognizione, o se il negozio ha luogo contro il suo volere, perchè un tale negozio manca in entrambi i casi del consenso suo⁹⁶).

Altri⁹⁷) perciò vogliono piuttosto riferire la L. 41 all'*actio pigneraticia contraria*. Così la differenza fra i due casi risulterebbe abbastanza chiara. Poichè se il proprietario diviene erede dell'oppignorante non ne seguirebbe necessariamente che per ciò trovasse fondamento l'*actio hypothecaria*. L'ipoteca è inerente al fondo, ed un semplice cambiamento rispetto alle persone, non potrebbe produrre alcun mutamento a suo riguardo. Ma il diritto di pretendere la conferma dell'oppignoramento fatto dall'ereditando od un'altra ipoteca, apparterrebbe incontestabilmente al creditore contro gli eredi, poichè i contratti si trasferiscono negli eredi. Dunque il contratto di pegno obbligherebbe tanto gli eredi dell'oppignorante, quanto l'ereditando. In tal modo si crede eliminata ogni difficoltà, ma se ne è ben lontani.

⁹⁵) Tom. IV, lib. XXV, tit. I, dove le parole: *sine mea voluntate* sono tradotte: *παρὰ γνώμην μου*, cioè: *contra voluntatem meam*¹⁾.

⁹⁶) Come esempio si confronti solo la L. 45 § 5 D. *de ritu nupt.*, 23, 2. E inoltre il § 4 I. *Quod cum eo, qui in alter. potest.*, 4, 7, con la L. 29 § 1 D. *de peculio*, 15, 1.

⁹⁷) Dopo ACCURSIO approvano specialmente questa spiegazione: FRANCO BALDUINO, *De pignorib.*, cap. 12; UG. DONELLO, *De pignorib.*, cap. 7; FR. CONNANO, *Commentar. iur. civ.*, lib. IV, cap. 13, pag. 290; GER. NOODT, *De forma emendandi doli mali*, cap. 12; ABRAMO WIELING, *Iurisprud. restituta*, tom. II, pag. 240; GMELIN, *Comm. de iure pignor.*, etc., § 57 e 58; WESTPHAL, *Dir. di pegno*. § 115, nota 137 e i più.

¹⁾ Conforme HEIMBACH, *Bas.*, III, pag. 64, XL.

Che dell'*actio hypothecaria utilis* parli MODESTINO nella L. 22, come PAOLO che nella L. 41 la concede senz'altro al creditore, ci insegna già il titolo sotto il quale la legge è posta.

L'espressione *actio pigneraticia*, in questo caso, non può provare nulla in contrario, giacchè è noto che l'azione ipotecaria, nelle fonti, è chiamata spessissimo *actio pigneraticia*. Se MODESTINO avesse inteso parlare semplicemente dell'*actio pigneraticia contraria* non sarebbe stato menomamente necessario notare che il *pignus* non si convalida direttamente, perchè quell'azione personale ha luogo anche se il diritto di pegno è per sè invalido⁹⁸). Ma non si comprenderebbe invero, secondo questa spiegazione, perchè al creditore verrebbe concessa contro l'erede dell'oppignorante solo una *actio pigneraticia utilis* se, con tutto ciò, contro lo stesso pignorante ha luogo direttamente l'*actio pigneraticia contraria*⁹⁹). L'erede subentra insomma in tutti i diritti del defunto.

L'antitesi fra le due leggi non può quindi disconoscersi, e non può eliminarsi con alcuna interpretazione, come giustamente affermano anche CUIACIO¹⁰⁰), DUARENO¹), HOTOMANNO²), CHARONDAS³), RUSSARD⁴), ANT. FABRO⁵), GIPHANIO⁶), BACHOVIO⁷), FORNERIO⁸), SCHULTING⁹), AVERANIO¹⁰), REINOLD¹¹), THIBAUT¹²), e molti altri. Si domanda quindi semplicemente a quale dei due

⁹⁸) L. 9 pr.; L. 16 § 1; L. 32; L. 36 D. de pigner. act.: L. 6 Cod. Si aliena res pignori data sit, 8, 15.

⁹⁹) V. van NISPEN. cit. Diss., cap. 8, pag. 67.

¹⁰⁰) Observation., lib. XIX, cap. 26.

¹) Disputation. anniversar., lib. II, cap. 4.

²) Observation., lib. V, cap. 18.

³) Παισιών, lib. I, cap. 20 (in Theor. Otton., tom. I. p. 731).

⁴) In edit. Corporis iuris ad has LL. in marg.

⁵) Coniectur. iuris civ., lib. XX, cap. 17.

⁶) Explanat. difficilior. LL. C. ad L. 2 e 5 C. si aliena res pignori data sit, pag. 340.

⁷) De pignorib., lib. II, cap. 4, n. 8.

⁸) Antinomia pignori., cap. 12 (CONRADI, Parerg., pag. 257).

⁹) Theor. controvers., decad. LXXIX, p. II.

¹⁰) Interpretation. iuris, lib. IV, cap. 22, nr. 13 e 14.

¹¹) Orat. de inscript. legum, § 2 (in Opuscul., p. 554).

¹²) Sistema del dir. delle Pandette, vol. II, § 645 in fine.

passi si debba dare la preferenza, data questa antinomia. Anche qui si trovano nuovamente divise le opinioni dei giuristi citati.

CUIACIO, DUARENO, FORNERIO, AVERANIO e REINOLD dicono che a tal uopo semplicemente l'epoca dei due giuristi romani deve decidere quale delle due opinioni meriti la preferenza. L'opinione più equa di MODESTINO meriterebbe perciò incontestabilmente la preferenza, perchè questi visse dopo PAOLO; e così verrebbe risolto sicuramente e d'una buona volta l'enigma, intendendosi la L. 41 come legge dell'antico diritto rigoroso che ebbe vigore ai tempi di PAOLO, e la L. 22 come legge del nuovo diritto più equo che era stato introdotto a' tempi più tardi di MODESTINO, forse per la stessa autorità sua. Si crede che già la iscrizione della L. 22 porga il mezzo alla spiegazione; essa sta ad indicare che il frammento dibattuto è tolto dal libro 7 delle *Differentiae* di MODESTINO.

MODESTINO vi avrebbe cioè trattato della diversità del caso se il debitore sia diventato erede del proprietario o il proprietario erede del debitore. E, nel primo caso, non si sarebbe più dubitato, fino dai tempi di PAOLO, che l'oppignoramento sarebbe con ciò divenuto valido. Ma nel secondo caso l'oppignoramento avvenuto non avrebbe avuto in quell'epoca e per tal modo validità alcuna. Ora però, avrebbe soggiunto MODESTINO, si accorderebbe anche in questo caso al creditore, per lo meno, un'*actio hypothecaria utilis*. La differenza sussistente ai tempi di PAOLO sarebbe stata quindi eliminata più tardi, ai tempi di MODESTINO.

Ma a questo proposito potrebbe ancora discutersi se MODESTINO sia effettivamente un giurista posteriore a PAOLO. Questi era, notoriamente, contemporaneo di ULPIANO, ed entrambi vissero sotto ALESSANDRO SEVERO. E che MODESTINO abbia vissuto appunto in tal tempo è facilmente provabile. Abitualmente, a dir vero, lo si pone sotto l'imperatore GORDIANO, il quale, con ragione, gli fa la lode di essere un *iurisconsultus non contemnendae auctoritatis* ¹³⁾. Ma MODESTINO era già conosciuto precedentemente; infatti LAMPRIDIO ¹⁴⁾ lo annovera fra i consiglieri dell'imperatore

¹³⁾ L. 5 C. de exhibendum, 3, 42.

¹⁴⁾ ALEXANDER SEVERUS, cap. ult.

ALESSANDRO SEVERO; e GIULIO CAPITOLINO ¹⁵⁾ racconta che egli educasse il figlio dell'imperatore MASSIMINO, successore di quello. Anzi ULPIANO, che fu anche suo maestro, lo nomina espressamente a proposito di un caso giuridico, in cui MODESTINO lo aveva consultato, nella L. 52, 20 D. *de furtis*, 47, 2, ove dice: « *quod et Herennio Modestino, studioso meo de Dalmatia consulenti; rescripsi* ». Guido PANZIEROLI ¹⁶⁾ nota, a questo proposito, che MODESTINO in quest'epoca sarebbe stato *Praeses Dalmatiae*; invero EREVARDO OTTO ha addotto in contrario vari argomenti ¹⁷⁾, ma GIOVANNI NIPPEN ¹⁸⁾ con una antica iscrizione in FABRETT ¹⁹⁾ ha posto fuori dubbio la esattezza di tale osservazione. Che egli debba essere stato una specie di governatore risulta già da questo, che parecchi rescritti degli imperatori ALESSANDRO e GORDIANO sono diretti a lui ²⁰⁾. Su queste basi non si può dunque fissare esattamente l'epoca della sua vita.

Alcuni, per esempio BACHOV, Ant. FABER, e molti altri, vogliono perciò indagare piuttosto quale delle due opinioni corrisponda maggiormente all'analogia giuridica e, sotto questo rapporto, danno la preferenza alla decisione di PAOLO: che, nel caso accennato, non abbia luogo l'*actio hypothecaria*, e neppure un'*actio utilis*. Io sottoscrivo senza difficoltà a questa opinione.

È vero, senza dubbio, che, se il proprietario diventa erede dell'oppignorante, gli succede anche nell'obbligo del debito. È chiaro quindi esser conforme all'equità che, se egli non paga il debito, debba sopportare che contro di lui si faccia valere l'azione ipotecaria. Così pensava probabilmente MODESTINO; ma PAOLO a ragione negava la conclusione tratta da questa base. Poichè, egli dice, non è ancora sufficiente a dar fondamento ad un'*actio hypo-*

¹⁵⁾ In MAXIMIN. Iunior., cap. 1.

¹⁶⁾ *De claris legum interpretibus*, lib. I, cap. 2, pag. 15.

¹⁷⁾ *Praefat. tom. I thesauri iuris romani*, pag. 22.

¹⁸⁾ *Diss. cit. ad fragmenta Herennii Modestini*, cap. I, pag. 6.

¹⁹⁾ *Inscription.*, pag. 278.

²⁰⁾ L. 11 C. *Ex quib. causis infam. irrogat.*, 2, 11; L. I Cod. *Si certum petatur*, 4, 2; L. ult. Cod. *Si ex falsis instrum.*, 7, 58.

thecaria utilis, il fatto che sia proprietario del pegno chi è obbligato a pagare il danaro che grava su di esso. Vi è piuttosto una grande differenza se il debitore e l'attuale proprietario sono la medesima persona che ha compiuto l'oppignoramento, o se sono due differenti. Poichè, se viene convenuto quegli che ha costituito il pegno stesso, ed egli oppone all'attore l'eccezione che la cosa, al tempo dell'avvenuto oppignoramento, non sia stata di sua proprietà e che egli perciò non l'abbia potuta neppure oppignorare, l'attore può a sua volta replicargli che tale eccezione non potrebbe giovargli perchè egli darebbe in tal modo una smentita a se stesso, in quanto ha oppignorato la cosa come sua. Egli non può dunque in nessun modo sfuggire all'azione: *Nemo de suo mendacio excipere potest; et nemini sua fraus optulari debet*. Questa replica non può per contro opporsi al proprietario, il quale non ha oppignorato la cosa ma è semplicemente diventato erede del debitore che la ha oppignorata senza il suo consenso.

Contro di lui, quindi, non ha nè pur luogo un' *actio utilis*. Questo è incontestabilmente il vero senso delle ultime parole, da molti male intese, della L. 41 D. *de pign. act.*: *sed si convenisset de pignore...*; come esattamente le ha spiegate anche POTHIER ²¹⁾.

Che poi MODESTINO, più giustamente pensando, parli della stessa *actio hypothecaria utilis* che PAOLO contesta assolutamente al creditore, e non, come molti credono, dell'*actio pigneraticia contraria*, risulta anche particolarmente da ciò: che questa azione presuppone un contratto di pegno, il quale non può concepirsi senza la consegna della cosa. Ma nel caso di cui parla la L. 22 non fu data in pegno alcuna cosa, ma oppignorata con un semplice patto, come danno ad intendere senza alcun dubbio le parole *pignori obligaverit* ²²⁾ o).

²¹⁾ *Pandectae iustin.*, tom. I, lib. XX, tit. 1, nr. XX, nota d.

²²⁾ V. POTHIER, *loc. cit.*, nota e.

o) Quello contemplato nei due frammenti di PAOLO e di MODESTINO fa parte di tutta una serie di casi che si assume generalmente per provare che l'erede deve rispettare le dichiarazioni di volontà del defunto, e ne resta vincolato

come lo stesso defunto, anche quando tali dichiarazioni si riferiscano al patrimonio dell'erede stesso. Si possono confrontare in proposito: MÜHLENBRUCH, *Continuazione del Glück*, XLIII, p. 99; WINDSCHEID, *Pand.*, III, § 605, nota 3 e I, § 230-9; DERNBURG, *Pand.*, III, § 169, note 4-6; UNGER, *Diritto ereditario*, § 40, nota 11; MILONE, *La exceptio doli*, Napoli 1882; BONFANTE, *Appendice alla traduz. italiana del Glück*, XXI; COSTA, *L'exceptio doli*, Bologna 1897, capo V; KRÜGER, *Contributi alla teoria dell'exceptio doli*, Halle 1892.

Così i fr. D. 21, 3, 1 pr., § 1; D. 21, 2, 73; e le costituzioni C. 8, 44 [45]; C. 3, 32, 14; C. 4, 51, 3; si sogliono citare quasi sempre in proposito, unitamente ai due passi di cui si occupa il Commentatore in questo paragrafo. Il FADDA li ha tutti presi in esame nei suoi *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte II, Napoli 1901, pag. 294 e segg. Egli non solo riconosce la disparità di opinione tra i due giuristi nei casi dei frammenti D. 13, 7, 41 e 20, 1, 22 citati, ma la nota ancora tra la decisione di PAOLO nel lib. 7 *Responsorum* (fr. D. 21, 2, 73 a proposito delle cose costituite in dote da una non proprietaria e rimaste definitivamente al marito alla morte della costituente, quando la vera proprietaria divenuta erede della costituente voglia far questione di proprietà di fronte al marito) e quelle di ULPIANO ed ERMOGENIANO (rispettivamente fr. D. 21, 3, 1 § 1 e D. 21, 3, 3, in casi analoghi). Come nei due frammenti in questione PAOLO nega, MODESTINO accorda l'*utilis actio pignoratitia* al creditore, così negli altri casi citati « PAOLO — osserva il FADDA — lascia libero corso alla rivendica dell'erede del venditore, ma lo vincola per l'evizione, mentre gli altri giureconsulti e le decisioni imperiali ostacolano l'esplicazione della rivendica con una eccezione che per ULPIANO ed ERMOGENIANO è l'*exc. rei venditae et traditae*, e per gli altri è l'*exc. doli* ». Altra contraddizione simile può riscontrarsi in due costituzioni, del 294 l'una (8, 44 [45], 31) — DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS — AA. et CC. Agatho; e del 231 l'altra (8, 44 [45], 11), Imp. ALEXANDER — A. Clementi. — Nella prima è il caso di una persona proprietaria di cose vendute da altri ed erede del fideiussore a favore del venditore non proprietario; nella seconda si tratta del proprietario che ha fatto garanzia per colui che ha venduto una cosa a lui appartenente e che poi la rivendica dal compratore. Orbene, mentre qui si accorda l'*exceptio doli* a favore del compratore contro il fideiussore, nel testo assai posteriore, del 294, è negata tale eccezione contro l'erede del fideiussore.

Di fronte alle diversità di soluzioni accennate sorgono due ordini di questioni: si tratta di decidere per ogni caso singolo quale opinione debba prevalere, e si assurge ad una disputa d'interesse scientifico ben alto sulla portata che nei vari periodi della evoluzione storica si attribuisce al subingresso dell'erede nei rapporti giuridici del suo autore. Pel caso dei due fr. D. 13, 7, 41, e 20, 1, 22 citati il FADDA, *op. cit.*, così si esprime: « Che la disparità di opinione vi sia è innegabile. Gli scrittori si sono affaticati a farla scomparire, ma invano. È difficile trovare un altro caso in cui la smania delle così dette conciliazioni abbia fatto dire maggiori stranezze. Certamente dal punto di vista del diritto giustiniano, come diritto pratico, bisogna decidersi per l'una o per l'altra soluzione. E in realtà gli scrittori, ora tengono per l'una ora per l'altra. Ma è da riconoscere che prevale la soluzione affermativa accolta da MODESTINO, siccome quella che più risponde all'opinione accolta in tema di passaggio di dominio ». Quanto alla seconda questione, più generale, il FADDA, contro il BONFANTE, il quale assume che tale diversità di soluzioni accenna più tosto « ad una reazione al concetto di rappresentanza ereditaria o della *successio in ius*, che non ad un incompleto sviluppo di questo

§ 864.

Il contratto di pegno è un contratto accessorio^{p)}.

Il contratto di pegno presuppone sempre l'esistenza di un debito principale, alla garanzia del quale deve concorrere. Esso è nullo, quindi, se non esisteva precedentemente un debito valido²³⁾ e vien meno quando venga estinto il debito preesistente²⁴⁾. Non è necessario per la sua validità che l'obbligo principale debba essere completamente efficace ed azionabile, ma anche in vista di una semplice obbligazione naturale può aver luogo un valido oppignoramento²⁵⁾. I seguenti frammenti non lasciano sussistere alcun dubbio su ciò:

L. 5 pr. D. *de pignoribus*, 20, 1: « Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, — vel pro civili, vel honoraria, vel tantum naturali ».

L. 14 § 1 D. *codem*: « Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit ».

²³⁾ L. 11 § 2 e 3 in fine D. *h. t.*; L. 2 D. *Quae res pignori vel hypothecae datae*, 20, 3. L. 1 e 2 Cod. *Si pignoris conventionem numeratio secuta non est*, 8, 32.

²⁴⁾ L. 9 § 3, 4 e 5; L. 11 § 1 e 5 D. *h. t.*

²⁵⁾ Si confronti, a questo proposito, specialmente WEBER, *Svolgimento sistematico della teoria dell'obbligazione naturale*, § 103 segg.

principio », ne trova la causa in una influenza ancora perdurante dell'antica figura della successione nella podestà familiare, e nella tendenza che a sua volta è di scienza progredita di allargare la responsabilità dell'erede sulle basi dell'equità.

^{p)} Cfr. PRITZALLI Paul, *Die Abweichungen von der accessorischen Natur des Pfandrechts nach römischen Rechte* [Eccezioni alla natura accessoria del diritto di pegno secondo il diritto romano], Berlino, ed. T. Hildebrandt, 1895; SILLER August, *Der accessorische Charakter des Pfandrechts nach römischem Recht und den modernen deutschen Hypothekenordnungen*, Warburg Schilp ed: 1895 [Il carattere accessorio del diritto di pegno in diritto romano e nei moderni ordinamenti ipotecari tedeschi].

L. 101 § 1 D. *de solutionib.*, 46, 3: « PAULUS respondit, — cum creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem, *quae natura tantum debebatur* ».

Bisogna soltanto che la obbligazione naturale non sia stata completamente annullata e riprovata dalle leggi civili; poichè se la obbligazione principale vien dichiarata interamente invalida, od è affatto proibito il negozio, ad afforzare i quali è avvenuto l'oppignoramento, per regola è invalido anche il diritto di pegno, come semplice diritto accessorio. E si capisce bene da sè, che per esso non possa competere al presunto creditore l'azione ipotecaria ²⁶⁾.

Ma, si domanda, il creditore dovrebbe restituire il pegno consegnatogli? — Il punto importante è se la ripetizione di quanto si è pagato in conseguenza del debito principale abbia luogo, oppur no.

Nel primo caso il creditore non si può opporre alla restituzione del pegno ricevuto, poichè questo gli è stato dato a motivo di un pagamento, che egli, giusta il diritto, non può ottenere ²⁷⁾. Ed è questo il caso di oppignoramenti avvenuti in seguito a debiti di giuoco proibiti ²⁸⁾, a quelli di colui che è stato giudizialmente dichiarato prodigo ²⁹⁾ o di un pupillo senza l'autorizzazione del suo tutore ³⁰⁾ o di una donna a garanzia di una cauzione assunta ³¹⁾. Nel secondo caso, invece, a quegli che ha consapevolmente consegnato il pegno al creditore non ne può venir concessa la ripetizione. È questo il caso in cui entrambe le parti, creditore e debitore, si trovano *in pari turpitudine* e subentra la regola: *possessoris melior est conditio* ³²⁾. Se non è invalida tutta la promessa,

²⁶⁾ Arg. L. 127 D. *de verb. obligat.*, 45, 1.

²⁷⁾ L. 3 § 3 D. *de condict. sine causa*, 12, 7.

²⁸⁾ L. 1, 4 C. *de aleae lusu et aleatoribus*.

²⁹⁾ L. 10 pr. D. *de curat. furioso*, 27, 10; L. 6 D. *de verbor. obligat.*, 45, 1; L. 40 D. *de div. reg. iur.*, 50, 17.

³⁰⁾ L. 1 pr. D. *de pignorib.*; L. 1 § ult. D. *de reb. eor. qui sub tutelae vel cura sunt.*, 27, 9.

³¹⁾ L. 32 § 1 D. *ad S. Ctum Vellejan.*, 16, 1; L. 5 e 7 C. *de pignor.*, 8, 13.

³²⁾ L. 2 C. *de condict. ob turpem causam*, 4, 7; L. 3 e 8 D. *eod.* Vedi la parte XIII di questo *Commentario*, § 825, pag. 54 e segg., particolarmente però WEBER, *Dell'obbligazione naturale*, § 105. Veramente *Gugl. FOR-*

per cui si è avuto l'oppignoramento, ma lo è solo in quanto superi una certa somma, come ad esempio nel caso di un interesse proibito, e come in quello di una donazione tra vivi non insinuata giudizialmente, che superi la somma di 500 solidi, allora l'oppignoramento senza dubbio deve ritenersi giuridicamente esistente almeno per la parte valida del debito principale, e quindi invalido solo in quanto il credito superi la somma legale, e perciò venga meno la stessa obbligazione naturale³³). Se invece le leggi non concedono per il debito principale alcuna azione al creditore, senza però togliere all'obbligazione naturale gli effetti rimanenti, come ad esempio nel caso in cui il creditore abbia dato in credito del denaro in contanti ad un *filius familias*, senza il consenso del padre, e quindi al suo credito osti il *Senatus Cons. Macedonianum*; allora al creditore non può competere anche per il pegno l'azione ipotecaria, poichè questa nel fatto mira a quello che le leggi non vogliono concedere al creditore. In quanto però il creditore detiene il pegno, egli può non solo giovare del diritto di ritenzione³⁴), ma, ove il debitore non paghi, sodisfarsi da sè

NERIO in *Antinom. pignor.*, § 13 (CONRADI, *Parerga*, p. 258) e THIBAUT nel *Sistema del D. di P.*, parte II, § 636, sono di diversa opinione; ma la L. 33 D. *de pignoribus*, alla quale essi fanno richiamo, non si riferisce a questo punto. Vi si tratta semplicemente di un caso in cui il pegno non era stato dato al creditore, ma all'*adjectus solutionis gratia*. Il debitore poteva fare il pagamento ad un tale *adjectus*, e con ciò *ipso iure* egli era libero dal suo obbligo, poichè il creditore doveva in seguito rivolgersi con l'*actio mandati* contro l'*adjectus*, come suo rappresentante, § 4 I. *de inutilit. stipulat.*, 3, 19. Ma quantunque l'*adjectus* potesse accettare il pagamento, pure, poichè egli non era il creditore, non poteva accettare dal debitore nè un pegno, nè un garante. L. 33 D. *cit.*; L. 23 D. *de fideiuss.*, 46, 1. Con ciò si spiega perchè potesse esser ripetuto il pegno consegnatogli, non il pagamento avvenuto in sue mani. V. GREG. MAJANSIUS, *Diss. de adjecto solutionis gratia* (in *Eius Disputat. iur. civ.*, tom. I, disp. VIII); VINNIUS in *Comm. ad § 4 I. de inutil. stipulat.*, n. 5 segg. e POTHIER, *Pandectae Iustinian.*, tom. I, lib. XX, tit. I, n. XXI, not. f e g.

³³) L. 29 D. *de usuris*, 22, 1; L. 27 C. *eod.*, 4, 32; L. 11 § 3 D. *de pigner. act.*; WEBER, *l. c.*, § 106.

³⁴) L. 11 C. *de usuris*, 4, 32; L. 101 D. *de solut.*, 46, 3; L. un. Cod. *Etiam ob chirographar. pecuniam pignus*, 8, 26.

alienando la cosa ³⁵). Trovano luogo quindi solo quei mezzi giuridici che spettano al creditore in forza del debito principale ³⁶). Del resto l'oppignoramento può aver luogo per qualsiasi sorta di debito valido, provenga questo da un negozio permesso o da un delitto; presupposto però, nel secondo caso, che si tratti semplicemente del risarcimento del danno o del pagamento di una pena pecuniaria ³⁷). In tali trasgressioni, però, che non fan parte dei gravi delitti criminali, può anche prevenirsi talvolta l'arresto dell'incolpato con una costituzione di tali pegni la cui perdita sia per riuscire all'incolpato stesso meno dolorosa che il sottomettersi alla pena ³⁸).

Non vi è dubbio che possano anche darsi dei pegni per un credito futuro o condizionale, p. es. per il caso di evizione di una cosa acquistata. MARCIANO lo dice chiaramente nella L. 5 pr. D. de pignorib. et hypoth., 20, 1: « Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione..... sive pura est obligatio vel *in diem* vel *sub condicione*, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et *futurae obligationis nomine dari* possunt ». Il creditore però non può in tal caso perseguire l'ipoteca prima che venga ad esistere il debito. Solo nel caso in cui si verifichi il pericolo di perdere la garanzia, p. es. quando il debitore incominci a dissipare il proprio patrimonio, ed al creditore importi di ottenere per lo meno provvisoriamente per sua sicurezza il possesso del pegno, questi è autorizzato, prima ancora che il debito sia esigibile, a far valere la sua ipoteca ³⁹)⁴). I seguenti passi confermano ciò in modo indiscutibile.

³⁵) L. 8 § 5 D. h. t.; L. 101 § 1 D. de solut., 46, 3.

³⁶) V. WEBER, *l. c.*, § 107 e 108.

³⁷) BACHOV, *De pignor. et hypoth.*, lib. 2. cap. I, n. 5.

³⁸) V. GROLMAN, *Principi della scienza del diritto penale*, § 484; e TITTMAN, *Manuale del dir. penale com. ted.*, parte IV, § 684.

³⁹) V. WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 269, not. 299; *Gio. Fed. DANN. Commentat. de pignore debito futuro accedente*, Tubinga 1790, 8.

⁴) Confr. anche: BONELLI G., *L'ipoteca per debiti futuri in diritto romano*, *Arch. Giur.*, v. 51, 52, 1893-94.

L. 13 § 5 D. *eod.*: « Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, *cum nihil interim debeatur*: sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit ». L. 14 D. *eodem.*: « Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea ».

È, dunque, altrettanto certo che senza l'esistenza di un debito principale non può avere origine alcun diritto di pegno, quanto non è contestabile che questo, se è stato validamente costituito una volta, continua a durare, e, per ciò, può esser fatto valere in quanto il debitore si trovi in possesso del pegno, posto anche che l'azione personale spettante pel credito al creditore fosse estinta per prescrizione. Questo è espresso chiaramente non solo nella L. 2 Cod. *de luitione pignor.* 8. 30. dove è detto: « Intellegere debes vincula pignoris durare personali actione submota »; ma risulta già da questo, che l'essenza del pegno non presuppone nient'altro che l'esistenza di un obbligo, che non cessa per se stesso, quand'anche non lo si possa perseguire per mezzo di un'azione giudiziaria ⁴⁰⁾.

« Submoveri enim potest actio — dice AVERANIO ⁴¹⁾ molto giustamente — etiamsi non sit sublata principalis obligatio. — Perseverante autem naturali obligatione, perseverat et pignus, licet sublata sit civilis obligatio ⁴²⁾. — Existimo tamen, laudatam L. 2 Cod. *de luition. pignor.* referendam esse ad praescriptionem actionis. Hoc enim casu proprie dicitur *actio submoveri* ⁴³⁾. Submota autem actione per lapsum temporis, durant vincula pignoris ⁴⁴⁾; quia per lapsum temporis non omnino extinguitur obligatio, cum tempus non sit modus finiendae obligationis » ⁴⁵⁾. Quindi, secondo questa

⁴⁰⁾ WEBER, *l. c.*, § 104.

⁴¹⁾ *Interpret. juris*, lib. II, cap. 12. n. 19 e 20.

⁴²⁾ L. 14 § 1 D. *de pignorib.*

⁴³⁾ L. 21 C. *de eviction.*, 8, 44.

⁴⁴⁾ L. 59 pr. D. *S. C. Trebell.*, 36, 1; L. 30 § 1 D. *ad Leg. Aquil.*, 9, 2; L. 3; L. 7 § 1 C. *de praescript. trig. vel quadrag. annor.*, 7, 39.

⁴⁵⁾ L. 44 § 1 D. *de obligat. et action.*, 44, 7. Si veda anche BACHOVIVUS, *De pignorib.*, lib. 5, cap. III.

spiegazione la L. 2 cit. è completamente d'accordo con l'analogia, e non è necessario di adoprarsi con DONELLO ⁴⁶⁾ ad emendare il testo inserendovi la negazione *).

§ 865.

(Oppignoramento di una cosa fruttifera ^{r)}).

Il contratto di pegno dà al creditore semplicemente il diritto di possedere il pegno per sua garanzia; e nel caso di mancato pagamento del debito cercare il suo soddisfacimento nella vendita di quello. La proprietà della cosa solo in tanto passa al creditore, in quanto egli, per tal modo, consegue il diritto di usarne ⁴⁷⁾. Il possesso del creditore pignoratorio in effetto è un vero possesso giuridico, che gli conferisce il diritto degli interdetti ⁴⁸⁾, tuttavia esso è soltanto un possesso naturale, che esclude ogni *animus domini* e che non dà alcun diritto alla usucapione ⁴⁹⁾. E pereìo AEMILIUS

⁴⁶⁾ *Commentar.* in L. 8 C., tit. 31, pag. 659.

*) Si veda anche *Gasp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant. FABRUM*, lib. III, tit. VIII, qu. 4, 5 e 6.

⁴⁷⁾ Nell'antico *contractus fiduciae* romano avveniva senza dubbio diversamente, come più su si è mostrato. Ed anche qualche cosa di speciale nell'antico contratto di pegno tedesco si era che il creditore otteneva il godimento del pegno. Generalmente non si può affermare però, che anche la proprietà della cosa oppignorata gli sia trasmessa. Vedi *Gioach. POTGIESSER, Comm. de indole et natura pignoris, quoad ius gentium, iura et consuetudines Germaniae*, Marburgo 1722, 4; *Crist. Teofilo RICCIO, Comm. de dominio pignoris germanici*, Gotha 1747, 4 e *Gio. Teofilo DE HACKEMANN, Diss. de domini translation. in pignore germanico*, Francoforte al di qua dell'Oder, 1763.

⁴⁸⁾ L. 16 D. *de usurpat. et usucap.*, 41, 3; L. 1 § 9 D. *de vi.*, 43, 16.

⁴⁹⁾ L. 3 § 15 D. *ad exhib.* 10, 4; L. 13 D. *de usurpat. et usucap.*; *rou SAVIGNY, Diritto del possesso*, § 7, pag. 46 e § 9, pag. 108.

^{r)} Cfr. *KRIES WOLFGANG, Ueber den Anspruch des Pfandgläubigers auf die Früchte der verpfändeten Sache, nach römischem Recht* (Sul diritto del creditore pignoratorio ai frutti della cosa oppignorata, secondo il diritto romano), M. Liedtke, ed. 1891.

MACER, L. 15 § 2 D. *qui satisfacere cogantur*, 2, 8, dice espressamente: « Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat ». Senza dubbio qui, la parola *possessor*, nel nesso in cui vien posta, non deve significare altro che proprietario ⁵⁰).

Se il creditore, senza che lo sappia e lo voglia il debitore, fa uso della cosa a lui oppignorata, si rende colpevole di furto ⁵¹) e deve risarcire al debitore tutti i danni così cagionati, anche quelli casuali ⁵²). Perciò, se al creditore vien consegnata in pegno una cosa fruttifera, questi non può riguardare i frutti della cosa come un provento della medesima, ma deve prima di tutto detrarli dagli interessi, in quanto sussista un fondamento giuridico agli stessi, e poi dal capitale.

I frammenti seguenti sono a questo riguardo di particolare importanza:

L. 1 Cod. *h. t.*, 4, 24: « Fructus ex pignore percepti in debitum computantur, et cum totum debitum adaequant, actio tollitur et

⁵⁰) Si veda questo nella L. 15 § 1 D. *qui satisfacere cog.*, 2, 8, dove MACER dice: « *Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet.sed et qui vectigalem, id est enphytheiticum agrum possidet, possessor intellegitur. item qui solam proprietatem habet, possessor intellegendus est. eum vero, qui tantum usum fructum habet, possessorem non esse ULPIANUS scripsit* ». V. *ron* SAVIGNY nel lib. comine. § 7, pag. 85, n. 3.

⁵¹) L. 55 (54) pr. D. *de furtis*, 47, 2: « Si pignore creditor utatur, furti tenetur ». § 6 I. *de obligat. quae ex delicto nascuntur*, 4, 1: « sive creditor pignore sive is apud quem res deposita est ea re utatur.... furtum committit ». A questo proposito può anche citarsi l'art. 170 dell' *Ordinam. pen. giudiziario* di CARLO V dove è detto: « Chi nei beni altrui, che gli sono stati dati in buona fede perchè li conservi e li custodisca, danneggia scientemente e gravemente il creditore, deve esser punito di tal reato come di furto ». Questo passo, veramente, si suol riferire al depositario. Ma che lo si possa anche applicare al creditore pignoratizio che del pegno rilasciatogli per garanzia usa disonestamente, fu dimostrato da KRESS nel *Comm. ad h. Art.*, pag. 615. Su questo punto si veda specialmente *Lod. Fed.* GRIESINGER, *Commentario sul diritto territoriale Wurtembergese*, vol. I, parte II, tit. 7, § 125, pag. 408 e segg.

⁵²) V. *Aug. Fed.* SCHOTT, *Diss. de furto usus.*, Lipsia 1775, § 19: HOMMEL, *Rhapsod. quaestion. for.*, vol. II, oss. 268. Carlo KLIEN, *Nuovo esame dei principj sul reato di furto*, parte I, pag. 177 e segg., e *Frat. BECMANN, Consil. et decision.*, vol. I, Consil. 39, n. 12.

pignus redditur. cum vero fructus debitum etiam excedunt, qui superant redduntur ».

L. 2 Cod. *eodem*: « Quod ex operis ancillae⁵³⁾ vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est, debiti quantitatem releverit ».

L. 3 *eodem*: « Creditor, qui praedium pignori sibi nexum detinuit, fructus quos percepit vel percipere debuit in rationem exonerandi debiti computare necesse habet ».

L. ult. Cod. *eodem*: « Quominus fructuum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione ac residuo debito soluto,.... pignora quae in eadem causa durant restituat debitori, nullo spatio longi temporis defenditur ».

L. 1 Cod. *de distract. pignor.*, 8, 27: « Fundum pignori obligatum, si creditor ex fructibus debitum persecutus est, cum ipso iure pignus obligatione liberatum sit, distrahere minime potest ».

L. 2 Cod. *de partu pignoris et omni causa*, 8, 24: « Cum pignoris titulo mancipia vos obligasse pro mutua quam accepistis pecunia proponatis, horum mancipiorum operis, quas creditor accepit vel quas percipere potuit, in usuras computatis et post in sortem, extenuato debito residuum offerentibus vel, si non accipiat, consignatum deponentibus mancipia vobis praeses provinciae restitui iubebit ».

A dir vero, CUIACIO⁵⁴⁾, col quale parecchi consentono su questo punto⁵⁵⁾, vuol sostenere che il creditore possa, anche nel caso in cui non fu pattuito alcun interesse, trattenerne tanto dei frutti,

⁵³⁾ Le opere dei servi sono eguagliate ai frutti. L. 3 e 4 D. *de operis servorum*, 7. 7.

⁵⁴⁾ *Observation.*, lib. VIII, cap. 17.

⁵⁵⁾ *Ant. FABER, Error. pragmaticor.*, decad. IX, err. 5; *Em. MERILLIUS, Observation.*, lib. VIII, cap. 23; *Lod. VITALIS, Lection. variae iur. civ.*, lib. II, cap. 15, § 5 e segg. (in *Er. OTTO, Thes. iur. rom.*, tom. II, pag. 678); *Ulr. HUBER, Eunomia rom. ad L. 8 D. in quib. caus. pignus*, pag. 735 e seg.; *Gio. VOET, Commentar. ad Pand.*, lib. XX, tit. I, § 23; *Gher. NOODT, de foenore et usuris*, lib. II, cap. 9; *Piet. de GREVE, Exercitat. ad Pand. loca difficil.*, exercit. XV, § 11; *Ant. SCHULTING, Thes. controversar.*, dec. LXXIX, p. 9; *WESTPHAL, Diritto di pegno*, § 67, e *THIBAUT, Syst. des P. R.* vol. II, § 653.

quanto verrebbe a costituire gli interessi legali. Si dice che col consegnare un pegno fruttifero, si venga a concludere una *antichresis tacita*, cioè una tacita convenzione in virtù della quale sia stato concesso al creditore, per l'uso del capitale, un equivalente in frutti in luogo degli interessi legali.

Ma non senza ragione questa opinione è respinta da altri ⁵⁶⁾. Qui tutto si riduce ad intendere il giusto senso della L. 8 D. *in quib. causis pignus tacite contrah.*, 20, 2, cui principalmente si riferisce CUIACIO. PAOLO dice: « Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere ».

È appena da notarsi che, per l'esattezza della lezione non è necessaria la correzione di *Franc. HOTOMAN* (il quale, come si sa, vuol leggere: « cum debitor non gratuita pecunia utatur »), avendola già da tempo giustamente respinta *Giovanni ROBERT* ⁵⁷⁾, *Gherardo NOODT* ⁵⁸⁾, *Antonio FABRO* ⁵⁹⁾, e *Sigismondo Rain. JAUCH* ⁶⁰⁾, sebbene *SALMASIO* ⁶¹⁾ e *Corrad. Gugl. STRECKER* ⁶²⁾ non sapessero negarle la loro approvazione.

Tutti i manoscritti e le edizioni che fino ad oggi si conoscono,

⁵⁶⁾ *Arn. VINNIUS*, *Select. iuris quaest.*, lib. II, cap. 7; *Rain. BACHOVIVS*, *De pignorib. et hypoth.*, lib. I, cap. 14; *Claud. SALMASIUS*, *De modo usurarum*, cap. 14, pag. 622; *Franc. HOTOMANNUS*, *Observation.*, lib. I, cap. 4; *Greg. MAJANSIUS*, *Disputat. iuris civ.*, tom. I, disput. 4, § 33, pag. 87; *Sam. de COCCEJI*, *Iur. civ. controv. h. t.*, qu. 4; *Gio. Enr. Crist. ERXLEBEN*, *Princip. de jure pignorum*, § 111; *Crist. Fed. TÖNNE ron LÜTFICHAU*, *Dissertationi miste giuridico-matematiche*, Altona 1769, n. 1, *Ricerca sulla teoria del pegno fruttifero*, pag. 19 e segg.; *Giorgio HAPPEL*, *Diritti dei creditori in rapporto ai pegni manuali ed al patto anticretico*, Giessen e Darmstadt 1802, pag. 232 e segg.; *Garl. HANCKER*, *Diss. de vera indole et natura antichreseos*, Giessen 1783, § 8 e *Gio. Iac. KEES*, *Commentat. ad legem VIII Digestor. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrahitur*, Lipsia 1811.

⁵⁷⁾ *Lection. recept.*, lib. I, cap. 14.

⁵⁸⁾ *De foenore et usuris*, lib. II, cap. 9.

⁵⁹⁾ *De errorib. pragmatic.*, decad. IX, err. 5.

⁶⁰⁾ *De negationib. Pandectar. florentin.*, cap. XIV, 7.

⁶¹⁾ *De modo usurarum*, cap. 14.

⁶²⁾ *Diss. de pacto anticretico*, Erfurt. 1726, § 15.

la contradicono apertamente, ed anche i *Basilici* ⁶³⁾ confermano la lezione comune.

Non è dunque nè pur qui il caso di esser costretti ad avvalorare una così dubbiosa congettura.

Più necessario è invece stabilire prima di tutto che cosa voglia intendere PAOLO per *pecunia gratuita*. CUIACIO intorno a ciò si esprime così: « Utitur debitor mea pecunia gratuito, quia usuras ab eo pactus vel stipulatus non sum, cuius, beneficii pensandi causa, dum mihi tradit agrum pignori, tacite id agere videtur, ut fructus percipiam, et usurarum vice retineam, quod fiet tamen intra modum quasi tacito consensu. Quodsi foeneratitia fuisset pecunia, fructus perceptos creditor foeneri primum, deinde sorti imputaret ⁶⁴⁾. *Gratuita pecunia* est non tantum, de qua convenit, ut gratuita esset, sed et de qua hoc non convenit; si modo et de usuris nihil convenerit ». Giacchè si crede che esisterebbe contraddizione solo nel caso in cui il creditore di un capitale, di cui il debitore dovrebbe servirsi senza prestare interessi in virtù di una espressa convenzione, abbia facoltà ciò non di meno di poter computare i frutti sugli interessi, così anche altri, p. es. STRYCK ⁶⁵⁾, BÖHMER ⁶⁶⁾, ENGELBRECHT ⁶⁷⁾, MENKEN ⁶⁸⁾ ed il nostro HELLFELD per *pecunia gratuita* intendono una anticipazione in contanti, nella quale non è stato convenuto niente esplicitamente intorno agli interessi.

Ma, poichè anche così non si può eliminare completamente la contraddizione, Ernesto Alessandro PAGENSTECKER ⁶⁹⁾ interpreta la

⁶³⁾ Tom. IV, lib. XXV, tit. 3, const. 8, pag. 50. Ἐάν ὁ χρεώστης ἄτοκον ἔχη τὸ χρεῖος, δύναται παρακρατεῖν ὁ δανιστὴς ἐκ τῶν καρπῶν μέχρι τοῦ νομίμου τόκου. i. e. Si debitor gratuitam habeat pecuniam, creditor de fructibus usuris usque ad legitimum modum retinere potest [Cfr. HEIMBACH, *Bas.*, III, 75, VIII].

⁶⁴⁾ L. 2 C. de pactis pignorum, 8, 34.

⁶⁵⁾ *Us. mod. Pand. h. t.*, § 4.

⁶⁶⁾ *Introduct. in ius Dig. h. t.*, § 9.

⁶⁷⁾ *Diss. de creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato*, Helmst. 1724, § 5.

⁶⁸⁾ *Diss. Nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum*. Lipsia 1745, § 2 in f. (in *Opuscul.*, pag. 236).

⁶⁹⁾ *Observation. legalium libr. sing.*, Wetzlar 1724, 4, observ. VI, pag. 25.

pecunia gratuita di una *pecunia commodata*. È noto infatti che anche il denaro può esser oggetto del contratto di prestito d'uso; p. es. quando esso vien imprestato semplicemente *ad ostentationem* ⁷⁰⁾. Ma se tuttavia il commodatario, contro lo spirito del contratto, ha usato e consumato il denaro, egli deve restituirlo al commo-
dante con gli interessi.

Infatti il *commodatum* è un contratto *bonae fidei*, ed in tali contratti potrebbero, senza difficoltà, richiedersi gli interessi. Ora, se il commodante possiede in pegno dal commodatario una cosa fruttifera, gli venga essa rilasciata o per la pecunia commodata o per un altro debito, o venga anche tacitamente oppignorata, egli potrebbe con i frutti del pegno risarcirsi anche degli interessi. Ma nè questa, nè la prima spiegazione sono accettabili.

Qui bisogna ricorrere semplicemente alla terminologia delle fonti. Secondo questa, *pecunia gratuita* non significa altro se non un capitale che il creditore ha prestato al debitore senza interessi, o, come dice BRISSON ⁷¹⁾: *Pecunia, quae sine usuris debetur*. E ciò risulta dalla L. 10 § 8 D. *mandati*, 17, 1, ove ULPIANO dice: « Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus. et Labeo scribit restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret », non solo, ma è anche universalmente noto che la parola *gratuitum* vien usata sempre quale epiteto di quello per cui non vien data alcuna ricompensa ⁷²⁾. Ora, se questo è fuori dubbio, non si può in alcun modo spiegare l'antitesi che il creditore di un capitale prestato senza interessi, sia nondimeno autorizzato a ritenersi i frutti in conto degli interessi. E tanto meno si può dall'oppignoramento di una cosa fruttifera dedurre una tacita promessa di interessi,

⁷⁰⁾ L. 3 § 6; L. 4 D. *Commodati*, 13, 6.

⁷¹⁾ *De verbor. significat.*, voc. *Gratuitus*.

⁷²⁾ P. es. *Gratuita habitatio*: L. 28 § 2 D. *locati*, 19, 2; L. 17 pr. D. *de praescript. verbis*, 19, 5; *Gratuita legatio*: L. 2 § 1 D. *de legation.*, 50, 7; *Gratuitum mandatum*: L. 1 § 3 D. *mandati*, 17, 1; *Gratuita opera*: L. 1 § 17 e 18; L. 5 pr. D. *de exercitor. act.*, 14, 1; *Gratuita libertas*: L. 1 Cod. *de libert. et eorum liber.*, 6, 7.

quanto più chiaramente le leggi sopra citate impongono che, se non sono stati pattuiti interessi, i frutti debbano esser ritenuti semplicemente in conto del capitale. A ciò si aggiunga che anche la natura del mutuo, quale contratto reale, non ammette una simile tacita promessa di interessi, ove si consideri che, anzi, per diritto romano, nel mutuo non era valida neppure una espressa promessa di interessi, eccettuato il caso in cui per stipulazione non si fosse costituita una *nova obligatio* ⁷³).

Se la legge avesse voluto dare al creditore, per gli interessi non pattuiti, un tacito diritto di pegno sui frutti del pegno stesso, come forse potrebbe dedursi dalla rubrica del titolo sotto il quale è posta la L. 8 D. *in quib. caus. pignus tacite contrahitur*, allora certamente non avrebbe concesso al creditore una semplice *ritenzione*, ma una vera *persecuzione* del diritto di pegno, come lo stesso CUIACIO credette assai bene di distinguere in altro luogo ⁷⁴).

Non può darsi dunque, con CUIACIO, grande importanza al fatto che TRIBONIANO ha collocato la L. 8 sotto il titolo: *in quib. causis pignus*, ecc., tanto più che noi nel *Corpus juris* abbiamo a sufficienza passi che sono stati tolti dalla loro connessione e posti in luoghi in cui essi non avevano veramente nulla che fare.

E qui è tanto più strano ciò, in quanto nell'asserzione di PAOLO non trapela alcun accenno ad un tacito diritto di pegno.

Lo stesso scoliasta greco, tuttochè la sua spiegazione si avvicini assai a quella di CUIACIO, non ne parla affatto ⁷⁵). E se, ciò nonpertanto, vediamo PAOLO aver concesso al creditore, nel caso

⁷³) L. 24 D. *de praescript. verbis*, 19, 5; L. 1, 3, 4 e 7 C. *de usur.*, 4, 32. Vedi BOEHMER, *Diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticae*, § 10 seg. (*Exercitat. ad Pand.*, tom. IV).

⁷⁴) *Observat.*, lib. XV, cap. 22.

⁷⁵) *Basilica*, t. IV, pag. 52: και πάλιν σημείωσαι ὅτι ὁ δανείσας καὶ λαβὼν πρᾶγμα εἰς ἐνέχυρον, καὶ μὴ συμφωνήσῃ λαβεῖν τοὺς καρποὺς ἀντὶ τόκων, ἅμως λαμβάνει τοὺς καρποὺς τοῦ πράγματος, οὐχὶ πάντας, ἀλλ' ἄχρι τῶν λεγιτῶν τόκων. i. e. « Item nota, creditorem, qui rem pignori accepit, licet pactus non sit, ut vice usurarum fructus perciperet. nihilominus eos percipere, admodum scilicet usurarum legitimum » [cfr. HEIMBACH, *Bas.*, III, 75, VIII, 1].

di un prestito pecuniario senza pattuizione di interessi, di ritenersi gli interessi legali sui frutti della cosa oppignorata, allora non possiamo pensare altrimenti che PAOLO debba pure aver trattato, in connessione col passo che ci ha tolto TRIBONIANO, del caso in cui il debitore si è reso colpevole di un ritardo illegale nella restituzione del prestito ricevuto senza interesse. Per tal modo questo passo concorda esattamente anche con un altro che è stato preso dallo stesso lib. II *Sententiarum* di PAOLO, e cioè con la L. 7 D. *de pign. act.* ove è detto: « Si autem tardius su. perfluum restituat creditor id quod apud eum depositum est, *ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est* ». Assai naturalmente può collocarsi qui la nostra L. 8, con cui essa probabilmente si raccorda nel modo seguente: *Sic etiam cum debitor gratuita pecunia utatur* (in quanto cioè egli si è reso parimenti colpevole di un ritardo) *potest creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum usuras retinere* ». Le parole: *ad modum legitimum usuras retinere* si riferiscono dunque al *quantum* legale degli interessi di mora. Ora se anche nel mutuo, per diritto romano, gli interessi di mora non potevano ugualmente pretendersi con l'*actio mutui*, tanto più doveva aver luogo una ritenzione, in quanto la stessa natura del diritto di pegno porta con sè che il creditore debba esser posto al sicuro anche contro l'illecito ritardo del debitore ⁷⁶).

§ 866.

Diritti del creditore pignoratizio.

Oltre al possesso giuridico che viene trasmesso al creditore con il contratto di pegno, ed in virtù del quale egli può anche, come già superiormente è stato notato, esercitare il diritto di ritenzione per ogni altro credito non in virtù del quale gli è stata oppignorata la cosa, sino al suo completo soddisfacimento ⁷⁷); il

⁷⁶) L. 22 C. *de usur.* 4, 32; V. *Giust. Enn.* BOEHMER, *Diss. de usuris pecuniae mutuaticiae*, § 15 e WEBER, *Ricerche di dir. civ.*, pag. 175.

⁷⁷) L. un. Cod. *Etiam ob chirographariam pecun.*, 8, 26.

creditore pignorazio generalmente ha anche i seguenti diritti. — Egli può cioè :

I. Oppignorare nuovamente al proprio creditore la cosa oppignoratagli, a meno che non sia stato espressamente convenuto altrimenti ⁷⁸). Il secondo creditore pignorazio può poi esercitare, sul pegno trasmessogli, quei diritti che di solito competono ad un creditore pignorazio ⁷⁹).

Solo il primo creditore pignorazio non può di certo trasferire al secondo maggiori diritti, sia per durata che per comprensione, di quelli che a lui stesso spettano sulla cosa oppignorata ⁸⁰). Se quindi allo stesso viene oppignorato semplicemente l'usufrutto di un fondo, egli non può oppignorare al suo creditore anche la proprietà ⁸¹), e, se vien soddisfatto il primo creditore pignorazio,

⁷⁸) L. 1 Cod. *si pignus pignori datum*, 8, 23: « Etiam id quod pignori obligatum est a creditore pignori obstringi posse iam dudum placuit, scilicet ut sequenti creditori utilis actio (i. e. hypothecaria) detur tamdiuque cum is qui ius repraesentat (cioè: il magistrato che riveste l'ufficio di giudice) tueatur, quamdiu in causa pignoris manet eius qui dedit ». V. Jac. LECTIUS *ad Modestinum de poenis*, lib. un. ad L. 4 D. *de crim. stellationat.* (in *Er. OTTO, Thes. iuris rom.*, tom. I, pag. 142, § *caeterum*).

⁷⁹) L. 13 § 2 D. *de pignorib.*, 20, 1: « Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur (cioè: fintanto che il debitore non abbia ancora pagato il suo creditore, che ha a sua volta oppignorato il pegno) pignus secundo creditori tenetur et tam *exceptio* (cioè: se il secondo creditore si trova in possesso del pegno, e questo vien reclamato prima dell'estinzione del debito. In questo caso egli può difendersi con l'eccezione del diritto di pegno spettantegli tanto contro il suo debitore, quanto contro il primo oppignorante) quam *actio utilis* ei danda est ». L'*actio utilis* è qui l'azione ipotecaria che gli compete nel caso in cui egli non si trovi nel possesso del pegno. — V. GMELIN, *Comment. de iure pignori vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit*, § 63, pag. 235 e segg.

⁸⁰) L. 54 D. *de div. reg. iuris*, 50, 17: « Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet ».

⁸¹) L. 6 C. *de usufructu*, 3, 33: « Nam usufructuarius quidem proprietatem pignorare non potuit ». — L. 1 C. *Si pignus pignori*, 8, 23: « Sed si vos *usufructum possessionis* tantummodo pignori dedistis, isque qui accepit aliam *possessionem* (i. e. *fundum*), cuius usufructum nexum habebat, sine vestra voluntate pigneravit, creditor eius in id, quo pignoris vinculum non constitit, distrahens dominio vos privare nequivit ».

vien meno anche il diritto di pegno del secondo creditore, ed egli non può rifiutare al proprietario la restituzione del pegno ⁸²). Si domanda però se non risponda al secondo creditore, come pegno, ciò che il debitore ha pagato al suo primo creditore; e se quindi gli si debba concedere l'azione ipotecaria contro il primo creditore, come suo debitore.

Bisogna distinguere se il debito del primo oppignorante consisteva in denaro, od in altre cose che lo stesso doveva prestare al suo creditore. Nel primo caso il secondo creditore non può far valere alcun diritto di pegno sul denaro pagato, ma lo riterrà il primo creditore in suo soddisfacimento. Nel secondo caso, però, la cosa data al primo creditore dal suo debitore subentra al posto del pegno liberato con la prestazione della stessa, ed il secondo creditore può con l'*actio hypothecaria* ottenerne la consegna per via giudiziaria. Poichè l'oppignoramento di un pegno si deve considerare appunto come se quel credito stesso in virtù del quale fu rilasciato il pegno al creditore oppignorante, fosse stato oppignorato ⁸³).

⁸²) L. 40 § 2 D. *de pignorat. act.*: « Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet nec quicumque amplius praestare cogitur. itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam quam debuit secundi pignoris neque persecutio dabitur neque retentio relinquetur ».

⁸³) Questo mi pare debba essere il senso delle parole alquanto oscure di MARCIANO, quando nella L. 13 § 2 D. *de pignorib.*, 20, 1, dice: « quod si dominus (cioè il primo debitore e oppignorante) solverit pecuniam, pignus quoque peremittitur. sed potest dubitari, numquid creditori (cioè al secondo creditore) nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: (È chiaro che qui si tratta di un pagamento fatto al primo creditore. E perciò la spiegazione della Glossa, la quale vuol interpretare il *solutorum* per *solvendorum*, secondo il mio modo di vedere, non è giusta. Le parole che vengono in seguito vi si oppongono evidentemente) quid enim, si res soluta fuerit? (dunque il debito era stato effettivamente pagato al primo creditore) et verum est, quod POMPONIUS, libro septimo ad *Edictum*, scribit. si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta en creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem ». Il caso del quale qui parla POMPONIO è propriamente diverso da quello di MARCIANO; poichè in quello il debitore pagava al secondo creditore; in questo egli pagava al

E perciò non v'ha alcun dubbio che il secondo creditore fino a tanto che il primo creditore non è stato soddisfatto dal suo debitore, come primo oppignorante possa intentare l'*actio utilis* contro questi per il pagamento del debito ⁸⁴⁾; come viceversa sarebbe anche permesso al primo debitore di pagare il debito al secondo creditore, e conseguentemente riscattare il pegno ⁸⁵⁾. Anzi il debitore non può più fare il pagamento al suo, il primo, creditore quando è stato informato dell'ulteriore oppignoramento avvenuto della sua cosa ⁸⁶⁾.

primo creditore. Pur tuttavia, i due casi concordano in questo: che quando il primo debitore ha pagato il debito in denaro, non grava più alcun ulteriore diritto di pegno, tanto se il pagamento è stato fatto al primo, quanto se è stato fatto al secondo creditore. Su questo luogo oscuro si confronti specialmente: *Edmond. MERILLIO, Observ.*, lib. VII, cap. 35, e *WESTPHAL, Diritto di pegno*, § 142 e 144, not. 166, pag. 206 e segg. I *Basilici* non danno su questo punto alcuno schiarimento.

⁸⁴⁾ Ma poichè il creditore pignoratizio, quegli al quale fu oppignorato dal suo debitore un pegno dato a quest'ultimo, deve considerarsi come uno che ha ricevuto in pegno un credito (v. *WESTPHAL, l. c.*, pag. 206), così anche qui trova applicazione la L. 4 C. *Quae res pignori*, 8, 16; *CUACIO*, ad L. 18 D. *de pigner. act. ad Pauli lib. XXII ad Edictum*, con il quale è d'accordo anche *Ant. SCHULTING, Thes. contror.*, dec. LXXVIII, p. V, ritiene invero che l'*actio utilis* spettante nel caso di oppignoramento di un credito al secondo creditore sia l'*actio hypothecaria*. Ma può ugualmente affermarsi che sia quell'azione stessa che il primo creditore avrebbe potuto proporre contro il suo debitore. L. 7 C. *de heredit. vel act. vend.*, 4, 39. V. *VOET, Commentar. ad Pandect.*, lib. XX, tit. 1, § 17 e *WESTPHAL, Diritto di pegno*, § 141, pag. 204.

⁸⁵⁾ Molto bene può riferirsi a questo caso la L. 2 Cod. *Si pignus pignori datum*, 8, 23 in cui è detto: « Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris iure fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit, examinata fide veri poteris, eam soluto eo, quod ex hac causa creditori (cioè al primo creditore) debetur, intercessu praesidis provinciae recuperare », come afferma anche a ragione *BACHOV, De pignori.*, lib. II, cap. 9, pag. 128. Non è necessario però che il primo oppignorante paghi al secondo creditore più di quanto egli debba al suo creditore, quand'anche il credito del medesimo verso il suo debitore o verso il primo creditore fosse maggiore. A questo caso riferisce *Ant. FABER, Rational. in D. h. t.*, anche la L. 40 § 2 D. *de pign. act.*, superiormente riportata, ed intercala nelle parole: « nec quicquam amplius praestare cogitur », la parola *debitor*. Con lui è d'accordo anche *SCHILTER Praxis iur. rom. h. t.*, exercit. XXVI, § 11.

⁸⁶⁾ Arg. L. 4 C. *quae res pign.*, 8, 16. V. *VOET, Comment. ad Pand.*,

Il creditore ha inoltre:

II. Il diritto, quando il pagamento non segua, di vendere il pegno ⁸⁷⁾, e con la somma ricavata rimborsarsi tanto del capitale quanto degli interessi e delle spese fatte; ed insomma, in quanto egli si trovi in possesso del pegno ed abbia che fare semplicemente con il debitore o con i suoi eredi ⁸⁸⁾, sodisfarsi senza restrizione alcuna, solo però in conformità alla stipulazione, fino alla concorrenza del valore del pegno ⁸⁹⁾.

Questo diritto del creditore di adoperarsi ad ottenere il suo pagamento mediante l'alienazione del pegno, è così essenziale al diritto di pegno, che non ha bisogno di esser convenuto specialmente ⁹⁰⁾, nè può essere ostacolato per contratto, o per testamento, o per una qualunque protesta del debitore ⁹¹⁾. L'alienazione del pegno può evitarsi solo col pagamento del debito o con un altro mezzo giuridico che si ritenga equivalente al pagamento ⁹²⁾. Questo diritto di alienazione appartiene anche al secondo creditore se presso di lui è stato nuovamente oppignorato un pegno dato al suo debitore dal debitore di quest'ultimo; solo l'alienazione del pegno deve avvenire prima che il primo debitore abbia pagato il

lib. XX, tit. VI, § 2 in fine; *Aut.* FABER, *Coniectur. iuris cir.*, lib. VIII, cap. 15 e WESTPHAL, *loc. cit.*, § 144. Di diversa opinione è tuttavia GEMELIN, *Comm. de iure pignor. vel hypoth.*, etc., § 63, pag. 240.

⁸⁷⁾ § 1 I. *Quib. alienare licet*, 2, 8.

⁸⁸⁾ L. 8 § 5 D. *h. t.*: « Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti *usuras* et quae in id impensa sunt ». V. WEBER, *Saggi sul diritto cirile e su la sua applicazione*, V. 191 segg.

⁸⁹⁾ La questione se ed in quanto il diritto di pegno si estenda oltre che per il capitale, per gli interessi e le spese, è trattata nel lib. XX, tit. I, § 1083. Vedasi WEBER, *loc. cit.*, pag. 151 seg.; MEISSNER, *Esposizione completa della teoria del tacito diritto di pegno*, parte I, § 14, e HUFELAND, *Tratt. di D. C.*, vol. I, § 775.

⁹⁰⁾ L. 4 D. *h. t.*

⁹¹⁾ L. 1 e 2 C. *Debitorem venditionem pignoris impedire non posse*, 8, 28.

⁹²⁾ L. 8 C. *de distract. pignor.*, 8, 27: « Si prius, quam distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente facta contestatione eam deposuisti et hodieque in eadem causa permanet, pignoris distractio non valet. quod si prius, quam offerres, legem venditionis exercuit, quod iure subsistit revocari non debet ».

debito al suo, il primo, creditore ⁹³⁾. Di quanto riguarda ancora l'alienazione dei pegni si tratterà nel lib. XX, tit. V.

Il creditore può:

III. Pretendere il pegno da qualunque detentore ⁹⁴⁾ quando il debitore trovasi in mora ⁹⁵⁾, e talvolta ancora prima che il debito sia divenuto esigibile quando si può dimostrare uno speciale interesse ⁹⁶⁾. A tal uopo gli compete l'azione ipotecaria, della quale si tratterà nel libro XX, tit. I. Contro il debitore, ma non contro il terzo possessore, egli dispone anche di mezzi giuridici possessori, e cioè dell'*interdictum Salrianum* e *quasi Salrianum* ⁹⁷⁾, dei quali pure si dirà più diffusamente a suo tempo. Non è invece permesso al creditore di prenderne possesso arbitrariamente; ed anche lo stesso contratto in virtù del quale possa essergli concesso di porsi da sè in possesso del pegno, in caso di mancato pagamento, non conferisce al creditore alcun diritto di usare la forza, ove il debitore si opponga, ma il creditore deve servirsi anche in questo caso dell'interdetto quasi-Salviano ⁹⁸⁾. Qualsiasi possessore può, però, prevenire la richiesta del pegno, offrendo il pagamento ⁹⁹⁾.

IV. Se il creditore ha sofferto per evizione o vizio fondamentale del pegno stipulato, può ottenere che, concessogliene un altro ¹⁰⁰⁾.

⁹³⁾ L. 1, 2 C. *Si pignus pignori datum*, 8, 23: « Quod si non fuit vestro creditori usus fructus, sed ipsa possessio pignerata, et ante exolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit, non posse renditionem post soluta pecunia rescindi divorum principum placitis continetur ». V. WESTPHAL, *loc. cit.*, pag. 207; e GMELIN, *Commentat. cit. de iure pignoris*, etc., § 63, pag. 237 segg.

⁹⁴⁾ L. 16 § 3; L. 17 D. *de pignor.*, 20, 1; L. 18 C. *eod.*, 8, 13; L. 28 D. *h. t.*

⁹⁵⁾ L. 33 § 5 D. *de pignor.*, 20, 1; L. 10 C. *eod.*

⁹⁶⁾ L. 14 D. *eodem.*

⁹⁷⁾ L. 1 C. *de precario et interdictum Salviano*, 8, 9.

⁹⁸⁾ L. 3 C. *de pignorib.*: « Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent ». V. STRUBEN, *Considerazioni giuridiche*, parte II, cons. 32 e GÖNNER, *Manuale del dir. procedurale comune*, parte IV, n. LXXXI, § 37, nota p, pag. 481.

⁹⁹⁾ L. 16 § 3 D. *de pignor.*, 20, 1; L. 12 § 1 D. *Quibus modis pign. vel hypoth. solvitur.*, 20, 6.

¹⁰⁰⁾ L. 2; L. 9 pr.; L. 31 e 32 D. *h. t.*

venga anche risarcito dei danni già provenutigli dalla colpa del debitore ¹⁾. Egli può inoltre:

V. Richiedere il risarcimento delle spese fatte intorno al pegno, non di tutte indistintamente, però.

Le spese possono essere di varie specie:

a) *necessarie*, alle quali appartengono in parte quelle che la conservazione della cosa rendeva indispensabili; in parte le imposte, cui il creditore dovette assolutamente soggiacere, come possessore del pegno. Queste spese debbono essere rimborsate incondizionatamente al creditore, non soltanto quando questo complesso di spese fosse ridonato a vantaggio della cosa al momento della restituzione del pegno, ma anche quando tali spese, per un caso e senza colpa del possessore del pegno, si fossero rese nuovamente vane ²⁾.

Per tali spese non può essere negata al creditore anche l'azione ipotecaria, poichè le leggi prescrivono decisamente che le spese necessarie debbano computarsi nel debito pignoratorio ³⁾.

b) *utili*, che hanno per iscopo di migliorare la cosa e di accrescerne il valore.

Se queste spese sono state fatte con il consenso del debitore, non v'ha dubbio che il creditore possa pretenderne il risarcimento ⁴⁾.

¹⁾ L. 9 pr.; L. 31, 32 e 37 pr. D. *eodem*.

²⁾ L. 8 pr. D. *h. t.*: « Si *necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim* ²⁾, non tantum *retentionem*, sed etiam *contrariam pigneraticiam actionem* habebō: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere ». L. 29 in fine D. *famil. ercisc.*, 10, 2: « eius, quod *propter necessitatem* impendit, etiam ultro est actio creditori ».

³⁾ L. 6 C. *de pignorib.*, 8, 13: « In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum vel quod aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit ». V. WEBER, *Saggi sul D. C.*, pag. 186 seg.

⁴⁾ L. 25 D. *h. t.*: « Si servos pigneratos artificii instruxit creditor,

²⁾ POMPONIO aveva scritto: *fiduciae causa mancipio acceperim*; cfr. GRADENWITZ, *Interpolationen*, 197¹; LENEL, *Palingenesia*, II, 147.

Fuori di ciò il creditore può però pretendere un risarcimento delle spese utili solo nel caso in cui esse non siano sproporzionate a tal segno che il debitore, per poter riscattare il pegno, debba riprendere nuovamente da altri del denaro ad imprestito, o ripudiare il pegno e lasciarlo non riscattato. Se ed in quanto le spese debbano ritenersi modiche, deve però giudicarlo il giudice, giusta quanto prescrive la L. 25 D. *de pigner. act.*⁵⁾, a seconda delle circostanze; ed escogitare a tal proposito una via di mezzo *ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur*; cioè il giudice può od opporsi all'ingiusto rifiuto del debitore, se questi per le sue condizioni patrimoniali e *salvo pignore* è in grado di risarcire al creditore le spese fatte⁶⁾, o non dare ascolto al creditore con

si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria ». Vedi WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 24, nota 41, pag. 66⁷⁾.

⁵⁾ ULPIANO dice qui: « sicut enim negligere creditorem dolus et culpa quam praestat non patitur, ita nec talem efficere rem pigneratam (*fiduciae datam*. LENEL, *Palingenesia*, I, 1027) ut gravis sit debitori ad recipiendum: puta saltum grandem pignori (*fiduciae*: LENEL, *loc. cit.*) datum ab homine. qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori (*fiduciae*: LENEL, *loc. cit.*) excolnisti sic, ut magni pretii faceres. alioquin non est aequum aut quaerere me alios creditores aut cogi distrahere quod velim receptum aut tibi paenuria coactum derelinquere. medie igitur haec ab iudice erunt dispicienda, *ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur* ».

⁶⁾ L'espressione *delicatus* sta ad indicare presso i classici un uomo « qui in negotio, in quo alter sine vitio versatur, morosus, difficilis, et fastidiosus est; i. e. qui tantum ex sua parte facere detrectat, quantum debet et potest ». SENECA, *De beneficiis*, lib. II, cap. 24; CICERO, *Orator*, cap. 29; ULPIANUS, L. 6 § 3 D. *de offic. Procons.*, 1, 16. Se noi riferiamo questo significato ad un *debitor delicatus*, ne risulta che per tale debba intendersi un debitore « qui de restituendis impensis, in pignus factis, conventus, creditori non oneroso, i. e. qui in faciendis impensis modum non excessit, tantum restituere detrectat. quantum debet, et, salvo pignore, potest ». Si confr. *Ern. Mart.* CHLADENIO, *Diss. de debitore delicato in contrario fiduciae iudicio ex mente ULPIANI ad L. 25 D. de pign.*

⁷⁾ Questo testo è attribuito ad ULPIANO (*idem*), certamente per errore del copista, perchè non si collega con la materia trattata da ULPIANO nel lib. 31, mentre invece si rianuoda benissimo con quella trattata da PAOLO in quel libro. V. LENEL, *Edictum perpetuum*, 232, n. 4; vol. II, pag. 5, n. 4 della recente edizione francese; *Palingenesia*, I, 1027.

la sua esagerata pretesa, se questi abusivamente ha oltrepassato la misura nello spendere. Il diritto di pegno del creditore non si estende però a tali spese ⁷⁾, ma al creditore in rapporto ad esse spetta soltanto un'azione personale contro il debitore, ed anche questa vien meno se egli fece la spesa contro il divieto del debitore ⁸⁾.

c) Le spese che sono state fatte dal creditore, semplicemente *voluptatis causa*, non vengono risarcite in alcun caso, ma a lui spetta sempre un *jus tollendi*, in quanto sia possibile una separazione senza danneggiamento della cosa principale ⁹⁾.

VI. Finalmente quando si inizia un concorso sul patrimonio del debitore, il creditore conserva una posizione privilegiata nella 2.^a o nella 3.^a classe ¹⁰⁾.

§ 867.

Obblighi del creditore pignoratizio.

Gli obblighi pei quali è tenuto il creditore nel contratto di pegno ¹¹⁾ consistono in quanto segue:

I. che egli custodisca il pegno con la cura necessaria perchè non lo si danneggi, nè deperisca, o vada completamente in rovina. Il creditore pignoratizio è responsabile perciò: 1.^o di ogni frode; 2.^o di qualsiasi negligenza, anche minima per dannosa attività. Anzi egli può esser perseguito in questo caso con l'*actio legis*

act. praeside Andr. Flor. RIVINO def., Vitenberga 1743, § 13 segg. Nei *Basilici*, tom. IV, pag. 10 in fine, si dice semplicemente: *Τὰς μίστα; τοίνυν δαπάνας ὀφίλει σκοπεῖν ὁ δανειστής*; i. e. « Iudex igitur sumtus modicos spectare debet » [Cfr. HEIMBACH, *Bas.*, III, 62, XXV].

⁷⁾ V. WEBER, *Saggi cit.*, pag. 188 segg.

⁸⁾ L. 40 D. *mandati* 17, 1; L. ult. C. *de negot. gest.* 2, 18; LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. III, spec. CLVI, medit. 3; HUFELAND, *Tratt. di Dir. cir.*, vol. I, § 778, nota f.

⁹⁾ V. ERXLEBEN, *De iure pignorum*, § 154 e SCHMIDT, *Tratt. delle azioni giudiziarie*, § 829.

¹⁰⁾ Giorg. HAPPEL, *Diritti del creditore in rapporto con gli altri pignoranti*, Giessen e Darmstadt 1802, 8.

¹¹⁾ *Enr. KLUIT, Diss. de obligatione creditoris in pignore*, Lugd. Bat. 1786.

*Aquiliae*¹²⁾, « in qua et levissima culpa venit », come dice ULPIANO¹³⁾; 3.º di omissione nella cura e sorveglianza necessarie. Se in conseguenza di ciò la cosa è interamente perduta o andata in rovina, egli risponde di qualsiasi negligenza, e solo il caso inevitabile lo libera dall'obbligo del risarcimento dei danni: infatti il creditore pignoratizio deve non solo rispondere del *dolus* e della *culpa*, ma anche prestare la *custodia*. La L. 19 C. *de pignorib.*, 8, 13, dice: « Sicut *vim majorem* pignorum creditor praestare non habet necesse, ita *dolum et culpam*, sed *et custodiam* exhibere cogitur ». E questo conferma anche la L. 8 C. *de actione pigner.*, 4, 24, dove è detto: « Si *nulla culpa* seu *segnitia* creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium *ad periculum eius* minime pertinet ». Che non si faccia questione di alcun determinato grado di colpa, nel caso in cui il pegno vada perduto, risulta anche dalla L. 5 C. *ead.* ove è detto: « Si creditor *sine vitio suo* argentum pignori datum *perdidit* restituere id non cogitur: sed si *culpae reus deprehenditur*..... quanti debitoris interest condemnari debet ». Sotto questo riguardo dunque il creditore pignoratizio si trova appunto nella stessa condizione che il commodatario, l'affittuario, il venditore, che le leggi obbligano tutti egualmente alla *custodia plena* per ogni pericolo quando s'avveri furto della cosa o perimento della medesima per inavvertenza¹⁴⁾.

ULPIANO dice molto precisamente nella L. 14 § 16 D. *de furt.*, 47, 2: « et puto omnibus, *quorum periculo res alienae sunt*, veluti commodati, item locati *pignorisce accepti*, si *hae subreptae sint*, omnibus *furti actiones* competere »¹⁵⁾. Se per contro il pegno è stato semplicemente danneggiato per incuria del creditore, e quindi ne è stato menomato il valore, quello che importa è se il contratto, come si suole, è stato conchiuso a vantaggio di entrambe le parti, o,

¹²⁾ L. 18 § 1 D. *Commodati*, 13, 6; L. 7 C. *de pigner. act.*

¹³⁾ L. 44 D. *ad leg. Aquil.*, 9, 2. V. la parte 10.ª di questo *Comm.*, § 699.

¹⁴⁾ V. *Cristoph. Lod. CRELL, Disp. de custodia et periculo pignoris*, Vitemb. 1733.

¹⁵⁾ Della *custodia plena* del venditore tratta la L. 2 § 1, L. 3 D. *de periculo et comm. rei venditae*, 18, 6.

come talvolta può darsi, è diretto semplicemente al vantaggio del creditore. Nel primo caso il creditore pignoratizio è tenuto solo per la *culpa levis*, cioè risponde del danno solo quando esso è avvenuto in seguito ad una negligenza tale che nessun uomo ordinato e previdente l'avrebbe commessa.

I seguenti passi concernono questo punto:

§ 4 I. *Quib. modis re contrah. obligatio*, 3, 14: « Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, quia et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet ».

L. 5 § 2 D. *Commodati*, 13, 6: « sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore ut in societate, et dolus et culpa praestatur ».

Che qui per *culpa* debba intendersi soltanto la *culpa levis* e non la *levissima* risulta dalla proposizione seguente: « *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est QUINTI MUONII sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam* ».

Evidentemente *diligentia* qui vuol significare più che *culpa*. Nè ULPIANO poteva aver indicato a cagion del precario il commodato come quello in cui vengono prestati soltanto il *dolo* e la *culpa lata*, poichè su ciò non v'era dubbio. Certamente, anche qui nel libro 28 *ad Edictum*, ULPIANO non pensava al precario, di cui nella L. 8 § 3 D. *de precario*, 43, 26, libro 71 *ad Edictum*, dice: « 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 ».

Qui al giureconsulto romano, per distinguere il commodato dal precario, poteva senza dubbio bastare l'osservazione che il commodatario presta il dolo e la colpa; non gli era necessario soggiungere che egli è tenuto anche per la *diligentia*, sibbene lo era nella L. 5 § 3 D. *Commodati* là dove egli cercava di distinguere il commodato dal *pignus* e da altri contratti dai quali i due contraenti ritraggono, di regola, pari vantaggio¹⁸). [V. nota a p. seg.].

Il seguente passo di GAJO, libro 9 *ad Edictum*, toglierà però ogni dubbio.

L. 18 pr. D. *Commodati*, 13, 6: « In rebus commodatis talis *diligentia* praestanda est, *qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet*, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent.....
..... haec ita, *si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res*. at si *utriusque*, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, *ne et culpa praestanda sit*, ut ita culpa fiat aestimatio, *sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet* ».

Sono anche particolarmente degni di attenzione i seguenti frammenti:

L. 14 D. *de pign. act.*: « Ea igitur, *quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet*, a creditore exiguntur ».

L. 23 D. *de dir. reg. iur.*, 50, 17: « Contractus quidam *dolum malum* dumtaxat recipiunt, quidam *et dolum et culpam*. dolum tantum: depositum et precarium. *dolum et culpam* mandatum, commodatum, venditum, *pignori acceptum*, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et *diligentiam* ».

Un esempio di *culpa levis* porge la L. 15 D. *h. t.* dove ULPIANO dice: « Creditor cum pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere: et si praedium fuit pigneratum, et de iure eius repromittendum est, ne forte servitutes cessante uti creditore amissae sint ».

Se il creditore ha lasciato che si estinguessero delle servitù che esistevano a favore del fondo oppignorato, per aver omesso

¹⁶⁾ Il signor von LÖHR nella sua *Teoria della « culpa »*, Giessen 1806, sez. 1.^a, pag. 46 segg., è di diversa opinione. Si veda però SCHÖMAN, *Manuale di dir. civ.*, vol. II, pag. 242 seg. e MALBLANC, *Diss. de culpa eiusque speciebus et gradibus*, Tubinga 1807, § 7.

di esercitarle, egli ha con ciò deteriorato il fondo, e risponde perciò della sua *culpa*.

Se, invece, il contratto di pegno è stato conchiuso semplicemente a vantaggio del creditore, allora egli è tenuto incondizionatamente, per ogni, anche minima, colpa, appunto come il commodatario quando egli solo dal contratto trae utilità. Ma nel comodato questo è il caso comune, mentre è insolito nel contratto di pegno ¹⁷⁾. Si consideri, a questo proposito, il caso in cui il creditore, per impiegare il suo denaro in modo sicuro, costringa il debitore a far in modo che un altro amico gli faccia credito senza prestazione di pegno; o quello in cui il creditore ha fatto precedentemente credito al debitore senza riceverne pegno, ma questi in seguito dia al creditore un pegno spontaneamente, per sua maggior garanzia; o, finalmente il caso in cui un terzo costituisca il pegno in luogo del debitore: « *Solius autem creditoris utilitas tunc vertitur — dice VOET* ¹⁸⁾ — *cum non debitor, sed tertius pro debitore, pignus dat: quamvis enim debitoris quoque intersit, pignus dari, dum sine eo forte fidem haud inveniret, tamen, si contractum pignoris spectes, quod iam non inter creditorem et debitorem, sed inter creditorem et tertium pignus dantem intercedit, solius creditoris gratia, non item tertii pignus dantis, et inde pignoratitia experiuntis, pignus celebratum apparet* ».

A questo caso, dopo CUIACIO ¹⁹⁾, ora anche VOET cui si associa MALBLANC ²⁰⁾, vuol riferire la assai controversa L. 13 § 1 D. *h. t.* dove ULPIANO dice: « *Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit* ». Questo passo ha sempre posto in grande imbarazzo i nostri interpreti e ne sono apparse svariate spiegazioni, come pure emendamenti critici che è necessario riunire ordinatamente d'una buona volta, ed esaminare con un po' più di precisione, di quanto finora non si sia fatto. Si possono

¹⁷⁾ V. Ge. Sam. MADIHN, *Comment. creditorem in pignore media dillgentia non semper liberari*, Hala Magdeb. 1764.

¹⁸⁾ *Commentar. ad Paul., h. t., § 5.*

¹⁹⁾ *Observation., lib. XIX, cap. 24.*

²⁰⁾ *Princip. iuris rom., parte II, sect. I, § 497, pag. 350.*

opportunamente ridurre in due categorie principali: una parte ²¹⁾ afferma che per *hac actione* non debba intendersi l'*actio pignoratitia directa* che, dopo l'estinzione del debito, compete al debitore contro il creditore pignoratizio per la restituzione del pegno; ma un' azione del tutto diversa, di cui si fa menzione al principio di questo frammento, e cioè la rivendica, od *actio in factum*, la quale vi si concede al debitore contro il terzo a cui il creditore, prima ancora che vi fosse autorizzato, aveva venduto il pegno a condizione che lo avrebbe restituito contro rimborso del prezzo di acquisto, qualora il debitore avesse pagato ancora in seguito. Senza dubbio, si dice, qui il compratore dovrebbe rispondere della *culpa levissima*, poichè egli ha fatto acquisto scientemente per sè di una cosa altrui, oppignorata, che il creditore non aveva facoltà di vendergli.

Ma, anche facendo astrazione dal fatto, che è già per sè un controsenso, che in un caso in cui un' azione illecita rende responsabile di qualsiasi errore colui che è chiamato in giudizio, si vada a prender la norma, per la *culpa* da prestarsi, dal commodato, col quale tuttavia quel caso non ha la minima analogia; la patente inesattezza di questa spiegazione si manifesta tosto agli occhi di chi si prenda la cura di leggere la L. 13 connettendola con la L. 14 che segue immediatamente.

In quest'ultima, infatti, come conseguenza del precedente § 1 della L. 13, si dice chiaramente: « Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur ». Di quale assurdità non si dovrebbe incolpare TRIBONIANO, come su questo punto ha molto giustamente osservato il THIBAUT ²²⁾, se si volesse ammettere che egli non abbia riferito il § 1 cit. della L. 13 al creditore pignoratizio!

L'altra categoria di interpreti, e questa conta il maggior nu-

²¹⁾ Abr. WIELING, *Lectio. iuris civ.*, cap. 7; Gio. Ewr. Crist. ERXLEBEN, *Princip. de iure pignor. et hypothecar.*, § 161 ed HÖPFNER, nel *Commentario alle Istituzioni di Fineccio*, § 796.

²²⁾ *Teoria della interpretazione logica del diritto romano*, § 36, pagina 156 seg. della 2.^a ediz.

mero di seguaci, è costituita da quelli che riferiscono la L. 13 § 1 cit. all'*actio pigneraticia directa*; ed essi, fino a questo punto, hanno pienamente ragione, soltanto nella spiegazione del frammento stesso si dividono nuovamente in differenti opinioni. Alcuni, senza apportarvi alcuna correzione, cercano di accordarlo con gli altri passi sopra citati; e su questo punto si presentano nuovamente quattro opinioni. Dagli uni ²³⁾ si afferma che, con le citate parole della L. 13 vien stabilita la regola che il creditore, detentore del pegno, debba rispondere anche della minima negligenza. Perchè non rimanga più alcun dubbio su questa norma, ULPIANO non soltanto confronterebbe da questo punto di vista l'azione pignoratizia con quella derivante dal commodato, la quale tenderebbe anche essa al risarcimento di ogni danno non semplicemente casuale; ma con le parole: *vis maior non venit*, aggiungerebbe ancora l'antitesi che solo la forza estrinseca, cui il creditore pignoratizio non poteva in alcun modo opporsi, possa bastare a sua discolpa. Appunto questo direbbero anche il passo delle *Istituzioni* su citato e la L. 19 Cod. *de pignoribus*, e così, quindi, tutto starebbe nel miglior accordo. Ma non può disconoscersi che pur così pensando resti sempre l'antitesi tra la L. 13 e la L. 5 § 2 ed anche 18 pr. D. *commodati* dove vien detto affatto decisamente che il creditore pignoratizio risponde solo del *dolus* e della *culpa*, ed il commodatario non soltanto di questi, ma anche della *diligentia*.

Giusta una seconda opinione, che, come è stato già superiormente notato, viene accolta da CUIACIO, VOET e MALBLANC, la L. 13 § 1 è da intendersi semplicemente del caso in cui il creditore solo, ritrae vantaggio dalla dazione del pegno. Ma chi potrebbe mai credere che ULPIANO, il quale qui voleva spiegare la

²³⁾ Bartol. CHESIO, *Interpret. iuris*, lib. I, cap. 45, n. 11; CRELL in *Diss. cit. de custodia et periculo pignoris*, § 5; RIVINUS, *Diss. de culpa levissima in pignore a creditore praestanda*, Vitemb. 1751; THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette*, vol. II, § 653, e specialmente B. W. PFEIFFER, *Miscellanea sugli oggetti del diritto privato tedesco e romano*, Marburgo 1803, pag. 89 segg.

natura dell'*actio pigneraticia directa*, e che perciò si esprime in termini affatto generali, abbia ragionato di un caso che nel contratto di pegno costituisce una rarità simile al caso del vantaggio d'ambidue le parti nel comodato?

Secondo una terza opinione, propugnata da *Giovanni Guglielmo MARKART* ²⁴⁾ e da *Franc. SCHÖMANN* ²⁵⁾, il paragone stabilito da *ULPIANO* tra *pignus* e *commodatum* dal punto di vista del *dolus* e della *culpa*, è giustificato da ciò che in questi due contratti vien prestata la *culpa levis*. Alla *diligentia*, invece, in senso proprio che il commodatario dovrebbe inoltre ancora prestare (L. 5 § 2 D. *commodati*) non è tenuto il creditore pignoraticio, il quale è tenuto per la *custodia*, e per quanto vi si riferisce nulla lo scusa all'infuori della semplice ed imprevedibile disgrazia. *Vis major non venit. Vim majorem pignorum creditor praestare non habet necesse.*

Questa spiegazione, che concorda anche con il linguaggio comune delle fonti, è certamente la più naturale, e corrisponde nel modo migliore agli altri passi che trattano di questi contratti. E si può anche spiegare facilmente come *ULPIANO*, nel determinare la colpa pel contratto di pegno, sia capitato nel comodato. Nell'editto perpetuo si parlava del comodato immediatamente prima del contratto di pegno; e questo, fra l'altro, si deduce dal fatto che nelle *Sententiae receptae* di *PAOLO*, lib. II, al tit. 4 *de commodato* segue subito dopo il tit. 5 *de pignoribus*; che poi queste *Sententiae receptae* siano state compilate secondo l'ordine dell'*Edictum perpetuum*, lo ha provato diffusamente *Antonio SCHULTING* ²⁶⁾. Ciò risulta anche da questo: *ULPIANO* nella L. 28 *ad Edictum* ha trattato del *commodatum* e del *pignus*, come dimostra l'iscrizione dei frammenti che ne furon tolti per le *Pandette*; e perciò l'iscrizione della L. 13 D. *h. t.*, *ULPIANUS libro 38 ad Edictum* è manifestamente errata, e deve invece leggersi *libro 28*, come ha notato

²⁴⁾ *Probabil. recept. lection. iuris civ.*, Traiecti ad Rhen. 1737, pagina 110 segg.

²⁵⁾ *Teoria del risarcimento dei danni*, parte I, pag. 160 segg.

²⁶⁾ *Iurisprud. anteiust.*, pag. 211 segg.

anche *Giacob. LABITTO* ²⁷⁾. E così si spiega anche perchè nelle *Pandette* il tit. *de pign. actione* segua al tit. *commodati*.

L'esattezza di quella spiegazione, finalmente, risulta ancora in modo speciale da ciò, che anche in altri punti *ULPIANO* confronta tra loro il *pignus* ed il *commodatum*, dal punto di vista del *dolus* e della *culpa* ²⁸⁾. A ragione quindi *Antonio FABRO* ²⁹⁾ dice: « Quod hic scribitur in pignore, non tantum dolum venire, sed etiam culpam, sicut in commodato, non tollit differentiam, quae est inter pignus et commodatum, quod ad culpam levissimam pertinet ».

Infine, secondo una quarta opinione, propugnata specialmente da *Samuele COCCEIO* ³⁰⁾, *Giorgio Sam. MADIHN* ³¹⁾ e *WESTPHAL* ³²⁾, *ULPIANO* nelle parole *ut in commodato* deve aver accennato alla distinzione che *GAIO* nella L. 18 pr. D. *commodati* fa per il *commodato*. Si tratta cioè nel contratto di pegno come nel *commodato* di vedere, in rapporto alla prestazione della *culpa*, se l'oppignoramento si sia verificato a vantaggio d'entrambi i contraenti o soltanto del creditore. Nel primo caso il creditore *pignoratizio* risponde solo della *culpa levis*, appunto come il *commodatario* se il contratto ridonda ad utile non semplicemente suo, ma anche del *commodante*; mentre invece nel secondo caso il creditore *pignoratizio* dovrebbe esser tenuto per la menoma negligenza appunto come lo è il *commodatario* se il contratto, come di solito avviene, è rivolto ad unico suo vantaggio. Quantunque anche questa spiegazione meriti di esser preferita ad ogni emendamento, molti, sia antichi che moderni giuristi, sostengono che la difficoltà non possa esser eliminata, senza compiere un mutamento.

Ma anche su questo punto le opinioni dei critici si dividono nuovamente. Alcuni in luogo di *UT in commodato; venit et custodia* leggono:

²⁷⁾ *Usus indicis Pandectar.*, cap. VI, § 8 in *Abr. WIELING, Iurisprud. restit.*, tom. II, pag. 118.

²⁸⁾ L. 23 D. *de dir. reg. iur.*, 50, 17; L. 18 pr. D. *Commodati*, 13, 6.

²⁹⁾ *Rational. in Pand.* ad L. 13 § 1 D. *h. t.*

³⁰⁾ *Iur. civ. contror. h. t.*, qu. 18.

³¹⁾ Cit. *Commentat. creditorem in pignore media diligentia non semper liberari*, Hala 1764, pag. 14.

³²⁾ *Dir. di pegno*, § 31, nota 50, pag. 79.

AT in commodato venit et custodia. Gherardo NOODT³³⁾ arroga principalmente a sè questo emendamento, sebbene già prima di lui Giocanni NIELLIO³⁴⁾ avesse fatto appunto la stessa correzione. Però il suo biografo Gior. BARBEYRAC³⁵⁾ lo ha completamente giustificato contro l'accusa di un plagio. Secondo questa correzione, ULPIANO, dunque, avrebbe voluto dare qui la differenza tra *pignus* e *commodatum* in rapporto alla *culpa praestatio*, e l'avrebbe stabilita in questo: che il creditore pignoratizio risponde solo del *dolus* e della *culpa sc. levis*, mentre invece il commodatario non deve prestare semplicemente questa, ma anche la *culpa levisissima*. Ma poichè la correzione di NOODT aveva contro di sè non solo la L. 19 C. de *pignoribus*, ma anche l'autorità dei *Basilici*³⁶⁾, e perciò fu giustamente combattuta da Christfried WÄCHTLER³⁷⁾, NOODT cercò di rafforzare maggiormente la sua congettura³⁸⁾ e così si acquistò parecchi seguaci, i quali non soltanto accettarono la sua opinione³⁹⁾, ma cercarono anche di difenderla con molteplici argo-

³³⁾ *Probabil. iuris civ.*, lib. I, cap. 4.

³⁴⁾ *Dissertat. feudal.*, diss. III, § ult., lit. k. Parecchie notizie di questo NIELLIO ci sono date da Abr. WIELING, in *Lecton. iur. civ.*, lib. I, cap. 7, nota *, pag. 24 segg.

³⁵⁾ V. Gher. NOODT, in fine paragrafo: *Non possum*, Praefationi *operum eius adiect.*

³⁶⁾ Tom. IV, lib. XXV, tit. I, pag. 6. Ἀπαιτεί η̄ περί τοῦ ἐνεχύρου ἀγωγή δόλον καὶ βλαβερμίαν, ὡς η̄ περί τοῦ ἐν χρήσει δοθέντος ἀγωγή καὶ η̄ περί φυλακῆν ἀγωγή. i. e. « Actio pignoratitia exigit dolum et negligentiam, sicut actio commodati, et actio de custodia ». La traduzione dei Greci è veramente inesatta nelle ultime parole, dove per *custodia* essi intendono il *depositum*; si osserva anche che l'*ut*, ὡς, non significa *at*, ἀλλά, ma *sicut*, e come tale vien usato nella L. 18 pr. D. *Commodati*, 13, 6. FABROT in questo punto invece di tradurre il testo greco ha mantenuto le parole di ULPIANO [cfr. HEIMBACH, *Bas.*, III, 60, XIII].

³⁷⁾ *Notae ad G. NOODTI Probabil. iur. civ.*, lib. I, cap. 4 in *Opuscul.*, pag. 202.

³⁸⁾ *Probabil.*, lib. IV, cap. 3.

³⁹⁾ Io. Ortiv. WESTEMBERG, *Princip. iuris sec. ord. D. h. t.*, § 29; Gio. Teofilo FINECCIO, in *Annotation. ad Vinnii commentar.*, in § ult. I. *Quibus mod. re contrah. obligat.*, n. 5; Iust. Fnn. BOEHMER, *Iur. Dig. h. t.*, § 6; Aug. a LEYSER, *Meditat. ad Pandect.*, specim. CLIII, medit. 3 e *Crist. Enr. ECKHARD, Hermeneut. iuris*, lib. I, § 76, nota *, pag. 85.

menti ⁴⁰⁾ dalle nuove opposizioni di WÄCHTLER ⁴¹⁾. Però i dubbi che stanno contro di essa non sono stati risolti in modo soddisfacente; e perciò fu a ragione rigettata da HUBER ⁴²⁾, da WIELING ⁴³⁾ e da WALCH ⁴⁴⁾. Un'altra congettura, veramente, fu messa innanzi da PAGENSTECHEER ⁴⁵⁾, il quale, in luogo di *ut*, vuol leggere, per geminazione, *utut* e tradurre questo con *sebbene*.

Ma a questo emendamento si oppongono quegli stessi dubbi che si oppongono a quelli di NOODT.

La maggior parte dei moderni giuristi, perciò, legge senza cambiarle le parole del testo; toglie semplicemente il punto e virgola dopo le parole *ut in commodato*; e legge: *ut in commodato venit et custodia*.

Ma questi, alla loro volta, nelle loro interpretazioni, discordano gli uni dagli altri.

Alcuni ⁴⁶⁾ sono d'accordo con NOODT nel credere che in questo punto ULPIANO abbia voluto darci la differenza tra *pignus* e *commodatum* dal punto di vista della *culpa praestatio*. Il senso del luogo controverso sarebbe dunque questo: nel contratto di pegno si presta il *dolus* e la *culpa levis* allo stesso modo che nel comodato oltre al *dolus* ed alla *culpa levis* si è tenuti anche alla *levissima*; come le parole *ut et*, che equivalgono a *quemadmodum etiam*, dimostrerebbero a bastanza chiaramente.

⁴⁰⁾ DUCKER in *Observation. miscell. batar.*, vol. III, tom. I, p. 123 (e in PUTTMANN, *Opuscul. iurid. ex observation. miscell. batar. in unum volum. collect.*, Hala 1782, 8, pag. 39 e segg.) e Adriano van DORP in *Diss. ad loca quaedam iuris et alia Observationes*, Franquerae 1760, cap. 4 (in GHER. OELRICH, *Thes. dissertation. iurid. belgicar.*, vol. I, tom. III, p. 41).

⁴¹⁾ *Notae postum. ad Ger. NOODTI lib. IV Probabil. iuris civ. in Actis eruditor. lipsiens.*, Mens. Novembr. Anni 1782, pag. 514 seg.

⁴²⁾ *Eunom. roman. ad L. 13 § 1 D. h. t.*, pag. 541 seg.

⁴³⁾ *Lectio. iuris civ.*, lib. I, cap. 7.

⁴⁴⁾ Ad ECKBARDI *Hermeneut. iur.*, pag. 86, e in *Introd. in contror. iur. civ.*, pag. 543, nota a.

⁴⁵⁾ *Adversar.*, lib. II, cap. 10.

⁴⁶⁾ *Mich. God. WERNHER, Lectiss. Commentat. in Pand. h. t.*, § 6; e *Died. God. LAMPRECHT, Commentat.*, ad L. 13 D. de pignerat. act., Gottinga 1750, § 13.

Ma è evidente che nel frammento non è riscontrabile nè pure una traccia di tal distinzione. Altri ⁴⁷⁾ perciò, più giustamente, riferiscono le parole *venit et custodia* all'*actio pigneraticia*, in conformità alla L. 19 Cod. *de pignor.* Fra questi WÄCHTLER ha dato l'interpretazione migliore dicendo che ULPIANO accenna qui ad un doppio obbligo del creditore pignoratizio: a) che il pegno non soffra deterioramento per parte sua; b) che non vada da lui perduto. Per quanto riguarda il primo egli risponde della *culpa — sc. levis* — ma per il secondo risponde della *custodia*, cioè della *culpa levissima*. Da tutto ciò deriva inoltre che non esiste la necessità di ammettere con SCHILTER ⁴⁸⁾ e con GOTOFREDO ⁴⁹⁾ un dissenso non conciliabile fra i giuristi romani su questa dottrina.

§ 868.

Obbligo del creditore pignoratizio al risarcimento del danno.

Se dunque il pegno perisce per una *colpa* tale che il creditore pignoratizio debba risponderne, questi è tenuto a risarcire il danno ed ogni interesse; ma può anche detrarne ciò che egli stesso pretende in capitale, interessi e spese fattevi.

La L. 7 Cod. *h. t.* 4, 24, dice: « Creditor, qui fundos et domos pignori vel hypothecae accepit, damnum in decidendis arboribus domibusque destruendis ab eo datum in rationem debiti ⁵⁰⁾ deducere cogitur, et si dolo vel culpa rem suppositam deteriore fecerit, eo quoque nomine pigneraticia actione tenebitur, ut talem

⁴⁷⁾ *Andr. Gugl. CRAMER, Disputation. iuris cir., lib. sing., Suerin. et Wismar., 1792, 8), cap. 13, nota rrr, pag. 118; Crist. Gugl. WEHRN, Doctr. iuris explicatrix principior. causar. damni praestandi, § 6, p. 63 e Christfr. WÄCHTLER, Opuscul., pag. 202.*

⁴⁸⁾ *Praz. iur. rom., exercitat. XXVI, § 6.*

⁴⁹⁾ *Commentar. in tit. Pand.: de div. regulis iuris, ad L. 23 D. cod., pag. 133 in fine.*

⁵⁰⁾ CUIACIO in *Recitat. solemn. in C. ad L. 7 h. t.* e WESTPHAL in *Dir. di pegno, § 31, nota 50*, ritengono superflua la parola *debiti*, ma non vi è ragione sufficiente a ciò. La Glossa spiega esattamente le parole *in rationem debiti: in compensationem debiti*.

restituatur, qualis fuerat tempore obligationis. Creditor autem necessarios sumptus, quos circa res pigneraticias fecit, exigere non prohibetur ».

Però il creditore pignoratorio, di regola, non deve rispondere dei casi fortuiti. Per ragione di equità questi deve sopportarli il solo oppignorante, poichè egli ritiene la proprietà del pegno. Altrimenti accadrebbe qualora il creditore si fosse addossato, per convenzione, i casi fortuiti. Si riferiscono a questo punto i seguenti passi :

L. 6 Cod. h. t. : « *Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerant, in quibus etiam adgressura latronum est, nullo bonae fidei indicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi causa interierunt, praestare non compellitur nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem* ».

L. 9 Cod. eodem : « *Pignus in bonis debitoris permanere ideoque ipsi perire in dubium non venit. cum igitur adseveres in horreis pignora deposita: consequens est, secundum ius perpetuum, pignoribus debitori pereuntibus, si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositae sunt, personalem actionem debiti respiciendi causa integram te habere* ».

Ove però il caso fortuito sia stato causato da un uso del pegno contrario alla convenzione, od il creditore si sia senza ragione e contro il volere del debitore arrogato fra le sue cose un suppegno, allora s'intende che egli deve rispondere anche del caso fortuito, in quanto questo era una conseguenza del suo agire illecito.

Un caso analogo riferisce PAOLO nella L. 30 D. h. t. : « *Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. si invito ratiario retinisset, eius periculo ratem fuisse respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandam, non vim maiorem* ».

§ 869.

Obbligo alla restituzione del pegno. Lex commissoria.

Il creditore ha II) l'obbligo di restituire in natura il pegno, di cui ha ottenuto il possesso, non appena estinto il debito. Basta che egli sia interamente soddisfatto ⁵¹⁾. Quando ciò si avveri, egli non può sottrarsi al suo obbligo, a meno che non provi all'evidenza che a lui appartiene anche la proprietà del pegno stesso, poichè in tal caso non può sussistere la validità del contratto di pegno ⁵²⁾. All'opposto, non compete al creditore l'eccezione che il pegno non apparteneva al debitore, ma ad un terzo; perchè questa concerne i diritti di un terzo, alla stregua dei quali nessuno dei contraenti può ritenersi autorizzato a ricusare le reciproche pretese nascenti dal contratto.

Inoltre è noto che il contratto di pegno non si limita alle cose di proprietà del debitore, ma, anche rispetto alle cose altrui, fa sentire i suoi effetti giuridici per lo meno fra le parti contraenti ⁵³⁾. E perciò tanto al ladro quanto al predatore le leggi non negano l'azione derivante dal contratto di pegno, se il debito è stato estinto, perchè essi debbono rispondere della cosa ⁵⁴⁾. Tanto meno poi il patto commissorio può esimere il creditore dall'obbligo di restituire il pegno, dopo l'estinzione del debito.

Per patto commissorio ⁵⁵⁾ generalmente s'intende la convenzione con cui nel concludere un contratto si stabilisce che quella parte che non abbia adempiuto al suo obbligo dopo un determinato

⁵¹⁾ L. 9 § 3 D. *h. t.*

⁵²⁾ L. 45 D. *de div. regulis iuris*, 50, 17: « Neque pignus [*nec fiducia* LENEL, *Paling.* II, 618] neque depositum neque emptio neque locatio rei suae consistere potest neque precarium ». V. WEBER, *Contributi alla teoria delle azioni ed eccezioni giudiziarie*. Fr. 2 e 3, n. 14, pag. 87 seg.

⁵³⁾ L. 9 § 4 D. *h. t.*

⁵⁴⁾ L. 22 § 2 D. *eodem.*

⁵⁵⁾ Gottofr. a IENA, *Diss. de lege commissoria*, Francof. 1656, 4; Mart. Teofilo PAUL, *Diss. eiusd. arg.*, Vitemb. 1763 e Ge. Fed. KRAUSE, *Diss. de eod. arg.*, Ibid. 1766.

tempo, resti privata del suo diritto derivante dal contratto. È noto che, secondo la regola, il diritto di un contraente non va perduto solo per ciò che egli non ha soddisfatto il suo obbligo nel tempo determinato ⁵⁶⁾. Se dunque, per esempio, un compratore non ha pagato entro il termine fissato il prezzo d'acquisto, non è affatto autorizzato perciò il venditore a reclamare la risoluzione del contratto. Il venditore continua ad esser tenuto al negozio una volta conchiuso, e può intentare azione contro il compratore solo per ottenere l'adempimento del contratto. Posto però che i contraenti avessero convenuto che se il compratore non avesse sbor-

⁵⁶⁾ Nel diritto romano questo patto è chiamato *lex commissoria*; quindi qui la parola *lex* è presa nel senso di *pactum*. Si può anche aggiungere una particolare disposizione per la quale uno si impegna a questo od a quello, come assai giustamente nota WEBER nelle sue *Ricerche sul diritto civile*, pag. 359. La nota espressione *pacta dant legem contractui* giustifica pienamente questa spiegazione. È in questo senso anche la L. 60 D. *de contract. emt. vend.*, 18, 1: « *lege venditionis comprehensum erat* ». Per quanto concerne il significato della parola *committere*, gli interpreti non sono d'accordo. UY. DONELLO nel *Commentar. iur. civ.*, lib. XVI, cap. 19 la spiega così: « *Rem alterius arbitrio et potestati subiicere, ut sit eius electio, utrum contractum irritum facere, an valere velit sua lege contenta* ». Altri — ad esempio FRANTZKE nel *Comment. ad Pand.*, lib. XVIII, tit. 3, § 2 e MENCKEN in *Diss. de lege commissoria iure reprobata*, § 1, n. 2 — la spiegano con *amittere*, perdere. Ma qui *committere* significa propriamente commettere qualche cosa d'illecito, o fare contro una legge cosa che importi la perdita d'un diritto. V. BRISSONTO, *De verborum signif.*, voc. *Committere*. Quindi vien detto *commissum* quello di cui uno è rimasto privato agendo contrariamente ai propri obblighi, per modo che il diritto decaduto passa con ciò in un altro — come risulta dal tit. *de publicanis, vectigalibus atque commissis*. V. GIUS. FINESTRES in *Hermogenianus*, ad L. 7 D. *de lege commiss.*, pag. 454.

Nel diritto canonico si presenta l'espressione *pactum legis commissoriae*, cap. 7, X, *de pignoribus. Ant. FABER, De errorib. pragmaticis*, dec. XXI, err. 1; EV. OTTO in *Praefat. ad Tom. I Theas. iuris Rom.*, pag. 31 e WISSENBACH in *Exercitat. ad Pand.*, disput. XXXIV, parte 16, la dichiarano assolutamente assurda, come se si dicesse *pactum pacti commissorii*. Ma CUIACIO in *Comment. ad tit. Cod. de pactis pignor.* e CORN. VAN BYNKERSHOEK in *Liber sing. ad L. Lecta 40, D. de reb. credit.*, cap. 11, pag. 92, hanno cercato di salvare l'onore del Papa. Però anche l'imperatore ALESSANDRO, L. 4 C. *de pactis inter empt. et vendit.*, 4, 54, dice: « *commissoriae venditionis legem exercere* ».

sato il prezzo d'acquisto in un tempo determinato il contratto non avrebbe avuto ulteriormente vigore, allora si direbbe che l'acquisto si è conchiuso *sub lege commissoria* ⁵⁷⁾ ^{u)}.

Se ciò si applica agli oppignoramenti dovrà intendersi per *lex commissoria in pignore* quel contratto con cui si fa la riserva che il pegno, nel caso in cui il debito non venga estinto entro un tempo fissato, decada e debba rimanere in proprietà del creditore, in luogo della somma dovutagli, senza bisogno d'ulteriore acquisto ⁵⁸⁾.

Nelle leggi delle *Pandette* non si fa in nessun luogo menzione di questo patto in materia di pegni; infatti il noto titolo delle

⁵⁷⁾ L. 1, 2 e 4 D. *de lege commissoria*, 18, 3.

⁵⁸⁾ Del patto commissorio in tema di pegno trattano *Ant. FABER, De errorib. pragmaticor.*, decad. XXI, err. 1-5; *Gasp. SCHIFORDEGHER, ad Ant. Fabrum*, lib. III, tract. 13, qu. 1-4; *Iac. MAESTERTIUS, Tr. de lege commissoria in pignoribus*, Lugd. Batav. 1639; *Gio. Gugl. ENGELBRECHT, Diss. de lege commissoria contractui pignoratitio illicitae, et emtionis venditioni aliisque contractibus licite adiecta*, Helmstadt 1799; *Gio. Gugl. van MUSSCHENBROECK, Spec. iurid. inaug. de lege commissoria in pignore*. Lugd. Batav. 1752 (in *Ger. OELRICH, Thes. nov. diss. iuridicar. belgicar.* vol. I, tom. II, nr. X, pag. 633 segg.); *Ad. Diet. WEBER, Breve esame della questione: fino a qual punto in tema di pegno si estenda il divieto della lex commissoria*. Nei *Saggi di diritto civile* dello STESSO, nr. V, pagina 351 segg. (anche nell'*Archivio del Basso Sassone per la giurisprudenza e la letteratura* di KOPPE, vol. I, fr. 3, n. 14, pag. 160 seg.) ed *Otto Ludov. von EICHMANN, Osservaz. giuridiche sulla somiglianza e la diversità di alcuni diritti in rapporto alla L. commissoria, quando si dà in pegno qualche cosa* (lo stesso, *Raccolta di scritti minori*, nr. XIX); WESTPHAL in *Diritto di pegno*, § 260, not. 292, pag. 379 ha esaurientemente combattuto le idee sbagliate di CUIACIO e di Antonio FABRO sulla *L. commissoria* negli oppignoramenti, i quali affermano che essa sia stata aggiunta per il meglio del debitore all'antico *contractus fiduciae*. Vedasi anche *Franc. Car. CONRADI De pacto fiduciae, exercitat. 1, § 20*.

^{u)} Il codice civile italiano ha fatto propria la disposizione dell'art. 1184 del codice Napoleone, stabilendo che nei contratti bilaterali la condizione risolutiva è sempre sottintesa, pel caso in cui una delle parti non soddisfi alla sua obbligazione. « In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento in ambedue i casi » (art. 1165 c. c.).

Pandette *de lege commissoria* (XVIII, 3) tratta semplicemente del patto commissorio nella compra-vendita. Che però originariamente questo patto si ritenesse lecito in tema d'oppignoramento e sia stato usitato anche nelle ipoteche ce lo insegna un passo di CICERONE ⁵⁹⁾ in cui si parla di *hypothecae commissae*, le quali, per il mancato pagamento del debito, erano state devolute al creditore; ed al rilascio di esse doveva perciò il debitore esser costretto dal propretore, cui a tale scopo CICERONE si rivolgeva per iscritto.

Ma poichè questo patto per la durezza e l'ingordigia dei creditori riusciva molto svantaggioso ai debitori, così, allo scopo di prevenire in futuro tutte le angherie ed i pregiudizi riprovevoli, a cui essi erano esposti da parte dei creditori, nel diritto romano recente esso è stato proibito interamente. A questo proposito è degna di nota la costituzione dell'imperatore COSTANTINO IL GRANDE, L. 3 Cod. *de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda* 8, 34 (35), dell'anno 326, o veramente 320 ⁶⁰⁾ che Iac. GOTHOFREDUS ⁶¹⁾ con la dottrina a lui propria ha commen-

⁵⁹⁾ *Epistul. famil.*, lib. XIII, epist. 56: « Philotes Alabaudensis ὑποθήκας Cluvio dedit. Hae commissae sunt. Cures velim, ut de hypothecis decedat, easque procuratoribus Cluvii tradat, aut pecuniam solvat ». Philotes aveva dato una ipoteca al suo creditore Cluvius a condizione che essa, qualora il debito non fosse stato pagato in un determinato tempo, dovesse rimanere proprietà del creditore in pagamento del debito. Poichè il debitore nel giorno del pagamento non s'era fatto vedere, la condizione si era verificata e l'ipoteca era caduta in mani del creditore. Cluvius frattanto non si attenne al rigore del contratto, ma voleva astenersene se gli si pagava ancora il debito. Onde viene l'alternativa di dargli in proprietà l'ipoteca, o di pagare il debito. V. MUSSCHENBROECK, *cit. Diss.*, cap. 2, pag. 652.

⁶⁰⁾ Nel Codice giustiniano veramente la segnatura suona: « Datum 2. kalend. Februar. Sardiniae CONSTANTINO A. VII et CONSTANTIO C. Cons. 326 ». Ma più giustamente nel Codice Teodosiano, lib. III, tit. 2, tom. I, pag. 290 (ediz. Ritter): « Dat. pridie kalend. Febr. Sardiniae CONSTANTINO A. VI et CONSTANTINO Caes. Cons. 320 ». V. Iac. GOTHOFREDUS, *Chronologia Codicis Theodosiani*, tom. I, pag. XVIII e rari MUSSCHENBROECK, *Dissert. cit.*, cap. 3, pag. 665 segg.

⁶¹⁾ *Cod. Theodos.*, lib. III, tit. 2 *De commissoria rescindenda*, tom. I, pag. 290 segg.

tato: « Quoniam inter alias captiones — così suona il testo — praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. *creditores enim re amissa iubemus recuperare* ⁶²⁾ *quod dederunt* ».

In virtù di questa costituzione, dunque, debbono i creditori esser privati della proprietà del pegno loro concessa, non però del diritto di pegno, e non opporsi in alcun modo al desiderio dei debitori, qualora questi intendano nuovamente riscattare il pegno mediante pagamento del debito principale con gli interessi e le spese. Da ciò non solo si desume in che consista l'essenza del patto commissorio in tema di pegni ⁶³⁾; ma può anche dedursi chiaramente che questo patto non sia stato vietato prima di COSTANTINO IL GRANDE, che anzi sia stato molto usato in materia di pegni. A dir vero, alcuni ⁶⁴⁾ vogliono dedurre il contrario dalla L. 1 C. *eodem.*, nella quale l'imperatore ALESSANDRO rescrive: « *Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam quam mutuam accepit solteret, cessurum creditoribus, hypothecae venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. communi itaque iure creditor hypothecam vendere debet* ».

Ma qui non si tratta del patto commissorio, ma semplicemente si decide la questione sul senso e lo spirito di un patto che con-

⁶²⁾ Nel *Codice Theodosiano* è qui usata l'espressione più appropriata: *recipere*.

⁶³⁾ A maggior riprova possono servire anche in questo caso i *Basilici*, tom. IV. pag. 82 dove è compendiata l'essenza della L. 3 C. *de pact. pign.*, 8, 34, nelle seguenti parole: « *Ἐὰν ἴκη ὁ δανειστής, ὅτι, εἰ μὴ κατὰ ἡμέραν μοι τὸ χρεῖος ἐντὸς τοῦδε τοῦ χρόνου, δεσπότης ἴσομαι τοῦ ἐνεχύρου, τοῦτὸ τὸ σύμφωνον ἀνίσχυρον ἴστω.* i. e. *Si creditor pactus fuerit, ut si ad diem pecunia soluta non sit, pignus ei adquiratur, pactum iustum et ratum non est* » [Cfr. HEIMBACH, *Bas.* III, 90, LXII].

⁶⁴⁾ *de JENA*, *De lege commissoria*, § 15; STRUV, *Synt. iur. civ.*, exercitat. XXVI, § 7. Si veda però *van MUSSCHENBROECK*, cit. *Diss.*, cap. 2, pag. 647 segg. e LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, specim. CLVIII, medit. I.

cerne la vendita del pegno ⁶⁵), come hanno dimostrato in modo esauriente ⁶⁶) GOTOFREDO ⁶⁷) e MUSCHENBRÖK ⁶⁸). Quindi in materia di oppignoramenti il patto commissorio è assolutamente proibito e dichiarato invalido. Non importa poi se lo si sia pattuito sin da principio, all'atto della conclusione del contratto, o soltanto in seguito; perchè, tanto il bisogno di un debitore che non può pagare, quanto l'imbarazzo di colui che deve subito raccogliere soldi, può spingere alla conclusione di un patto così svantaggioso, mentre invece la legge non vuole che i creditori possano trar partito dalle strettezze dei debitori per privarli del loro ⁶⁹).

Qui però sorge la questione se il patto commissorio non diventi valido negli oppignoramenti, quando venga rafforzato col giuramento. I giuristi esprimono opinioni assai differenti su questo punto.

⁶⁵) Questo risulta ancor più esplicitamente dai *Basilici*, tom. IV, pag. 82 ove la L. 1 è così tradotta: « Ἐν συμφωνίᾳ τις πρὸς τὸν δανειστὴν, ὅτι εἰ μὴ καταβάλλῃ ἐντὸς τοῦδε τοῦ χρόνου, παραχωρεῖ τὰς υποθήκας, οὐ δοκεῖ πιπράσκειν αὐτῷ, ἀλλὰ τὸ κατὰ πάντων δίκαιον δίδόναι αὐτῷ, τοῦτ' ἐστὶ τὸ ἐξείναι πιπράσκειν αὐτῷ. i. e.: *Si quis cum creditore pactus sit, ut pecunia ad diem certam non soluta pignus cedat creditori, non videtur ipsi vendere, sed adversus omnes ius ipsi concedere, hoc est, facultatem distrahendi pignoris* » [cfr. HEIMBACH, *Bas.* III, 90, LX].

⁶⁶) Si confronti anche RAGUELLUS, *Commentar. ad rescripta Alexandri Severi ad L. 1 C. de pactis pignor.*, ed HOTOMANN, *Observation.*, lib. X, cap. 10.

⁶⁷) *Comm. ad L. un. C. Theod. de commissoria rescind.*, tom. I, pag. 293, ediz. Ritter.

⁶⁸) *Cit. Diss.*, cap. 2, pag. 658 segg.

⁶⁹) V. VOET, *Comm. ad Pand.*, lib. XX, tit. I, § 25; BRUNNEMANN, *Commentar. ad L. 3 C. de pactis pignor.*, n. 8; WALCH, *Introduct. in Contror. iuris cir.*, pag. 542 e WESTPHAL, *Dir. di pegno*, § 260, not. 292, pag. 378. Altre opinioni hanno ANT. FABER, *De errorib. pragmaticor.*, dec. XXI, err. 2; BACHOV, *De pignorib.*, lib. I, cap. 16, n. 4 e THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette*, 2.^a parte, § 649. Ma la L. 13 *Cod. de pignorib.*, 8, 13, non sta contro la nostra opinione. La legge dice solo che il debitore, quando vuol vendere il pegno, può darlo in pagamento al creditore; il che viene confermato anche da parecchie altre leggi: L. 12 D. *de distract. pignor.*, 20, 5; L. 20 § ult.; L. 34 D. *de pign. act.*; L. 7 § 6 D. *de donat. inter vir. et uxor.*, 24, 1; L. 10 C. *de distract. pignor.*; V. ANT. SCHULTING in *Iurisprud. anteiustinian.*, pag. 284, not. 14 e WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 194, not. 215, pag. 289.

Alcuni ⁷⁰⁾ credono che la questione, secondo il diritto canonico, debba risolversi affermativamente, e sia da eccettuarsi il solo caso in cui il debitore, per attuare la sua promessa giurata, abbia preso tutte le disposizioni per riscattare il pegno, ma tuttavia, senza sua colpa, la somma non sia pervenuta a tempo debito nelle mani del creditore. Unicamente a questo caso si riferirebbe il cap. 7 X. *de pignorib.*, ove è detto: «Significante Rotberto, cive Pisano nobis innotuit, quod, cum domum suam G. Pisano civi pro CCL libris pignori obligasset, ac promisisset praestito iuramento, quod, nisi domum ipsam statuto termino recolligeret (i. e. redimeret), creditorem ulterius super eo minime molestaret; et intra statutum tempus per certum et fidelem nuntium, prout ei videbatur, creditori pecuniam numeratam remisit, quam idem nuntius infideliter agens, sicut ei iniunctum fuerat, non persolvit: et postmodum idem R. ab Imperatore detentus, multa pericula sustinuit, et labores, nec dicto G. satisfacere potuit, ut debuit. (Nunc per Dei gratiam libertati pristinae restitutus paratus est pecuniam redde-
dere creditori: licet ipse prorsus recusaret recipere, quia ei non fuerit statuto termino persoluta). *Cum igitur pactum legis commissoriae sit in pignoribus improbatum*, et praedictus R. quantum in eo fuit, iuramenti debitum adimpleverit; cum per eum, quem certum nuntium esse sperabat, pecuniam remiserit termino statuto, sed, dum fuit in captione detentus, satisfacere non potuit creditori, mandamus, quatenus, si est ita, praedictum creditorem, ut sorte sua contentus existat, pensionibus praefati pignoris computatis in eam, et domum illam praefato R. omni dilatione postposita, resignet, pacto tali vel iuramento nequaquam obstante, censura ecclesiastica cogatis».

Non si deve però trascurare che il Papa INNOCENZO III, nelle

⁷⁰⁾ BRUNNEMANN, *Commentar. ad L. 3 Cod. de pact. pignor.*, n. 11; SCHLEIERMACHER, *Diss. de pacto commissorio in pignore*, Giessen 1702, § 20; Fed. BOEHMER, *Norum ius controversum*, tom. II, observat. 137; Rain. BACHOV, *De pignorib. et hypothecis*, lib. I, cap. 16 ed Adolfo Diet. WEBER, *Svolgimento sistematico della teoria dell'obbligazione naturale*, § 122, not. 3, pag. 540 s.

cui lettere edite dal BALUZE — lib. I, epist. 33 — può trovarsi ancora interamente questa decretale, adduce due ragioni di decidere, delle quali ha la prevalenza questa: che il patto commissorio è proibito legalmente; mentre l'altra: che il debitore non si sia reso colpevole di alcun ritardo, è stata aggiunta solo a convalidare la decisione papale. Ma quand'anche la seconda ragione non dovesse in tutti i casi deporre in vantaggio del debitore, non ne segue anche necessariamente che la stessa disposizione del Papa non sia applicabile, poichè la prima ragione, che cita la legge come motivo principale, ha sempre pieno valore. Infatti è noto che se una legge si richiama contemporaneamente a parecchie ragioni, quando anche una di queste venga a mancare, essa legge mantiene tuttavia la sua validità per le altre, come se attualmente queste ragioni sussistessero ancora tutte; ciò ha dimostrato all'evidenza THIBAUT ⁷¹⁾ con parecchi esempi. Con ragione quindi altri giuristi ⁷²⁾ ritengono nullo, in base al testo citato, il patto commissorio in materia di pegno, anche quand'esso sia stato rafforzato con un giuramento.

Veramente alcuni ⁷³⁾ credono di intravedere ancora una seconda distinzione: se, cioè, sotto il patto commissorio si sia celato un interesse illecito, oppure no. Solo nel primo caso il patto non dovrebbe essere obbligatorio anche per il diritto canonico, malgrado il giuramento; mentre nel secondo caso esso dovrebbe valere a causa del giuramento impegnato. Ma poichè non si può assolutamente ammettere che appunto per motivo dell'interesse vietato il patto commissorio sia stato proibito dalle leggi, così di questa distinzione

⁷¹⁾ *Teoria della interpretazione logica*, § 25, pag. 108.

⁷²⁾ *Ant. MERENDA, Controversiae iur.*, lib. I, cap. 3; *Giust. Enn. BOEHMER, Ius. Eccles. protestant.*, lib. II, tit. 24, § 25; *Ant. FABER, De errorib. pragmaticor.*, decad. XXI, err. 8; *STRYK, Us. mod. Pand. h. t.*, § 9; *MALBLANC, Doctr. de iureiurando*, § 118, pag. 511, not. 176; *de SELCHOW, Elem. iuris germ.*, § 458; *CLAPROTH, Giurisprudenza della giusta e prudente conclusione dei patti e contratti*, 2.^a parte, § 212; *Gebr. OVERBEK, Meditazioni su diverse materie giuridiche*, vol. V, meditat. 288 e *DANZ, Manuale dell'attuale diritto privato tedesco*, vol. II, § 221, pag. 350.

⁷³⁾ *ERXLEBEN, Princip. de pignorib. et hypoth.*, § 118.

tanto meno può farsi uso, in quanto nè anche il diritto canonico ne porge appiglio.

Che la proibizione del patto commissorio abbia ancora oggi-giorno completo vigore non può menomamente porsi in dubbio, perchè non solo le antiche leggi tedesche ⁷⁴⁾, ma anche le più recenti legislazioni ⁷⁵⁾ lo hanno stabilito. Deve però distinguersi dal patto commissorio la convenzione per la quale, nel corso di pagamento non seguito regolarmente, la cosa oppignorata possa essere acquistata dal creditore per un prezzo modico da determinarsi in avvenire. Nelle leggi non è proibito fare una simile convenzione, anzi essa è esplicitamente permessa come acquisto condizionale.

MARCIANO alla L. 16 § ult. D. *de pignorib.*, 20, 1, dice: « Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita Divus SEVERUS et ANTONINUS rescripserunt ».

Si obietta che anche questa convenzione debba considerarsi, senza esitanza, come una specie del patto commissorio, e debba conseguentemente esser compresa sotto la proibizione generale della L. 3 Cod. *de pactis pignor.* alla quale il passo delle *Pandette* dovrebbe cedere in ogni caso ⁷⁶⁾. Ma allora si dovrebbero incolpare

⁷⁴⁾ R. *Policey-Ordn.* dell'anno 1577, tit. 20, § 5: « E poichè si viene a sapere che gli ebrei con i cristiani vengono a patti speciali per cui i pegni costituiti che in un tempo fissato non siano liberati, debbano cadere in proprietà di quelli. E poichè ciò è contrario al diritto; noi ordiniamo che tali patti siano proibiti e nulli, ecc. ».

⁷⁵⁾ *Code Napoléon*, art. 2078: « Toute clause, qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle ». *Jac. von MALEVILLE, Commentario al Codice Napoleone*, tradotto da BLANCHARD, vol. IV, pag. 166; e BRAUER, *Illustrazioni al Codice Napoleone*, vol. IV, pag. 92 segg. Ed inoltre *Il diritto territoriale generale prussiano*, parte I, tit. 20, § 33; *Diritto territoriale wurtemberghese*, parte II, t. 7. V. *Lodov. Fed. GRIESINGER, Commentario*, vol. I, pag. 445 segg. Parecchi esempi sono citati da *Crist. Teofilo RICCIO in Problem. iuris germ.*: « Num pactum commissorium circa pignora in Germanorum fora — rursus sit invehendum et approbandum? », Iena 1743, 4, § 18.

⁷⁶⁾ V. WEBER, *Monografia citata*, § 7 ed 8, nei suoi *Studi*, p. 365 seg.

i compilatori delle *Pandette* della più grande inconsideratezza e trascuratezza nell'accogliere in esse dei frammenti dagli scritti dei giureconsulti che approvano il patto commissorio, senza darsi per ciò alcun pensiero di rinnovare il ricordo di un patto che la Costituzione dell'imperatore COSTANTINO, da loro certamente già incorporata nel 1.º Codice dell'imperatore GIUSTINIANO, voleva interamente annullato. Ma poi c'è ancora la questione se la convenzione in parola debba effettivamente ritenersi una specie del patto commissorio. Di ciò si può con fondamento dubitare ove si rifletta che l'essenza del patto commissorio consiste propriamente in questo: che il debitore si rende obbligato dinanzi al creditore che, ove il debito non venga pagato in un determinato tempo, il pegno debba rimanere in proprietà del creditore, in luogo della somma dovuta, senza ulteriore compra.

Non è questo però il caso della convenzione di cui tratta la L. 16 cit., poichè in questa il creditore ottiene il pegno in virtù di un nuovo contratto, per un prezzo da determinarsi secondo un'equa misura — onde non può nascere il timore di un lucro disonesto. La maggior parte dei giuristi ⁷⁷⁾ distingue perciò giustamente questa convenzione dal patto commissorio, e la ritiene permessa ancora oggi. Ed appunto relativamente a questa distinzione, come afferma WISSENBACH ⁷⁸⁾ e già congetturava BA-

⁷⁷⁾ V. Franc. BALDUINO, *De pignoribus*, cap. 17; Jac. GOTTFREDO in *Comm. ad L. un. Cod. Theodos. de commissoria resc.*, tom. I, p. 293 e segg.; Rain. BACHOV, *De pignorib.*, lib. I, cap. 16, nr. 9; HUBERT GIPHANIUS, *Explanat. difficilior. LL. C. ad L. ult. de pact. pignor.*, t. II, pag. 401; Utr. HUBER, *Praelect. ad Pand.*, lib. XX, tit. I, § 15; Ger. NOODT, *Comm. ad Dig.*, lib. XVIII, tit. 1, *Operum*, t. II, pag. 389; Jo. Ortiv. WESTENBERG, *Princip. iuris sec. ord. Pand.*, lib. XX, tit. I, § 32; Gugl. BEST, *Ratio emendandi leges*, cap. XXI, § 5 e 6; van MUSCHENBROECK, cit. *Specimen de lege commissoria in pignore*, cap. 2, pagina 557; Gio. Bern. Ernest. EMMINGHAUS, *ad Cocceji ius civ. contror.*, lib. XIII, tit. 7, qu. 10, nota f; WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 194; Giul. Fed. MALBLANC, *Princip. iuris rom.*, p. II, sect. II, § 571; Crist. Aug. GÜNTHER, *Princip. iuris rom. priv. noviss.*, p. II, § 684; THIBAUT, *Syst. des P. R.*, t. II, § 649 e Crist. Teofilo GMELIN, *Saggi sui contratti in generale, ecc.*, § 64, pag. 131 s.

⁷⁸⁾ *Emblemata Triboniani*, cap. IV, init., pag. 46, edit. Halens 1736, 8.

CHOV ⁷⁹⁾ cui consente anche HUBER ⁸⁰⁾, TRIBONIANO deve aver aggiunto le parole: *iusto pretio tunc aestimandam*; perchè ai tempi di MARCIANO il patto commissorio era ancora incondizionatamente valido anche negli oppignoramenti. Questo poi sarebbe un nuovo argomento, per eccettuare tale stipulazione più ragionevole, dalla proibizione del patto commissorio.

Però Giovanni WYBO ⁸¹⁾ non crede necessario ammettere tale interpolazione, perchè la distinzione è per sè stessa evidente, oltre che la decisione è confermata anche da un rescritto degli imperatori SEVERO ed ANTONINO.

Più vivamente si discute se il patto sia valido anche quando si è convenuto che il pegno debba rimanere acquisito al creditore per un prezzo fissato fin dall'epoca della convenzione, nel caso in cui il debitore non paghi all'epoca stabilita. Alcuni ⁸²⁾ la dichiarano assolutamente nulla, a simiglianza del patto commissorio. Se però il prezzo determinato nella convenzione è così equo che il debitore non abbia a rimetterci menomamente, non si può con fondamento muovere opposizione alcuna contro la validità sua ⁸³⁾. Il motivo su cui si basa la legge citata è qui ancora più giusto che in quel caso in cui il prezzo deve esser determinato non appena si verifichi la condizione; poichè qui si è realmente conchiuso un acquisto condizionale. In quello poteva dirsi solamente: *videtur quodammodo condicionalis esse venditio*; perchè mancava ancora la determinazione del prezzo, la quale è necessaria in un contratto di acquisto vero e proprio. Guglielmo BEST ⁸⁴⁾ ha quindi chiarito assai bene questo passo dicendo: « Sed quid sibi vult istud quodammodo? Soliusne modestiae est particula, non vero necessitatis? Imo necessitatis. Indicat enim illa vox, hoc pactum proprie non esse

⁷⁹⁾ *Tr. de pignorib.*, lib. I, cap. 16, n. 9, pag. 81.

⁸⁰⁾ *Ennomia rom.*, lib. XX, ad L. 19 § ult. D. *de pign. et hypoth.*

⁸¹⁾ *De Triboniano ab emblematis Wissembachii liberato*, cap. IV, § 1. pag. 293 edit. Halens.

⁸²⁾ HUBER, *Praelect. ad Pand.*, lib. XX, tit. I, § 15; WERNHER, *Observat. for.*, t. III, p. IV, obs. 62.

⁸³⁾ LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, specim. CLVIII, cor. I; WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 194, nota 216 a; GMELIN, *Saggi sui contratti*, § 63, pag. 130; THIBAUT, *Sistema del dir. delle Pandette*, vol. II, § 649.

⁸⁴⁾ *Ratio emendandi leges*, cap. XXI, § 6.

conditionalem venditionem. Eiusque rei ratio non est valde obscura. Conventio illa appellatur *venditio quodammodo conditionalis*, quia per omnia venditioni sub conditione factae non est similis; cum, quia pretii certi non est promissio, quod tamen requiritur, ut emptio omnibus suis numeris constet⁸⁵⁾; tum quia hic alius contractus, pigneraticius nempe, praecedit, et intentio utriusque non tam in eo est, ut venditio contrahatur, quam ut debitum solvatur, et restituatur pignus⁸⁶⁾. Movit itaque IC tum, et imperatores, ut hoc pactum confirmarent, novus emptiois contractus, qui huic pacto inhaeret, et ex post facto, si perficiatur, omnem metum fraudis excludit ».

Deve pur notarsi che anche nella pratica si è frequentemente reclamato in favore del patto in virtù del quale, ove non sia avvenuto il pagamento del debito, il venditore può acquistare il pegno per un prezzo determinato all'atto della convenzione o da fissarsi in seguito⁸⁷⁾.

Basandosi sui medesimi argomenti deve eccettuarsi dalla proibizione del patto commissorio quella pattuizione in virtù della quale si conviene che il pegno debba rimanere acquistato per un giusto prezzo al garante che paghi in luogo del debitore negligente. Di questo patto tratta, come di acquisto condizionale lecito, la L. ult. D. *de contrah. empt. vendit.* 18, 1, in cui SCEVOLA dice: « Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fideiussorem Lucium, cui promisit *intra triennium proximum se eum liberaturum: quod si id non fecerit die supra scripta et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia*⁸⁸⁾ *empta esse, quae creditoribus*⁸⁹⁾ *obligaverat*. quaero, cum

⁸⁵⁾ § 1 I. *de empt.*, 3, 23; L. 7 § 1 D. *de contrah. empt.*, 18, 1.

⁸⁶⁾ Arg. L. 80 fine D. *de contrah. empt.*, 18, 1; L. 12 D. *de S. C. to Macedon.*, 14, 6; L. 58 § 2 D. *pro socio*, 17, 2.

⁸⁷⁾ V. Gio. Ulr. de CRAMER. *Observ. iuris univ.*, tom. I, obs. 434; LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand. h. t.*, § 11 ed Ernest. Ferd. KLEIN, *Annali della legislazione e della scienza giuridica negli Stati prussiani*, vol. XVIII, pag. 266 segg.

⁸⁸⁾ *Gugl. BEST, Ratio emendandi leges*, cap. 21, § 10, crede che qui si debba inserire anche la parola « ei » scil. *Lucio fideiussori*.

⁸⁹⁾ HALOANDER legge qui *creditori*; meglio, però, *Gugl. BEST*, l. c., *creditori suo*.

non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, empta haberet supra scripta praedia. respondit ⁹⁰⁾, *si non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat, sub condicione emptio facta est* ⁹¹⁾ *et contractam esse obligationem* ».

Il caso qui deciso da SCEVOLA era precisamente il seguente: un debitore aveva dato al suo creditore non solo dei fondi in pegno, ma anche un fideiussore in garanzia. Però egli aveva promesso al fideiussore di liberarlo dalla garanzia entro un tempo determinato; era stato pattuito, intanto, che nel caso in cui egli non avesse mantenuto la sua promessa ed il garante avesse dovuto pagare per lui, il fondo dato in pegno al creditore sarebbe rimasto acquistato al fideiussore. Il debitore non mantenne la parola; ed il fideiussore aveva pagato per lui.

Si faceva questione se il fideiussore avrebbe potuto far valere l'acquisto pattuito in previsione di tal circostanza. SCEVOLA decide che il patto sia valido se l'intenzione delle parti era che il garante, nel caso stabilito, dovesse acquistare i fondi per un equo prezzo; non sia valido, invece, se l'intenzione delle parti mirava a questo: che il garante dovesse ritenere l'ipoteca, semplicemente per l'importare di quanto aveva pagato al creditore in luogo del debitore. E giustamente. Infatti nel secondo caso non si può riconoscere il patto commissorio. Perchè questo si abbia, non importa che il pegno cada nelle mani del creditore stesso o di un terzo: altrimenti con quanta facilità non si sarebbe potuto eludere il divieto della legge, mettendosi d'accordo col garante? E poi il garante che ha pagato pel debitore, diviene a sua volta suo creditore.

Che però egli sia un nuovo creditore, come intende obbiettare a questo punto Antonio FABER ⁹²⁾, è altrettanto poco decisivo

⁹⁰⁾ HALOANDER e BAUDOZA invece di *respondit* leggono meglio *respondi*, ed in questa lezione s'accorda anche il Codice Erlangen.

⁹¹⁾ Invece di *facta est, et*, BEST, l. c., pag. 310, vuol leggere a preferenza *facta esset*. Così pure BRECKMANN, nel *Gebauerischen Corpus iuris ad h. l.*

⁹²⁾ *Rational. in Pand. ad L. ult. pr. D. de contrah. E. V.*

quanto il pregiudizio che debba favorirsi più il garante che il creditore. Ma nel primo caso il patto è valido come compra condizionale; e a tal riguardo è perfettamente lo stesso che lo si sia concluso col creditore medesimo o col garante, perchè il debitore non soffre danno alcuno in quanto paga il debito dal valore della cosa, ed il soprappiù gli viene restituito.

Così spiegano questo frammento *Franc.* BALDUINO ⁹³), *Jac. GOTOFREDO* ⁹⁴), *Uberto GHIFANIO* ⁹⁵), *Giovanni VOET* ⁹⁶), *Guglielmo BEST* ⁹⁷) e *Giovanni Guglielmo van MUSSCHENBROECK* ⁹⁸). Se è giusta questa spiegazione sulla quale non può sussistere alcun dubbio fondato, SCEVOLA ha qui sufficientemente chiarita la differenza del patto della validità del quale egli decide, dal patto commissorio, ed è quindi evidentemente a torto che si vuole sottoporre alla proibizione di quest'ultimo quella convenzione, e si vuol affermare che il frammento delle Pandette sia stato abrogato dalla L. ult. Cod. de *pactis pignor.*, 8, 34 ⁹⁹).

§ 870.

Il patto anticretico ^{v)}.

Fra gli obblighi del creditore pignoratizio è compreso inoltre questo:

III. Che, se il pegno consiste in una cosa fruttifera, egli

⁹³) *De pignorib. et hypoth.*, cap. 17 in f.

⁹⁴) *Commentar. ad L. un. Cod. Theodos. de commiss. rescind.*, tom. I, pag. 294.

⁹⁵) *Explanat. difficilior. et celebrior. legum Codicis*, lib. VIII, ad L. 3 de *pactis pignorum*, pag. 399.

⁹⁶) *Commentur. ad Pand.*, lib. XX, tit. I, § 25 in f.

⁹⁷) *Ratio emendandi LL.*, cap. XXI, § 7-12, pag. 306 segg.

⁹⁸) *Cit. Specim. de lege commiss. in pignore*, cap. II; *Ger. OELRICH, Thes. nov. dissert. belgic.*, vol. I, tit. II, pag. 656 seg.

⁹⁹) Su questo punto sono d'accordo anche WESTPHAL, *Dir. di pegno*, § 260, nota 292, n. 3, pag. 379 seg.; — COCCEJO, in *Ius civ. contror.*, h. t., qu. 10; — EMMINGHAUS, *ad eundem*, nota f, e THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette*, parte II, § 649, i. f.

^{v)} Nel nostro codice l'anticresi è definita: un contratto, mediante il quale il creditore acquista il diritto di fare suoi i frutti dell'immobile del suo debi-

debba render conto tanto dei frutti percepiti quanto di quelli pendenti ¹⁰⁰⁾. Quest'obbligo però vien meno se al contratto di pegno

¹⁰⁰⁾ L. 1, L. 3 C. h. t.

tore, coll'obbligo di imputarli annualmente a sconto degli interessi, se gli sono dovuti, e quindi del capitale del suo credito (art. 1891); possono però i contraenti stipulare che i frutti si compenseranno con gli interessi in tutto od in parte (art. 1895). Inoltre l'anticresi non produce effetto che nei rapporti tra debitore e creditore e i loro eredi (art. 1897). Con quest'ultima disposizione, a opinione dei più, è risolta l'annosa questione dibattuta nella dottrina francese, e possibile anche sotto il regime del Cod. Albertino, se cioè l'anticresi costituisce un diritto reale o personale. Dottrina e giurisprudenza ritengono ora quasi unanimemente che la legge nostra tolga ogni carattere di realtà all'anticresi, e ne faccia invece un diritto personale, inefficace quindi nei rapporti fra il creditore possessore del fondo anticretico e gli altri creditori del debitore. Osserva il LOMONACO (*Diritto civ. ital.*, vol. unico, 1904, p. 856) che « ove la legge avesse estesi gli effetti dell'anticresi oltre la cerchia dei contraenti e dei loro eredi, tutte le garantigie del sistema ipotecario sarebbero venute meno ». Che di diritto personale si tratti afferma anche il CHIRONI (*Questioni di dir. civile*, pag. 238), il quale nega che l'anticresi sia solo modo di pagamento; essa è anche garanzia di pagamento. È modo di pagamento perchè estingue prima gli interessi del debito e poi il capitale; è garanzia perchè il debitore non può riavere il godimento della cosa prima dell'intera soddisfazione del debito. Partendo da questi concetti (v. anche dello stesso, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche*, ecc., I, pag. 584) l'illustre professore di Torino arriva a toglier di mezzo alcune obiezioni che ancora potrebbero sollevarsi contro la personalità del diritto di anticresi; egli non ammette che dalla legge possa desumersi un diritto di ritenzione esperibile dal creditore contro chiunque; e conclude che « l'elemento della guarentigia si confonde con l'altro del modo di pagamento, ma nei rapporti con gli altri creditori questo secondo carattere toglie il sopravvento, ed a buon diritto, perchè a considerarlo come diritto di guarentigia il godimento contrasterebbe apertamente con tal contenuto; e come diritto del godimento ha solo ragion d'essere nella estinzione del debito. Perciò ingiustamente verrebbe invocata contro gli altri creditori; in difetto di prelazione il patrimonio del debitore deve fornire a tutti un'eguale garanzia, nè il creditore anticretico può ottenere il pagamento dell'aver suo a preferenza degli altri creditori fra i quali si apre il concorso: la ritenzione ha vigore rispetto al debitore ed ai suoi eredi perchè in virtù del patto non possono opporsi a che il pagamento segua in uno dei modi convenuti ». Essendo dunque il diritto di anticresi meramente personale, non producendo alcun effetto rispetto a' terzi, non entra punto nel novero delle cause legittime di prelazione, le quali del resto sono tassativamente indicate agli art. 1950 e segg. Come già si è accennato il creditore ha il diritto di ritenere l'immobile che gli si è consegnato in anticresi sino all'intero pagamento del suo credito, sempre nei limiti dei suoi rapporti col debitore.

Egli può valersi di tale diritto anche per la sicurezza di un nuovo credito contratto conformemente alla disposizione dell'art. 1888 c. c.; tal diritto poi

è stato unito il *patto anticretico*. Sotto questo nome s'intende il patto col quale è stato concesso al creditore il godimento della cosa oppignorata, così che egli è in diritto di appropriarsi annualmente i frutti in luogo degli interessi dovutigli ¹⁾. La denominazione stessa proviene dal greco; però non si è ancora d'accordo se la si debba far derivare da *χρήσαι* che significa *utendum dare* o da *χρίσθαι*,

¹⁾ Son degne di nota le seguenti opere: *Wolfg. Ad. LAUTERBACH, Disquisit. de iure ἀντιχρήσιω*; Tubinga 1654; *Enr. COCCEJO, Disput de antichresi*, Heidelberg 1678 (in *EIUS, Exercitat.* vol. I, n. 29); *Gio. Fil. STREIT, Diss. de antichresi*, Erford. 1706; *Gio. Gugl. MAN, Diss. de pacto antichretico*, Utrecht 1709; *Ug. Franc. HUNOLD, Diss. de pacto pignoris antichretico*, Erford 1721; *Corr. Gugl. STRECKER, Diss. de pacto antichretico*, Erf. 1726; *Ern. BROKES, Diss. de antichresi, quatenus est usurariae pravitatis involucrem, cautelis eliminanda*, Vitemberga 1734; *Ern. Gio. Fed. MANTZEL, Positiones inaug. de limitibus contractus antichretici*, Rostoch 1738; *Aug. A. LEYSER, De pignore antichretico*; in *EIUS, Meditat. ad Pand.*, specim. CLVII; *Ger. Fed. SCHORCH, Pr. de usu pignoris a debitore loco usurarum concesso*, Erf. 1748; *Crist. Fed. TÖNNE von LÜTTICHAU, Esame giuridico matematico della teoria del suppegno fruttifero (nei Saggi misti giuridico-matematici, Altona 1769, 8, dello stesso) n. 1*; *God. Dan. HOFFMANN, Ictus mathematicus et in specie analysta circa antichresin*, Tub. 1767; *Sam. Rain. WEBER, Tract. iurid. mathemat. de pacto antichretico*, Gottinga 1772; *Garlieb. HANKER, Diss. de vera indole et natura antichreosus*, Giessen 1783 e *Giorg. HAPPEL, I diritti del creditore rispetto al pegno manuale ed ai pegni anticretici specialmente nell'apertura del fallimento*, Giessen e Darmstadt 1802, 8.

è indivisibile come quello risultante dal pegno (art. 1889 e 1896). Il creditore, però, non diviene proprietario dell'immobile per la sola mancanza del pagamento nel termine convenuto; qualunque patto in contrario è nullo (art. 1894); quando il creditore anticretico non venga pagato può ricorrere all'autorità giudiziaria per chiedere la spropriazione del fondo contro il suo debitore (art. 1894). Il creditore, poi, ha vari obblighi: in primo luogo deve usare dell'immobile anticretico ed amministrarlo da buon padre di famiglia; epperò deve provvedere, sotto pena dei danni, alla manutenzione ed alle riparazioni necessarie dell'immobile (art. 1892, 1.º alinea). Può però prelevare tali spese sui frutti (art. 1892, 2.º alinea). Il creditore, se non fu convenuto diversamente, è tenuto a pagare i tributi ed i pesi annui dell'immobile che tiene in anticresi (art. 1892). Ma da' tributi ed altre obbligazioni può liberarsi costringendo il debitore a riprendere il godimento dell'immobile, purchè non abbia rinunciato a questo diritto (art. 1893). Finalmente il creditore è tenuto a restituire il fondo appena sia stato completamente soddisfatto (art. 1893).

utendum accipere seu uti ²⁾). Questo è certo: che la parola *antichresis* secondo l'etimologia significa lo stesso che *mutuus usus*, reciproco uso, e vien presa in parte per il patto col quale si è convenuto fra le parti un uso reciproco di cose diverse, in parte per il diritto di uso acquisito per mezzo di tale patto, in parte per l'oggetto di tal diritto o la cosa stessa che, in virtù di esso patto, è stata concessa ad altri.

Questo patto è frequentissimo nel contratto di pegno, non però così peculiare ad esso, che non possa esser conchiuso anche in occasione di altri negozi; poichè la natura dell'antichresi non consiste in una garanzia qualunque ottenuta dal creditore, sibbene nel dover egli godere dei frutti di una cosa in luogo di ricevere interessi. E perciò la si può concepire anche senza l'oppignoramento della cosa e può aver luogo in ogni e qualunque contratto, tanto nominato quanto innominato, con cui i contraenti si riservino il reciproco uso di cose diverse ³⁾. Gli esempi che noi riscontriamo nelle leggi ⁴⁾, di tale antichresi, non originata da alcun oppignoramento, pongono ciò fuori dubbio. Nondimeno molti ⁵⁾, con CUIACIO ⁶⁾, sostengono l'opinione contraria; questi insegna: ἀντίχρησις est species pignoris ita dati, ut donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur fruatur in vicem usurarum.

Però, se non può negarsi che le leggi facciano abitualmente menzione ⁷⁾ dell'antichresi a proposito del contratto di pegno e

²⁾ V. Claud. SALMASIO, *Tr. de modo usurarum*, cap. 14; Arn. VINNIO, *Select. iuris quaestion.*, lib. II, cap. 7; Ger. NOODT, *Observation.*, lib. II, cap. 9.

³⁾ V. Eur. COCCEJO, *Diss. cit. de antichresi*, § 3-6 ed Gio. Jac. KEES, *Commentat. ad L. 8 D. in quibus causis pignus vel hypoth. tacite contrahitur*, Lipsia 1811, pag. 12 segg.

⁴⁾ L. 6 C. *Quod cum eo, qui in aliena potest.*, 4, 26. L. 14 C. *de usuris*, 4, 32.

⁵⁾ Janus a COSTA, in *Commentat. ad § 7 I. de action.*; Fed. Es. a PUFENDORF, *Observation. iuris civ.*, tom. II, obs. 169; WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 66, nota 89, pag. 125; HANKER, *Diss. de vera indole et natura antichreseos*, § 4 ed i più.

⁶⁾ *Observation.*, lib. III, cap. 35.

⁷⁾ Perciò il giureconsulto MARCIANO nel suo *Liber singularis ad for-*

perciò indichino con questo nome in senso proprio il godimento dei frutti del pegno in luogo degli interessi ⁸⁾, non può affermarsi come necessaria conseguenza che l'anticresi sia una specie del pegno o del contratto di pegno, come non può dirsi che il patto commissorio sia una specie del contratto di acquisto.

I luoghi di diritto romano che trattano dell'anticresi ce ne faranno conoscere più intimamente la natura.

Vi si riferiscono i seguenti passi:

1.º L. 33 D. *h. t.*: « Si pecuniam debitor solverit, potest pigneraticia actione uti *ad recipiendam ἀντίχρησις*: nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti ».

Qui si tratta di un caso in cui al contratto di pegno era stato aggiunto il patto anticretico, ed il debitore, dopo estinto il debito, reclamava il pegno anticretico. Quindi, la parola *antichresis* vi è usata nel senso di cosa che viene oppignorata al creditore *sub pacto antichretico*. Se, in questo caso, il creditore ne rifiutava la restituzione, senza dubbio l'*actio pigneraticia* aveva buon fondamento; quindi le parole *hoc verbo poterit uti* significano lo stesso che *hac formula*, od *hac actione poterit uti* ⁹⁾. La decisione vien fondata sul fatto che in questo caso è stato concluso un contratto di pegno.

Questo è incontestabilmente il senso delle parole: *cum pignus sit*, che SALMASIO ¹⁰⁾, senza alcun motivo, ritiene un glossema.

2.º L. 11 § 1 D. *de pignorib. et hypoth.* 20, 1, : « Si ἀντίχρησις ¹¹⁾

mulam hypothecariam trattava anche dell'anticresi, come risulta dalla L. 33 D. *de pignorat. actione*.

⁸⁾ Negli Scolii dei *Basilici*, tom. IV, p. 30 è detto: Ἀντίχρησις ἔστιν, ὅτι τοῦ ὑποδιδυμένου ἀργοῦ τοῦς ἀξιοῦς ἀντὶ τόκων διελευθάνω. I. E. ANTI-CHRESIS est, cum quis fundi pignerati fructus in vicem usurarum percipit.

⁹⁾ Il significato di *verbum per formula seu actio* si deduce anche da altri luoghi: L. 4 § 2 D. *de vulgari et pupill. substitut.*, 28, 6; L. 35 Cod. *de inoff. testam.*, 3, 28; L. 2 Cod. *de bonis vacantib.* 10, 10; V. BARN. BRISSONIO, *De verbor. significat.*, voc. *Verbum*, e WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 66, nota 89, pag. 125.

¹⁰⁾ Loc. cit. Anche i *Basilici*, tom. IV, pag. 12, hanno ἡ ἀντίχρησις ἐπιχρησίων ἔστιν.

¹¹⁾ La *Vulgata* qui legge: *id est, mutuus pignoris usus pro credito*. Ma

facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in *factum actione uti* ».

Qui la parola *antichresis*, come ha osservato assai giustamente NOODT¹²⁾ contro SALMASIO, è presa nel senso di *patto anticretico*; questo era stato conchiuso senza oppignoramento della cosa: secondo il patto il creditore doveva ritenere il possesso del fondo come pegno, fin tanto che il capitale fosse stato rimborsato, e godere dei frutti in luogo degli interessi; però egli aveva già antecedentemente perduto il possesso. Si domandava quindi che azione spettasse al creditore per ottenere il risarcimento. MARCIANO decide per l'*actio in factum*. Quei giuristi i quali immaginano che un'anticresi non possa concepirsi senza un diritto di pegno, si trovano in non piccolo imbarazzo per causa di questa decisione. CUIACIO¹³⁾ crede di evitare la difficoltà nel modo più facile dicendo con AZO che l'*actio in factum*, di cui qui si fa menzione, non esclude l'azione ipotecaria. È d'accordo con lui anche WESTPHAL¹⁴⁾, il quale parimenti crede che l'*actio in factum* data in questo caso non sia altra in *effectu* che l'azione ipotecaria.

Ma già in contrario Renardo BACHOV¹⁵⁾ ricordava, non senza fondamento, che in tema di oppignoramenti in nessun caso si era pensato all'*actio in factum*, e che al giureconsulto romano sarebbe

queste parole mancano nel manoscritto fiorentino delle *Pandette*, ed anche nei *Basilici*, tom. IV, pag. 34, non vi sono [Cnf. HEIMBACH, III, 69, XI]. Nè anche si leggono nel nostro Codice Erlangen. Non senza fondamento perciò LAUTERBACH in *Diss. de iure antichrescos*, p. 2, le ritiene un glossema. È ridicolo poi che i Glossatori, per ignoranza del greco, abbiano letto *antiphona* in luogo di *αντιχρησις*, parola che qui, come osserva anche Andr. ALCIATO, *Dispuntion.*, lib. II, cap. 3, non ha senso alcuno.

¹²⁾ *Observation.*, lib. II, c. 9.

¹³⁾ Lib. III *Observation.*, cap. 35 in f.

¹⁴⁾ *Diritto di pegno*, § 66, nota 89, pag. 125.

¹⁵⁾ *Tr. de pignoribus et hypothec.*, lib. III, cap. 19, nr. 2, pag. 234.

stato facile nominare l'azione ipotecaria se avesse creduto che in questo caso avesse potuto aver luogo. Piuttosto, egli dice, il motivo per cui il giureconsulto romano in questo caso concede soltanto un'azione personale sta in ciò: che il creditore, per mezzo dell'antieresi, *tanquam ex personali obligatione*, acquista solo il diritto di godere dei frutti della cosa. Egli però, su questo punto, non osa affermar niente con certezza. *Gherardo NOODT* ¹⁶⁾ con maggior ardore cerca di districare la matassa. Egli porta il suo contributo alla correzione del testo, e legge invece che *in factum actione, HAC ACTIONE*, per la quale egli intende allora l'azione ipotecaria di cui tratta il titolo delle Pandette sotto il quale è posto il frammento di MARCIANO. Ma *Giov. IENSIO* ¹⁷⁾, *Feder. Isaia von PUFENDORF* ¹⁸⁾, *POTHIER* ¹⁹⁾ e *WESTPHAL* ²⁰⁾ hanno ripudiato con ragione questo emendamento altrettanto artificioso quanto inutile. Per l'esattezza del testo non soltanto depongono i *Basilici* ²¹⁾, nei quali le ultime parole del nostro frammento sono tradotte: *καὶ ἐκπίπτων τῆς νομῆς περὶ τοῦ πράγματος ἀγωγὴν κινεῖ*; ma anche la natura del patto antieretico, il quale in sè non conferisce alcun diritto di pegno, mostra necessario il mantenimento della lezione, di cui inoltre si rende impossibile la modificazione per l'esatta concordanza di tutti i manoscritti e di tutte le edizioni delle Pandette. Anche lo scoliasta dei *Basilici* ²²⁾ fa menzione in via principale dell'*actio in factum*, e precisa al tempo stesso il motivo per cui l'azione ipotecaria non può aver luogo; egli dice: *Ὁὐ τὴν Σερβιανῆν, ἀλλὰ τὴν ἐν φάκτουρ. οὐ γὰρ ἐνέχυρόν ἐστι χυρίως, ἀλλὰ πύγγορις λόγῳ τὴν ἀντίχρησιν ἔχει*. i. e. « Non Serviana, sed in

¹⁶⁾ *Observation.*, lib. II. cap. 9.

¹⁷⁾ *Strictur. ad rom. iuris Pandectas*; L. 11 § 1 I. *de pignorib.*, pag. 140.

¹⁸⁾ *Observation. iuris univ.*, tom. II, obs. 169.

¹⁹⁾ *Pandectae Iustinian.*, tom. I, lib. XX, tit. 1, n. XXV, nota d, pag. 561.

²⁰⁾ *Diritto di pegno*, § 66, nota 89, pag. 125.

²¹⁾ Tom. IV, lib. XXV, tit. 2, const. 11, § 1, pag. 49 [HEIMBACH, t. III, pag. 69].

²²⁾ Tom. IV, pag. 49, scol. s (HEIMBACH, tom. III, pag. 69, XI, 2).

factum: non enim proprie pignus est, sed pignoris loco *antichresin* habet ». Che nel testo non si tratti di un suppegno anticretico lo danno del resto così chiaramente ad intendere le parole: « *eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur* » che si deve restar giustamente meravigliati come il grande NOODT sia potuto cadere in una correzione tanto sconveniente.

Molto più ingegnoso è il ragionamento di *Ulrico HUBER*²³⁾, e le sue parole a questo proposito meritano qui posto. Egli dice: « *Mihi sic videtur pignus et antichresin esse duas res distinctas, et ex earum coniunctione nasci pignus antichreticum. Ex hoc hypothecariam actionem dari, non est ratio dubitandi. Sed in hoc § 1 antichresin solum creditor accepisse proponitur, hoc est, contentio, qua convenit, ut creditor usurarum loco certi praedii fructus percipiat, est celebrata, nihil amplius. De iure pignoris nihil est dictum, et tamen sine speciali de pignore conventionione non constituitur expressum pignus: etsi, quando creditori praedium conceditur ad fructus in vicem usurae inde percipiendos, ea res loco pignoris sit. Verum sine conventionione de pignore non potest, inquam, actio hypothecaria nasci; ideoque personalis in factum duntaxat, non contra tertium, sed adversus debitorem, qui illam conventionem debito principali adiecit, datur. De pignoris iure constituto nihil hic est proditum. Nam quod attinet ad verba, mutuus pignoris usus, illa non sunt MARCIANI, sed interpretis, graecam vocem ἀντιχρησις interpretantis: quae tamen nihil, quam mutuum usum denotat ».*

Con HUBER è pure d'accordo *Pietro VON GREVE*²⁴⁾, in quanto dice: « *Antichresis* differt a pignore, nam si, cui antichresis concessa est, amiserit possessionem, non habet *actionem hypothecariam*, sed utitur *actione in factum* ».

Se nel caso di cui parla MARCIANO fosse realmente avvenuto un oppignoramento, e se, come abitualmente si insegna, senza il

²³⁾ *Ennomia romana*, lib. XX, ad L. 11 § 1 D. *de pignorib.*, § 2, pagina 726 segg.

²⁴⁾ *Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora*, exerc. XV, parte II, pag. 373.

medesimo non potesse concepirsi un patto anticretico, non si potrebbe capire perchè al creditore, in caso di perdita del possesso, non competerebbe l'*actio pigneraticia contraria* contro il debitore, al modo stesso che questi, dopo estinto il debito, può valersi dell'*actio pigneraticia directa* contro il creditore. Appunto ciò ricorda assai giustamente anche Edmondo MERILLIO ²⁵⁾ contro la comune dottrina dei giuristi; soltanto io non posso essere d'accordo con lui quando per l'*actio in factum* egli vuol intendere un'azione pretoria, *quae datur deficientibus aliis actionibus*. Per qual motivo non dovrebbe qui aver luogo l'*actio in factum praescriptis verbis*? Il debitore aveva concesso il possesso di un fondo al creditore che gli lasciava l'uso di un capitale, appunto perchè godesse dei frutti in luogo di interessi. Non era stato conchiuso dunque un semplice prestito, ma un contratto innominato che MARCIANO chiama ἀντίχρησις. Che qui si tratti di un'azione comune in simile caso, e quindi dell'*actio praescriptis verbis*, lo provano anche le parole: « SOLET in factum actione uti ». E così si combatte anche l'opinione di Enrico COCCEIO ²⁶⁾ il quale vuol intendere il frammento di MARCIANO riferendolo ad un caso in cui il patto anticretico era stato aggiunto al contratto di pegno *ex intervallo*, ed in ciò fa consistere la ragione per la quale qui non ha avuto luogo l'*actio pigneraticia contraria*. La L. 39 D. h. t., alla quale egli fa richiamo, non concerne un caso simile, perchè non vi si fa parola di alcun patto anticretico: al creditore era stato concesso il godimento del fondo oppignorato perchè egli si rifondesse così, non degli interessi, ma del capitale. Ed anche in questo caso non si disputava di un'azione qualunque ²⁷⁾.

3.º L. 6 Cod. *Quod cum eo, qui in aliena potestate*, IV, 26: « Si servus tuus sine permissu tuo accepta pecunia mutua in usurarum vicem habitandi facultatem concessit, nullo iure adversarius tuus hospitium ex hac causa sibi vindicat, cum te servi factum

²⁵⁾ *Observation.*, lib. VIII, cap. 23 in f.

²⁶⁾ *Diss. de antichresi*, P. 8.

²⁷⁾ Sulla L. 39 h. t. vedasi WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 15, nota 29, pag. 42 seg.

non obligaverit: et ingrediens rem tuam contra vim eius auctoritate competentis iudicis protegeris ».

Anche in questo caso il patto anticretico era stato conchiuso senza oppignoramento della cosa e non vi sarebbe stato nulla da opporre contro la validità del medesimo se anche lo schiavo non lo avesse conchiuso senza il consenso del suo padrone, come risulta dai passi seguenti.

4.° L. 14 Cod. *de usuris*, IV, 32: « Si ea pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit, ut vice usurarum inhabitaret, pactoque ita ut convenit usa est, non etiam locando domum pensionem redegit, referri quaestionem, quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio, non ideo tamen illicitum fenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur ».

Senza dubbio qui si tratta di patto anticretico, ma non di oppignoramento.

Di oppignoramento anticretico tratta invece il seguente passo:

5.° L. 17 Cod. *eodem*: « Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem tuum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum eventum rescindi placita non possunt ».

Dalle citate leggi si desumono ora i principi seguenti:

1.° Il patto anticretico non solo può esser unito al contratto di pegno come patto accessorio, ma può anche esser conchiuso senza oppignoramento della cosa a guisa di contratto innominato. Nel secondo caso, come nota assai giustamente *Enrico Cocceio* ²⁸⁾, col quale è d'accordo anche *Gofr. Dan. Hoffmann* ²⁹⁾, si ha un contratto *do ut facias*, non *do ut des*, poichè la parola *dare* nel linguaggio giuridico romano esprime trasferimento della proprietà ³⁰⁾, mentre qui è questione di una semplice concessione del

²⁸⁾ *Diss. cit. de antichresi*, P. 3.

²⁹⁾ *Diss. sub tit. Iureconsultus mathematicus et in specie analysta circa antichresin et interusurium*, Tubinga 1767, sect. I, § 11.

³⁰⁾ § 14 I. *de actionib.*, 4, 6.

possesto e dell'uso di una cosa. Negozi questi che non si qualificano per una *datio*, ma per una semplice *traditio*, e questa si ritiene un *factum* ³¹⁾. L'azione che ne nasce è, come superiormente ci insegnava MARCIANO ³²⁾, l'*actio in factum praescriptis verbis*, la quale come *actio bonae fidei* è rivolta a tutto ciò che l'equità richiede, e quindi anche alla prestazione dell'interesse se per caso la cosa concessa anticreticamente sia evitta. Se il debito vien pagato non ha luogo, come afferma HOFFMANN ³³⁾, la *condictio sine causa*, poichè in questo caso il debitore conserva invariato il suo diritto di proprietà ³⁴⁾, sibbene la *rei vindicatio* o l'*actio in rem publiciana*. Se invece il patto anticretico è stato aggiunto al contratto di pegno, allora, come parimenti ci insegnava MARCIANO ³⁵⁾, ha buon fondamento l'*actio pigneraticia*, derivante dal contratto di pegno.

II. Il patto anticretico presuppone sempre una espressa convenzione. Molti ³⁶⁾ veramente affermano con CUIACIO ³⁷⁾ che questo patto possa esser conchiuso anche per tacito accordo, il quale precisamente dovrebbe ammettersi nel caso in cui il debitore abbia concesso in pegno al creditore una cosa fruttifera, senza formare una speciale convenzione pei frutti. A questo proposito si fa richiamo alla L. 8 Dig. *in quib. caus. pig.*, 20, 2 già su-

³¹⁾ L. 28 D. *de verbor. obligat.*, 45, 1. Vedasi Gio. van NECK, *Diss. ad L. ult. D. de condict. causa data*, cap. 2 (Ger. OELRICH, *Thes. nov. dissertat. iuridic. belgicar.*, vol. II, parte II, pag. 393 seg.).

³²⁾ L. 11 § 1 D. *de pignorib. et hyp.*

³³⁾ Loc. cit.

³⁴⁾ Vedasi il titolo: *de conditione sine causa*, § 836, P. 13 di questo *Commentario*, pag. 183 segg.

³⁵⁾ L. 33 D. *h. t.*

³⁶⁾ VOET, *Comm. ad Pand., h. t.*, § 23; Ger. NOODT, *Tr. de foenore et usuris*, lib. II, cap. 9; Io. Frid. EISENHART, *Diss. rationem computationis fructuum ex pacto anticretico perceptor. sist.* (in *Opuscul.*, n. XV), sect. I, § 2; Jos. Mar. SCHNEIDT, *Specim. arithmeticae sublimior. et politicae ad materiam de usuris, antichresi, interusurio et redditibus annuis applicatae*, Virceburgi 1784, cap. 3, § 64; Conr. Wilh. STRECKER, *Diss. de pacto anticretico*, § 14 segg. e i più.

³⁷⁾ *Observation.*, lib. VIII, cap. 17.

teriormente citata, dove PAOLO dice: « Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere ». Ma, come già da parecchio hanno dimostrato BACHOVIO ³⁸), VINNIO ³⁹) e Samuele COCCEIO ⁴⁰), che qui non si tratti di una *antichresis tacita* risulta evidentissimamente dal fatto che, secondo la legge citata, il creditore può ritenere i frutti fino all'ammontare degli interessi legàli, gli eccedenti deve dedurli a scomputo del capitale; mentre, al contrario, l'essenza dell'antichresi consiste in questo: che il creditore deve sodisfarsi con i frutti dei soli interessi, senza con ciò ridurre il capitale ⁴¹). Perciò nel primo caso il creditore deve render conto dei frutti, e gli vengon computati anche quelli non percepiti ⁴²); questo computo, invece, manca nel patto anticretico ⁴³) perchè qui il creditore, essendo incerto l'ammontare dei frutti, non è tenuto alla misura legale degli interessi — come rescriveva l'Imp. FILIPPO nel passo su mentovato L. 17 C. *de usuris*, 4, 32. E poichè egli ritiene, senza che gli vengano computati, i frutti annuali in luogo degli interessi, non può sorgere alcuna questione sulla quantità di frutti che abbia potuto raccogliere, perchè in questo caso, al creditore che percepisce i frutti esclusivamente a suo vantaggio, non può essere addebitata colpa alcuna; questa infatti influisce solo sui *fructus percipiendi* ⁴⁴).

III. Poichè l'essenza del patto anticretico è riposta in questo, che il creditore deve ritenere tutti i frutti della cosa, senza computo di sorta, ed ascriverli in luogo degli interessi del proprio capi-

³⁸) *Tr. de pignor. et hypoth.*, lib. I, cap. 14, n. 3 e 4.

³⁹) *Select. iuris quaest.*, lib. II, cap. 7.

⁴⁰) *Iur. civ. controuv.*, h. t., qu. 4.

⁴¹) V. HAPPEL, *Diritti del creditore in rapporto ai pegni manuali*, sezione IV, pag. 230 segg. ed HANKER, *Diss. de vera indole et natura antichreseos*, § 8.

⁴²) L. 1, 2 e 3 C. *h. t.*; L. 2 C. *de partu pignoris et omni causa*, 8, 24; L. 1 C. *de distract. pignor.*, 8, 27.

⁴³) V. Gio. Gugl. ENGELBRECHT, *Diss. de creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato*, Helmst. 1724, § 7 segg.

⁴⁴) § 2 I. *de officio iudicis.*, 4, 17.

tale, non lo si può scambiare con quella convenzione, in virtù della quale il creditore vien semplicemente autorizzato a ritenere i frutti della cosa fino all'importare degli interessi legali, con l'obbligo però di detrarre l'eccedenza dal capitale o consegnarla annualmente al debitore. PAPINIANO porge esempio di una convenzione di tal sorta, nella L. 1 § 3 D. *de pignor. et hypoth.*, 20, 1 ove dice: « Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis *fructus hypothecarum* usuris compensarentur fini legitimae usurae ⁴⁵⁾. quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit, cum ad diem minore faenore non soluto *legitimae maiores usurae* stipulanti recte promitti potuerunt ».

È stato notato molto giustamente, con CUIACIO anche da WESTPHAL ⁴⁶⁾, che qui non ci troviamo di fronte ad una vera anticresi, e s'intende che anche in questa convenzione il creditore debba necessariamente rendere i conti ⁴⁷⁾.

Lo stesso dicasi del caso trattato nella Novella 120 cap. 4, ove è detto: « Si contingat ut quaedam ex dictis venerabilibus domibus ad fiscalia tributa, vel aliam quancunque necessitatem venerabili domui incidentem, pecunia indigeat: liceat administratoribus earum rem immobilem obligare, et speciali pignori dare, ut creditor eam rem possideat, et *fructus eius colligat, sibi que partim in ipsam pecuniam creditam, partim in usuras, quarta parte centesimae non maiores, imputet*. Si debitum solvant, qui venerabili

⁴⁵⁾ Nei *Basilici*, tom. IV, pag. 32 è detto: *μέγιστοι τοῦ νομίμου τόκου*. E perciò nel caso contemplato dal passo era stato stipulato il massimo degli interessi legali — quindi *usura centesima* — qualora il debitore nel tempo stabilito non avesse pagato gli interessi minori stipulati. Questa *centesima pars sortis in singulos menses* vien chiamata a preferenza anche *usura legitima*. L. 9 § 1 D. *de usuris*, 22, 1; L. 8 C. *si certum petat.*, 4, 2. Vedi POTHIER, *Pandectae iustinian.*, tom. I, tit. *de usuris*, n. XXI, nota a e n. XXIX, pag. 623; NOODT, *De foenore et usuris*, lib. II, cap. 3; van BYNCKERSHOEK, *Observation. iur. rom.*, lib. VI, cap. 19. Lo scoliasta greco dei *Basilici*, tom. IV, pag. 48, spiega *legitimae usurae* con τοῦ ἡμι-*κροτιστιου*, i. e. *semissalis*.

⁴⁶⁾ *Diritto di pegno*, § 64, nota 87.

⁴⁷⁾ V. HANKER, cit. *Diss.*, § 5.

domui praefuerunt, vel ex fructibus creditori satisfiat: res ad venerabilem domum, a qua data est, rursus redeat »⁴⁸⁾).

IV. Da tutto ciò risulta chiaramente che quando deve aver luogo una vera anticresi non solo si debbono promettere gli interessi, ma deve espressamente esser convenuto che il creditore, in loro vece, debba ritenere e godere i frutti della cosa. Se, quindi, non sono stati convenuti affatto gli interessi, o non si è pattuito niente intorno ai frutti, il creditore non può far uso a suo vantaggio della cosa oppignoratagli, nè appropriarsi i frutti in luogo degli interessi⁴⁸⁾, ma deve imputarli a deduzione del capitale, degli interessi però solo in quanto sussista un motivo giuridico a ciò, e restituire il soprappiù al debitore; deve, per conseguenza, render conto dei frutti, fra i quali possono quindi essergli computati anche i frutti non percepiti⁴⁹⁾).

V. Quantunque il patto anticretico sia permesso in diritto romano non può però servire a mascherare un interesse non consentito, sebbene esso non sia proprio ristretto entro i limiti della misura legale degli interessi, come provano chiaramente le L. 14 e 17 Cod. *de usuris*, 4, 32 superiormente citate.

Il diritto canonico, veramente, disapprova questo patto perchè permette al creditore di godere dei frutti della cosa in luogo degli interessi, fatto questo che quel diritto condanna⁵⁰⁾. Il cre-

⁴⁸⁾ § 6 I. *de obligat. quae ex delicto*, 4, 1; L. 54 D. *de furt.*, 47, 2.

⁴⁹⁾ L. 1, 2, 3 e 12 Cod. *h. t.*; L. 1 Cod. *de distract. pignor.*, 8, 27.

⁵⁰⁾ Cap. 1 e 2 X. *de usuris*; cap. 7 e 32 X. *de iureiur.*: cap. 4 X, *de pignorib.*; GONZALEZ TELLEZ, *Commentar. ad cap. 6 X. de pignorib.*, tom. III, pag. 378 segg.

⁴⁸⁾ Secondo l'ediz. MOMMSEN: « Si vero contigerit aliquam praedictarum venerabilium domorum nomine fiscalium tributorum aut alterius cuiuslibet supervenientis necessitatis venerabili domui pecuniis egere, liceat eius ordinatoribus immobilem rem [aut] supponere et dare in speciale pignus, ut creditor possideat eandem rem et eius fructus colligat et reputet sibi tam in his creditis pecuniis quam in usuris, non autem maioribus quam quarta parte centesimae. Si vero persolverint debitum praepositi eiusdem venerabilis domus aut ex fructibus adimpleatur creditum, redeat iterum res ad venerabilem domum ex qua data est ».

ditore secondo il diritto canonico può solo detrarre i frutti dal capitale, e se in tal modo il capitale è stato rimborsato, deve restituire il pegno senza indugio ⁵¹).

Nondimeno anche nel diritto canonico si eccettuano due casi, nei quali vien permesso al creditore di computare i frutti in luogo degli interessi e non a diminuzione del capitale, essi sono: 1.° quando un vassallo oppignora anticreticamente il *feudum* al suo signore ⁵²); 2.° quando il marito in garanzia della dote promessagli abbia ottenuto nel frattempo dal suocero un pegno anticretico ⁵³).

Ma in Germania negli oppignoramenti fu sempre usato il patto anticretico, ed i principî del diritto canonico non hanno avuto il potere di togliergli valore. Ciò con molti documenti medioevali fu provato dal BÖHMER ⁵⁴).

VI. Per analizzare più minutamente la conformazione giuridica del patto anticretico la maggior parte dei giuristi ⁵⁵) distingue se

⁵¹) Cap. 6. X *de pignorib.*; cap. 8 X. *de usuris*; Jan. a COSTA, *Commentar. in Decretales ad cap. 6 X. de pignorib.*, pag. 517.

⁵²) Cap. I X. *de feudis*. Quivi INNOCENZO III rescrive: « Insinuatione praesentium declaramus, quod gageria, quam de feudo ecclesiae tuae ad M. dignosceris recepisse, a te potest libere detineri, *fructibus non computatis in sortem*, ita videlicet, ut, quam diu fructus illos ceperis, in sortem minime computandos, idem M. a servitio, in quo tibi et ecclesiae tuae pro feudo ipso tenetur, interim sit immunis ». *Gageria* significa qui un suppegno anticretico. Vedasi ROEHMER, in edit. *Corp. iur. canonici. ad hoc cap.*, pag. 485, ed *Ant. Dad. ALTESERRA, Innocentius III*, ad idem capit., pag. 423.

⁵³) Cap. 16 X. *de usuris*, ove INNOCENZO III dà la seguente decisione: « Sane generum ad *fructus* possessionum, quae sibi a socero sunt pro numerata dote pignori obligatae, *computandos in sortem*, non credimus compellendum: cum frequenter dotis fructus non sufficiant ad onera matrimonii supportanda ». Qui invece che *numerata* si deve leggere con ALTESERRA, loc. cit., *numeranda*.

⁵⁴) *Ius. Eccles. protest.*, t. V, lib. V, tit. 19, § 28.

⁵⁵) LAUTERBACH, *Diss. de iure antichreseos*, 44 e segg. e in *Colleg. th. pr. Pand. h. t.*, § 8; BERGER, *Oecon. iur.*, lib. III, tit. 2, § 15; COCCEJUS, *Jur. civ. controver.*, h. t., qu. 5; STRECKER, *Diss. de pacto antichretico*, § 8; HOFFMANN, *Diss. de antichresi*, sect. I, § 7; WESTPHAL, *Dir. di pegno*, § 65; HOFACKER, *Princip. iuris civ. rom. germ.*, tom. II, § 1201; MALBLANC, *Princip. iuris rom.*, parte II, sect. II, § 571 e GMELIN, *Studi sui contratti*, § 44.

gli utili della cosa oppignorata consistono in rendite certe, l'importo annuale delle quali può essere esattamente determinato; se, per esempio, le rendite consistono in interessi in denaro i quali debbono essere annualmente, senza variazioni, pagati dai debitori; o se essi consistono in rendite incerte il cui importare non è uguale d'anno in anno, ma dipende dalla vegetazione o dal valore casuale dei frutti.

Nel primo caso, si dice, il godimento non dovrebbe eccedere la misura degli interessi legali; il creditore dovrebbe dunque detrarre l'eccedenza dal capitale, altrimenti si renderebbe colpevole di un'usura vietata.

Nel secondo caso, in vece, per l'incerto importo dei frutti, non si terrebbe conto tanto esattamente della misura legale degli interessi; e perciò il creditore non sarebbe anche in questo caso, come nel primo, obbligato a dar conto dei frutti ritratti dalla cosa: dovesse pure l'importo annuale dei frutti ricavati dalla cosa essere normalmente tanto considerevole che anche nelle annate di medio introito, anzi in quelle cattive, superasse ancora, in modo significante, tale misura.

Altri però non accolgono questa distinzione; e, alla loro volta, essi si dividono in due campi. Gli uni ⁵⁶⁾ non ammettono assolutamente alcuna eccedenza degli interessi, e perciò ritengono il creditore anticretico obbligato in ogni caso alla resa dei conti. Infatti le leggi romane non permetterebbero su questo punto alcuna norma generale, ma parlerebbero semplicemente di casi speciali in cui o non poteva conseguirsi la certezza sugli utili o, per lo meno, il legislatore riteneva impossibile in quelle date circostanze un tale accertamento. Per esempio, il debitore reclamava contro l'iniquo interesse dovuto al creditore, prima ancora che fosse trascorso il tempo per la durata del quale era stato concluso il patto anticretico.

⁵⁶⁾ Nic. PRAGEMANN, *Diss. de processu liquidationis in antichresi*. Jena 1718; God. Lud. MENCKEN, *Diss. Nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum*, Lipsia 1745; Ant. SCHULTING, *Thes. controversar.*, decad. LXXIX, p. 10 e specialmente HAPPEL, *Diritti dei creditori relativamente ai pegni manuali*, sez. IV, pag. 362 segg.

In questo caso, giusta la L. 17 Cod. *de usuris*, 4, 32 il debitore non avrebbe potuto temporaneamente esser accolto con favore, perchè, quando anche il creditore nelle prime annate avesse guadagnato, facilmente avrebbe potuto subire nuove annate cattive. Perciò la conformazione giuridica del patto anticretico dovrebbe preferibilmente giudicarsi secondo le leggi tedesche⁵⁷⁾, le quali manifestamente disapprovavano tutti i contratti ad interesse smodato, e quindi non ammettevano che un creditore il quale doveva percepire i frutti in luogo degli interessi, di quelli si appropriasse in ragione maggiore di quel che gli si sarebbe pagato in danaro.

Altri⁵⁸⁾ invece ritengono infondata la distinzione tra utili certi ed incerti, perchè riguardano come precetto generale la L. 17 C. *de usuris*, 4, 32, nella quale le parole: *propter incertum fructuum proventum* non conterrebbero alcuna restrizione, ma esprimerebbero il motivo della decisione principale, in base alla quale il creditore anticretico non sarebbe obbligato a dar conto alcuno, anzi il patto dovrebbe ritenersi valido anche se il debitore potesse dimostrare che il creditore avesse percepito in frutti più di quanto importassero gli interessi legali.

Le leggi tedesche non avrebbero modificato neppure questo punto, poichè esse parlano solo di *Wiederkaufsgülten* (censi redentivi) — i quali per più di un lato si distinguono dagli interessi.

Senza dubbio più giusta è l'opinione di quei giuristi che⁵⁹⁾,

⁵⁷⁾ *Reichs Policey Ordnung* dell'anno 1530, art. 26.

⁵⁸⁾ *Diet. Herm. KEMMERICH, Diss. de creditore anticretico rationes non reddente*, Jena 1733; *Gio. Corr. Sigism. TOPP, Diss. de distinctione inter fructus certos et incertos in pacto anticretico iuri rom. non fundata*, Helmstadt 1755 e *Carlo HANKER, Diss. de vera indole et natura antichreos*, § 11.

⁵⁹⁾ LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. III, specim. 157, medit. 1; PUFENDORF, *Observat. iuris univ.*, tom. II, obs. 76 e tom. III, obs. 57; BÖHMER, *Casi giuridici scelti*, vol. I, parte II, n. 71; EISENHART, *Diss. rationem computationis fructuum ex pacto anticretico perceptorum in foro receptam nec iuri nec aequitati convenire*, Helmst. 1768 (in *Opuscul.*, n. 15); WALCH, *Introd. in contrav. iur. civ.*, pag. 540 segg.; EMMINGHAUS ad *COCCEJI Ius civ. contrav. h. t.*, qu. 5, nota u, pag. 253 e THIBAUT, *Sist. del diritto delle Pandette*, vol. II, § 653.

senza far distinzione tra frutti certi ed incerti, ammettono come principio fondamentale che il patto anticretico debba ritenersi valido, ed il creditore non tenuto alla resa dei conti, fin che il debitore non provi che nel patto si celi un interesse illecito. Non importa nè anche se i frutti siano civili o naturali, e se il creditore stesso goda del fondo o lo abbia locato⁶⁰⁾. Nel far questo computo non si deve però guardare all'introito di un solo anno, ma i frutti ritratti debbono essere calcolati in media. HOFMANN⁶¹⁾, WEBER⁶²⁾, SCHMIDT⁶³⁾ e LANGSDORF⁶⁴⁾, danno esempi sul modo di far tal computo.

VII. Il creditore anticretico, il quale gode dei frutti della cosa in luogo degli interessi senza darne conto, deve anche giustamente sopportare gli oneri dell'usufruttuario, senza poter per ciò metter nulla in conto del debitore⁶⁵⁾.

§ 871.

Quando è tenuto il creditore alla restituzione del pegno?

Il pegno non può esser reclamato prima che l'intero debito, con gli interessi e le spese, sia stato pagato al creditore⁶⁶⁾ o ad un terzo per mandato di lui⁶⁷⁾, o che il debito stesso siasi estinto in un modo giuridico (per esempio per compensazione), o che,

⁶⁰⁾ L. 11 § 1 D. *de pignor.*

⁶¹⁾ *ICtus mathematic. et in specie analytica circa antichresin et interusurium*, sect. I, § 15.

⁶²⁾ *Diss. de pacto antichretico*, parte II.

⁶³⁾ *Diss. sist. specimen arithmeticas sublimior. et politicae ad materiam de usuris, antichresi, etc.*, cap. III, § 69 segg.

⁶⁴⁾ *Saggi aritmetici su questioni di diritto pubblico e di scienza forestale*, Heidelberg e Mannheim 1810, 8.

⁶⁵⁾ LEYSER, *specim.* CLVII, mediet. 7-9.

⁶⁶⁾ L. 9 § 3 D. *h. t.*: « Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneraticia actio ».

⁶⁷⁾ L. 11 § 5 D. *h. t.*: « Solutam autem pecuniam accipiendum non solum, si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius, vel ei cui heres exstitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito ».

per lo meno, non possa incolparsi il debitore se il debito non è stato rimborsato al creditore, perchè questi senza legittimo motivo ha ricusato di accettare il pagamento ⁶⁸). Può però talvolta reclamarsi il pegno anche se il debito non è ancora pagato affatto, o non peranco interamente estinto. Si tratta anche in questi casi di convenzione speciale avvenuta tra il creditore ed il debitore. Basta che questa vi sia stata perchè il creditore non possa ritenere ulteriormente il pegno. Pongasi quindi che sia stato convenuto che il creditore avrebbe dovuto tenere il pegno consegnatogli solo fino a che gli si sarebbe data un'altra sicurezza, o con garanti, o con delegazione di un altro debitore, o con un'altra iscrizione ipotecaria. Il creditore, in tal caso, soddisfatto che sia il suo volere, deve restituire il pegno non appena accettata la nuova garanzia quand'anche abbia permesso che gli si costituisca una nuova garanzia, per la quale egli si trovi meno sicuro; perchè in fine è sua colpa personale se non ha provveduto in modo migliore ai suoi interessi ⁶⁹). Inoltre se il pegno era stato dato espressamente per il solo capitale, eccettuati gli interessi, o pei soli interessi, ed il debitore ha pagato ciò che dette effettivamente occasione all'oppignoramento, il creditore deve resti-

⁶⁸) L. 20 § 2 D. h. t.: « Si per creditorem stetit, quo minus ei solvatur, recte agitur pigneraticia »; L. 3. Cod. de luit. pignor., 8, 30: « Si redita debita quantitate vel rebus in solutum datis sive distractis compensato pretio satis ei contra quem supplicas factum adito praeside probaveris, vel si quod residuum debetur obtuleris ac, si non acceperit, deposueris consignatum, restitui tibi res pacto pignoris obligatas providebit, cum etiam edicto perpetuo, actione proposita pecunia soluta creditori vel si per eum factum sit, quominus solveretur, ad reddenda quae pignoris acceperat iure eum satis evidenter urgere manifestum sit ».

⁶⁹) L. 9 § 3 D. h. t.: « Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi cavere voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus sive reo dato sive pretio aliquo vel nuda conventionem nascitur pigneraticia actio, et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit, licet in hoc deceptus sit ». In via di chiarimento si noti che *reus* significa *expromissor* e *decipi*, ingannare se stesso. V. WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 223, n. 247].

tuire il pegno, quand'anche così non sia estinto l'intero debito ⁷⁰). Ed inoltre un semplice acconto non autorizzerebbe il debitore alla rivendica del pegno, chè anzi il creditore avrebbe indubbiamente la facoltà di ritenere il pegno anche per gli interessi ancora da pagarsi ⁷¹).

§ 872.

Restituzione dell'eccedenza.

Se il creditore, in seguito al mancato pagamento del debito, ha venduto il pegno, deve, qualora ne abbia ricavato più di quanto importasse il debito, restituire l'eccedenza. Tale eccedenza vien detta *hyperocha* ⁷²). Se il creditore ne ha goduto, o ritratto gli inte-

⁷⁰) L. 11 § 3 D. *h. t.*: « Si in sortem duntaxat vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto propter quod obligatum est locum habet pigneraticia. sive autem usurae in stipulatum sint deductae sive non, si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quam diu quid ex his debetur, pigneraticia cessabit »; CUIACIO, *Observation.*, lib. V, cap. 28, qui invece di *vel in usuras*, vuol leggere piuttosto *nec in usuras*, perchè in seguito è detto: « Si tamen pignus et in eas obligatum fuit ». Egli ha cercato poi di assicurar maggiormente la sua lezione nel lib. XV, cap. 22, ove aggiunge il motivo che se l'oppignoramento fosse avvenuto pei soli interessi, il debitore non potrebbe validamente agire per la restituzione del pegno. fino a che il capitale non fosse pagato; invece al creditore, secondo la L. un. Cod. *Etiam ob chirographariam pecuniam*, 8, 26, potrebbe competere una ritenzione del pegno. Che, però, non esista alcuna ragione plausibile per tale correzione, fu già dimostrato da Gio. ROBERT in *Recept. lection.*, lib. I, cap. 27 e *Animadversion.*, lib. I, cap. 26 e 27. In seguito CUIACIO ha nuovamente abbandonato, nel libro XIX *Observat.*, cap. 27, la sua congettura. I *Basilici*, tom. IV, pag. 5 rafforzano parimenti la lezione comune — essi dicono: Ἐἴτε ὑπὲρ μόνου τοῦ κεφαλαίου, εἴτε ὑπὲρ τῶν τόκων δοσῆ ἐνίχυρον, καὶ καταβληθῆ τὸ ὑπὲρ οὗ ἠνεχυριάστῃ, κινεῖται ἡ περὶ τοῦ ἐνεχύρου ἀγωγή. i. e. « Sive in sortem duntaxat, sive in usuras pignus datum sit, eo soluto, propter quod pignus obstrictum erat, agitur pigneraticia ». V'è poi da meravigliarsi come POTHIER in *Pand. Iust.*, tom. I, *h. t.*, n. V, not. *h.*, pag. 394 abbia potuto dare la sua approvazione alla correzione del CUIACIO. Vedasi anche WISSENBACH, *Exercitat. ad Pand.*, vol. I, disp. XXVII, p. 16; Ant. SCHULTING, *Thes. controversar.*, dec. L, p. 8 e specialmente WEBER, *Saggi di diritto civile*, pag. 156 e 170.

⁷¹) L. un. C. *Etiam ob chirograph. pecuniam pignus retineri posse*, 8, 26.

⁷²) *Cristof. Fil. RICHTER, Diss. de hyperocha, seu de eo, quod amplius est in pignore*, Iena 1668, rec. 1757.

ressi, o la ritiene senza giusto motivo di fronte al debitore, deve nel primo caso detrarre a vantaggio del debitore gli utili; nel secondo, invece, pagare gli interessi di mora.

La L. 6 § 1 D. *h. t.* dice: « Si creditor *pluris fundum pignertum vendiderit, si id faeneret, usuram eius pecuniae praestare debet ei qui dederit pignus: sed et si ipse unus sit ea pecunia, usuram praestari oportet* ». E la L. 7 D. *eodem*. « Si autem tardius *superfluum restituat creditor id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est* ».

Se il compratore del pegno non ha ancora pagato il prezzo di acquisto, il creditore non può senz'altro esser costretto a restituire l'eccedenza, ma il debitore deve attendere che il compratore paghi o contentarsi di una cessione al compratore, della quale però, in ogni caso, il creditore porta il rischio. E perciò la L. 24 § 2 D. *eodem* dice: « Si vendiderit quidem creditor pignus pluris quam debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit, an pigneraticio indicio conveniri possit ad superfluum reddendum, an vero vel expectare debeat, quoad emptor solvat, vel suscipere actiones adversus emptorem? et arbitror non esse urgendum ad solutionem creditorem, sed aut expectare debere debitorem aut, si non expectat, mandandas ei actiones adversus emptorem periculo tamen venditoris: quod si accepit iam pecuniam, superfluum reddit »⁷³).

Altrimenti avverrebbe se il non aver ancora ricevuto il prezzo d'acquisto dovesse imputarsi a negligenza del creditore. In questo caso lo si può costringere a rimborsare immediatamente l'eccedenza con gli interessi di mora, senza che il debitore debba rivolgersi al compratore. A questo caso deve esser riferita la L. 42 D.

⁷³) *Ant. FABRO, Rational. ad Pand., h. l.*, su questo punto, crede che non si trovino tribonianismi che contengano più assurdità e testimonio della più grande ignoranza intorno ai principi giuridici più noti. Però *Ulric. HUBER. Eunomia Rom. ad h. l.*, pag. 547 ha salvato interamente la riputazione di TRIBONIANO ed ha rigettato, come meritava, la fantasticheria di FABRO. Vedasi anche *WESTPHAL, Diritto di pegno*, § 518, nota 241.

eodem, ove PAPIANUS dice: « Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur, nec audiendus erit, si velit emptorem delegare, cum in venditione, quae sit ex facto ⁷⁴⁾ v) suum creditor negotium gerat ». Così possono conciliarsi assai bene i due passi. *Giovanni ALTAMIRANO* ⁷⁵⁾

⁷⁴⁾ La lezione di queste parole è controversa, e non in tutti i manoscritti e le edizioni suona in questo punto come quella dell'edizione fiorentina. Il nostro Codice Erlangen ha: *in venditione, quae rite facta est*. E così leggono HALOANDER e BAUDOZA. CUIACIO invece crede che si debba leggere *quae fit ex pacto* invece che *quae sit ex facto*; e con lui *Ger. NOODT* nel *Commentar. ad Pand., h. t.*, tom. II *Operum*, pag. 325. § *Venit igitur*, che porta un esempio della L. 6 Cod. *de solut.* in cui dovrebbe anche leggere *pactum* invece di *factum*, come egli stesso si è dato cura di provare più ampiamente nel lib. II *) *Observation.*, cap. 24. Perciò NOODT spiega nel modo seguente le parole di PAPIANUS: « Quod in pignoris venditione a creditore facta ex pacto de distrahendo pignore (quod in L. 4 C. *h. t.* dicitur *vulgare pactum*) creditor non gerit debitoris negotium, sed gerit negotium suum: ita non est causa, cur invitus cogatur debitor delegatione creditoris mutare actionem, et alium sibi admittere debitorem: aliter ac si creditor gessisset debitoris negotium; nec eius culpa argui posset ». Egli cerca di togliere l'apparente contraddizione fra la L. 42 e la L. 24 § 2 *h. t.* così: « His non resistere ULPIANUS facile intelligetur: cogitantibus, duplicem esse dubitationem; unam, an creditorem oporteat debitori reddere superfluum pretii: alteram, quando oporteat creditorem debitori superfluum reddere. Ad priorem quaestionem respondet PAPIANUS d. L. 42 ad posteriorem ULPIANUS d. L. 24 § 2. Ait igitur PAPIANUS, creditorem teneri, debitori reddere superfluum; nec posse invito debitori delegare nomen emtoris. ULPIANUS vero ait, creditorem non esse obligatum, debitori superfluum pretii restituere ante, quam id ab emtore exegerit: propterea, quod non debet id de suo solvere. Quodsi debitor recuset expectare emtoris solutionem, scilicet, quod suspecta ei sit creditoris negligentia, posse a creditore accipere mandatas actiones, quibus ipse adversus emtorem experiat ». Anche VOET in *Comm. ad Pand., h. t.*, § 4 e POTHIER in *Pandect. Justin.*, tom. I, *h. t.*, n. XX. note *g, h*, danno senza esitare la loro approvazione alla correzione di CUIACIO. Nei *Basilici* queste ultime parole non si trovano.

⁷⁵⁾ *Commentar. in priores XIII libros ex XX Quaestion. Q. CERVIDI SCAEVOLAE*, Tract. II ad L. 51 D. *de peculio*, § 7, in *Thes. MEERMANN*, tom. II, pag. 399.

v) *Quae fit ex facto*: MOMMSEN.

lo ha dimostrato con motivi fondatissimi: « Ego ex iuris principiiis, — egli dice — recte convenire PAPIANUM cum ULPIANO existimo, si advertamus, regulam supra dictam, quae affirmat, eum, qui tenetur, quia habet actionem, liberari, si eam mandare velit: ita accipiendam, si, qui habet actionem, nullo alio iure teneatur; quod si alio iure insuper obstrictus sit, veluti ex propria negligentia, si praestare velit actiones, audiendus non est: quod est expressum in L. 21 § ult. D. *de neg. gest.* L. 60 § *servum* D. *locati*, L. 8 § ult. D. *Mandati*. Hinc si creditor iure suo pignus vendat, et dilationem emtori modicam forte, vel necessariam ad solutionem concedat (quod potest, quia cum debitoris sit velut procurator in pignoris venditione. L. 29 D. *fam. ercisc.* non tenetur semper praesenti pecunia vendere, argum. L. 1 § 1 D. *de except. rei vend.* L. 5 § *item si institor* 15 D. *de institor. act.* quod ius, quia in pignore iudiciali non recipitur L. 15 § 7 D. *de re iudic.* necessario uterque textus de pignori conventionali intelligi debet) multum interest, an agam contra creditorem pro superfluo intra tempus, quo ipse neque recuperavit ab emtore, neque est in culpa, cur non recuperaverit, an iam postquam est in culpa, cur non exegerit, veluti post transactum tempus ad solvendum datum. Primo casu recte ULPIANUS, non esse urgendum ad solutionem creditorem, qui pignus vendidit, imo debitorem expectare debere, ut emtor solvat, aut si non expectet, mandandas ei actiones, affirmabat; quia cum simus intra tempus ad solvendum datum, creditor, qui non exegit, non est in culpa, sed tenetur tantum, quia habet actionem; quodsi paratus sit praestare, absolvetur ex regula supra tradita. At vero si creditor negligentem se gessit in pretio pignoris exigendo, imo tantum temporis elabi passus est, ut iam usurae debeantur: si velit emtorem delegare, audiendum non esse, optime PAPIANUS respondet; quia iam non tantum, quia habet actionem, sed quia in non exigendo negligentiam admisit, debitori tenetur dict. L. 21 § ult. *de negot. gest.* Nam quamvis in venditione, quae fit ex facto ipso venditionis, suum creditor negotium gerat, hoc est, sui lucri causa, non autem debitoris, ut sic non videatur ex propria negligentia teneri: nihilominus pro superfluo, quod restituere

debet, immo magis ex propria negligentia tenebitur ad superfluum cum usuris restituendum, ut in simili eleganter docet ULPIANUS in L. 6 § *Sed et si quis negotia mea D. de negot. gest.* ».

Con questa spiegazione del giurista spagnuolo concorda anche lo scoliasta greco dei *Basilici* ⁷⁶⁾, il quale alla L. 42 osserva: ταῦτα νόησον, ἐνθα καὶ ἑλπία ἐλέγχεται. i. e. *hoc ita intelligendum est, si culpa eius arguatur* ²⁾.

Se tuttavia accade che per un semplice caso il compratore divenga insolvente senza che per questo possa darsi fondatamente colpa di negligenza al creditore, non è il creditore che deve sopportare questo danno, ma invece è il debitore che resta obbligato verso di lui fin che il debito vien pagato. Così PAOLO ci insegna alla L. 9 pr. *D. de distract. pignor.*, 20, 5 ove dice: « Quaesitum est, si creditor ab emptore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset. putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem nisi pecunia percepta ».

§ 873.

Obblighi del debitore.

Gli obblighi del debitore pignoratizio riflettono:

I. Il risarcimento di qualsiasi danno che il creditore abbia sofferto in occasione dell'oppignoramento. Così, se il debitore sostituì fraudolentemente un'altra cosa a quella che aveva promesso di dare in pegno al creditore, o consegnò una cosa difettosa, od altrui, o già oppignorata ad un altro. Se sia ciò avvenuto per parte del debitore scientemente o no, questo non influisce quanto all'obbligo suo di risarcire il creditore; ma questa distinzione acquista importanza solo quando si tratta di conoscere se il debitore si sia reso colpevole di stellionato.

⁷⁶⁾ Tom. IV, pag. 30 in fine e segg.

²⁾ Cfr. HEIMBACH, *Bas.*, III, pag. 65.

Tuttavia l'obbligo al risarcimento vien meno allorchando il creditore accetta in pegno una cosa ch'egli sa appartenere ad altri, od essere stata precedentemente oppignorata ad altri, o quando la cosa già oppignorata ad altri è di valore così significante da poter garantire sufficientemente anche il secondo creditore. Evidentemente in questi casi non può parlarsi di risarcimento anche se il primo creditore fa valere il suo diritto di pegno. I seguenti passi servono a confermare questi principî.

L. 1 § 2 D. *h. t.*: « Si quis tamen, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensus est, pignori esse videatur: quod magis est, tenebitur tamen pigneraticia contraria actione, qui dedit, praeter stellionatum quem fecit ».

L. 36 pr. D. *eodem*: « Si quis in pignore pro auro aes subiecisset creditori, qualiter teneatur, quaesitum est. in qua specie rectissime Sabinus scribit, si quidem dato auro aes subiecisset, furti teneri; quod si in dando aes subiecisset ⁷⁷⁾, turpiter fecisse, non furem esse. sed et hic puto pigneraticium iudicium locum habere, et ita POMPONIUS scribit. sed et extra ordinem stellionatus nomine plectetur, ut est saepissime rescriptum ».

§ 1 *eiusd.* L.: « Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. plane si ea res ampla est et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debet cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit ».

L. 16 § 1 D. *eodem*: « Contrariam pigneraticiam creditori actionem competere certum est: proinde si rem alienam vel alii pigneratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat. sed utrum ita demum, si scit,

⁷⁷⁾ Nei *Basilici*, tom. IV, pag. 12 è detto: *ἡ δὲ μόνου ἐπιδείξις το χρυσου ὑπέλλειν*; i. e. *sed si auro duntaxat ostenso aes subiecerit*.

an et si ignoravit? et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut *Marcellus* libro sexto digestorum scribit. sed si sciens creditor accipiat vel alienum vel obligatum vel morbosum, contrarium ei non competit ».

L. 32 D. *eodem*: « Cum debitore, qui alienam rem pignori dedit, potest creditor contraria pigneraticia agere, etsi solvendo debitor sit » ⁷⁸⁾.

Se il creditore ha sofferto danni dalla cosa stessa rilasciatagli in pegno; se, per esempio, il cavallo dato in pegno ha arrecato danno in un modo non abituale all'istinto di questa razza di animali, senza occasione o colpa alcuna per parte del creditore; allora importa conoscere se l'oppignorante era a tal riguardo scevro da qualsiasi colpa, o se tacque al creditore il vizio della cosa a lui pur noto. Nel primo caso il debitore può abbandonare al creditore la cosa oppignorata in luogo di risarcirlo del danno; nell'altro, invece, non gli è lecito questo ripiego, mentre il creditore può pretendere con diritto il risarcimento; come appar chiaro dal seguente passo di AFRICANO:

L. 31 D. *h. t.*: « Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditioe relinquere: quod si sciens furem pignori mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet ».

Questa stessa decisione trova applicazione anche in tutti gli altri contratti quando vien rilasciata ad altri una cosa che arreca danno ⁷⁹⁾.

⁷⁸⁾ I *Basilici*, tom. IV, pag. 12, non hanno l'*etsi*, traducono invece così il passo: ἐὰν ἔντορος ἔστιν ὁ ἀλλότριον ἐνεχυράτας, ἐνάγεται τῆ περι ἐνεχύρων ἀγωγῆ; i. e. *si solvendo sit, qui rem alienam pignori dedit, actione pigneraticia tenetur.*

⁷⁹⁾ L. 26 § 7 D. *mandati*, 17, 1; L. 45 D. *locati*, 19, 2; L. penult. C. *de commodato*, 4, 23; L. 21 § 2 D. *de act. rer. amot.*, 25, 2; L. 58 pr. D. *de aedil. edicto*, 21, 1, L. 61 § 2 segg. D. *de furtis*, 47, 2. Vedi *Iac. CUIACIO ad Africanum*, tract. VIII ad L. 31 D. *de pignorat. act.*; e WESTPHAL, *Dir. di pegno*, § 26, not. 44.

II. Il debitore risponde anche dei danni che egli stesso ha cagionato con il deterioramento della cosa oppignorata, anche se il danno sia avvenuto in conseguenza di un atto cui il debitore era autorizzato. MARCELLO ce ne dà l'esempio seguente nella L. 27 D. *de pignor.*, 20, 1:

« Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id quod deest persequendum? quid si eum interfecisset aut eluscasset? ubi quidem interfecisset, *ad exhibendum* tenetur: ubi autem eluscasset, *quasi damni iniuriae* dabimus *actionem* ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. fingamus nullam crediti nomine actionem esse quia forte causa ceciderat: non existimo indignam rem animadversione et auxilio praetoris. ULPIANUS *notat*: si, ut creditori noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur ».

A chiarimento di questo passo bisogna notare che uno schiavo, il quale per una mancanza era stato incatenato e punito dal suo padrone, aveva in seguito a ciò perduto molto del suo valore in commercio. Quindi il padrone all'atto della vendita dello schiavo non doveva tacere anche questa circostanza, se per caso il compratore già per sè non la conosceva ⁸⁰).

Nel caso di cui parla MARCELLO il padrone aveva immeritamente punito il proprio schiavo, che egli aveva oppignorato al suo creditore, e conseguentemente aveva fatto diminuire il valore dello schiavo stesso in modo tale che alla vendita il creditore non potè essere interamente soddisfatto con la esigua somma ricavatane. Quindi si faceva questione se il deterioramento dello schiavo commesso dall'oppignorante non desse fondamento per sè solo ad una azione, quand'anche l'azione di debito si fosse nel frattempo

⁸⁰) V. L. 48 § 4 D. *de aedilit. edicto*, 21, 1. Gio. SUAREZ de MENDOZA, *Commentar. ad legem Aquiliam*, lib. II, cap. III, sect. II, n. 45 (in *Thes. Meerman*, tom. II, pag. 124).

estinta ⁸¹⁾. MARCELLO decide affermativamente la questione, e nel caso in cui il debitore abbia ucciso lo schiavo dà al creditore l'*actio ad exhibendum*; ove poi gli abbia cavato un occhio o rotto qualche membro l'*actio legis Aquiliae*, e propriamente l'*utilis*, perchè l'azione diretta compete soltanto al proprietario ⁸²⁾.

ULPIANO su questa decisione osserva ancora che se lo schiavo avesse meritato tale punizione, se, per esempio, il padrone lo avesse colto in adulterio con la propria moglie ⁸³⁾, il debitore non dovrebbe rispondere dei danni che ne fossero derivati pel creditore.

III. Inoltre il debitore è obbligato a risarcire il creditore, quando questi in seguito all'alienazione del pegno ed in base a motivi speciali debba esser tenuto ad una prestazione pel caso di evizione, purchè non lo si possa incolpare di dolo o colpa.

ULPIANO decide un caso analogo nella L. 22 § 4 D. *de pignorat. act.*: « Si creditor cum venderet pignus, duplam promisit (nam usu hoc evenerat et conventus ob evictionem erat, et condemnatus); an haberet regressum pigneraticiae contrariae actionis? et potest dici esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit et ut paterfamilias diligens id gessit: si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti vendere quanto vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere » ^{a)}.

In pratica, cioè, si era presentato il caso che il creditore all'atto della vendita della cosa oppignorata avesse promesso il *duplum* al compratore in caso di evizione. Il creditore in base a

⁸¹⁾ Nei *Basilici*, tom. IV, pag. 40 è detto: *Τί γάρ ἔτι ἐφθάρη ἢ ἐπὶ τῷ χρεῖν ἀγωγῇ*; i. e. *quid enim si actio crediti interierit?*

⁸²⁾ I *Basilici*, loc. cit., hanno: *τῷ ἀκουσίῳ ὀυτιλίῳ*.

⁸³⁾ V. SUAREZ DE MENDOZA, *Commentar. ad leg. Aquil.*, loc. cit., pagina 121, n. 28 segg.

^{a)} La L. 22 alla quale appartiene questo frammento, come anche i fr. 24 *h. t.*; 18, 3, 3; 50, 17, 45, tutti di ULPIANO, trattavano della *fiducia*. Il § 4 citato prova che il creditore fiduciario non era tenuto a vendere con garanzia; egli è tenuto per l'evizione, solo se ha promesso di garantire, e in tal caso può rivolgersi contro il debitore, se aveva interesse a garantire, per vendere a maggior prezzo. Un chiaro riassunto degli studi del LENEL sui testi del tit. *de pign. act.* v. in APPLETON, *Interpolations*, pag. 151.

ciò, essendosi susseguentemente avverata l'evizione, era stato chiamato in giudizio e, in conformità alla sua promessa, anche condannato. Sorgeva dunque questione se ed in quanto gli si potesse concedere, in base a ciò, il regresso contro il debitore.

ULPIANO distingue se il creditore nel vendere il pegno ha usato la prudenza e il discernimento necessari ed ha così al tempo stesso pensato all'utile del debitore, oppure no.

Nel primo caso, e se il creditore si è, nell'alienare il pegno, assunto il pagamento del *duplum* appunto perchè senza questa condizione egli non avrebbe potuto effettuare la vendita o non l'avrebbe compiuta altrettanto vantaggiosamente; non gli si può negare assolutamente il regresso. Giacchè in questo caso non gli si può affatto incolpare, avendo egli il diritto di farla, la congettura che il debitore non gli avrebbe oppignorato una cosa altrui. Ed inoltre il compratore, senza quella promessa per parte del creditore, avrebbe potuto chiamare in giudizio lo stesso debitore⁸⁴).

Se invece il debitore non ha ritratto alcun vantaggio dalla promessa del creditore, perchè la cosa si sarebbe potuta vendere senza difficoltà per il prezzo datone dal compratore anche quando il creditore non si fosse obbligato al rimborso del doppio del prezzo di acquisto in caso di evizione, allora il creditore non può conseguire alcun risarcimento del *duplum*, da parte del debitore perchè qui l'obbligazione del creditore non era necessaria. Conseguentemente non si può pretendere che il debitore sopporti le conseguenze svantaggiose di una promessa che nè a lui nè al venditore poteva sotto alcun rispetto tornar utile⁸⁵).

Il creditore non può dunque in questo caso pretendere dal debitore altro che il pagamento del debito, come dice TRIFONINO nel passo immediatamente seguente a quello, e che con quello sta nella più stretta connessione — L. 23 *eodem*:

⁸⁴) L. 11 § 16 D. *de act. e. et v.*, 19, 1; L. 10 D. *de distract. pignor.*, 20, 5; L. 74 § 1 D. *de eviction.*, 21, 2; L. 1 Cod. *creditor. eviction. pignoris non deb.*, 8, 45.

⁸⁵) V. Franc. DUARENO in *Commentar. ad h. tit.*, cap. 9, *Oper.*, pagina 967, e THIBAUT, *Saggi su singole parti della teoria del diritto*, v. I, studio 6.º, pag. 89 segg.

« nec enim amplius a debitore quam debiti summa consequi poterit. sed si stipulatio usurarum fuerat et post quinquennium forte, quam pretium ex re obligata ^{b)} victus eam (sc. *duplam*) emptori restituit, etiam medii temporis usuras a debitore petere potest, quia nihil ei solutum esse, ut auferri non possit, palam factum est: sed si simplum praestitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione, quia habuit usum pecuniae pretii, quod ab emptore acceperat ».

Qui TRIFONINO distingue ancora due altri casi: 1.º quando il creditore nell'alienare il pegno ha promesso al compratore la restituzione del prezzo d'acquisto con gli interessi, in caso di evizione. Questo caso è espresso nelle parole: *si stipulatio usurarum fuerat* ⁸⁶⁾.

2.º Quando il creditore ha promesso al compratore del pegno di restituirgli il solo *simplum*, cioè il prezzo di acquisto senza interessi, e lo ha effettivamente pagato nel caso verificatosi di evizione (« *sed si simplum praestitit* ») ⁸⁷⁾.

⁸⁶⁾ È completamente sbagliato riferire queste parole al caso in cui il creditore nel dare a prestito il capitale si è fatto promettere dal debitore, con stipulazione, gl'interessi. Perchè in questo caso essendo avvenuto l'oppignoramento, sarebbe stato sufficiente il semplice *pactum*. L. 11 § 3 D. *h. t.*; L. 37 D. *de usuris*, 22, 1; L. 3, L. 4, L. 5, L. 21 Cod. *codem*; L. 5 § 2 D. *de solut.*, 46, 3. Oltrechè si sarebbe dovuto dire: *si stipulatus usuras fuerat*. E veramente HALOANDRO legge così, e lo hanno seguito VINTIMILL, *edit. Pandectar.*, Parigi 1548, 8 e BEVILAQUA, *edit. Veneta*, 1549. Del resto essi, col mutare la lezione, mentre tutti i manoscritti vi si oppongono, han dato a vedere di non aver capito questo passo. Tanto meno TRIFONINO parla del caso in cui il creditore nel vendere il pegno, qualora venga evitto, ha promesso al compratore il doppio più gli interessi del prezzo d'acquisto. Tale esempio sarebbe inaudito per la codificazione romana, e contrario al suo spirito perchè l'altra metà della *dupla* convenuta per il caso di evizione vale già come interessi, e non si può promettere due volte la stessa cosa. L. 57 D. *de reg. iur.*, 50, 17; L. 18 D. *de verb. obl.*, 45, 1.

⁸⁷⁾ Della *stipulatio simpli* non si fa espressamente menzione nella L. 32 *h. t.*, ma la prestazione qui menzionata non si può intendere senza una stipulazione. L. 8 § 1 D. *h. t.*; L. 59 § 4 D. *mand.*, 17, 1; L. 1 Cod. *creditorum evictionem pignoris non deb.*, 8, 45.

^{b)} « Consecutus est, duplae iudicio suscepto de re obligata *ins.* ».

Nel primo caso TRIFONINO ritiene equo e giusto che il creditore, il quale ha promesso al compratore la restituzione del prezzo d'acquisto con gli interessi ed ha effettivamente pagato questi ultimi per la sopraggiunta circostanza della evizione, possa pretendere dal debitore assieme al capitale anche gli interessi dal tempo dell'alienazione fino a quello dell'evizione⁸⁸), perchè il creditore se ha dovuto restituire il prezzo d'acquisto con gli interessi, non ha ritratto alcun vantaggio dalla vendita del pegno e conseguentemente può ritenersi che il debitore sin da quel tempo sia stato per così dire *in mora*.

Nel secondo caso invece, poichè il creditore pignoratizio ha restituito al compratore, in causa dell'evizione, il solo prezzo d'acquisto senza interessi, egli non può più assolutamente pretendere interessi anche dal debitore perchè questi sono sufficientemente risarciti dal godimento del prezzo. E poichè qui gl'interessi vengono pagati per gli utili che si possono ritrarre dall'impiego del denaro, e questi utili, nel caso dato, il creditore ha potuto ricavarli dal prezzo del pegno pagatogli dal compratore, così gli si può opporre validamente l'*exceptio doli* se pretende gli interessi. Da ciò si vede come TRIFONINO sopra tutto abbia tenuto presente il caso in cui il debitore ha promesso al creditore gli interessi del capitale prestatogli. Ed in questo modo possono facilmente spiegarsi, ponendole l'una in correlazione con l'altra, le due leggi nella spiegazione delle quali i giuristi⁸⁹) han trovato difficoltà quasi insuperabili.

⁸⁸) I *Basilici* così spiegano il *medium tempus* (tom. IV, pag. 9): — απαιτεί δι τὸ χρεῖος καὶ τοὺς τόλους τοὺς ἐξ ἐπιρωτήσεως τοὺς μετὰ τὴν πράσιν ἕως τῆς ἐκνικήσεως. i. e.: « Petit autem debitum et usuras ex stipulatione ex die venditionis in diem evictionis ».

⁸⁹) Cfr. Ant. FABRO, *Rational. in Pand.*, ad L. 23 D. h. t.; Rein. BACHOV, *Tr. de pignorb. et hypoth.*, lib. III, cap. 25, nn. 5 e 6; Ant. Dad. ALTESERRA, *Recitat. quotid. in Claudii Thryphonini libros XXI Disputation.* (Tolosa 1679), tom. I, pag. 51; WESTPHAL, *Dir. di pegno*, § 214, nota 238; THIBAUT, *Saggi*, vol. I, diss. 6, pag. 91 segg.; lo stesso, *Teoria dell'interpretazione logica del diritto romano*, § 38, pag. 157, nota m. Supplementi al *Giornale di letterat. gen.*, anni 1785-1800, n. 36; e spe-

E poichè il debitore non vien liberato dal suo obbligo verso il creditore se questi, per l'obbligo assunto di rispondere dell'evizione, ha dovuto risarcire il compratore del pegno, il creditore potrà, in caso di seguita evizione, sperimentare contro il debitore, di fronte al quale egli può avere il regresso, o l'azione contraria derivante dal contratto di pegno, o l'azione di debito principale, la quale, in tal caso, è per così dire richiamata in vita *). Sarà preferita l'*actio pigneraticia* solo quando ciò che il creditore dovette pagare per causa dell'evizione superi la somma dovuta; infatti questa azione tende al pieno risarcimento del creditore, mentre la *condictio* mira solo al pagamento della somma dovuta.

IV. Inoltre il debitore deve rimborsare il creditore delle spese necessarie, come anche di quelle fatte con il suo consenso, o di quelle utili a quest'ultimo non addebitabili; di queste, però, solo quando il creditore non vi abbia proceduto contro il divieto del debitore. Ma di ciò si è già trattato superiormente ed esaurientemente a proposito dei diritti del creditore (V. § 866, pag. seg.).

E finalmente

V. Se il debitore ottiene dal creditore il possesso del pegno per un determinato scopo, in locazione — per es. — o per un uso rivocabile, egli è tenuto, al cessar dello scopo, a restituire senza indugio il pegno **); e se egli lo ha furtivamente sottratto alla

cialmente *Ed. Enr. HEYDENREICH, Claudius Thypphoninus de iure pignorum*, parte I; *Commentat. ad L. 23 D. de pign. act.*, praes. *Paulo Cristof. Teofilo ANDREAE def.*, Vitemberga 1812.

*) L. 12 § 1 D. *de distract. pignor.*, 20, 5.

***) L. 22 § 3 D. *h. t.*: « Si post distractum pignus debitor, qui precario rogavit vel conduxit pignus, *possessionem non restituat*, contrario iudicio tenetur ». Qui non dal debitore, come intende WESTPHAL § 25, nota 42, era stato venduto il pegno, ma dal creditore il quale lo aveva dato in possesso al debitore per l'uso qui indicato. A diritto quindi il creditore può agire contro il debitore per la restituzione del pegno, affinché possa poi farne la tradizione al compratore. HOTOMAN., *Observation.*, lib. V, c. 12, preferisce leggere *contractum* invece di *distractum*; BACHOVIO però ha rifiutato, con ragione, tale emendamento (*de pignorib. et hypoth.*, lib. III, cap. 29, n. 9, pag. 278).

custodia del creditore, si rende colpevole di un *furtum possessionis* ⁹⁰⁾.

§ 874.

Azioni derivanti dal contratto di pegno.

Le azioni derivanti dal contratto di pegno sono:

I. L'*actio pigneraticia directa* o azione principale derivante dal contratto di pegno ⁹¹⁾. Questa azione compete all'oppignorante, sia che egli abbia dato il pegno per un debito proprio, sia che l'abbia dato per un debito altrui ⁹²⁾, e tanto nel caso in cui egli sia, quanto in quello in cui non sia, proprietario della cosa ⁹³⁾. Questa azione è concessa anche al ladro ed al predatore perchè essi rispondono di fronte al proprietario ⁹⁴⁾. Non v'è dubbio che competa anche agli eredi dell'oppignorante ⁹⁵⁾. La si propone contro il creditore il quale in virtù del contratto ha ricevuto il pegno ⁹⁶⁾, talvolta anche contro più persone con le quali sia stato contemporaneamente conchiuso il contratto ⁹⁷⁾; e talvolta anche contro un convenuto che non era stato creditore, o perchè non aveva sborsato la somma che aveva promesso di dare in prestito dopo ottenuto il pegno; o perchè il contratto di pegno era stato conchiuso sotto una condizione che in seguito non si avverò ⁹⁸⁾.

⁹⁰⁾ § 10 I. *de obligat. quae ex delicto*, 4, 1; L. 4 § 21 D. *de usurpat.*, 41, 3.

⁹¹⁾ V. *Leon. Lud. MENCKEN, Observationes de actione pigneraticia*, Vitemberga 1758, e SCHMIDT, *Manuale pratico di azioni ed eccezioni giudiziali*, § 820 e segg.

⁹²⁾ L. 13 § ult. D. *locati*, 19, 2; Arg. L. ult. § 1 D. *ad SC.tum Vellejan.*, 16, 1.

⁹³⁾ L. 9 § 4; L. 20 pr. D. *h. t.*; L. 11 § 2 D. *de pignorib. et hypoth.*, 20, 1; L. 11 § 7; L. 12 D. *eodem*; VOET, *Comment. ad Pand., h. t.*, § 2.

⁹⁴⁾ L. 22 § 2 D. *h. t.* Vedasi *Ant. FABRO, Coniectur. iur. civ.*, lib. VII, cap. 19 e *Giust. MEIER, Ἐνδοξων Justinian. Dec.*, V, cap. 4.

⁹⁵⁾ L. 12 Cod. *de pignorib.*, 20, 1; L. 2 Cod. *si pignus pignori datum sit*, 8, 23.

⁹⁶⁾ § ult. I. *Quibus modis re contrah. oblig.*, 3, 14.

⁹⁷⁾ L. 20 § 1 D. *h. t.*

⁹⁸⁾ L. 11 § 2 D. *h. t.*: « Si quasi daturus tibi pecuniam pignus accepero nec dederò, pigneraticia actione tenebor et nulla solutione facta:

L'azione tende: a) alla restituzione del pegno con tutte le pertinenze ed i frutti ⁹⁹⁾, al quale scopo si può anche pretendere il rendimento dei conti ¹⁰⁰⁾ in quanto però il creditore non abbia avuto il godimento dei frutti in forza di patto anticretico aggiunto al contratto di pegno ¹⁾; b) alla restituzione del guadagno eventualmente fatto col pegno ²⁾, p. es. nel caso in cui il creditore abbia ottenuto il doppio od il quadruplo da chi gli ha sottratto il pegno furtivamente, purchè non sia stato l'oppignorante stesso a perpetrare il furto. In questo caso il creditore lucra la pena, perchè il reato dell'oppignorante non resti impunito ³⁾. Anche qui ha valore la regola: *poenae non solent repeti, cum depensae sunt* ³⁾. Nel primo caso, dunque, il creditore deve lasciar computare a suo debito attivo il guadagno, nel secondo no; come dice ULPIANO nella legge 22 pr. e § 1 D. *h. t.*: « Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare PAPINIANUS confitetur, et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel condictione, an debito sit imputandum videamus: et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum: et ita PAPINIANUS libro nono quaestionum ait. Idem PAPINIANUS ait et si metus causa servum pigneratum debitori tra-

idemque et si accepto lata sit pecunia, vel condicio defecit, ob quam pignus contractum est ». V. BACHOVIO, *Tract. de pignorib. et hypoth.* lib. V, cap. 17, pag. 446.

⁹⁹⁾ L. 18 § 1 D. *h. t.*; L. 22 § 2 D. *eodem*; L. 1 et tot. Tit. Cod. *de partu pignoris et omni causa*, 8, 24; L. 13; L. 29 § 1 D. *de pignorib. et hypoth.*, 20, 1; V. PÜTTER, *Casi giuridici scelti*, vol. II, parte I, n. CXCVIII: Ded. 1, § 147 e segg.; Ded. II, §§ 165, 169, 172, 173; Deduct. III. §§ 69, 74, 80, 81 e segg.

¹⁰⁰⁾ L. 1, L. 3 Cod. *h. t.* Il creditore non deve però render conto semplicemente dei frutti che ha percepito di fatto, ma anche di quelli che avrebbe potuto percepire se avesse adoperato la diligenza di un buon padre di famiglia. L. 4 cit. MENCKEN, cit. *Diss.*, § 8.

¹⁾ VOET, *h. t.*, § 4.

²⁾ L. 21 § ult. D. *de pignorib. et hypoth.*, 20, 1.

³⁾ V. Franc. DUARENO, *Comment. ad h. t.*, cap. 4, *Operum*, pag. 961.

³⁾ L. 42 D. *de condict. indebiti*, 12, 6.

diderit, quem bona fide pignori acceperat: nam si egerit quod metus causa factum est et quadruplum sit consecutus, nihil neque restituet ex eo quod consecutus est nec debito imputabit »^{c)}.

Il passo di PAPINIANO, a cui qui si richiama ULPIANO, trovasi nella L. 80 (79) *de furt.*, 47, 2 ove è detto: « Si debitor pignus subripuit, quod actione furti solvit nullo modo recipit ». Però ULPIANO non ha solo in mente l'*actio furti*, ma anche la *condictio furtiva*; questa è una *condictio incerti*⁴⁾ perchè la *condictio certi* compete solo al proprietario⁵⁾. Entrambe, l'*actio furti* e la *condictio furtiva*, competono al creditore pignoratizio tanto se la sottrazione è avvenuta per parte di un terzo quanto se per parte del debitore stesso; con la differenza, però, che nel primo caso si guarda al valore della cosa, nel secondo solo alla somma cui ascende il debito, quand'anche il pegno debba avere un valore maggiore. PAOLO lo dice chiaramente nella L. 88 (87) D. *de furtis*, 47, 2: « Creditori *actio furti in summam pignoris*, non debiti competit. sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut *in summam pecuniae debita*e et *usurarum eius furti* conveniretur ».

E di vero la *condictio furtiva* mira al *simpulum*: l'*actio furti* al doppio od al quadruplo; è però molto controverso fra gli interpreti se il creditore debba lucrare anche ciò che ha ottenuto dal debitore con la *condictio furtiva incerti*. Già i Glossatori erano di varia opinione su questo punto. AZONE non esitò a rispondere affermativamente alla questione; lo seguirono ACCURSIO e gli altri quasi tutti: solo IRNERIO la pensava diversamente; CUIACIO⁶⁾ si unì ai primi. Il ragionamento fondamentale su cui basasi questa opinione è che il creditore il quale ha ottenuto dal suo debitore il quadruplo con l'azione « *quod metus causa* », non

⁴⁾ L. 12 § 2 D. *de condict. furt.*, 13, 1.

⁵⁾ L. 1 D. *eodem*. V. questo *Commentario*, parte XIII, § 838, pag. 218 e segg.

⁶⁾ *Recitat. ad lib. IX Quaestionum Papiniani, h. l.*

^{c)} Sulla interpolazione di questo frammento, v. APPLETON, l. c.

può permettere che poi se ne deduca a suo debito un *simplum*, perchè allora la pena con questa azione è sostanzialmente del *triplum* ⁷⁾).

Fra i moderni anche WESTPHAL ⁸⁾ conforta del suo appoggio questa opinione. Si crede, dunque, di trovare qui un caso in cui il creditore è costretto a pretendere due volte la stessa cosa.

Il creditore otterrebbe una prima volta il suo credito, in seguito al furto del debitore, col mezzo della *condictio furtiva*; poi egli lo otterrebbe ancora un'altra volta particolarmente col mezzo dell'azione derivante dallo stesso fondamento giuridico da cui si originò il debito. Ma, appunto partendo da questo fondamento, altri, fra cui meritano di esser qui particolarmente citati *Antonio FABRO* ⁹⁾, *Giano DA COSTA* ¹⁰⁾, *Antonio SCHULTING* ¹¹⁾, e *Roberto Gius. POTHIER* ¹²⁾, vi si oppongono; e con ragione. Poichè senza dubbio la condizione è semplicemente un'*actio rei persecutoria*, la quale è rivolta contro il debitore per il pagamento del debito con gli interessi, proprio come la stessa *actio debiti*, ed in ciò sta semplicemente l'interesse del creditore ^{*)}, se il creditore non può detrarre dal debito quanto ha conseguito con questa azione, è chiaro che egli con l'azione di debito chiede ancora una volta la stessa cosa. Ma ciò è assolutamente contrario alle leggi. Non solo *GAIO* ¹³⁾ dà la regola generale: « bona fides non patitur ut bis idem exigatur »; ma anche *PAOLO* (L. 51 § 1 D. *de re iudicata*, 42, 1) dice chiaramente che il debitore è sciolto dal suo obbligo quando il creditore ha ottenuto l'*interesse*, come conseguenza del principio: « *improbum esse eum, qui velit iterum consequi, quod accepit* ». Come può dunque aver ancora luogo l'azione derivante dal con-

⁷⁾ L. 14 §§ 9 e 10 D. *quod metus causa*, 4, 2.

⁸⁾ *Diritto di pegno*, § 19, n. 35.

⁹⁾ *de errorib. pragmaticor.*, decad. LXXXI, err. 3.

¹⁰⁾ *Commentar. ad Institut. ad § 10 I. de obligation. quae ex delicto nascuntur*, pag. 480.

¹¹⁾ *Thes. controversar.*, decad. L. p. 6.

¹²⁾ *Pandect. Iustin.*, tom. I, h. t., n. X, nota c, pag. 395.

^{*)} L. 21 § 3 D. *de pignorib. et hypoth.*, 20, 1.

¹³⁾ L. 57 D. *de reg. iuris*, 50, 17.

tratto di debito se il creditore, con la *condictio furtiva*, ha già completamente ottenuto il suo? O, come assai giustamente dice *Ant. FABRO*¹⁴⁾: « Qui fieri potest, ut quicumque adhuc intersit eius, qui iam id omne sit consecutus, quod sua intererat? Aut ut ei, cuius nihil amplius intersit, salva nihilominus supersit actio pecuniae creditae? Tritum enim est, neque actionem neque exceptionem saltem efficacem ei dandam esse, cuius nihil interest, cum et obligationes et actiones et exceptiones ad hoc tantum comparatae sint, ut unusquisque quod sua interest, vel acquirat vel consequatur »¹⁵⁾. Appunto per questo anche *ULPIANO* nella L. 22 pr. cit., dove insegna che il creditore non è tenuto a restituire ciò che ha conseguito dal debitore per il furto che questi ha commesso, parla espressamente della sola *actio furti*. Di questa, che è una vera e propria azione penale, anche *PAPINIANO* fa menzione solo nel luogo¹⁶⁾ a cui qui si è riferito *ULPIANO*, e *MODESTINO* pone la regola: L. 74 D. *de solution.*, 46, 3: « Id quod poenae nomine a debitore exactum est, lucro debet cedere creditoris ». Che non possa ammettersi una concorrenza cumulativa della *condictio furti* e dell'azione di debito, risulta anche da questo: se un terzo ha sottratto alla custodia del creditore il pegno, e il creditore ha agito contro il ladro con l'*actio furti*, *ULPIANO* conformemente all'opinione di *PAPINIANO*, afferma che il creditore debba detrarre dal debito quanto ha conseguito dal ladro e restituire il rimanente, sebbene egli stesso non sia immune da colpa per il furto; e quindi abbia un interesse a ciò, perchè deve risponder del valore di fronte al proprietario. A più forte ragione ciò dovrebbe valere anche per la *condictio furtiva*, perchè non era in luogo di pena quello ch'egli riceveva con l'*actio furti* mentre è il suo credito quello che consegue per mezzo della *condictio furtiva*. Questo però non gli si può pagare due volte. Motivo così chiaro, che *ULPIANO* quando in seguito spiega il caso in cui il debitore stesso ha commesso il furto, non ritiene necessario agire per conseguire qualcos'altro con la *condictio furtiva*,

¹⁴⁾ *De errorib. pragmaticor.*, decad. LXXXI, err. 3.

¹⁵⁾ L. 3 § 1, L. 38 § 17 D. *de verbor. obligationib.*, 45, 1.

¹⁶⁾ L. 79 D. *de furtis*, 47, 2.

ma si limita semplicemente all'*actio furti* della quale soltanto parlava anche PAPINIANO. Con ciò si spiega anche perchè al creditore non si tenga conto di quel che ha ottenuto dal debitore con l'*actio quod metus causa*, poichè anche questa azione prende il carattere di un'azione penale quando il convenuto si rende colpevole di una inobbedienza ¹⁷⁾. Ora quantunque nel quadruplo, cui il convenuto per mezzo di questa azione può esser condannato, sia compreso anche il *simplum*, pure in quanto questa è un'azione penale e la si propone contro il debitore pignoratorio, non se ne tiene alcuna ulteriore considerazione, perchè è una regola generale quella dataci da GAIO, nella L. 46 D. *de div. regulis iuris*, 50, 17 ove dice: « Quod a quoquo poenae nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur ».

Con ragione, quindi, GIANO DA COSTA dice: « Manet ergo certum, creditorem reddere, aut imputare id omne, quod accepit ab extraneo, quod autem ab ipso debitore, ita demum, si egerit conditione furtiva, non si actione furti, quae poenalis est ».

Finalmente con questa spiegazione concordano anche i *Basilici* ¹⁸⁾, nei quali vien detto: *Ei δὲ ὁ χρεώστης κλέψει, ἢ λάβῃ κατὰ φόβον τὸ ἐνέχυρον, ὅπερ καλῆ πίστει ὁ δανειστής ἦν εἰς ἐνέχυρον λαβῶν, τετραπλοῦν, ὅπερ ἂν παράσχη διὰ τῆς ἐπὶ κλοπῆ ἀγωγῆς, ἢ τῆς ἐπὶ τῇ διὰ φόβου αἰτία ἀγωγῆς, οὐκ ἀνλαμβάνει. εὔτε εἰς τὸ χρέος αὐτοῦ λογίζεται. i. e.* « si vero ipse debitor subripuerit, vel metus causa pignus acceperit, quod bona fide creditor pignori acceperat, quadruplum, quod praestiterit per actionem furti, vel quod metus causa, non recipit, neque in debitum imputatur » ¹⁹⁾.

Ora, quantunque anche qui non si trovino tradotte le parole: *rel conditione*, che sono nella legge 22 pr. D. *h. t.*, non può tuttavia per ciò sussistere alcun motivo sufficiente per ritenerle con ANT. FABRO ¹⁹⁾ un'aggiunta inconsiderata di qualche interprete. L'ar-

¹⁷⁾ § 25 I. *de actionib.*, 4, 6.

¹⁸⁾ Tom. IV, pag. 8.

¹⁹⁾ *De errorib. pragmaticor.*, cit. loc., err. 4.

^{d)} Cfr. HEIMBACH, *Bas.*, III, pag. 61, XXII.

gomento che la *condictio furtiva* non possa opporsi da un non proprietario contro lo stesso proprietario, per lo meno non ha peso, come *Ulrico HUBER* ²⁰⁾ ha già notato contro *FABRO*. La concordanza di tutti i manoscritti e le edizioni non ci permette più di dubitare della autenticità di quelle parole.

L'*actio pigneraticia directa* tende inoltre:

c) al risarcimento di qualsiasi danno cagionato dolosamente, o con una colpa di cui si sia tenuti a rispondere (§§ 867 e 868); non meno che alla prestazione dell'interesse, se il creditore, col vendere il pegno, ha agito fraudolentemente ²¹⁾.

Finalmente:

d) alla restituzione dell'eccedenza, con gl'interessi se il creditore l'ha prestata ad interesse, o l'ha adoperata a suo vantaggio ²²⁾. Tuttavia l'azione non ha luogo se il diritto di pegno del creditore non è venuto meno, o mediatamente con l'estinzione completa del debito, o immediatamente per se stesso, quantunque l'obbligazione di debito perduri.

Infatti fu già superiormente dimostrato (§ 871) che possono darsi dei casi in cui il pegno può ripretendersi quantunque il debito non sia stato ancora pagato, o non sia ancora interamente estinto; perciò *ULPIANO* alla L. 9 § 3 D. *h. t.* dà la regola: « *Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneraticia actio. satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum* »; regola che il *BACHOVIO* ²³⁾ più brevemente così spiega: *Soluta vinculo pignoris, nasci et competere actionem pigneraticiam*. Se l'oppignorante ha agito prima del pagamento del debito, qualora non sia possibile por fine al diritto di pegno del creditore altrimenti che con l'estinzione

²⁰⁾ *Eunomia rom. ad L. 22 pr. D. h. t.*, § 2, pag. 543.

²¹⁾ L. 4 C. *de distract. pignoris.*, 8, 27; *VOET, Comment. ad Pand., h. t.*, § 4 e 5.

²²⁾ L. 6 § 1, L. 7, L. 24 § 2, L. 42 D. *h. t.* Al debitore non spetta un'azione reale per ottenere l'eccedenza, quand'anche con tale eccedenza il creditore si fosse acquistato un fondo; come stabilisce la L. 20 C. *de distract. pignoris.*, 8, 27. Vedi *WESTPHAL, Diritto di pegno*, § 256.

²³⁾ *Tr. de pignor. et hypoth.*, lib. V, cap. 16.

del debito stesso, non potrà ancora aver luogo l'azione. Ma l'errore può sanarsi se l'attore, durante il giudizio, offre giudizialmente la somma e la deposita; in questo caso il creditore può essere condannato alla restituzione del pegno ed alla prestazione dell'interesse ²⁴⁾.

Del resto, l'*actio pigneraticia directa* presuppone propriamente un contratto di pegno; tuttavia le leggi la concedono, nei riguardi degli obblighi personali del creditore pignoratizio, anche in altri casi in cui il creditore ha conseguito un diritto di pegno senza tale contratto, ed in virtù di quel diritto ha ottenuto il possesso del pegno. Casi tali sono i seguenti: a) quello in cui il creditore abbia ottenuto il possesso del pegno con l'azione ipotecaria, e dalla vendita del pegno abbia ricavato una somma maggiore di quella per cui gli fu oppignorata la cosa. Tanto il creditore ipotecario, quanto il creditore pignoratizio (con pegno manuale — *Faustpfandgläubiger*) non possono far propria questa eccedenza ²⁵⁾; b) quando il creditore ipotecario nell'esercizio del diritto di ritenzione vien incolpato di mancanza della cura necessaria e della custodia del pegno ²⁶⁾; c) quando il creditore al quale spettava un legittimo diritto di pegno sulla cosa è stato completamente soddisfatto. Così — per esempio — colui che ha preso in locazione un *praedium urbanum*, se vuole andar via dopo aver completamente estinto il debito derivante dal contratto di locazione e il locatore non vuol consegnargli le cose sue sulle quali quest'ultimo aveva un legittimo diritto di pegno, può intentare contro il medesimo l'azione *pigneraticia directa* ²⁷⁾. Il BACHOVIO ²⁸⁾ ha luminosamente dimostrato che sotto questo punto di vista non vi è alcuna differenza tra *pignus* ed *hypotheca*. Tale azione però si suol chiamare in questi

²⁴⁾ L. 9 § ult. D. h. t.: « Qui ante solutionem egit pigneraticia, licet non recte egit, tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam et quod sua interest consequi ». Vedi WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 255, nota 287.

²⁵⁾ V. BACHOVIO, *De pignorib. et hypoth.*, lib. V, cap. 18, pag. 450.

²⁶⁾ L. 34 D. de damno infecto, 39, 2.

²⁷⁾ L. 11 § 5 D. h. t.

²⁸⁾ Cit. loc., pag. 451.

casi una *actio pigneraticia utilis* ²⁹⁾. Ma ULPIANO, al quale qui si fa richiamo, nella L. 5 § 21 D. *Ut in possessionem legator.* 36, 4 dove dice: « Quin inumo et si amplius quam sibi debetur perceperit legatarius, *exemplo pigneraticiae actionis etiam utilis actio* ad id refundendum dari debbit », intende propriamente solo l'*actio in factum*, che, secondo la L. 9 pr. D. *de rebus auct. iudicis possid.*, 42, 5 vien concessa al debitore contro il creditore pignorazio immesso nel possesso pretorio quando questi abbia ritratto dai beni utili maggiori dell'importare del debito. ULPIANO per altro in altri luoghi non si perita di concedere al debitore, nei casi notati ³⁰⁾, l'*actio pigneraticia* senza alcuna modificazione.

II. L'azione pignoraticia contraria (*actio pigneraticia contraria*). Questa si propone dal creditore o dal suo erede contro l'oppignorante od i suoi eredi e tende ad un risarcimento di danni di fronte all'attore. In che consista questo risarcimento è già stato spiegato nel § 873, dove si tratta degli obblighi del debitore.

§ 875.

Ha luogo contro i terzi l'actio pigneraticia directa?

Risulta dunque da quanto si è detto che le azioni derivanti dal contratto di pegno hanno per solo scopo la persecuzione dei rapporti giuridici tra debitore e creditore. Conseguentemente, per la loro natura, esse sono azioni personali; e quindi:

I. l'*actio pigneraticia directa* non può proporsi da un terzo che non abbia conchiuso egli stesso il contratto di pegno col creditore, o non sia erede dell'oppignorante, quand'anche costui, per trarre di bisogno il debitore, gli abbia consegnato la propria cosa perchè la oppignorasse; come pure

II. l'azione predetta non ha luogo contro il terzo possessore della cosa oppignorata, qualora il creditore abbia ulteriormente trasferito il pegno, o l'abbia a dirittura alienato.

²⁹⁾ COCCEJO, *Iur. cir. controv.*, h. t., qu. 13; ERKLEBEN, *De iure pignor.*, § 297; THIBAUT, *Sist. del dir. delle Pandette*, vol. II, § 662.

³⁰⁾ L. 11 § 5 D. h. t.; vedi VOER, *Comm. ad Pand.*, h. t., § 11; MEISSNER, *Esposizione completa della teoria del tacito diritto di pegno*, § 46.

E perciò, come nel primo caso il proprietario deve rivolgersi al debitore, ed intentare contro di lui o l'*actio commodati* o l'*actio praescriptis verbis*, in base al contratto che con questi ha concluso; così nel secondo caso il terzo possessore della cosa oppignorata deve esser perseguito con l'azione di rivendica. La prima affermazione risulta chiara dalla L. 5 § 12 D. *Commodati* 13.6, nella quale ULPIANO dice: « Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneris, ut mihi reddas. LABEO ait *commodati actionem* locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel *in factum* vel *ex locato conducto* agendum erit ». A questo punto si riferisce anche la L. 27 D. *h. t.*: « Petenti mutuum pecuniam creditori, cum prae manu debitor non haberet, species auri dedit, ut pignori apud alium creditorem poneret. si iam solutione liberatas receptasque eas is qui susceperat tenet, exhibere iubendus est: quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt, voluntate domini nexae videntur: sed ut liberatae tradantur, *domino earum propria actio* adversus suum creditorem competit ». Il proprietario non può in questo caso ripretendere la cosa, consegnata al suo creditore perchè la oppignorasse, con l'*actio pigneraticia directa*; quest' azione non ha luogo nè contro il creditore del proprietario, nè contro il creditore del suo creditore, se questi non aveva ancora l'obbligo di restituire la cosa, perchè egli non ha conchiuso con alcuno dei due un contratto di pegno sulla cosa stessa. Dunque l'*actio propria* che in questo caso deve intentare il proprietario contro il suo creditore è l'*actio praescriptis verbis*, per mezzo della quale egli ottiene che il suo creditore liberi il pegno e glielo restituisca ³¹⁾; perchè egli diede ad oppignorare la cosa al suo creditore appunto per procurarsi in tal modo una dilazione al pagamento. L'uso, dunque, per il quale fu data la cosa, qui non era semplicemente un *usus gratuitus*, e quindi non può utilmente proporsi l'*actio commodati* ³²⁾. I seguenti passi, però,

³¹⁾ V. POTHIER, *Pand. Justin.*, tom. I, lib. XIX, tit. 5, n. XIV, nota g; ANT. FABRO, *Rational. in Pand. ad h. l.* e WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 116, nota 138.

³²⁾ L. 3 Cod. *de commodato*, 4, 23

dimostrano che nè anche l'*actio pigneraticia directa* può proporsi contro il terzo possessore della cosa oppignorata, che questi invece deve essere perseguito con la *rei vindicatio* od un'altra azione opportuna:

a) L. 13 pr. D. h. t.: « Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit IULIANUS et est rescriptum ob hanc conventionem pigneraticii actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere ».

Qui bisogna supporre un caso in cui la vendita del pegno era avvenuta in modo nullo per parte del creditore, forse perchè ancora non s'era verificato il termine del pagamento; ma il creditore aveva pattuito col compratore del pegno che se il debitore gli avesse rimborsato il prezzo d'acquisto gli avrebbe dovuto rendere il pegno.

Ora il debitore può effettivamente in base a questo contratto agire con l'*actio pigneraticia directa* contro il creditore perchè gli ceda i suoi diritti alla restituzione del pegno contro il compratore³³⁾; ma egli non può proporre quest'azione contro il terzo possessore. Contro questi è accordata al debitore la rivendica, o l'*actio in factum*. Quest'*actio in factum*, come ammette anche WESTPHAL³⁴⁾, è probabilmente l'*actio utilis* che, dopo la costituzione di ANTONINO PIO, un mandante può proporre anche senza cessione, contro il terzo, col quale in suo nome ha agito il mandatario; in fatti il creditore pignoratizio, coll'alienare il pegno, agisce come un mandatario dell'oppignorante. Il mandatario deve cedere al suo mandante i propri diritti contro il terzo col

³³⁾ Invano, per la *subtilitas* del diritto romano, alcuno pattuisce in vantaggio d'un terzo. L. 73 § ult. D. *de div. reg. iuris*, 50, 17. Ma, poichè qui importa al creditore stesso che il contratto regga di fronte al terzo, così lo si considera come se il creditore l'avesse conchiuso per sè. Vedasi anche la L. 7 pr. D. *de distract. pignorib.*

³⁴⁾ *Diritto di pegno*, § 219, nota 243, pag. 317.

quale egli, come mandatario, ha contratto; tuttavia il principale può, anche senza cessione, agire con l'*actio utilis*³⁵⁾. Così dunque la decisione di ULPIANO è pienamente in armonia con i principi giuridici del suo tempo, e non si è costretti ad ammettere con ANTONIO FABRO³⁶⁾ un tribonianismo; come già fu notato da GHERARDO NOODT³⁷⁾.

b) L. 2 D. *de pignorib.*, 20, 1: « Fideiussor, qui pignora vel hypothecas suscepit atque ita pecunias solvit, si mandati agat vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet. ceterum iudicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest ». Secondo questo passo di PAPIANO, il fideiussore che ha soddisfatto il creditore ed ha preso i pegni, non può tuttavia esser convenuto dal debitore con l'*actio pigneraticia*, sebbene per mezzo di una cessione sia subentrato nei diritti del creditore; poichè in fondo il cessionario continua a considerarsi nei rapporti col debitore semplicemente come un estraneo col quale egli non ha concluso alcun contratto di pegno. Il rapporto che passa tra loro deve giudicarsi dunque semplicemente alla stregua del mandato³⁸⁾.

c) L. 2 D. *quibus modis pignus solvit.*, 20, 6: « Si creditor Serviana actione pignus a possessore petierit et possessor litis aestimationem obtulerit et ab eo debitor *rem vindicet*, non aliter hoc facere concedetur, nisi prius ei debitum offerat ».

Il terzo possessore, contro il quale il creditore aveva perseguito l'ipoteca con l'*actio Serviana*, aveva pagato il debito gravante sulla cosa ed estinto l'ipoteca. Col liberare il fondo dall'ipoteca che vi gravava egli ha effettivamente migliorato la cosa: ora al debitore non è vietato di revindicare in proprietà la cosa, ma deve rifondere al possessore il miglioramento, cioè pagargli il debito come se questi stesso fosse il creditore. È proprio ciò che dice la L. 28 pr. D. *h. t.*: « Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius pos-

³⁵⁾ L. 13 § 25 D. *de act. e. r.*, 19, 1.

³⁶⁾ *De errorib. pragmaticor.*, decad. XXII, err. 9.

³⁷⁾ *Commentar. ad Dig.*, lib. XX, tit. 1, *Operum*, tom. II, pag. 443 e segg. § *Effectus venditi pignoris*, etc.

³⁸⁾ V. WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 228, nota 252.

sessione Serviana actione petierit et litis aestimationem consecutus sit, postea debitor eandem rem petens exceptione summo-
vetur, nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est ».

Che contro il terzo possessore possa proporsi la revindica risulta:

d) dalla legge 65 D. *de rei vindicat.*, 6, 1, ove PAPIANO dice: « Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recipaverit, scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit ».

Già il titolo sotto il quale trovasi questo frammento prova che qui non si tratta dell'*actio pigneraticia* ma della *rei vindicatio*; e lo prova anche la connessione di questo passo con la L. 48 D. *eodem*, che fu, come la L. 65, tolta dallo stesso libro II *Responsorum* di PAPIANO. Anche questo è un caso in cui il terzo possessore, che aveva comperato da un non proprietario il fondo oppignorato dal proprietario, aveva soddisfatto il creditore ipotecario pel capitale e per gli interessi arretrati. L'oppignorante proponeva la *rei vindicatio* contro il possessore. Non vi ha alcun dubbio che il possessore debba restituire il fondo al vero proprietario; ma egli può anche, in via giudiziaria, ottenere che gli venga rimborsata dal proprietario la somma pagata al creditore di lui, somma che è valsa ad estinguere l'ipoteca esistente sul fondo, solo, però, in quanto egli non sia stato danneggiato nel godimento dei frutti a causa di questa contropotesa, durante il tempo in cui li lucrava come possessore di buona fede ³⁹).

E finalmente in connessione con i passi fin ora interpretati, anche i seguenti luoghi del Codice non possono riferirsi ad altra azione che alla revindica; e cioè:

e) L. 2 Cod. *Si pignus pignori datum sit*, 8, 23: « Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris iure fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit, examinata fide veri

³⁹) V. HUBER, *Praelect. ad Pandect.*, lib. VI, tit. I, § 10, e WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 258, nota 290.

poteris eam soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, interessu praesidis provinciae recuperare ».

f) L. 2 Cpd. *si vendito pignore agatur*, 8, 29: « Servos, quos nullo iure a creditore venisse dicis, pater tuus vel tu, si hereditas eius ad te pertinet, a possessoribus petere potes. quod si usucapti sunt, petat pater tuus pretium eorum a creditore, qui non iure eos servos vendidit ».

g) L. 3 Cod. *eodem*: « Si uxor tua praesidi probaverit, cum aureos triginta deberet, servos suos amplioris pretii *per gratiam* aureis viginti creditorem venundedissee eumque solvendo non fuisse. *iubebit emptores recepto pretio restituere servos* ».

Per chiarire quest'ultimo passo bisogna notare che, se anche nel caso di cui esso tratta, compratore e venditore non erano alieni dalla mala fede, come mostrano le parole *per gratiam*, la vendita del pegno tuttavia non era in se stessa nulla. Perciò il debitore deve qui anzitutto procurare il ristabilimento nel pristino stato, se vuol intentare la revindica contro il terzo possessore; infatti la proprietà del pegno è passata al compratore.

Con ciò si chiarisce anche perchè il compratore possa esser tenuto in considerazione solo allorquando il venditore non sia al caso di indennizzare l'oppignorante. Poichè la restituzione nel pristino stato è un mezzo giuridico straordinario che di regola vien concesso solo allorchè quegli che è stato leso non è in grado di allontanare completamente da sè il danno col mezzo ordinario. E perciò in questo caso l'oppignorante deve agire contro il creditore con l'*actio pigneraticia directa* per conseguire l'*interesse*, prima che possa rivolgersi contro il compratore, come giustamente ha osservato anche CUIACIO ⁴⁰). Malgrado queste ragioni molti giuristi son d'altra opinione ⁴¹). Si concede che l'*actio pigneraticia directa*

⁴⁰) *Recitat. solemn. in Codicem*, ad tit. 29 libri VIII. *Si vendito pignore agatur. § quod si jure facta sit venditio, etc.* Vedasi anche WESTPHAL, *Diritto di pegno*, § 220, n. 244.

⁴¹) MEVIO, *Decision.*, parte V, decis. 342; LEYSER, *Meditat. ad Pandect.*, vol. III, specim. CLV, medit. 5; BERGER, *Oecon. iuris*, lib. III, tit. II, parte XVII, nota 3; WERNHER, *Select. observation. for.*, tom. III, parte III.

sia un'azione personale, ma si crede che essa debba annoverarsi tra quelle azioni personali che han luogo anche contro il terzo possessore e che perciò si soglion denominare *actiones in rem scriptae*. Di ciò si crede di trovare la prova non solo nelle leggi fin qua citate, nelle quali è spiegato decisamente il fondamento dell'azione contrattuale pignoraticia, il pagamento cioè del debito; ma si fa ricorso specialmente ad un passo del diritto canonico, e cioè al cap. 6 X. *de pignorib.*, in forza del quale sarebbe posta definitivamente fuori dubbio la cosa. Ma una più precisa dilucidazione di questo passo finirà per convincerci del contrario. Esso suona così: « Cum contra nobilem virum G. Deentem, civem Anagninum super quibusdam possessionibus, quas quondam pater tuus L. de Saul pro certa quantitate pecuniae obligaverat, et ipsius creditoris heredes praedicto G. pignoraverant, movisses in nostra praesentia quaestionem, legitime probavisti, quod ex earum preventibus tantum fuerat tam ab eodem G. quam ab aliis, quia eas tenuerant, a tempore, quo fuerant obligatae, perceptum, quod fructus sorti poterant adaequari.

« Nos igitur attendentes, quod in talibus perceptio fructuum in solutione sortis accedat, cum secundum canonicas sanctiones fructus restitui, et in sortem debeant computari: considerantes etiam, quod possessiones ipsae iam extenuassent penitus totum onus et debitum annullassent, *ipsas tibi restituendas esse decrevimus, et te per nuncium nostrum in possessionem induci fecimus corporalem* ».

In questo passo dunque si ingiunge categoricamente che, dopo pagato il debito, e quando anche lo si sia estinto, come nel caso qui deciso dal Papa INNOCENZO III, con i frutti della cosa, debba esser restituito il pegno e l'oppignorante sia autorizzato a pretendere la cosa oppignorata anche da un terzo possessore presso il quale sia stata nuovamente oppignorata dal creditore pignoraticio. Ma anche qui la legge, come nei già citati frammenti romani, non determina qual sorta d'azione debba proporsi contro il terzo pos-

obs. 2.^a; STRUBEN, *Considerazioni giuridiche*, parte V, cons. 70; MENCKEN, *Diss. de actione pigneraticia*, § 13; PUTTMANN, *Adversar. iuris unir.*, lib. II, cap. 3.

sessore della cosa. Quindi bisogna sempre supporre un'azione a ciò appropriata. Si obietta che tutto il contenuto del testo convince qualunque profano ch'è ne esami appena attentamente le parole, non poter la legge esser riferita alla revindica, ma esservi invece indubbiamente indicata l'azione in base al contratto di pegno. Quello stesso che il Papa assume intorno alla prova addotta, porrebbe tutto ciò fuori questione: poichè se si fosse proposta la revindica l'attore avrebbe dovuto provare la sua proprietà. Di questo, però, non si farebbe parola nel testo citato, mentre invece l'attore avrebbe semplicemente dimostrato che il credito del suo creditore era stato estinto con i frutti ricavati dal fondo ipotecato. Questa prova sarebbe stata inutile e ridicola nella revindica, in cui il possessore deve consegnare la cosa senz'altro; invece nell'*actio pignoratitia* s'intenderebbe benissimo giacchè l'attore per essa deve dimostrare che il convenuto è stato soddisfatto o col pagamento in contanti del debito, o con la compensazione dei frutti goduti. Basterebbe confrontare la L. 1 Cod. *de pignorat. act.* col cap. 6 X. *de pignorib.* per convincersi che nei due passi si tratta dell'azione derivante dal contratto di pegno.

Queste sono le ragioni addotte particolarmente dal LEYSER. Egli crede inoltre che anche l'equità richieda che il debitore non possa riottenere la cosa oppignorata col mezzo della revindica senza dover dar niente, ma debba piuttosto restituire al possessore di buona fede quanto ha ricevuto dal creditore, per non arricchirsi così ai danni di quello.

Però tutto il ragionamento del LEYSER riposa su un concetto errato del caso giuridico qui risolto dal Papa. Il creditore, o, ciò che qui è lo stesso, i suoi eredi, avevano ulteriormente oppignorato ad un terzo il pegno, e questi, per conseguenza, ora lo possedeva temporaneamente, e come semplice creditore pignoratizio. In questo caso come mai poteva venire in mente al possessore di arrogarsene la proprietà quando l'oppignorante rivendicava il pegno? Come mai poteva qui sulla proprietà sorgere una lite che ne avesse resa necessaria la prova? — bastava che l'attore provasse che il convenuto aveva ottenuto in pegno la cosa dal suo creditore (quello

dell'attore). Ecco perchè qui non si faceva questione di prova della proprietà. Poichè, però, all'oppignorante non compete assolutamente un diritto a ripretendere il pegno prima che sia estinto, in qualsiasi modo, il debito od il diritto di pegno, qui si venne anzitutto a questo: che il debitore opponeva che il diritto di pegno era venuto meno col godimento dei frutti ritratti dal fondo oppignorato, e con ciò era estinto il debito. Naturalmente, allora si doveva condannare il secondo creditore a restituire la cosa al primo oppignorante, perchè il suo diritto di pegno non poteva aver maggior durata di quello del primo creditore ⁴²). Qui dunque la prova della proprietà sarebbe stata altrettanto soverchia, poichè nessuno contestava all'attore la proprietà, quanto era necessaria la prova addotta dall'attore, perchè fino a che l'azione pignoratizia non poteva aver luogo contro il creditore stesso nè anche la cosa poteva essere ripretesa dal terzo possessore. Non ne consegue peraltro che qui si tratti dell'*actio pigneraticia*, tanto più che ad essa non accenna alcuna espressione. Vi osta anche l'obbiezione che nella revindica la prova, di cui è parola nel nostro testo, sarebbe stata inutile e ridicola, perchè il possessore dovrebbe render senza compenso la cosa. Per verità, l'affermazione che la consegna della cosa nella revindica debba seguire senz'altro, come regola è affatto giusta, ha però anche essa le sue eccezioni, come appare a bastanza evidente dalla L. 65 pr. D. *de rei vindicat.* superiormente citata. Nel fatto, però, la regola addotta afferma anche qui il suo valore; poichè se il primo oppignorante ha completamente soddisfatto il suo creditore, il secondo creditore al quale questi ha nuovamente oppignorato la cosa, deve restituirla al primo senza poter pretendere nulla, quand'anche il suo debitore gli avesse oppignorato il pegno per un ammontare di debito maggiore. Questi poi può rivolgersi al suo debitore e oppignorante; ed a ciò non gli compete un diritto di ritenuta contro il primo oppignorante, quando questi revindica il pegno; come già s'è visto in altra circostanza (§ 806, pag. 339). Se il creditore, in forza di mandato del debitore avesse

⁴²) L. 40 § 2 D. *de pignerat. act.*

oppignorato nuovamente la cosa, o ceduto a quest'ultimo la propria azione contro il terzo possessore, allora s'intende da sè che l'*actio pigneraticia* contro il terzo abbia luogo; ma giuridicamente questa non è un'eccezione a quella regola. Ciò hanno anche assai giustamente notato THIBAUT⁴³⁾ ed EMMINGHAUS⁴⁴⁾.

Da tutto questo deriva a bastanza chiaramente quanto siano trascurabili i motivi con cui si vuol provare l'ammissibilità dell'*actio pigneraticia* contro il terzo possessore. La maggior parte dei giuristi si schiera, perciò⁴⁵⁾, con ragione, in favore dell'opinione contraria.

Da quelle premesse si distingue ancora un'altra questione, che, parimenti, è assai controversa: in quale momento cioè si prescriva l'azione derivante dal contratto di pegno. È certo che non basta la prescrizione ordinaria, ed i chiari passi seguenti non lasciano sussistere alcun dubbio su ciò.

⁴³⁾ *Sist. del dir. delle Pandette*, vol. II, § 662.

⁴⁴⁾ *Ad COCCEJI ius cir. contror.*, tom. II, h. t., qu. 15, not. p. pag. 261.

⁴⁵⁾ *Giust. Enn.* BOEHMER, *Ius Eccl. Protest.*, tom. I, libro I, tit. 2. § 72; *Gio. SCHILTER*, *Prax. iur. rom.*, exercit. XXVI, § 8 e segg.; *Gio. Ulr. de CRAMER*, *Observat. iur. univ.*, t. I, obs. 375; *Gio. VOET*, *Comment. ad Pand.*, h. t., § 3; *Gio. Ern. BERGER*, *Supplementa ad electa disceptation. for.*, parte I, tit. 5, § XXXI, pag. 99; *Sam. COCCEIO*, *Ius cir. contror.*, h. t., qu. 14 et 15; *Rain. BACOVIO*, *Tr. de pignorib. et hypoth.*, lib. V, cap. 19; *Mich. Teof. WERNHER*, *Lectissim. commentation. in Pand.*, h. t., § 16; *Franc. ALEF*, *Diss. de usu actionis pigneraticiae contra tertium rei oppignoratae possessorem*, in *Eius diebus academ. v. opuscul.*, Heidelb. 1753, 4, diss. XV, pag. 467 e segg.; *WESTPHAL*, *Diritto di pegno*, § 258; *Car. Fed. WALCH*, *Introd. in contror. iur. cir.*, pag. 735 e segg.; *Gio. Nic. LÜTKENS*, *Diss. de actione pignoratitia contra tertium non competente*, Goett. 1777, *Crist. Nic. SCHLICHTKRULL*, *Disput. sist. quaestionem: an actio pignoratitia directa contra tertium possessorem institui queat?* Greifswald 1777; *Abr. BRACK*, *Diss. de actione pigneraticiae contra tertium pignoris possessorem competente et non competente*, Giessen 1786, *Car. Crist. HOFACKER*, *Princip. iur. cir. R. G.*, tom. III, § 1889; *Gio. Ern. Giust. MÜLLER*, *Observation. pract. ad Leyserum*, tom. II, fasc. I, observat. 342; e *Crist. Eur. Teof. KÖCHY*, *Meditazioni sugli oggetti più interessanti della dottrina civilistica moderna*, vol. I, arg. XVII, pag. 226 e segg.

L. 10 Cod. *h. t.* (4, 24): « Nec creditores nec qui his successerunt adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita iure debita quantitate vel is non accipientibus oblata et consignata et deposita, *longi temporis praescriptione* muniri possunt ».

L. 12 Cod. *eodem*: « Quominus fructuum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione ac residuo debito soluto, vel si per creditorem factum fuerit, quominus solveretur pignora quae in eadem causa durant restituat debitori, *nullo spatio longi temporis defenditur* ».

Ma non ne consegua per ciò che l'*actio pigneraticia directa* sia dichiarata imprescrittibile, come molti pretendono di sostenere ⁴⁶⁾. Non può certamente il creditore pignoratizio acquistare con alcuna sorta di prescrizione la proprietà della cosa che possiede in pegno, perchè gli mancano tutti i requisiti per la prescrizione acquisitiva. La L. 13 pr. D. *de usurpat. et usucap.*, 41, 3, dice esplicitamente: « Pignori rem acceptam usu non capimus, *quia pro alieno possidemus* ». E proprio ciò significa il modo di dire tedesco: *Versass verjährt nicht* (il pegno non si prescrive) ⁴⁷⁾. Ma qui non si tratta di prescrizione acquisitiva, ma semplicemente di estintiva. A questa in ogni caso soggiace l'*actio pigneraticia directa*, poichè secondo il generale prescritto della L. 3 Cod. *de praescript. 30 vel 40 annor.* tutte le azioni, siano esse personali o reali, si estinguono coi trent'anni per prescrizione; ed a questa regola le leggi non hanno fatto alcuna eccezione nei riguardi dell'azione pignoratizia ⁴⁸⁾.

⁴⁶⁾ LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. III, specim. CLV, medit. 9; Gio. Lud. SCHMIDT, *Diss. de praescriptione act. pigneraticiae directae*, praes. Io. Casp. HEIMBURGIO def., Iena 1756, § 45; Aug. Sigm. KORI, *Teoria della prescrizione*, Lipsia 1811, § 92, ed i più.

⁴⁷⁾ V. Gio. Fed. EISENHART, *I principii de' diritti tedeschi in proverbii*, pag. 321 della nuova edizione, Lipsia 1792.

⁴⁸⁾ V. Lod. God. MADIHN *ad Meuckenii doctr. de actionib. for.*, not. 558, pag. 197 e Cristof. Crist. DABELOW, *Sulla prescrizione*, parte II, §§ 167 e 168. In un caso però l'*actio pigneraticia directa* dura solo due anni, e cioè quando tende alla liberazione di un pegno rilasciato al creditore dal Principe. L. 3 § 3 Cod. *de iure domini impetrando*, 8, 33. V. DABELOW, parte II, § 162, pag. 226 e THIBAUT, *Sist. del dir. delle Pandette*, vol. II, § 1039.

Ora si tratta di stabilire da qual tempo decorra questa prescrizione trentennale nell'*actio pigneraticia directa*. È una questione sulla quale molto si discute: tra i giuristi esistono due opinioni in proposito. Gli uni⁴⁹⁾ ammettono che la prescrittibilità di questa azione principii al momento stesso in cui vien concluso il contratto di pegno. Essi adducono come motivo fondamentale che per parte del debitore si abbia una negligenza quando egli lasci passare il tempo determinato per la prescrizione senza soddisfare il creditore, e così si ponga in condizione di non poter pretendere i suoi pegni. Questa negligenza non potrebbe tornare a vantaggio del debitore, perchè la prescrizione si sarebbe introdotta appunto a punizione della negligenza.

Altri⁵⁰⁾ invece affermano che l'azione tendente alla riconsegna del pegno divenga prescrittibile dal momento in cui il debitore ha estinto il debito pignoratizio; perchè l'azione pignoratizia comincia ad essere propriamente un'*actio nata* nell'istante in cui è avvenuto il pagamento del debito, e nondimeno la restituzione del

⁴⁹⁾ *Rain. BACOVIO, Tr. de pignorib. et hypoth.*, lib. V, cap. 20; *Arn. VINNIO, Select. iuris quaestion.*, lib. II, cap. 6; *Pietro de TOULLIEU, Diss. iuri luendi ac repetendi pignoris an praescribatur?* in *EIUS Collectan. iur. civ.*, diss. III, p. 106 e segg., § 70 e segg.; *Sam. COCCEJO, Ius. civ. contror.*, h. t., qu. 19; *WESTPHAL, Dir. di pegno*, § 259, ed i più.

⁵⁰⁾ *Gio. VOET, Commentar. ad Pand.*, h. t., § 7; *Ant. SCHULTING, Thesaur. controvers.*, dec. L, parte IX; *Sam. STRYK, Us. mod. Pand.*, h. t., § 12; *Pietro MÜLLER ad Struvii syntagma iur. civ.*, exerc. XIX, pag. 49, nota §; *Ge. FRANTZK, Comment. in Pand.*, h. t., n. 12 e 13; *Gio. Eur. DE BERGER, Oeconomia iuris*, lib. 3, tit. 2, p. 17, n. 2; *Gio. Eur. Crist. ERKLEBEN, Princip. de iure pignor. et hypoth.*, § 294 e 295; *God. Lud. MENCKEN, Doctr. de actionib. for.*, pag. 196, § 23; *Car. Fed. VOIGT, Diss. de praescriptione actionis pignoratitiae directae. praes. Io. Matth. MARTINI, Rostoch 1794 def.*; *MOUSSON, Diss. eiusd. argum.*, praes. *Crist. GMELIN def.*, Tubinga 1796; *THIBAUT, Del possesso e della prescrizione*, parte II, § 53; *Gio. Ern. Bern. EMMINGHAUS ad COCCEJI Ius. civ. contror.*, h. t., qu. 19, nota t; *Ad. Diet. WEBER, sul Commentario di HÖPFNER sulle Istituzioni di EINECCIO*, § 1182, nota 3, pag. 1128; *Cristof. Crist. DABELOW, Sulla prescrizione*, parte II, § 167 e 168 e *Crist. Eur. Teof. KÜCHY, Meditazioni sui più interessanti oggetti della dottrina civilistica moderna*, vol. I, consid. 18.

pegno non è seguita. Il diritto quindi di riscattare un pegno dal creditore perdurerebbe prima che il pagamento avvenga, e si estinguerebbe dopo questo entro trent'anni.

Quest'ultima opinione merita assolutamente la preferenza. Infatti è regola generale che la prescrittibilità di un'azione comincia nel momento in cui si offriva una possibilità giuridica di proporre l'azione stessa: *actioni nondum natae non currit praescriptio*. È questo un principio che trova applicazione nella prescrizione di tutte le azioni ⁵¹⁾. Ora le leggi, perchè si possa proporre con efficacia l'*actio pigneraticia*, fanno espressa condizione che il debito sia pagato ed il creditore debba essere stato in altra guisa soddisfatto; ed i seguenti passi pongono ciò fuori dubbio:

L. 9 § 3 D. *h. t.*: « Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneraticia actio ».

L. 9 § 5 D. *eodem*: « Qui ante solutionem egit pigneraticia — non recte egit ».

Veramente si osserva in contrario che la condizione sotto cui compete al debitore l'azione pignoraticia qui non meriti di esser presa in considerazione pel motivo che egli sia libero di soddisfare il creditore, in vista del suo credito, quando vuole; che il debitore, per conseguenza, debba attribuire a sè stesso se non toglie di mezzo l'ostacolo che si frappone alla sua azione, e sia questa una negligenza a cagion della quale l'azione pignoraticia, proprio come tante altre azioni, potrebbe venir prescritta. E poi sarebbe in contrasto con tutta l'analogia giuridica che quando l'adempimento della condizione sotto la quale ad alcuno spetta un diritto dipende unicamente da lui, egli intenda tuttavia con la propria negligenza di procurarsi un vantaggio a danno di un altro. Inoltre a quei passi delle fonti ove è detto che l'*actio pigneraticia* è nata solo allorchè il creditore ha conseguito il proprio soddisfacimento, potrebbero contrapporsene degli altri, e cioè la L. 1 § 6 D. *de obligat. et actionib.* 44, 7, e il § ult. I. *Quib. mod. re contrah. obligat.* 3, 14.

⁵¹⁾ L. 7 § 4 C. *de praescript. 30 vel 40 annor.*; L. 1 § ult. Cod. *de annali except.*; DABELOW, *Sulla prescrizione*, parte II, § 149.

Ma, con un più maturo esame, queste obiezioni appaiono abbastanza irrilevanti. Non si confonda la negligenza del debitore nell'estinguere il debito principale con la negligenza del medesimo nel ripretendere il pegno. La prima può tornare sempre a biasimo del debitore, e procurargli anche le dannose conseguenze della mora, senza che per ciò si possa menomamente supporre la seconda.

Ma noi vogliamo pure per un momento ammettere che la seconda fosse inseparabile dalla prima: in tal caso però il debitore dovrebbe essere stato prima di tutto posto in *mora* con una *interpellatio*, senza distinzione se la *lex* o la *dies* o l'*homo* lo ha interpellato. Solo da questo tempo, dunque, si potrebbe riguardare come *nata l'actio pignoratizia*, e far questione di prescrizione della medesima. E perciò nè anche da questo punto di vista può la prescrizione dell'azione pignoratizia aver principio fino dal tempo della conclusione del contratto, se non si vuol dar luogo alla patente assurdità che il debitore nell'istante stesso in cui riceve il prestito contro dazione del pegno abbia già pagato nuovamente il debito e liberato il pegno. Ma la prescrizione dell'azione nascente dal contratto di pegno non può nè anche venir computata dal tempo in cui il debitore cominciò ad essere in mora pel pagamento del debito principale; poichè questa mora autorizza semplicemente il creditore pignoratizio a procedere per il pagamento del debito. Quindi solo per la sua parte era un'*actio nata*; non ancora però l'azione pignoratizia spettante al debitore. Non può infatti il debitore proporla assolutamente prima che abbia estinto il debito. Adunque fin che questo ancora esiste non può parlarsi di negligenza del debitore, e, per conseguenza, di prescrizione dell'azione pignoratizia che gli compete. Ma il biasimo per la negligenza tocca solo il creditore quando egli, dopo che il debitore cominciò ad essere in mora, non propose l'azione pel debito che allora gli spettava. E quindi solo la sua azione soggiace alla prescrizione a partire da questo tempo.

Invece la prescrizione dell'azione pignoratizia, ove ben la si consideri, non può originarsi che quando il debito sia pagato od il creditore altrimenti soddisfatto perchè, fino a tal momento il cre-

«litore non si trovava in una condizione illegale. Questa principia dall'istante in cui, avvenuto il pagamento, non segue la debita restituzione del pegno; e solo a partire da questo punto compete, quindi, l'azione pignoraticia.

E come il ritardo del debitore nell'estinguere il debito principale non contiene già in sè una negligenza del medesimo nel proporre l'azione derivante dal contratto di pegno, così la prescrizione dell'azione di debito non è connessa con la prescrizione dell'azione pignoraticia in modo che l'una includa anche necessariamente in sè l'altra. Per conseguenza è completamente erronea l'asserzione di alcuni giuristi ⁵²⁾ che nel caso in cui l'azione di debito cada per prescrizione, si prescriva contemporaneamente con essa l'*actio pignoratitia directa*.

Evidentemente qui si confondono tra loro due azioni affatto differenti. Se è estinta per prescrizione l'azione nascente dal contratto principale, con ciò la negligenza del creditore viene a ragione punita. Come può però questa negligenza tornare a svantaggio del debitore, al quale non può peranco imputarsi per sua parte negligenza alcuna in rapporto all'azione pignoraticia che gli compete? *Unicuique sua negligentia nocet, non alii* ⁵³⁾. Per tal modo la sua negligenza non tornerebbe piuttosto a vantaggio del creditore, in quanto egli potrebbe ora tenersi il pegno che, facilmente, può importare un valore maggiore che l'intero debito pignoraticio?

Inoltre poi sussiste sempre contro il debitore che agisce per la restituzione della cosa oppignorata l'*eccezione* che il credito non è ancora estinto. E questa non soggiace ad alcuna prescrizione ⁵⁴⁾. Perchè con la prescrizione estintiva, della quale solo qui è questione, viene escluso non tanto il diritto e l'obbligo in

⁵²⁾ Teofilo STURM, *Diss. de praescriptione reuolutionis pignorum secundum analogiam iuris civ.*, Vitemberga 1728 ed Jac. RAVE, *Princip. iur. doctrinae de praescriptione*, § 42.

⁵³⁾ L. 173 § 2 D. de reg. iuris, 50, 17.

⁵⁴⁾ V. DABELOW, *Sulla prescrizione*, parte II, § 167, pag. 240 seg. Di diversa opinione è Lod. God. MADIUN *ad Mencken Doctr. de actionib. for.*, nota 558, pag. 1197.

se, quanto piuttosto semplicemente la persecuzione giudiziaria dei medesimi per via d'azioni: conseguentemente, per l'obbligazione in se non ancora estinta, deve sempre trovar luogo una eccezione ⁵⁵⁾. Difficilmente possono trovarsi leggi che suonino contro la nostra affermazione, e sono pochissime quelle che ci si vorrebbero contrapporre: poichè nella sovra citata L. § ult. I. *quib. mod. re contrah. obligatio*, e nella L. 1 § 6 D. *de obligat. et action.*, che suona perfettamente lo stesso, non si dichiara niente altro che il completo obbligo del creditore di restituire la cosa oppignorata; nè vi è parola di prescrizione dell'azione a ciò tendente.

Tuttavia si crede che alla nostra asserzione osti l'analogia giuridica, perchè se fosse esatto che l'azione pignorizia si prescrive in trent'anni non già dal tempo della conclusione del contratto di pegno, ma solo dal tempo del pagamento del debito, allora anche per le altre azioni nascenti da contratti bilaterali, l'inizio della prescrizione non dovrebbe datare dal tempo della conclusione del contratto, il che invece trovasi prescritto nelle leggi.

Però, pur facendo astrazione dal fatto che per l'azione pignorizia si hanno leggi esplicite che esattamente determinano la data a partire dalla quale l'*actio* è nata, qui si accetterebbe per certa una proposizione alla quale tuttavia, e con fondamento, si può opporsi.

Anche per gli obblighi bilaterali può ammettersi di regola che nessuna azione si origini fino a che non ci si offra effettivamente alla prestazione, dalla quale vien fondato il diritto d'azione ⁵⁶⁾. E perciò nè pure per questi può iniziarsi anteriormente la prescrizione dell'azione.

Ancora a minori dubbi si presta per diritto romano la prescrittibilità dell'azione pignorizia perchè per esso la buona fede per estinguere la prescrizione non è necessariamente richiesta, ma viene in considerazione solo in quanto il prescrivente od il pos-

⁵⁵⁾ V. WEBER, *Contributi alla teoria delle azioni ed eccezioni giudiziarie*. 1 St., pag. 10.

⁵⁶⁾ V. THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette*, vol. II, § 1034.

sessore della cosa, sulla quale l'altro ha perduto per prescrizione le proprie ragioni, la voglia ritogliere dalle mani di un terzo con un'azione reale ⁵⁷⁾. Pel diritto canonico la questione si svolge in modo affatto diverso. Qui, stando al suo precetto, per la prescrizione di quelle azioni che tendono alla restituzione di una cosa altrui, in quanto il possessore deve esser autorizzato alla continuazione del possesso, è necessariamente richiesta una *bona fides* perdurante lungo tutto il tempo della prescrizione ⁵⁸⁾; quindi, giusta tale principio, lo stesso creditore non può mai difendersi contro il debitore con la eccezione della prescrizione, se quest'ultimo anche dopo trent'anni per la prima volta dal tempo del pagamento del debito, agisca per la restituzione del pegno ⁵⁹⁾.

⁵⁷⁾ L. 8 C. *de praescript. 30 vel 40 annor.*, 7, 39; vedi DABELOW, *Sulla prescrizione*, parte II, § 144, pag. 178 segg.

⁵⁸⁾ Cap. 5 e 20 X *de praescript.*; DABELOW, loc. cit., § 182, pag. 300 segg.

⁵⁹⁾ LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand., h. t.* § 23; HOFACKER, *Princip. jur. cir.*, tom. III, § 1893.

APPENDICE

La « formula hypothecaria »,

dell'avv. prof. GIULIO PETRONI

I. — Importanza della « formula hypothecaria ».

1. — È noto che il pegno, come altri istituti di diritto pretorio, divenne *ius in re aliena* quando il pretore concesse al creditore l'azione contro i terzi. L'*interdictum Salvianum* infatti non tutelava il creditore ipotecario, perchè questi non poteva usarne nel caso in cui gl'*illata* non si trovassero sul fondo. ma presso terzi ¹⁾. Di qui la necessità di un'*actio in rem*, che dapprima fu

¹⁾ Una delle quistioni più dibattute però, come osserva il LENEL (*Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, R. A. [Rivista della fondazione SAVIGNY per la storia del diritto, parte romanistica], vol. 3, pag. 180-190, è questa appunto, e la lotta delle opinioni si spiega per la contraddizione che esiste nelle fonti. Nella L. 1 Cod. de precario et de Salviano interdicto, 8, 9 (Basil., XXV, II, 36; HEIMBACH, vol. 3, p. 72) GORDIANO dice espressamente che l'interdetto spetta solo contro il pignorante, mentre, per converso, in due frammenti, di cui risulta il titolo del Digesto de Salviano interdicto, 43, 33, è parte presupposto, parte espresso che l'interdetto spetti *adversus quemcumque possidentem*. Cfr. la parafrasi greca delle Istituzioni (ed. FERRINI, IV, 15, 3). LENEL ritiene che nel diritto classico l'*interdictum* poteva valere solo contro il conduttore, siccome attesta GORDIANO, e che soltanto nel *Corpus iuris* di GIUSTINIANO si sarebbe esteso contro i terzi, mantenendosi per errore la L. 1 Cod. de precario: che i frammenti delle Pandette originariamente avrebbero avuto relazione all'*actio serviana*, e per una interpolazione dei compilatori si sarebbero attribuiti all'*interdictum Salvianum*. — Cfr. pure BREMER (*Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, pag. 219). Tutto ciò, dice il DRNBURG (*Pandekten*, 6.^a ed., I, 2, § 284, pag. 294 e seg.), è possibile, ma allo stato delle fonti non si può avere un risultato sicuro.

Su questa quistione cfr. ZIMMERN (*Beiträge zur Lehre vom Pfandrecht* [Contributi alla teoria del diritto di pegno], nella *Zeitschr. für Civilr. und Prozeß*, I, pag., 54 e seg.); HUSCHKE (*Studien des Römischen Rechts*, pag. 373 e seg.); RUDORFF (*die Pfandklagen*, nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* [Azioni pignoratorie, nella Rivista per la giurisprudenza storica], vol. 13, pag. 246); KELLER (RICHTERS *Kritische Jahrbücher* [Annali critici di RICH-

limitata al solo rapporto della *locatio* dei fondi rustici, e si disse *actio serriana* ²⁾, poi fu estesa agli altri pegni costituiti per altre cause di obbligazione e si ebbe l'*actio quasi serriana* o *hypothecaria* ³⁾. Di fronte a queste azioni *pignus* e *hypotheca* tornano ad un medesimo. GIUSTINIANO infatti dice così:

TER], XI, pag. 970 e seguenti); DERNBURG (*Das Pfandrecht*, II, pagine 341 e seg.); BRINZ (*Lehrbuch der Pandekten* [Manuale delle Pandette], vol. II, § 351 in fine nota 42-44); WINDSCHIED, § 236, nota 5, vol. I, p. 2, pag. 382 della traduzione italiana; APPLETON (*Les interpolations dans les Pandectes*, pag. 186 e seg.); BERTOLINI (*A chi e contro chi competeva l'interdetto Salviano*, specialmente pag. 62 e seg.); SCHUPFER (*L'interdetto Salviano e un rescritto di Gordiano*, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. V, pag. 216 e seg.); HERZEN (*Origine de l'hypothèque romaine*, Paris 1899, pag. 148 e seg.). Cfr. pure la importante nota del FERRINI (*Manuale di Pandette*, Milano 1900, pag. 512); KARLOWA (*Röm. Rechtsgesch.* [Storia del diritto romano], III, pag. 1279 e seg.); NABER (*Observationes de iure romano*, pag. 224, nota 7, in *Mnemoseyne*, nova series, XXXI, pars. II, Lipsiae 1903).

²⁾ E sempre viva la disputa intorno all'autore dell'*actio Serriana*. Cfr. GLÜCK (*Ausführliche Erläuterung der Pandekten* [Ampio commentario alle *Pandette*], vol. 14, pag. 14 e seg. e gli autori ivi citati) [lib. XIII, pag. 303 e seguenti della traduzione italiana]. Il BREMER (*Jurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, cit. I, pag. 219 in fine e seg.), fra i moderni, ne ritiene autore SERVIO Sulpicio, perchè a lui si riferiscono l'*actio ficticia del bonorum possessor post Rutilianam* (GAI, 4, 35), e GAIO in quel luogo, in cui dice: « *actionem vocari* » sembra riferirsi a SERVIO Sulpicio, che non raramente loda (I, 188, II, 244, III, 149, 156, 179, 183): se autore della *Serriana* fosse stato un altro SERVIO, GAIO non avrebbe mancato d'indicarlo: finalmente, soggiunge il BREMER, noi leggiamo che SERVIO altro intorno ai coloni ed alle mercedi dei fondi venne costituendo: che egli non sia stato pretore urbano, non monta, poichè ad un giureconsulto di esimia autorità era lecito *variis modis iura condere*. — Cfr. GIRARD (*Manuel élémentaire de droit rom.*, 3.^a ediz., pagina 762, nota 5) intorno alle altre opinioni di JÜRS (*Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* [Giurisprudenza romana al tempo della Repubblica], pagina 153, nota 3) che dalle liste dei pretori trasmesseci da LIVIO deduce che vi sia stato un pretore urbano col prenome SERVIO; cioè SERVIO Sulpicio GALBA nell'anno 567 (*Liv.*, 38, 42), a cui crede di poter ricondurre con qualche verosimiglianza l'*actio Serriana* nell'editto pretorio; del VOIGT (*Das pignus der Römer*, pag. 263 e 264; *Sonderabdruck aus den Berichten der Königl. Sächs. Gesellschaft der Wissenschaften*, 1888, *Sitzung am 8 Dec.*), il quale ritiene che l'*actio Serriana* sia da attribuire a SERVIO Sulpicio GALBA, avo dell'imperatore GALBA. — Cfr. pure SCHULIN (*Lehrbuch der Gesch. des röm. Rechts* [Manuale di Storia del diritto romano], pag. 426, nota 5), e NABER, *loc. cit.*, pag. 221 e 222.

³⁾ Adoperiamo promiscuamente la terminologia, *actio Serriana*, *quasi Serriana*, *hypothecaria*, *pignoratitia in rem* poichè essa risponde alle fonti giustiniane, in cui solo per eccezione l'*actio Serriana* serba il suo originario significato di azione rivolta a tutelare il rapporto del locatore di fondi rustici rimpetto ai terzi. — Cfr. GLÜCK (*op. cit.*, 14, pag. 5, nota 9) [pag. 296, nota 9 della traduzione italiana]; BACHOFEN (*Das Römische Pfandrecht*, pag. 28 e seg.). — KUNTZE (*Zur Gesch. des Röm. Pfandrechts* [Sulla storia del romano diritto

§ 7 Inst. de actionibus, 4, 6:

« Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus colonis, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecasse persequuntur. inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest:... »⁴.

2. — Dato che il pegno sia divenuto diritto reale quando al creditore fu data l'azione « *persecutio in rem parit actionem creditori* »⁵, ognuno vede la grande importanza di studiare quest'actio, e l'intima struttura della *formula hypothecaria*. La *formula* ci addita i principi della dottrina del diritto di pegno. poichè in essa si rispecchia la concezione giuridica del tempo in cui l'azione veniva proposta, e i giuristi nella costruzione di tale dottrina dovettero attendere alle clausole ed ai presupposti della *formula*, pur non rendendosi schiavi delle parole di essa; sicchè, tenendo presenti le parole della *formula*, gli argomenti dei giureconsulti tornano chiari, e riesce facile scoprire la via che dovettero percorrere nell'eliminare i dubbii e vincere gli ostacoli⁶. La importanza della *formula hypothecaria* fu ben intesa da GAIO⁷, e MARCIANO⁸, che discussero il diritto d'ipoteca ciascuno in un *liber singularis de « formula hypothecaria »*, ed a questa riannodarono quello⁹.

di pegno], II, pag. 17). — Il BREMER (*Jurisprudentia Antohadriana* cit.) nota che della ipoteca non si fa mai menzione presso i giureconsulti romani prima di ADRIANO; che primo GAIO parla della *quasi Serviana*, e della *Serviana* neppure si discorre prima di ADRIANO. — Cfr. pure COSTA (*Storia del diritto romano*, II, cap. 6, e specialmente § 7 e seg.); MANIGK, *loc. cit.*, pag. 94 e 95.

⁴ Cfr. su questo paragrafo delle Istituzioni SCHRADER (*Justiniani Institutiones*, pag. 641 e 642) e il FERRINI (*Sulle fonti delle Istituzioni di GIUSTINIANO*, II, pag. 164 e *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, anno XIII, pag. 192). — Cfr. pure L. 5, § 1 D. *de pig. et hypoth.*, 20, 1.

⁵ L. 27 D. *de nor. act.*, 9, 4; L. 17, 2, 29 § 1 D. *de pignoribus et hypothecis*, 20, 1; L. 13 § 3 D. *cod.*; L. 12 § 1 D. *quibus mod. pignus vel hypotheca solr.*, 20, 6.

⁶ DERNBURG (*Das Pfandrecht*, § 7 pag. 76 e seg.), il quale però mantiene la importanza della *formula* nei giusti limiti, avvertendo che nelle poche parole di essa non può trovarsi la chiave di tutto lo svolgimento del romano diritto di pegno — *ivi*, pag. 77. — Cfr. pure FRANCKE (*Civilistische Abhandl. [Dissertationi di diritto civile]*, pag. 106 e seg.); WLISSACH (*Edict und Klageform [Editto e formula dell'azione]*, pag. 80 in fine e gli autori da lui citati).

⁷ *Ad edictum provinciale*, LENEL (*Palingenesia*, I, specialmente n. 211, 212, pag. 210 e 211; *DE FORMULA HYPOTHECARIA liber singularis*, *ivi* I, n. 399 e seg., pag. 240 e seg.).

⁸ *AD FORMULAM HYPOTHECARIAM liber singularis*, *Palingenesia*, I, n. 17 e seg., pag. 644. Anche PAOLO scrisse una monografia sul pegno, ma del suo contenuto non si sa nulla. L'indice degli autori dei Digesti addita (XXV) di PAOLO solo il titolo del libro, « *ὑποθήκῃ* ». Su di ciò cfr. KRÜGER (*Geschichte der Quellen und Literatur d. Röm. Rechts [Storia delle fonti e della letteratura del diritto romano]*, 1888, pag. 208, nota 62) e MANIGK (*loc. cit.* pag. 128).

⁹ BETHMANN HOLLWEG (*Der Civilprozess des gemeinen Rechts [Il processo civile del diritto comune]*, vol. II, pag. 315, nota 57).

II. — Profilo dell'« actio hypothecaria ».

3. — Prima di studiare la *formula hypothecaria* vogliamo intanto ricordare qui brevemente alcuni caratteri dell'*actio hypothecaria*. Questa è un' *actio in factum praetoria*¹⁰⁾. Il pretore, volendo tutelare il nuovo rapporto del pegno, non poteva valersi delle estensioni obbiettive e subbiettive di rapporti di diritto civile, come soleva fare per mezzo di finzioni; non essendo alcuna azione con cui per mezzo di quelle finzioni e trasposizioni potesse tutelarsi il pegno rispetto ai terzi, e trattandosi di un diritto, *quod iustitione praetoris continetur*, il pretore concesse l'azione puramente pretoria *in factum*. — *Actio in factum* è chiamata l'*actio hypothecaria*¹¹⁾, e nelle fonti non esiste alcun indizio che possa sostenere la opinione di essere l'*actio Serviana* originariamente costituita non come *actio in factum concepta*, ma piuttosto per mezzo di una *fictione* come se le cose per *mancipatio*, o *in iure cessio* fossero divenute proprietà del creditore¹²⁾: esistono invece prove contrarie a tale assunto, come p. es. nella L. 17 § 2 D. *de pactis*, 2, 14:

¹⁰⁾ Aggiungiamo *praetoria*, perchè noi non accettiamo la opinione del POKROWSCKI, secondo cui l'*actio in ius* è soltanto *actio civilis*, ed ogni *actio praetoria* è *in factum*. Cfr. POKROWSCKI (*Die Actiones in factum des classischen Rechts*, nella *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, R. A., vol. 16, pag. 7 e seg.). Contro questa opinione cfr. ERMAN (*Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure Consumtion* (nella stessa *Zeitschrift*, vol. 19, § 3, pag. 267), a cui POKROWSCKI replicò (nella *Zeitschr. cit.*, vol. 20, *Zur Lehre von den actiones in ius und in factum*, pag. 99 e seg.). Cfr. inoltre ERMAN, nella stessa *Zeitschr.*, XXIII, pag. 445.

Sul diritto di pegno greco cfr. DERNBURG (*Das Pfandr.*, I, p. 74 e seg.); HITZIG (*Das griechische Pfandrecht*, München 1895, pag. 142), i quali notano che il creditore pignoratizio non ha nessuna particolare *actio hypothecaria*. — Cfr. pure MANIGK. l. c., pag. 115, nota 3. Sull'*εὑστρωδία*, che nei papiri di Oxyrinto e fiorentini si è riconosciuto importare nel creditore, in caso di non sodisfacimento alla scadenza, facoltà d'impossessarsi della cosa ipotecata, e di esercitarvi tutti gli attributi della proprietà, cfr. MITTEIS (*Zeitschrift der Savigny Stiftung cit.*, XXIII, pag. 301 e seg.); COSTA (*Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, XIV, 1902, pag. 47-50, e XVII, 1905, pag. 96-102), e di nuovo HITZIG, pag. 81.

¹¹⁾ L. 11 § 1 D. 20, 1. Anche il *verum est* che spesso ritorna nelle fonti (cfr. L. 30 § 1 D. 44, 2; L. 59 pr. D. 36, 1; L. 13 § 1 D. 16, 1; L. 13 § 5 D. 20, 1) è stato ritenuto come prova di essere l'*actio hypothecaria* concepita *in factum*. Cfr., fra gli altri, RUDORFF (*Die Pfandklagen* nella *Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. cit.*, XIII, pagina 226); BACHOFEN (o. c., pag. 43); HUSCHKE (in *Zeitschrift für Civilrecht und Proz.*, vol. 20, pag. 167); KUNTZE (*Zur Gesch. des Röm. Pfandr.*, I, pag. 27). Il DERNBURG, però (*Das Pfandr.*, I, pag. 79, nota 5), senza porre in dubbio questo elemento di prova, osserva che il *verum est* si trova anche in casi in cui la *formula* è concepita *in ius*, come nella L. 23 D. *de receptis*, 4, 8.

¹²⁾ Così il MÜHLENBRUCH (*Die Lehre von der Cession der Forderungrechte* [La dottrina della cessione dei diritti di credito], 3.^a ed., nota 20, pag. 13 e seg.). Il PUCHTA (*Inst.*, II, p. 263 e 264 in f.) ritiene la *Serviana* come *fictione*, la *quasi Serviana* come *in factum*. Il BACHOFEN (o. c., p. 39) opina che originariamente l'*actio hypothecaria* sia stata *fictione* (*fiducia-fictione*), ma che più tardi abbia avuta la forma di un' *actio in factum*. Su queste opinioni cfr. KELLEN (RICHTERS *Kritische Jahrb. cit.*, p. 973 e seg.); DERNBURG (*Das Pfandr.*, I, p. 78); ASCOLI (*Le origini dell'ipoteca e dell'interdetto salviano*, p. 59).

PAULUS, libro tertio ad edictum « De pignore iure honorario nascitur ex pacto actio... ».

4. — Non può del pari ritenersi che l'*actio hypothecaria* sia un'azione di proprietà fondata sulla proprietà del pignorante nel tempo della costituzione in pegno della cosa¹³⁾, poichè, com'è stato esattamente osservato, quell'*actio* mira soltanto alla *vindictio pignoris*, e si chiama *utilis rei vindictio* appunto per essere, alla pari della *rei vindictio directa*, rivolta alla rivendicazione della cosa, ma con presupposti ed effetti assai diversi da quelli della *rei vindictio*¹⁴⁾. L'*actio pignoraticia in rem* è infatti una *vindictio*, ma non *dominii*, sibbene della cosa come pegno: è rivolta alla tutela ed al riconoscimento del diritto di pegno sulle cose corporali ed alla restituzione del possesso.

L. 66 pr. D. De evictionibus, 21, 2:

« haec enim (Serviana) etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem advocat... »¹⁵⁾.

¹³⁾ Così il DU ROI (*Archiv für oir. Praxis* [Archivio per la pratica civile], vol. 6, p. 402 e seg.).

¹⁴⁾ Cfr. BÜCHEL (*Civilrechtliche Erörterungen* [Spiegazioni di diritto civile], 2.^a ed., vol. 1, pag. 220 e seg.). Il BÜCHEL (l. c., e pag. 125 e seg., 217 e seg.) combatte pure la opinione del LÖHR (*Grolmans Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* [Magazzino di GROLMAN per la giurisprudenza e per la legislazione], 3. Band, I Heft, n. IV, 129 e seg.), il quale crede che già prima vi sia stata un'azione fondata sul diritto civile, *vindictio utilis*, che avrebbero avuta i creditori pignoratari ed ipotecari così come il superficario, l'enfiteuta ed altri molti non proprietari. Anche il GLÜCK (*Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, vol. 14, pag. 15, nota 48) osserva contro il LÖHR che, oltre l'*actio praetoria pignoratitia*, non si trova alcuna azione reale secondo il diritto civile: di quest'ultima non è cenno in tutta la romana antichità, e neppure nella parafrasi greca delle Istituzioni (cfr. la parafrasi § 7 Inst. de action., ed. FERRINI, pag. 420); che la L. 16 D. De serr., 8, 1 parla dell'*actio pignoratitia in rem*, e questa non è altro che l'*actio praetoria*, la quale nella L. 3 § 3 D. Ad exhib., 10, 4 è molto chiaramente detta *pignoratitia Serviana*.

¹⁵⁾ L'azione ipotecaria dei codici moderni ha un contenuto del tutto diverso. Il creditore ipotecario non ha diritto di avere il possesso dell'immobile, sibbene di farne disporre la vendita pel soddisfacimento del suo avere; onde il TROPLONG scrisse: « Ainsi l'hypothèque inscrite vient, sous le code civil, se résoudre en saisie immobilière que le créancier a droit d'exercer *recta res* contre les tiers détenteurs, héritiers ou autres. On peut donc dire qu'il n'y a plus d'action hypothécaire proprement dite... » (*Des privilèges et hypothèques*, II, § 779 bis, pag. 139 e 140, Bruxelles 1840); cfr. pure DERNBURG (*Pandekten*, I, 283, pag. 294, e *Das Sachenrecht* [Diritto delle cose], pag. 642); NABER (*Observationes de iure romano*, cit., pag. 231): cfr. pure art. 2169 codice napoleonico, 2014 e 2076 cod. civ. it., § 1147 cod. germanico e su di esso, fra gli altri, PLANCK (*Bürgerliches Gesetzbuch*, III, pag. 519 e segg.). — Sul'azione ipotecaria nel cod. civ. it. cfr. fra gli altri, MELUCCI (*Il sistema ipotecario*, pag. 260) e MIRABELLI (*Delle ipoteche*, III, pag. 519 e segg.), pagina 139 e segg.).

Il diritto di pegno nel cod. civ. it. non dà il diritto di rivendicare la cosa quando il creditore ne abbia perduto il possesso: solo per eccezione il locatore ha il diritto di sequestrare i mobili quando siano trasportati altrove, promovendo l'analoga azione (art. 1958, n. 3, capov. ult.); cfr., fra gli altri, CHIRONI (*Istituzioni di diritto civ.*, I, § 246); LOMONACO (*Nozioni di diritto civile italiano*, 2.^a ed., pag. 896, n. 3).

Essa lascia sussistere il diritto di proprietà o qualunque diritto che il possessore avesse sulla cosa, reclamata dal creditore, perchè *quæstio pignoris ab intentione domini separatur*¹⁶⁾. L'*actio hypothecaria* ha gli stessi requisiti della *rei vindicatio* in ordine al convenuto ed all'oggetto, ma se ne distingue in quanto non si può, come questa, mettere in movimento in qualunque tempo; il creditore ipotecario dee promuoverla alla scadenza del credito, o anche prima se gl'importa di sottrarre la cosa al possessore: il creditore pignoratorio invece ha il diritto di agire anche prima della scadenza, se ha perduto il possesso della cosa. Può inoltre il convenuto respingere l'azione col soddisfacimento dell'attore: i frutti sono restituiti con l'*actio hypothecaria* se però la cosa non basti a soddisfare l'attore¹⁷⁾.

L'*actio hypothecaria* ha la stessa origine pretoria dell'*actio Publiciana*, ed è pure, come questa, *arbitraria*¹⁸⁾; ma se ne differisce perchè la *Publiciana* è una *fictionis rei vindicatio*, e si fonda sul *dominium fictum* dell'attore.

III. — La « formula hypothecaria ».

5. — Il WLASSAK ha dimostrato che nelle fonti non si trova alcuna traccia di editto intorno all'*actio hypothecaria*, e crede verosimile esser ciò avvenuto dall'essere la ipotecaria una delle più antiche azioni del diritto pretorio, e da ricercarsi in un tempo in cui la forma edittole al pretore non era ancora usuale. Che se un editto indipendente i pretori posteriori non proposero, la ragione si trova nel fatto di essere la *formula* aggiunta all'*interdictum Salvianum*: ogni interdetto, dice il WLASSAK, non è soltanto *formula*, ma eziandio editto, e però i pretori del tempo posteriore, avendo riguardo al *Salvianum*, che precedeva, potevano omettere la proposta di un editto particolare¹⁹⁾. Questa opinione del

¹⁶⁾ L. 1 § 1; L. 16 § 5 D. 20, 1. Cfr. pure L. 18 D. 13, 7.

¹⁷⁾ Cfr. su di ciò PUCHTA (*Instit.*, 9 ed., II, § 251, pag. 265); e, fra gli altri, DERNBURG (*Pandekten*, II, § 284, pag. 696 e seg. e le leggi ivi citate); WINDSCHRID (*Lehrbuch*, 8.ª ed., II, § 235, p. 1062 e seg. e traduz. it. p. 374 e seg. cogli autori ivi citati); BRUGI (*Ist.*, p. 319); SERAFINI (*Ist.*, 7.ª ed., I, p. 452). Sulle *exceptiones* che si possono opporre contro l'*actio hypothecaria* cfr. gli autori citati in questa nota, FERRINI (*Manuale*, § 398) e BONFANTE (*Istituz.*, 3.ª ed., § 151, pag. 391, 392). Cfr. pure LENEL (*Edictum*, p. 397, nota 8, e *Essai*, II, p. 244, nota 6). Su di una ragione riconvenzionale per le spese cfr., fra gli altri, WINDSCHEID, opera cit., I, 235, num. 4, pag. 377, num. 4 della traduz. it.

¹⁸⁾ § 31 *Inst.* 4, 6. Cfr., fra gli altri, BRUGI (*Ist.*, pag. 278); BONFANTE (*Ist.*, p. 280, *Diritto romano*, p. 292); FERRINI (*Manuale*, § 335), ed ora pure LENEL (*Das Publicianische Edict*, nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, vol. 20, pag. 11 in f. e seg.) e gli autori ivi citati.

¹⁹⁾ *Edict und Klageform*, pag. 129 e seg. L'HERZEN (o. c., pag. 188 e seg.) accetta l'opinione del WLASSAK intorno all'assenza dell'editto sull'*actio Serviana*, ma ne trae la conclusione opposta intorno alla data di quest'*actio*, che fissa nel principio dell'impero. — Contro l'HERZEN cfr. pure MANIGK, l. c., nota 2. Il WLASSAK (l. c., nota 48) ritiene che la origine della *formula hypothecaria* sia da porre nel tempo anteriore a CICERONE. Su di essa, come sulla origine della ipoteca non può dirsi nulla di sicuro, nè noi vogliamo indugiare. Cfr., oltre gli autori citati da WLASSAK, NABER (l. c., pag. 221 e seg.).

Ma, con un più maturo esame, queste obiezioni appaiono abbastanza irrilevanti. Non si confonda la negligenza del debitore nell'estinguere il debito principale con la negligenza del medesimo nel ripretendere il pegno. La prima può tornare sempre a biasimo del debitore, e procurargli anche le dannose conseguenze della mora, senza che per ciò si possa menomamente supporre la seconda.

Ma noi vogliamo pure per un momento ammettere che la seconda fosse inseparabile dalla prima: in tal caso però il debitore dovrebbe essere stato prima di tutto posto in *mora* con una *interpellatio*, senza distinzione se la *lex* o la *dies* o l'*homo* lo ha interpellato. Solo da questo tempo, dunque, si potrebbe riguardare come *nata l'actio pignoratitia*, e far questione di prescrizione della medesima. E perciò nè anche da questo punto di vista può la prescrizione dell'azione pignoratizia aver principio fino dal tempo della conclusione del contratto, se non si vuol dar luogo alla patente assurdità che il debitore nell'istante stesso in cui riceve il prestito contro dazione del pegno abbia già pagato nuovamente il debito e liberato il pegno. Ma la prescrizione dell'azione nascente dal contratto di pegno non può nè anche venir computata dal tempo in cui il debitore cominciò ad essere in mora pel pagamento del debito principale; poichè questa mora autorizza semplicemente il creditore pignoratizio a procedere per il pagamento del debito. Quindi solo per la sua parte era un'*actio nata*; non ancora però l'azione pignoratizia spettante al debitore. Non può infatti il debitore proporla assolutamente prima che abbia estinto il debito. Adunque fin che questo ancora esiste non può parlarsi di negligenza del debitore, e, per conseguenza, di prescrizione dell'azione pignoratizia che gli compete. Ma il biasimo per la negligenza tocca solo il creditore quando egli, dopo che il debitore cominciò ad essere in mora, non propose l'azione pel debito che allora gli spettava. E quindi solo la sua azione soggiace alla prescrizione a partire da questo tempo.

Invece la prescrizione dell'azione pignoratizia, ove ben la si consideri, non può originarsi che quando il debito sia pagato od il creditore altrimenti soddisfatto perchè, fino a tal momento il cre-

ditore non si trovava in una condizione illegale. Questa principia dall'istante in cui, avvenuto il pagamento, non segue la debita restituzione del pegno; e solo a partire da questo punto compete, quindi, l'azione pignoraticia.

E come il ritardo del debitore nell'estinguere il debito principale non contiene già in sè una negligenza del medesimo nel proporre l'azione derivante dal contratto di pegno, così la prescrizione dell'azione di debito non è connessa con la prescrizione dell'azione pignoraticia in modo che l'una includa anche necessariamente in sè l'altra. Per conseguenza è completamente erronea l'asserzione di alcuni giuristi ⁵²⁾ che nel caso in cui l'azione di debito cada per prescrizione, si prescrivano contemporaneamente con essa l'*actio pigneraticia directa*.

Evidentemente qui si confondono tra loro due azioni affatto differenti. Se è estinta per prescrizione l'azione nascente dal contratto principale, con ciò la negligenza del creditore viene a ragione punita. Come può però questa negligenza tornare a svantaggio del debitore, al quale non può peranco imputarsi per sua parte negligenza alcuna in rapporto all'azione pignoraticia che gli compete? *Unicuique sua negligentia nocet, non alii* ⁵³⁾. Per tal modo la sua negligenza non tornerebbe piuttosto a vantaggio del creditore, in quanto egli potrebbe ora tenersi il pegno che, facilmente, può importare un valore maggiore che l'intero debito pignoraticio?

Inoltre poi sussiste sempre contro il debitore che agisce per la restituzione della cosa oppignorata l'*eccezione* che il credito non è ancora estinto. E questa non soggiace ad alcuna prescrizione ⁵⁴⁾. Perchè con la prescrizione estintiva, della quale solo qui è questione, viene escluso non tanto il diritto e l'obbligo in

⁵²⁾ Teofilo STURM, *Diss. de praescriptione reuolutionis pignorum secundum analogiam iuris civ.*, Vitemberga 1728 ed Jac. RAVE, *Princip. iur. doctrinae de praescriptione*, § 42.

⁵³⁾ L. 173 § 2 D. *de reg. iuris*, 50, 17.

⁵⁴⁾ V. DABELOW, *Sulla prescrizione*, parte II, § 167, pag. 240 seg. Di diversa opinione è Lod. God. MADHUS ad *Mencken Doctr. de actionib. for.*, nota 558, pag. 1197.

sè, quanto piuttosto semplicemente la persecuzione giudiziaria dei medesimi per via d'azioni; conseguentemente, per l'obbligazione in sè non ancora estinta, deve sempre trovar luogo una eccezione ⁵⁵⁾. Difficilmente posson trovarsi leggi che suonino contro la nostra affermazione, e sono pochissime quelle che ci si vorrebbero contrapporre; poichè nella sovra citata L. § ult. I. *quib. mod. re contrah. obligatio*, e nella L. 1 § 6 D. *de obligat. et action.*, che suona perfettamente lo stesso, non si dichiara niente altro che il completo obbligo del creditore di restituire la cosa oppignorata; nè vi è parola di prescrizione dell'azione a ciò tendente.

Tuttavia si crede che alla nostra asserzione osti l'analogia giuridica, perchè se fosse esatto che l'azione pignoratizia si prescriva in trent'anni non già dal tempo della conclusione del contratto di pegno, ma solo dal tempo del pagamento del debito, allora anche per le altre azioni nascenti da contratti bilaterali, l'inizio della prescrizione non dovrebbe datare dal tempo della conclusione del contratto, il che invece trovasi prescritto nelle leggi.

Però, pur facendo astrazione dal fatto che per l'azione pignoratizia si hanno leggi esplicite che esattamente determinano la data a partire dalla quale l'*actio* è nata, qui si accetterebbe per certa una proposizione alla quale tuttavia, e con fondamento, si può opporsi.

Anche per gli obblighi bilaterali può ammettersi di regola che nessuna azione si origini fino a che non ci si offra effettivamente alla prestazione, dalla quale vien fondato il diritto d'azione ⁵⁶⁾. E perciò nè pure per questi può iniziarsi anteriormente la prescrizione dell'azione.

Ancora a minori dubbi si presta per diritto romano la prescrivibilità dell'azione pignoratizia perchè per esso la buona fede per estinguere la prescrizione non è necessariamente richiesta, ma viene in considerazione solo in quanto il prescrivente od il pos-

⁵⁵⁾ V. WEBER, *Contributi alla teoria delle azioni ed eccezioni giudiziarie.* I St., pag. 10.

⁵⁶⁾ V. THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette*, vol. II, § 1034.

sessore della cosa, sulla quale l'altro ha perduto per prescrizione le proprie ragioni, la voglia ritogliere dalle mani di un terzo con un'azione reale ⁵⁷⁾. Pel diritto canonico la questione si svolge in modo affatto diverso. Qui, stando al suo precetto, per la prescrizione di quelle azioni che tendono alla restituzione di una cosa altrui, in quanto il possessore deve esser autorizzato alla continuazione del possesso, è necessariamente richiesta una *bona fides* perdurante lungo tutto il tempo della prescrizione ⁵⁸⁾; quindi, giusta tale principio, lo stesso creditore non può mai difendersi contro il debitore con la eccezione della prescrizione, se quest'ultimo anche dopo trent'anni per la prima volta dal tempo del pagamento del debito, agisca per la restituzione del pegno ⁵⁹⁾.

⁵⁷⁾ L. 8 C. *de praescript. 30 vel 40 annor.*, 7, 39; vedi DABELOW, *Sulla prescrizione*, parte II, § 144, pag. 178 segg.

⁵⁸⁾ Cap. 5 e 20 X *de praescript.*; DABELOW, loc. cit., § 182, pag. 300 e segg.

⁵⁹⁾ LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand., h. t.* § 23; HOFACKER, *Princip. iur. civ.*, tom. III, § 1893.

APPENDICE

La " formula hypothecaria „

dell'avv. prof. GIULIO PETRONI

I. — Importanza della « formula hypothecaria ».

1. — È noto che il pegno, come altri istituti di diritto pretorio, divenne *ius in re aliena* quando il pretore concesse al creditore l'azione contro i terzi. L'*interdictum Salvianum* infatti non tutelava il creditore ipotecario, perchè questi non poteva usarne nel caso in cui gl'*illata* non si trovassero sul fondo, ma presso terzi ¹⁾. Di qui la necessità di un'*actio in rem*, che dapprima fu

¹⁾ Una delle quistioni più dibattute però, come osserva il LENEL (*Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, R. A. [Rivista della fondazione SAVIGNY per la storia del diritto, parte romanistica], vol. 3, pag. 180-190, è questa appunto, e la lotta delle opinioni si spiega per la contraddizione che esiste nelle fonti. Nella L. 1 Cod. *de precario et de Salviano interdicto*, 8, 9 (*Basil.*, XXV, II, 36; HEIMBACH, vol. 3, p. 72) GORDIANO dice espressamente che l'interdetto spetta solo contro il pignorante, mentre, per converso, in due frammenti, di cui risulta il titolo del Digesto *de Salviano interdicto*, 43, 33, è parte presupposto, parte espresso che l'interdetto spetti *adversus quemcumque possidentem*. Cfr. la parafrasi greca delle Istituzioni (ed. FERRINI, IV, 15, 3). LENEL ritiene che nel diritto classico l'*interdictum* poteva valere solo contro il conduttore, siccome attesta GORDIANO, e che soltanto nel *Corpus iuris* di GIUSTINIANO si sarebbe esteso contro i terzi, mantenendosi per errore la L. 1 Cod. *de precario*: che i frammenti delle Pandette originariamente avrebbero avuto relazione all'*actio serviana*, e per una interpolazione dei compilatori si sarebbero attribuiti all'*interdictum Salvianum*. — Cfr. pure BREMER (*Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, pag. 219). Tutto ciò, dice il DERNBURG (*Pandekten*, 6.^a ed., I, 2, § 284, pag. 294 e seg.), è possibile, ma allo stato delle fonti non si può avere un risultato sicuro.

Su questa quistione cfr. ZIMMERN (*Beiträge zur Lehre vom Pfandrecht* [Contributi alla teoria del diritto di pegno], nella *Zeitschr. für Civilr. und Prozess*, I, pag. 54 e seg.); HUSCHKE (*Studien des Römischen Rechts*, pag. 373 e seg.); RUDORFF (*die Pfandklagen*, nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* [Azioni pignoratorie, nella Rivista per la giurisprudenza storica], vol. 13, pag. 246); KELLER (RICHTERS *Kritische Jahrbücher* [Annali critici di RICH-

limitata al solo rapporto della *locatio* dei fondi rustici, e si disse *actio serviana* ²⁾, poi fu estesa agli altri pegni costituiti per altre cause di obbligazione e si ebbe l'*actio quasi serviana* o *hypothecaria* ³⁾. Di fronte a queste azioni *pignus* e *hypotheca* tornano ad un medesimo. GIUSTINIANO infatti dice così:

TER], XI, pag. 970 e seguenti); DERNBURG (*Das Pfandrecht*, II, pagine 341 e seg.); BRINZ (*Lehrbuch der Pandekten* [Manuale delle Pandette], vol. II, § 351 in fine nota 42-44); WINDSCHEID, § 236, nota 5, vol. I, p. 2, pag. 382 della traduzione italiana; APPLETON (*Les interpolations dans les Pandectes*, pag. 186 e seg.); BERTOLINI (*A chi e contro chi competeva l'interdetto Salviano*, specialmente pag. 62 e seg.); SCHUPFER (*L'interdetto Salviano e un rescritto di Gordiano*, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. V, pag. 216 e seg.); HERZEN (*Origine de l'hypothèque romaine*, Paris 1899, pag. 148 e seg.). Cfr. pure la importante nota del FERRINI (*Manuale di Pandette*, Milano 1900, pag. 512); KARLOWA (*Röm. Rechtsgesch.* [Storia del diritto romano], III, pag. 1279 e seg.); NABER (*Observationum de iure romano*, pag. 224, nota 7, in *Mnemosyne*, nova series, XXXI, pars. II, Lipsiae 1903).

²⁾ E sempre viva la disputa intorno all'autore dell'*actio Serviana*. Cfr. GLÜCK (*Ausführliche Erläuterung der Pandekten* [Ampio commentario alle *Pandette*], vol. 14, pag. 14 e seg. e gli autori ivi citati) [lib. XIII, pag. 303 e seguenti della traduzione italiana]. Il BREMER (*Jurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, cit. I, pag. 219 in fine e seg.), fra i moderni, ne ritiene autore SERVIO Sulpicio, perchè a lui si riferiscono l'*actio ficticia del bonorum possessor post Rutilianam* (GAI, 4, 35), e GAI in quel luogo, in cui dice: « *actionem vocari* » sembra riferirsi a SERVIO Sulpicio, che non raramente loda (I, 188, II, 244, III, 149, 156, 179, 183): se autore della *Serviana* fosse stato un altro SERVIO, GAI non avrebbe mancato d'indicarlo: finalmente, soggiunge il BREMER, noi leggiamo che SERVIO altro intorno ai coloni ed alle mercedi dei fondi venne costituendo: che egli non sia stato pretore urbano, non monta, poichè ad un giureconsulto di esimia autorità era lecito *variis modis iura condere*. — Cfr. GIRARD (*Manuel élémentaire de droit rom.*, 3.^a ediz., pagina 762, nota 5) intorno alle altre opinioni di JÜRS (*Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* [Giurisprudenza romana al tempo della Repubblica], pagina 153, nota 3) che dalle liste dei pretori trasmesseci da LIVIO deduce che vi sia stato un pretore urbano col prenome SERVIO; cioè SERVIO Sulpicio GALBA nell'anno 567 (*Liv.*, 38, 42), a cui crede di poter ricondurre con qualche verosimiglianza l'*actio Serviana* nell'editto pretorio; del VOIGT (*Das pignus der Römer*, pag. 263 e 264; *Sonderabdruck aus den Berichten der Königl. Sächs. Gesellschaft der Wissenschaften*, 1888, *Sitzung am 8 Dec.*), il quale ritiene che l'*actio Serviana* sia da attribuire a SERVIO Sulpicio GALBA, avo dell'imperatore GALBA. — Cfr. pure SCHULIN (*Lehrbuch der Gesch. des röm. Rechts* [Manuale di Storia del diritto romano], pag. 426, nota 5), e NABER, *loc. cit.*, pag. 221 e 222.

³⁾ Adoperiamo promiscuamente la terminologia, *actio Serviana*, *quasi Serviana*, *hypothecaria*, *pignoratitia in rem* poichè essa risponde alle fonti giustiniane, in cui solo per eccezione l'*actio Serviana* serba il suo originario significato di azione rivolta a tutelare il rapporto del locatore di fondi rustici rimpetto ai terzi. — Cfr. GLÜCK (*op. cit.*, 14, pag. 5, nota 9) [pag. 296, nota 9 della traduzione italiana]; BACHOFEN (*Das Römische Pfandrecht*, pag. 28 e seg.). — KUNTZE (*Zur Gesch. des Röm. Pfandrechts* [Sulla storia del romano diritto

§ 7 Inst. de actionibus, 4, 6:

« Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem expeditur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecae persequuntur. inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest:... »⁴⁾.

2. — Dato che il pegno sia divenuto diritto reale quando al creditore fu data l'azione « *persecutio in rem parit actionem creditorum* »⁵⁾, ognuno vede la grande importanza di studiare quest'actio, e l'intima struttura della *formula hypothecaria*. La *formula* ci addita i principi della dottrina del diritto di pegno, poichè in essa si rispecchia la concezione giuridica del tempo in cui l'azione veniva proposta, e i giuristi nella costruzione di tale dottrina dovettero attendere alle clausole ed ai presupposti della *formula*, pur non rendendosi schiavi delle parole di essa; sicchè, tenendo presenti le parole della *formula*, gli argomenti dei giureconsulti tornano chiari, e riesce facile scoprire la via che dovettero percorrere nell'eliminare i dubbii e vincere gli ostacoli⁶⁾. La importanza della *formula hypothecaria* fu ben intesa da GAIO⁷⁾, e MARCIANO⁸⁾, che discussero il diritto d'ipoteca ciascuno in un *liber singularis de « formula hypothecaria »*, ed a questa riannodarono quello⁹⁾.

di pegno], II, pag. 17). — Il BREMER (*Jurisprudentiae Antehadrianae* cit.) nota che della ipoteca non si fa mai menzione presso i giureconsulti romani prima di ADRIANO; che primo GAIO parla della *quasi Serviana*, e della *Serviana* neppure si discorre prima di ADRIANO. — Cfr. pure COSTA (*Storia del diritto romano*, II, cap. 6, e specialmente § 7 e seg.); MANIGK, *loc. cit.*, pag. 94 e 95.

⁴⁾ Cfr. su questo paragrafo delle Istituzioni SCHRADER (*Justiniani Institutiones*, pag. 641 e 642) e il FERRINI (*Sulle fonti delle Istituzioni di GIUSTINIANO*, II, pag. 164 e *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, anno XIII, pag. 192). — Cfr. pure L. 5, § 1 D. *de pig. et hypoth.*, 20, 1.

⁵⁾ L. 27 D. *de nox. act.*, 9, 4; L. 17, 2, 29 § 1 D. *de pignoribus et hypothecis*, 20, 1; L. 13 § 3 D. *eod.*; L. 12 § 1 D. *quibus mod. pignus vel hypotheca solr.*, 20, 6.

⁶⁾ DERNBURG (*Das Pfandrecht*, § 7 pag. 76 e seg.), il quale però mantiene la importanza della *formula* nei giusti limiti, avvertendo che nelle poche parole di essa non può trovarsi la chiave di tutto lo svolgimento del romano diritto di pegno — *ivi*, pag. 77. — Cfr. pure FRANCKE (*Civilistische Abhandl. [Dissertazioni di diritto civile]*, pag. 106 e seg.); WLISSACH (*Edict und Klageform [Editto e formula dell'azione]*, pag. 80 in fine e gli autori da lui citati).

⁷⁾ *Ad edictum provinciale*, LENKL (*Palingenesia*, I, specialmente n. 211, 212, pag. 210 e 211; DE FORMULA HYPOTHECARIA *liber singularis*, *ivi* I, n. 399 e seg., pag. 240 e seg.).

⁸⁾ AD FORMULAM HYPOTHECARIAM *liber singularis*, *Palingenesia*, I, n. 17 e seg., pag. 644. Anche PAOLO scrisse una monografia sul pegno, ma del suo contenuto non si sa nulla. L'indice degli autori dei Digesti addita (XXV) di PAOLO solo il titolo del libro, « ὑποθήκεια ». Su di ciò cfr. KRÜGER (*Geschichte der Quellen und Literatur d. Röm. Rechts [Storia delle fonti e della letteratura del diritto romano]*, 1888, pag. 208, nota 62) e MANIGK (*loc. cit.*, pag. 128).

⁹⁾ BETHMANN HOLLWEG (*Der Civilprozess des gemeinen Rechts [Il processo civile del diritto comune]*, vol. II, pag. 315, nota 57).

II. — Profilo dell'« actio hypothecaria ».

3. — Prima di studiare la *formula hypothecaria* vogliamo intanto ricordare qui brevemente alcuni caratteri dell'*actio hypothecaria*. Questa è un' *actio in factum praetoria* ¹⁰⁾. Il pretore, volendo tutelare il nuovo rapporto del pegno, non poteva valersi delle estensioni obbiettive e subbiettive di rapporti di diritto civile, come soleva fare per mezzo di finzioni; non essendo alcuna azione con cui per mezzo di quelle finzioni e trasposizioni potesse tutelarsi il pegno rispetto ai terzi, e trattandosi di un diritto, *quod iustitione praetoris continetur*, il pretore concesse l'azione puramente pretoria *in factum*. — *Actio in factum* è chiamata l'*actio hypothecaria* ¹¹⁾, e nelle fonti non esiste alcun indizio che possa sostenere la opinione di essere l'*actio Serviana* originariamente costituita non come *actio in factum concepta*, ma piuttosto per mezzo di una *stictio* come se le cose per *mancipatio*, o *in iure cessio* fossero divenute proprietà del creditore ¹²⁾: esistono invece prove contrarie a tale assunto, come p. es. nella L. 17 § 2 D. *de pactis*, 2, 14 :

¹⁰⁾ Aggiungiamo *praetoria*, perchè noi non accettiamo la opinione del POKROWSCKI, secondo cui l'*actio in ius* è soltanto *actio civilis*, ed ogni *actio praetoria* è *in factum*. Cfr. POKROWSCKI (*Die Actiones in factum des classischen Rechts*, nella *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, R. A., vol. 16, pag. 7 e seg.). Contro questa opinione cfr. ERMAN (*Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure Consumtion* (nella stessa *Zeitschrift*, vol. 19, § 3, pag. 267), a cui POKROWSCKI replicò (nella *Zeitschr. cit.*, vol. 20, *Zur Lehre von den actiones in ius und in factum*, pag. 99 e seg.). Cfr. inoltre ERMAN, nella stessa *Zeitschr.*, XXIII, pag. 445.

Sul diritto di pegno greco cfr. DERNBURG (*Das Pfandr.*, I, p. 74 e seg.); HITZIG (*Das griechische Pfandrecht*, München 1895, pag. 142), i quali notano che il creditore pignoratizio non ha nessuna particolare *actio hypothecaria*. — Cfr. pure MANIGK, l. c., pag. 115, nota 3. Sull'*εὐστρέφεια*, che nei papiri di Oxyrinto e fiorentini si è riconosciuto importare nel creditore, in caso di non soddisfacimento alla scadenza, facoltà d'impossessarsi della cosa ipotecata, e di esercitarvi tutti gli attributi della proprietà, cfr. MITTEIS (*Zeitschrift der Savigny Stiftung cit.*, XXIII, pag. 301 e seg.); COSTA (*Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, XIV, 1902, pag. 47-50, e XVII, 1905, pag. 96-102), e di nuovo HITZIG, pag. 81.

¹¹⁾ L. 11 § 1 D. 20, 1. Anche il *verum est* che spesso ritorna nelle fonti (cfr. L. 30 § 1 D. 44, 2; L. 59 pr. D. 36, 1; L. 13 § 1 D. 16, 1; L. 13 § 5 D. 20, 1) è stato ritenuto come prova di essere l'*actio hypothecaria* concepita *in factum*. Cfr., fra gli altri, RUDORFF (*Die Pfandklagen* nella *Zeitschr. für gesch. Rechtswiss.* cit., XIII, pagina 226); BACHOFEN (o. c., pag. 43); HUSCHKE (in *Zeitschrift für Civilrecht und Proz.*, vol. 20, pag. 167); KUNTZE (*Zur Gesch. des Röm. Pfandr.*, I, pag. 27). Il DERNBURG, però (*Das Pfandr.*, I, pag. 79, nota 5), senza porre in dubbio questo elemento di prova, osserva che il *verum est* si trova anche in casi in cui la *formula* è concepita *in ius*, come nella L. 23 D. *de receptis*, 4, 8.

¹²⁾ Così il MÜHLENBRUCH (*Die Lehre von der Cession der Forderungarechte* [La dottrina della cessione dei diritti di credito], 3.^a ed., nota 20, pag. 13 e seg.). Il PUCHTA (*Inst.*, II, p. 263 e 264 in f.) ritiene la *Serviana* come *sticticia*, la *quasi Serviana* come *in factum*. Il BACHOFEN (o. c., p. 39) opina che originariamente l'*actio hypothecaria* sia stata *sticticia* (*fiducia-fiction*), ma che più tardi abbia avuta la forma di un' *actio in factum*. Su queste opinioni cfr. KELLER (RICHTERS *Kritische Jahrb.* cit., p. 973 e seg.); DERNBURG (*Das Pfandr.*, I, p. 78); ASCOLI (*Le origini dell'ipoteca e dell'interdetto salciano*, p. 59).

PAULUS, libro tertio ad edictum « De pignore iure honorario nascitur ex pacto actio... ».

4. — Non può del pari ritenersi che l'*actio hypothecaria* sia un'azione di proprietà fondata sulla proprietà del pignorante nel tempo della costituzione in pegno della cosa¹³⁾, poichè, com'è stato esattamente osservato, quell'*actio* mira soltanto alla *vindicatio pignoris*, e si chiama *utilis rei vindicatio* appunto per essere, alla pari della *rei vindicatio directa*, rivolta alla rivendicazione della cosa, ma con presupposti ed effetti assai diversi da quelli della *rei vindicatio*¹⁴⁾. L'*actio pignoraticia in rem* è infatti una *vindicatio*, ma non *dominii*, sibbene della cosa come pegno: è rivolta alla tutela ed al riconoscimento del diritto di pegno sulle cose corporali ed alla restituzione del possesso.

L. 66 pr. D. De evictionibus, 21, 2:

« haec enim (Serviana) etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem advocat... »¹⁵⁾.

¹³⁾ Così il DU ROI (*Archiv für civ. Praxis* [Archivio per la pratica civile], vol. 6, p. 402 e seg.).

¹⁴⁾ Cfr. BÜCHEL (*Civilrechtliche Erörterungen* [Spiegazioni di diritto civile], 2.^a ed., vol. 1, pag. 220 e seg.). Il BÜCHEL (l. c., e pag. 125 e seg., 217 e seg.) combatte pure la opinione del LÖHR (*Grolmans Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* [Magazzino di GROLMAN per la giurisprudenza e per la legislazione], 3. Band, I Heft, n. IV, 129 e seg.), il quale crede che già prima vi sia stata un'azione fondata sul diritto civile, *vindicatio utilis*, che avrebbero avuta i creditori pignoratari ed ipotecari così come il superficario, l'enfiteuta ed altri molti non proprietari. Anche il GLÜCK (*Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, vol. 14, pag. 15, nota 48) osserva contro il LÖHR che, oltre l'*actio praetoria pignoraticia*, non si trova alcuna azione reale secondo il diritto civile: di quest'ultima non è cenno in tutta la romana antichità, e neppure nella parafrasi greca delle Istituzioni (cfr. la parafrasi § 7 Inst. de action., ed. FERRINI, pag. 420); che la L. 16 D. De serv., 8, 1 parla dell'*actio pignoraticia in rem*, e questa non è altro che l'*actio praetoria*, la quale nella L. 3 § 3 D. Ad exhib., 10, 4 è molto chiaramente detta *pignoratioia Serviana*.

¹⁵⁾ L'azione ipotecaria dei codici moderni ha un contenuto del tutto diverso. Il creditore ipotecario non ha diritto di avere il possesso dell'immobile, sibbene di farne disporre la vendita pel soddisfacimento del suo avere; onde il TROPLONG scrisse: « Ainsi l'hypothèque inscrite vient, sous le code civil, se résoudre en saisie immobilière que le créancier a droit d'exercer *recta via* contre les tiers détenteurs, héritiers ou autres. On peut donc dire qu'il n'y a plus d'action hypothécaire proprement dite... » (*Des privilèges et hypothèques*, II, § 779 bis, pag. 139 e 140, Bruxelles 1840); cfr. pure DERNBURG (*Pandekten*, I, 283, pag. 294, e *Das Sachenrecht* [Diritto delle cose], pag. 642); NABER (*Observationum de iure romano*, cit., pag. 231): cfr. pure art. 2169 codice napoleonico, 2014 e 2076 cod. civ. it., § 1147 cod. germanico e su di esso, fra gli altri, PLANCK (*Bürgerliches Gesetzbuch*, III, pag. 519 e segg.). — Sull'azione ipotecaria nel cod. civ. it. cfr. fra gli altri, MELUCCI (*Il sistema ipotecario*, pag. 260) e MIRABELLI (*Delle ipoteche*, III, pag. 519 e segg.), pagina 139 e segg.).

Il diritto di pegno nel cod. civ. it. non dà il diritto di rivendicare la cosa quando il creditore ne abbia perduto il possesso: solo per eccezione il locatore ha il diritto di sequestrare i mobili quando siano trasportati altrove, promovendo l'analoga azione (art. 1958, n. 3, capov. ult.); cfr., fra gli altri, CHIRONI (*Istituzioni di diritto civ.*, I, § 246); LOMONACO (*Nozioni di diritto civile italiano*, 2.^a ed., pag. 896, n. 3).

Essa lascia sussistere il diritto di proprietà o qualunque diritto che il possessore avesse sulla cosa, reclamata dal creditore, perchè *questio pignoris ab intentione domini separatur*¹⁶⁾. L'*actio hypothecaria* ha gli stessi requisiti della *rei vindicatio* in ordine al convenuto ed all'oggetto, ma se ne distingue in quanto non si può, come questa, mettere in movimento in qualunque tempo; il creditore ipotecario dee promuoverla alla scadenza del credito, o anche prima se gl'importa di sottrarre la cosa al possessore: il creditore pignoratorio invece ha il diritto di agire anche prima della scadenza, se ha perduto il possesso della cosa. Può inoltre il convenuto respingere l'azione col soddisfacimento dell'attore: i frutti sono restituiti con l'*actio hypothecaria* se però la cosa non basti a soddisfare l'attore¹⁷⁾.

L'*actio hypothecaria* ha la stessa origine pretoria dell'*actio Publiciana*, ed è pure, come questa, *arbitraria*¹⁸⁾; ma se ne differisce perchè la *Publiciana* è una *fictionis rei vindicatio*, e si fonda sul *dominium fictum* dell'attore.

III. — La « formula hypothecaria ».

5. — Il WLASSAK ha dimostrato che nelle fonti non si trova alcuna traccia di editto intorno all'*actio hypothecaria*, e crede verosimile esser ciò avvenuto dall'essere la ipotecaria una delle più antiche azioni del diritto pretorio, e da ricercarsi in un tempo in cui la forma editto al pretore non era ancora usuale. Che se un editto indipendente i pretori posteriori non proposero, la ragione si trova nel fatto di essere la *formula* aggiunta all'*interdictum Salvianum*: ogni interdetto, dice il WLASSAK, non è soltanto *formula*, ma eziandio editto, e però i pretori del tempo posteriore, avendo riguardo al *Salvianum*, che precedeva, potevano omettere la proposta di un editto particolare¹⁹⁾. Questa opinione del

¹⁶⁾ L. 1 § 1; L. 16 § 5 D. 20, 1. Cfr. pure L. 18 D. 13, 7.

¹⁷⁾ Cfr. su di ciò PUCHTA (*Instit.*, 9 ed., II, § 251, pag. 265); e, fra gli altri, DERNBURG (*Pandekten*, II, § 284, pag. 696 e seg. e le leggi ivi citate); WINDSCHEID (*Lehrbuch*, 8.^a ed., II, § 235, p. 1062 e seg. e traduz. it. p. 374 e seg. cogli autori ivi citati); BRUGI (*Ist.*, p. 319); SKRAFINI (*Ist.*, 7.^a ed., I, p. 452). Sulle *exceptiones* che si possono opporre contro l'*actio hypothecaria* cfr. gli autori citati in questa nota, FERRINI (*Manuale*, § 398) e BONFANTE (*Istituz.*, 3.^a ed., § 151, pag. 391, 392). Cfr. pure LENEL (*Edictum*, p. 397, nota 8, e *Essai*, II, p. 244, nota 6). Su di una ragione riconvenzionale per le spese cfr., fra gli altri, WINDSCHEID, opera cit., I, 235, num. 4, pag. 377, num. 4 della traduz. it.

¹⁸⁾ § 31 *Inst.* 4, 6. Cfr., fra gli altri, BRUGI (*Ist.*, pag. 278); BONFANTE (*Ist.*, p. 280, *Diritto romano*, p. 292); FERRINI (*Manuale*, § 335), ed ora pure LENEL (*Das Publicianische Edict*, nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, vol. 20, pag. 11 in f. e seg.) e gli autori ivi citati.

¹⁹⁾ *Edict und Klageform*, pag. 129 e seg. L'HERZEN (*o. c.*, pag. 188 e seg.) accetta l'opinione del WLASSAK intorno all'assenza dell'editto sull'*actio Serviana*, ma ne trae la conclusione opposta intorno alla data di quest'*actio*, che fissa nel principio dell'impero. — Contro l'HERZEN cfr. pure MANIGK, *l. c.*, nota 2. Il WLASSAK (*l. c.*, nota 48) ritiene che la origine della *formula hypothecaria* sia da porre nel tempo anteriore a CICERONE. Su di essa, come sulla origine della ipoteca non può dirsi nulla di sicuro, nè noi vogliamo indugiarcì. Cfr., oltre gli autori citati da WLASSAK, NAHER (*l. c.*, pag. 221 e seg.).

WLIASSAK è seguita dal LENEL²⁰), che ne riproduce gli argomenti, e dal MANNIGK²¹). Il KARLOWA²²) invece e il CUQ²³) la combattono. Il KARLOWA ritiene che il posto originario dell'*actio Serviana* e *quasi Serviana* era nell'editto del *praetor peregrinus*, che senza dubbio queste azioni furono accolte più tardi nell'editto del *praetor urbanus*, però con dichiarazione molto abbreviata, conformandosi questi all'editto del suo collega, del *praetor peregrinus*. Così, al dir del KARLOWA, i commentatori dell'editto del *praetor urbanus* non ebbero nessuna particolare occasione di trattare dell'editto corrispondente a queste azioni; ed i giuristi, che si occuparono con amore delle parti del diritto romano applicabili anche al commercio dei peregrini, fissarono la loro attenzione anche sulla *formula hypothecaria*; e poichè solo questa, e non pure l'editto del *praetor peregrinus* interessava il commercio dei romani tra loro, così i giuristi medesimi lavorarono intorno alla *formula* e non intorno all'*edictum*. Il che non valse per l'*edictum Salsianum*, che ebbe la sua origine nell'editto del *praetor urbanus*. Questa del KARLOWA non è che una ipotesi, cui forse non potrà negarsi una certa probabilità. Contro potrebbe obiettarsi che non vi ha prova di essere le azioni *Serviana* e *quasi Serviana* apparse dapprima nell'editto del pretore peregrino di cui abbiamo assai scarse notizie²⁴): che è strano di non avere i giuristi commentato l'editto del pretore urbano, fosse stato anche breve, come dice il KARLOWA, il cenno di quelle azioni in tale ultimo editto: tanto più che in esso era la fonte delle azioni, e da esso emanava la *formula*²⁵).

6. — Le ricostruzioni della *formula hypothecaria* non differiscono nei punti essenziali²⁶).

²⁰) *Das Edictum perpetuum*, pag. 396, e *Essai*, II, p. 242.

²¹) *l. c.*, pag. 99.

²²) *Röm. Rechtsgeschichte*, II, 1279.

²³) *Les Institutions juridiq. des Romains*, II, pag. 306, nota 4.

²⁴) Cfr. BRUGI, nel *Digesto italiano*, voce *Editto*, n. 4 e gli autori da lui citati.

²⁵) Noi qui seguiamo la dottrina del WLIASSAK (*l. c.*, § 8, pag. 54 e seg.) intorno al rapporto fra l'editto e la *formula*.

²⁶) Per tali ricostruzioni cfr. HÜSCHKE (nella *Zeitschrift für Civilrecht und Proz.* vol. 20, pag. 168); BACHOFEN (*Das Rom. Pfandrecht*, pag. 48 e 49); KELLER (*Kritische Jahrbücher* cit., pag. 981 e seg., 983 e seg.), che esamina la *formula* di BACHOFEN, e combatte il *satisdatum* da questi proposto; KELLER-WACH (*Das röm. Civilproz.*, p. 158, e nota 358); DRERNBERG (*Das Pfandrecht*, I, pag. 81); RUDORFF (*De iuris dictione edictum*, § 272); ASCOLI (*Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salsiano*, pag. 64). Dalle precedenti ricostruzioni differisce il tentativo di THON (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, II, pag. 263 e seg.) con cui il richiamo alla *solutio* e alla *satisfactio* vi è aggiunto nella forma di una *exceptio* quasi colle parole « *si ea pecunia soluta non sit* ». Questo tentativo sarà in seguito largamente combattuto.

Che le parole della *formula* « *satisse fiat* » siano da cancellare fu dapprima notato dal BRINZ (*Lehrbuch der Pandekten*, 1.^a ed., I, pag. 335), pel fr. 6 § 1, D. 20, 6, così concepito: « *Qui paratus est solvere, merito pignus videtur liberasse: qui vero non solvere, sed satisfacere paratus est, in diversa causa est. ergo satisfacisse prodest, quia sibi imputare debet creditor, qui satisfactionem admisit vice solutionis: at qui non admittit satisfactionem, sed solutionem desiderat, culpandus non est.* »; e poi dal KRUEGER (*Zeitschrift für Rechtsg.*, vol. 7, pag. 230, nota 25) anche per la L. 10 D. 13, 7 così espressa: « *Quod si non solvere, sed alia ratione satisfacere paratus est, forte si expromissorem dare vult, nihil ei prodest* ». Cfr. pure L. 30 § 1 in f. D. 44, 2.

Il RUDORFF ²⁷⁾ ritrae la seguente formula dell'*actio Serviana*:

« Index esto. Si paret hominem, quo de agitur, esse ex his rebus, de quibus inter A^m A^m et N^m N^m (Lucium Titium), cuius in bonis is homo tum fuit, convenit, ut quae in fundum, de quo agitur, invecata, illata, importata, ibi nata factave essent, ea A^o A^o pro mercede eius fundi pignori hypothecaeve essent, neque eam mercedem A^o A^o solutam eove nomine satisfactum esse, neque per A^m A^m stare quo minus solvatur satisve fiat, nisi arbitrato tuo N^s N^s A^o A^o eum hominem restituat aut eam pecuniam solvat, quanti ea res est, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a. ».

Il LENEL ricostruisce nel seguente modo la formula dell'*actio quasi Serviana* ²⁸⁾:

« S. p. inter A^m A^m et L. Titium convenisse, ut ea res q. d. a. A^o A^o pignori hypothecaeve esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A^m A^m stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrato tuo restitueretur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a. ».

La formula dell'*actio Serviana* non è riferita dal LENEL. Egli dice che di poco si allontana da quella della *quasi Serviana* e nota che il caso della *Serviana* era quello stesso dell'*interdictum Salvianum*: la conventio sarà stata quindi delincata come nell'*interdictum de migrando*; convenisse, ut, quae in eum fundum q. d. a. introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori A^o A^o pro mercede eius fundi essent. Anche la *inductio* dev'essere stata ricordata nella formula. Come poi la formula della *Serviana*, avuto riguardo a queste differenze, sia stata in particolare redatta, non si può più scorgere; ma la clausola riguardante la seguita sodisfazione era identica a quella della *quasi Serviana* ²⁹⁾.

7. — La formula dell'*actio hypothecaria* era in *factum concepta*, e non era priva della *intentio*, poichè questa non può mancare in alcuna formula, essendo essa, come nota benissimo GIRARD ³⁰⁾, il cardine dell'opera trasformatrice e creatrice del pretore. GAIO stesso dice (*Inst.*, IV, 44):

« nihil enim omnino (*demonstratio*) sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio sine demonstratione vel intentione, vel adiudica (tio sine demonstratione vel intentione) nullas vires habet, (et) ob id numquam solae inveniuntur ».

GAIO nel contrapporre le *formulae in ius conceptae* a quelle in *factum conceptae* nota pure che nelle prime *iuris civilis intentio est* ³¹⁾, e poi soggiunge IV, 46):

« Ceteras (formulas) vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, (sed) initio formulae nominato eo quod factum est adiciuntur ea verba, per quae iudici dammandi absolvendive potestas datur... ».

Il che dimostra che nelle *formulae in factum* la *intentio* non era esclusa: era esclusa soltanto la *intentio iuris civilis*. GAIO infatti, parlando poi dell'*actio depositi*, di cui esistevano due *formulae*, una in *ius* e un'altra in *factum concepta*,

²⁷⁾ *De iuris dictione edictum*, § 272, pag. 233.

²⁸⁾ LENEL (*l. c.*, p. 397) = *Essai de reconstitution de l'Édit*, II, § 267, pagina 244.

²⁹⁾ LENEL, p. 397 a 398 = *Essai de reconstitution*, cit. II, pag. 245.

³⁰⁾ *Manuel cit.*, 3.^a ed., p. 1002.

³¹⁾ *Ibidem*, 4, 45 in f. La ediz. di GAIO che citiamo è la 4.^a di KRUEGER e STUEDEMUND, Berlino 1899.

insegna che in quest'ultima poteva aver luogo una *plus petitio*: ora la *plus petitio* non era possibile se non nell'*intentio*, e GAIO dice espressamente che l'*intentio* si trova nella *formula depositi in factum concepta* in cui perde la lite colui che *plures res designaverit quam deposuerit, quia in intentione plus possidere videtur*.

IV, 60: « ... certe cum duae sint depositi formulae, alia in ius concepta, alia in factum, sicut supra quoque notavimus, et in ea quidem formula, quae in ius concepta est, initio res de qua agitur demonstratorio modo designetur, deinde inferatur iuris contentio his verbis *quidquid ob eam rem illum illi dare facere oportet*; in ea vero quae in factum concepta est, statim initio intentionis alio modo res de qua agitur designetur his verbis *si paret illum apud (illum rem) illam deposuisse*: dubitare non debemus, quin si quis in formula, quae in factum composita est, plures res designaverit quam deposuerit, litem perdat, quia in intentione plus pos.... ».

Ci pare quindi più esatto ritenere che nelle *formulae in factum* si trovino le parti ordinarie della *formula*, e quindi anche l'*intentio*; solo la *demonstratio* si confondeva con la *intentio*, perchè *initio formulae* s'indica il fatto, cui si riannoda immediatamente la *condemnatio* ³²⁾.

³²⁾ ZIMMERN (*Traité des actions*, trad. ETIENNE, pag. 145, n. 11 e 12). Il KELLER (*Ueber Litis Contestation*, pag. 248 e seg., nota 14) si propone la questione se nelle *formulae in factum conceptae* sia stata realmente la *intentio*, o non piuttosto una semplice *demonstratio*, che precedeva la *condemnatio*. Egli dice che tutto il dubbio si fonda su di un doppio possibile significato della parola *demonstratio* e *demonstrare*, uno formale e l'altro materiale: così pure sotto la parola *intentio* o si concepisce quella parte della *formula*, che contiene il punto a cui il giudice dee rivolgersi come all'oggetto essenziale della sua ricerca, o quella nella quale è discorso delle conseguenze giuridiche, che l'attore trae dalle sue affermazioni di fatto; e questa giuridica ricerca è segnata al giudice. GAIO, soggiunge KELLER, sembra di avere oscillato tra questi due significati, e specie nella sua definizione generale dei due concetti (*Comm.*, IV, § 40, 41) pone a fondamento l'ultimo. E se noi restiamo stretti alle parole di questi §, dobbiamo dire che la *formula in factum concepta* non abbia alcuna *intentio*, ma la sola *demonstratio*. Tuttavia sembra che anche alla *formula in factum concepta* GAIO attribuisca la *intentio*, parte espressamente in fine del § 60, parte perchè nella *formula in factum* era possibile la *plus petitio*; ed egli prima (§ 53, 58) afferma che un *plus* faceva perdere la causa quando trovavasi nella *intentio*, non già nella *demonstratio*. — Finalmente la L. 1 Cod. *Si pign. convent.* 8, 32 (33) discorre di una *intentio* in un'*actio in factum concepta*. GAIO, soggiunge lo stesso KELLER, tenne presente una sola specie della *formula*, quella in ius concepta nella quale non entrava la differenza tra i due significati della *intentio*; e difatti gli esempi scelti da lui sono tratti dalle *formulae in ius conceptae*, le quali, coi concetti della *demonstratio* e della *intentio*, erano più antiche delle *formulae in factum conceptae*. Che poi la definizione sia rimasta inalterata, e non abbia ricevute le necessarie modificazioni ed estensioni, si spiega benissimo, conclude il KELLER, ricordando la poca cura, che i romani giuristi ponevano nelle definizioni. — Sulla definizione dell'*intentio* di GAIO cfr. pure BEKKER (*Die Processualische Consumtion*, pag. 37 e seg.); KELLER-WACH (*Das Römische Civilprozess*, § 39).

Ma il fatto è sempre un fatto giuridico. Il criterio di quei giuristi che credono doversi distinguere le *formulae in factum conceptae* da quelle *in ius conceptae* in quanto nelle prime il *iudex* è chiamato solo all'accertamento del fatto, mentre in quelle *in ius conceptae* dee stabilire ciò che secondo legge è dovuto, non è esatto. Questa opinione fu manifestata dal DUPONT³³⁾ e combattuta dal MÜHLENBRUCH, fu seguita dal KELLER, e di nuovo respinta dal DEMELIUS³⁴⁾. Il quale combatte il KELLER che aveva rappresentato il concetto dell'*actio in factum* nel seguente modo.

Quando, dice il KELLER³⁵⁾, non fu più sufficiente al pretore di estendere per analogia i limiti della *formula* obbiettivamente o subbiettivamente, il pretore si elevò a costruire *formulae* del tutto nuove; ed in cambio di lasciare che il giudice trovasse il punto di diritto nello *ius civile*, lo assumeva nel suo *imperium*, cioè riannodava l'ordine di condanna a fatti determinati come ad unica condizione. Così al giudice erano dati ad esaminare questi fatti (nudi o giuridici), e, quando li trovasse esatti, doveva condannare nella misura a lui ingiunta, senza preoccuparsi del concetto giuridico per virtù del quale da quei fatti derivasse l'obbligo della prestazione, perchè per tal legame di causalità era sufficiente guarentigia al giudice l'autorità del pretore, e la sua propria subordinazione a questa.

8. — Il DEMELIUS invece ha ben dimostrato che il giudice, tanto nelle *formulae in factum*, quanto in quelle *in ius conceptae*, dee sempre esaminare soltanto il fatto su cui si fonda la ipotesi della condanna: l'idea giuridica sulla quale si poggia l'ipotetico legame della *intentio* colla *condemnatio* appartiene al magistrato, che concepisce la *formula*. Sicchè la essenza diversa dell'*actio in ius* e di quella *in factum concepta* potrebb'essere, secondo il DEMELIUS, forse rappresentata così: la condizione preliminare della condanna è sempre un rapporto che esiste in concreto, un rapporto della vita, un rapporto giuridico: anche nell'*actio in factum concepta* il rapporto puramente di fatto, designato nella *intentio*, appunto perchè è posto in connessione di causa con l'ordine di condanna, diventa rapporto giuridico. Il giudice dee affermare o negarne la esistenza. Anche quando dee condannare alla restituzione « *si paret eam rem Aⁱ Aⁱ esse* », o al pagamento « *si paret N^m N^m A^o A^o dare oportere* », ha da ricercare se concorrono quei fatti, a cui il diritto riannoda la proprietà o l'obbligo del pagamento. Non occorre che al giudice siano enumerati questi fatti che dee ricercare, perchè già per l'ordinamento giuridico è certo quali

³³⁾ *Disqu. in Comm. IV Inst. GAIJ*, pag. 71-78 cit. dal MÜHLENBRUCH (*Die Lehre von der Cession* cit., pag. 156, nota 313).

³⁴⁾ *Die Rechtsfiktion*, pag. 61 e seg. — Il THON (*l. c.*, p. 245) accoglie la opinione che « *l'eam rem Aⁱ Aⁱ esse* » ovvero « *N^m N^m dare oportere* » non indichi un complesso di circostanze di fatto, a cui il diritto civile riannodi la proprietà o l'obbligo del pagamento: egli però non consente che l'unico criterio per distinguere le azioni civili dalle pretorie, sia che nelle prime l'*intentio* comprenda espressioni tecnico-giuridiche, mentre la *formula in factum concepta* si fondi soltanto su fatti naturali. Il THON assume che anche nelle *formulae in factum* si trovano numerosi tipi giuridici per denotare e riassumere momenti di fatto.

³⁵⁾ KELLER-WACH (*der Röm. Civilproc.* cit., § 33 e nota 354 cogli autori quivi citati; pag. 107 della traduzione del prof. FILOMUSI-GUELFI sulla terza edizione di KELLER).

di essi appartengono all'« *eam rem At At esse* » o al « *Nm Nm Ao Ao dare oportere* ». Una enumerazione invece divenne necessaria quando da rapporti della vita dovette essere riconosciuto un obbligo di prestazione per cui quei primi e pronti concetti giuridici come il « *meam esse* » e il « *dare oportere* » non erano ancora sorti. Ed allora tra il « *si paret* » enunciarsi immediatamente rapporti di fatto, mentre in altri casi esistevano nella *intentio* tipiche espressioni tecnico-giuridiche. In ciò, e solo in ciò, è posta la specialità dalle *actiones in factum conceptae*. Senza di essa non differirebbero per nulla dalle *formulae in ius conceptae*.

9. — Le *actiones in factum conceptae* traggono la loro origine dal fatto che il numero di quei tipi giuridici era molto limitato; sicchè quando la coscienza giuridica additava altri rapporti della vita come degni di protezione, dovevasi venire ad una diretta inserzione dei singoli presupposti di fatto. Il che era inevitabile quando a fatti per lo innanzi, giuridicamente non importanti, dovettero essere connessi effetti giuridici. E se, per produrre la conseguenza giuridica, dovevano concorrere parecchi fatti, non restava che enumerarli tutti in ordine nella *intentio* dell'*actio in factum concepta*. Di ciò offre un esempio la *formula dell'actio hypothecaria* ³⁶⁾.

Questa opinione del DEMELIUS ci pare meglio fondata. Se il rapporto d'ipoteca infatti fosse stato un istituto di diritto civile, bastava dire al giudice: « se questo rapporto esiste, condanna. Ma siccome il rapporto d'ipoteca è costituito dal pretore, bisognava commettere al giudice la ricerca degli elementi di fatto e di diritto, ed alla esistenza di essi subordinare la condanna. In tal modo il diritto di ipoteca nasce dal comando del pretore; infatti poichè esiste un'azione che difende colui che si trova in quei rapporti di diritto e di fatto, è costituito con ciò un diritto reale d'ipoteca d'indole pretoria ³⁷⁾.

a) *Le parti della « formula ».*

10. — Le parti della *formula hypothecaria* sono ben note. Essa, dice il LENEL ³⁸⁾, richiede per la condanna:

- 1.º la prova della costituzione del pegno (*intentio dati pignoris*);
- 2.º la prova « *tunc, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse* »;
- 3.º la prova « *eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Am Am stare, quo minus solvatur* ».

Finalmente la *formula* contiene:

- 4.º la clausola arbitraria di restituzione « *nisi ea res arbitrato tuo restitueretur* »;
- 5.º la *condemnatio* che è rivolta al « *quanti ea res erit* » ³⁹⁾.

11. — L'attore dee provare il patto ⁴⁰⁾, su cui si fondava l'*actio hypothecaria*.

³⁶⁾ DEMELIUS (*l. c.*, pag. 63). Cfr. pure BEKKER (*Die Actionen*, II, pag. 130 e seg., specie pag. 136 e seg.).

³⁷⁾ *Procedura civile romana* — Lezioni del prof. V. SCIALOJA, redatte e pubblicate da Mapei e Nannini, Roma 1894, pag. 510 a 513. Cfr. pure BUONAMICI (*Storia della procedura romana*, pag. 94 e seg.).

³⁸⁾ *Edictum perpetuum*, pag. 396 = *Essai de reconstitution de l'Edit cit.*, II, pagina 242 e segg.

³⁹⁾ LENEL, *l. c.* = *Essai*, *l. c.*, pag. 243 e 244.

⁴⁰⁾ L. 17 § 2 D. *de pactis*, 2, 14, trascritta a pag. 431; L. 27 § 2 D. *codem*; L. 23 D. *de probationibus*, 22, 3.

« MARCIANUS, *libro singulari ad formulam hypothecariam*. Ante omnia pro-

caria, almeno fino a quando non fu ammesso il pegno legale e il pegno testamentario: GAIO usa la espressione « *pactum conventum* » ⁴¹⁾.

Dee inoltre l'attore provare che, « *cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse* »; il che si riferisce alla *conventio* « *quae specialiter facta est*, non ad illam, quae cottidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter haec res fuissent obligatae » ⁴²⁾. L'*in bonis habere* qui vuol dire che il debitore debba avere sulla cosa che dà in pegno un'azione per recuperarla perdendola, o, possedendola, essere in essa tutelato mediante una eccezione ⁴³⁾.

bandum est, quod inter agentem et debitorem con venit, ut pignori hypothecaeve sit... ».

L. 15 § 1 D. *de pignoribus et hypothecis*, 20, 1.

« GAIVS, libro singulari de formula hypothecaria. Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est... »

Cfr. pure c. 1 *Si pignoris conv.*, 8, 32 (33).

Se la formula fosse rivolta alla prova del *convenisse*, o a quella della *rei obligatio*, è controverso; cfr. BRINZ (*Lehrbuch*, vol. 2, 2.^a ed., pag. 852, specie la nota 9).

IL LÉNKL (*Edict., l. c. = Essai de reconstitution*, II, 244) sul fondamento della L. 13 § 1 D. *Ad SC. Fell.*, 16, 1:

« cum quasi Serviana... in his utilis sit: quia verum est convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam... ».

e di altri luoghi delle fonti ritiene, com'è difatti, più fondata la opinione, che si debba fornire la prova della *conventio*, e dice non essergli chiaro l'argomento che, a fondamento della stessa opinione, trae il DERNBURG (*das Pfandrecht*, I, pag. 81 nota 12) dalla L. 13 § 5 *De pignoribus* (cfr. LÉNKL, l. c., nota 5 = *Essai, l. c.*).

Sulle modificazioni della formula nel caso in cui la *res pignorata* pervenisse *in bonis* del pignorante dopo la *conventio*, o fosse data in pegno cfr. LÉNKL (*Edict.*, p. 397, nota 6 e 7 = *Essai* ibidem, e i luoghi delle fonti ivi citati). Cfr. pure HUSCHKE (*von der Verpfändung der Sachen, deren Eigentümer man nicht ist* [Del pignoramento delle cose di cui non si è proprietario], nella *Rivista per diritto e per la proc. civ. cit.*, p. 225 e seg.).

⁴¹⁾ L. 4 D. 20, 1 = *lex geminata*, 4 D. 22, 4); così pure MARCIANO, L. 13 § 3 *h. t.* La espressione tecnica è *pignoris conventio*, ma si trovano pure altre espressioni. Cfr. KUNTZE (*Zur Geschichte des Röm. Pfandrechts*, II, pag. 14 e seg.). Il *pactum conventum* poi, dice lo stesso GAIO, può farsi orale e scritto: « ... nec ad rem pertinet, quibus fit verbis... et ideo et sine scriptura si convenit, ut hypotheca sit et probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt... » (L. 4 D. 20, 1 cit.). Anche in Grecia gli *ῶποι* non erano essenziali all'esistenza del pegno, ma servivano al creditore per facilitarne la prova, e per avvertire i terzi di non concludere negozi in ordine alla cosa già obbligata. Cfr. HITZIG (*l. c.*, pag. 70 e seg.) e MANIGK (*l. c.*, pag. 100, nota 2).

⁴²⁾ L. 15 § 1 cit. D. *de pignoribus*; L. 6 Cod. *Si aliena res*, 8, 15 (16).

⁴³⁾ L. 52 D. *De adq. rer. dom.*, 41, 1. MODESTINUS, libro septimo regularum: « Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad recipendam eam actionem habemus ». — Gli altri luoghi

b) *Il requisito della formula « eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum, etc. » e la opinione del THON.*

12. — Un requisito importante che la formula richiede per la condanna, risulta dalle parole « eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Am Am stare quo minus solvatur ». Nelle fonti questo requisito è messo molto in evidenza. Valgano, fra gli altri, i seguenti luoghi:

L. 13 § 4 D. *De pignoribus*:

« MARCIANUS libro singulari ad formulam hypothecariam. Etiam si creditor indicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet... § 5.... Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante condicionem hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt « si condicio exstiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit ».

L. 13 § 1 cit. D. *Ad Sctum Vell.*, 16, 1⁴⁴⁾:

« GAIVS libro nono ad edictum provinciale. De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus, cum quasi Serviana (que et hypothecaria vocatur) in his utilis sit: quia verum est convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam ».

L. 11 § 4 D. *Qui potiores in pignore*, 20, 4:

« GAIVS libro singulari de formula hypothecaria. Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere. et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur ».

L. 6 D. *Quibus modis pignus, etc.*, 20, 6:

« ULPIANUS libro septuagesimo tertio ad edictum. Item liberatur pignus, sive solutum est debitum sive eo nomine satisfactum est... »

L. 30 § 1 D. *de exceptione rei iudicate*, 44, 2:

« PAULUS libro quarto decimo *quaestionum*... actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pigneri datum et satisfactum non esse, quare potest non obstande rei iudicate exceptionem ».

L. 61 (59) D. *Ad Sctum Trebell.*, 36, 1.

PAULUS, libro quarto *quaestionum*... et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem...

C. 1 *Si pignoris conventionem numeratio secuta non sit*, 8, 32 (33):

« *Impp.* SEVERUS et ANTONINUS *AA. Hilario*. Si pecuniam tibi non esse nu-

delle fonti (L. 49 D. *de verb. signif.*, 50, 16; 43 D. *de usu et usu fructu*, 33, 2; L. 2 § 22 *Fi bonorum rapt.*, D. 47, 8; L. 5 § 6 *Ut in possessione legat.*, D. 36, 4; L. 1 pr. e § 10 *Si is, qui testamento*, D. 47, 4, nota qui il BACHOFEN (*op. cit.*, pag. 66) non hanno importanza per questo requisito, perchè trattano della estensione di un patrimonio, e non si occupano della cosa singola per accertare se esista o no in bonis. Cfr. su questo requisito BRINZ (*l. c.*, pag. 853 e seg.). — Sulla denominazione in bonis habere cfr. pure BONFANTE (*Bullettino dell'istituto di diritto romano*, anno VIII, pag. 296 e seg.).

⁴⁴⁾ Cfr. pag. 439.

meratam atque ideo frustra cautionem emissam et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit. PP. K. Sept. Laterano et Rufino cons. (a. 197) ».

C. 19 § 2 *De usuris*, 4, 32:

« *Idem (Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS) A.D. et CC. Aurelias Irenaeae...* cum Serviana etiam actio manifeste declarat pignoris inhiberi persecutionem vel solutis pecuniis vel si per creditorem steterit, quominus solvatur »⁴⁵⁾.

Il pretore faceva dunque dipendere l'*actio hypothecaria* dal fatto che il credito non fosse estinto col pagamento, o che il creditore non fosse stato in altro modo soddisfatto, il che pure avveniva quando questi non lo fosse stato per volontà sua⁴⁶⁾. Il pegno non è legato alla esistenza del credito: se questo fosse estinto in modo diverso da quello indicato nella *formula*, il pegno continuerebbe ad esistere, e con esso l'*actio hypothecaria*. Nell'indicare questo requisito il pretore non additava del pari l'onere della prova, o la parte cui esso incombesse. A ciò bastavano le regole generali della prova. S'intendeva benissimo che il debitore o il terzo, che invocassero la *solutio* o la *satisfactio*, dovessero provarle, e questo principio la *formula* non aveva punto modificato: essa invece additava al giudice i presupposti, secondo i quali questi doveva condannare od assolvere il convenuto; sicchè ben si può accogliere la opinione che l'*eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse*, etc., sia stata una *condicio formulae*, che trovavasi nella *intentio* della *formula hypothecaria*⁴⁷⁾. E si sarebbe adottata la forma negativa *neque solutam*, etc., invece della positiva « *eamque pecuniam etiam nunc deberi* » probabilmente perchè con quest'ultima espressione si sarebbe detto troppo, essendovi casi in cui il pegno rimane, quantunque l'obbligo principale sia estinto: la *consumtio*, la *confusio*, la morte senza eredi, tolgono la obbligazione principale, ma non il pegno; onde nella *formula* solo la *solutio* o la *satisfactio* si sarebbero ricordate per tener lontane dall'esame del giudice tutte le altre cause di estinzione⁴⁸⁾.

13. — Contro quest'assunto furono sollevate molte obiezioni dal THON. Egli sostiene, come si è visto, che la *solutio* è ricordata nella *formula hypothecaria* nella forma di una *exceptio*, quasi colle parole: *si ea pecunia soluta non sit*, e riassume i suoi argomenti nei seguenti termini⁴⁹⁾:

La singolarità delle *formulae in factum conceptae* in contrapposto a quelle in *ius conceptae* consiste nell'indicare esse al giudice la quistione solo secondo la verità del fatto, non secondo la esistenza del diritto. Di qui il THON trae la

⁴⁵⁾ Sul sospetto d'interpolazione di questa Costituzione, cfr. MANCALONI (*Contributo allo studio delle interpolazioni*, pag. 21 dell'Estratto dal periodico « *I Filangieri* », n. 2, 1901).

⁴⁶⁾ Cfr. BÜCHEL (*o. c.*, I, p. 55 e seg.).

⁴⁷⁾ Cfr. FRANCKE (*Civilistische Abhandlungen* [Dissertazioni civili], pag. 105 e seg.).

⁴⁸⁾ BREKKER (*Die Actionen des Römischen Privatrechts*, II, 144, nota 22). Vedi però DERNBURG (*Das Pfandrecht*, II, specie pag. 578 o 579). Cfr. pure KRETSCHMAR (*Die Theorie der Confusion*, pag. 124 e seg.), ed inoltre WINDSCHEID (*o. c.*, vol. I, p. 2.^a, pag. 431, nota 7 e 8 e gli autori ivi citati).

⁴⁹⁾ Il THON svolge i suoi argomenti e poi li riassume. Noi crediamo più agevole al nostro scopo di esporli prima sistematicamente e poi confutarli.

conseguenza che, non potendo un fatto per un altro fatto posteriore reputarsi mai non avvenuto, per offrire al giudice la possibilità di prescindere dal comando della *condemnatio*, malgrado la verità dei fatti allegati nella *intentio*, debbano essere inseriti sempre a modo di eccezioni nella *formula* tutti i nuovi momenti che farebbero ingiusta la *condemnatio*. Questa conseguenza il SAVIGNY cercò di evitare, sostenendo che ogni *actio in factum* in virtù della sua natura pretoria lasciasse al giudice il più libero campo. Tale assunto però contraddice non pure alla stretta concezione della *formula*, ma all'intima essenza ed allo scopo delle *in factum actiones*, e la natura pretoria di queste azioni induce necessariamente la totale esclusione del libero apprezzamento del giudice. Ed applicando la verità di questi principi alla *formula hypothecaria*, ha concluso il THON, che la *solutio*, da cui l'azione ipotecaria è esclusa, dovesse essere infatti allegata nella forma di una *exceptio*, come la *satisfactio*, che le è parallela; che non fosse da accogliere la teoria dominante per cui questi negozi giuridici sono ricordati nella *formula*, ma come parte della *intentio*: che inammissibile si rivelasse ogni rapporto analogo delle azioni pretorie nascenti dal *constitutum* e dal *depositum* con la concezione dell'*actio Serviana*, perchè in quelle azioni, rivolte alla prestazione dell'interesse, l'affermazione del pagamento non eseguito appartiene a buon diritto all'*intentio*.

14. — Prima di esaminare le argomentazioni del THON, giova ricordare che il RUDORFF aveva già notato che le parole « *intentio dati pignoris neque redditae pecuniae* » non fossero altro che una espressione perifrastica per *actio* o *exceptio hypothecaria*⁵⁰: che KELLER pure aveva detto che la clausola « *neque pecuniam solutam*, etc. fosse, a dir vero, una *exceptio*, ma una *exceptio* stabile, non da impetrarsi nel caso singolo, proprio come il *nec ri nec clam nec precario* che nei varii interdetti viene tuttavia generalmente chiamato *exceptio*, e che anche in ciò è uguale alla nostra clausola, checchè CICERONE pel suo cliente *Caccina* possa dire pro e contro; sicchè il peso della prova, come il BACHOFEN osserva esattamente, obbliga il convenuto »⁵¹).

15. — Veniamo ora agli argomenti del THON.

Se è vera, egli dice, la opinione dominante per cui non si trovino in ordine a tutte le specie di azioni che tre specie di difesa, l'assoluta e relativa negazione ed il contrapposto di un diritto indipendente, la *solutio* rispetto all'*actio hypothecaria* dovrebbe operare *ipso iure*, e non nella forma di una *exceptio*; ed il suo apparire nella *formula* sarebbe quindi impossibile, poichè il convenuto, richiamandosi alla *solutio*, non si fonda su di un diritto proprio che si contrapponga a quello dell'attore, ma vuol piuttosto negare il diritto attuale di costui, affermandone la posteriore estinzione. Se invece, soggiunge il THON, è fondato il nostro principio, per cui, data dal pretore un'*actio in factum*, in essa non viene più in controversia la esistenza di un diritto, ma solo la verità di un fatto, non potendo nessun fatto essere considerato non avvenuto per un altro posteriore, ogni *actio in factum*, posta la verità del suo fondamento di fatto, solo per una *exceptio* può essere distrutta. Sicchè, anche di fronte all'*actio hypothecaria*, l'invocarsi dal convenuto il pagamento del debito e quindi la estinzione del diritto di pegno dell'attore non è possibile se non nella forma di una *exceptio*. E la *solutio* nella *formula* dell'*actio hypothecaria* è ricordata.

⁵⁰) RUDORFF (*Die Pfandklagen* cit., vol. XIII, pag. 228 della *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*).

⁵¹) *Kritische Jahrbücher* cit., XI, pag. 988.

ed invero nella forma di una *exceptio*, a un di presso colle parole: *Si ea pecunia soluta non sit*, come non è difficile riscontrare in moltissimi luoghi delle fonti, in cui i giuristi, comentando la *formula hypothecaria*, ricordano la *solutio*, in modo da interpretare le parole della *formula*. Il che vale eziandio della *satisfactio*, del *per creditorem stare*, che alla *solutio* sono del tutto equiparati ⁵²).

Il THON poi nota che, tutti gl'interpreti della *formula hypothecaria*, eccetto uno, il BÜCHEL ⁵³), hanno accolto in essa così la *solutio*, come la *satisfactio*, ed il *per creditorem stare*. E, ricordate le ricostruzioni della *formula*, e le poche modificazioni che si sono proposte a quella comunemente accettata, osserva che tutti gl'interpreti sono d'accordo nel riannodare il *pecuniam solutam non esse*, come nuova condizione dell'azione, alle antiche, e nel trattarla come parte della *intentio*: rileva che, avuto riguardo alla processuale concezione ed alla spiegazione di questo legame grammaticale, si sono manifestate due opposte opinioni: l'una, quella del FRANCKE, seguita dalla maggior parte dei giuristi, con cui si sostiene che le parole in controversia formano parte della *intentio*, e si pretende, in conseguenza di ciò, anche la prova di essa da parte dell'attore: l'altra, quella del BACHOFEN, che cerca di spiegare in altro modo l'*eamque pecuniam solutam non esse*, e dice che qui si ha un'anomalia, contenendo la *formula*, oltre il fondamento dell'azione da provarsi, la difesa del convenuto, e questa non nella forma di una eccezione, ma di una condizione dello stesso diritto di agire, di una *condicio formulae*, come MARCIANO espressamente la chiama.

La opinione del FRANCKE, dice il THON, s'imbatte nell'ostacolo di una pratica inattuabilità, poichè non è possibile la prova di non essersi pagata all'attore una somma forse non in un giorno, ma possibilmente in una lunga serie di anni, o di non essere avvenuta nessuna *satisfactio*, cioè, per ricordare solo alcuni esempi, nessuna *novatio*, *datio in solutum*, *delegatio*, *expromissio*, etc. Il buon senso dei romani non avrebbe mai approvato un tale principio ⁵⁴).

⁵²) I frammenti giuridici del palinsesto di Autun (nella *Collectio librorum* cit. I, §§ 111 e 112 su cui, oltre le emendazioni e i supplementi del MOMMSEN, sono pregevoli le osservazioni ed acute le proposte del FERRINI (*Rendiconti del R. Istituto Lombardo di scienze e lett.*, serie II, vol. XXXII, e *Accademia reale delle scienze di Torino*, anno 1899-900) e dello SCIALOJA (*Bullettino dell'istituto di diritto romano*, anno XI, fasc. III-V) contengono le seguenti parole: « Et in factum actio non consumitur, quia quod factum est infectum fieri non potest. puta [—] e actio est in factum: si parret me deposuisse apud illum Gaium Scium illam rem [nec redd] itam esse dolo malo illius Gaii Sei, condemna illum. numquam ex eo quod [actum est in] factum esse, cum deposuisti, potest. Venis et dicis: si parret me deposuisse. [deinde] dicis: quod semel factum est, infectum fieri non potest, si quid opponitur tibi *exceptio, quod i*; am res iudicata est vel in iudicium deducta est ». — Ma da queste parole non si potrebbe trarre nessun fondamento a favore della opinione del THON, perchè esse appartengono ad un commento di un insegnante e perchè del resto non accennano punto all'*exceptio solutionis* del THON.

⁵³) *Civilrechtliche Erörterungen* cit., pag. 202 e seg.; 236 e seg.; più che nelle pag. 126 e seg. citate dal THON. Il BÜCHEL assume che il richiamarsi del creditore al *pecuniam redditam non esse* nella *formula hypothecaria* contenga solo una *litis contestatio negativa*, di diniego del fondamento dell'azione. Ma di ciò pure diremo in seguito.

⁵⁴) Così ragiona anche il BÜCHEL (*l. c.*, pag. 236).

E inoltre riconosciuto e riferito in molti pronunziati delle fonti che a fondare l'*actio pignoratitia in personam* la prova dell'avvenuto pagamento appartenga all'attore; e poichè la teoria intorno al fondamento dell'*actio pignoratitia in personam* ed alla esclusione dell'*actio hypothecaria* è la stessa, la prova dell'eseguito pagamento, anche rispetto a quest'ultima, dee fornirsi dal debitore ipotecario, o, in generale, dal convenuto. Allo stesso assunto poi riescono i principi generali, secondo i quali la prova del pagamento dee sempre fornirsi dal convenuto; e bisogna pure notare che se l'azione ipotecaria ha per iscopo la difesa e la guarentigia di un altro diritto, il creditore in ordine alla prova, secondo la opinione degli avversari, si troverebbe nell'azione ipotecaria in una condizione peggiore che se avesse promossa l'azione principale. Lo stesso MARCIANO mostra la inattuabilità del principio che il non pagamento e la non soddisfazione appartenga al fondamento dell'azione e si presenti come parte della *intentio*, poichè si esprime così:

L. 49 D. *de solut. et liberat.*, 46, 3. MARCIANUS *lib. sing. ad hypothecarium formulam*:

« Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter, si numerata sit creditorum... quod si acceptum latum sit... solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisfactionis sufficit ».

Come avrebbe potuto MARCIANO, si domanda il THON, nel commento della *formula hypothecaria*, e nel caso che gli era presente della *solutio* o della *satisfactio*, in cui l'azione doveva essere respinta, parlare di *sufficere* e di *proficere*? Non doveva forse egli da questo punto di vista parlare piuttosto di *nocere*? Da questo testo pare si possa dunque dedurre con chiarezza che l'allegazione della *solutio* e della *satisfactio* appartenga alla difesa del convenuto, e che di essa tratti il giureconsulto MARCIANO ⁵³).

16. — Innanzi tutto, noi rispondiamo, non è esatto il principio di non potersi l'*actio in factum* distruggere se non mediante la *exceptio*. Il LENEL ⁵⁴) ha già osservato contro il THON che, così ragionando, si va troppo oltre, poichè tra le *actiones in factum* si trovano quelle che mirano alla restituzione o alla esibizione di una cosa, e contengono l'*arbitratus iudicis*: sono esse *actiones arbitrarie* in cui l'assoluzione del convenuto avviene senza che egli sollevi alcuna *exceptio*. Una *exceptio solutionis*, nel senso di THON, non è possibile, e non ha nelle fonti alcun indizio.

Nè l'aver noi ammesso che il *neque solutam et rel.* appartenga alla *intentio* della *formula hypothecaria* importa che in tal modo si costringa l'attore ad una prova impossibile, a quella, cioè, di non essere avvenuto il pagamento, o altro modo di estinzione dell'*actio hypothecaria*, poichè già ricordammo che il pretore con la sua *formula* non alterava i principi della prova: proponeva soltanto le indagini che il giudice doveva compiere per condannare od assolvere il convenuto; il giudice doveva richiedere la prova secondo le regole generali che la governano; la *formula* non esercitava che una funzione neutrale, essendo rivolta a garantire così gl'interessi dell'attore come quelli del convenuto ⁵⁵).

⁵³) THON (*l. c.*, pag. 262 a 267).

⁵⁴) *Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen*. [Sull'origine ed effetto delle eccezioni], pag. 53, nota 1 e pag. 55, nota 2. Cfr. pure BEKKER (*Die Actionen*, II, pag. 140 a 142).

⁵⁵) LENEL (*Ueber Ursprung cit.*, pag. 17). Cfr. pure, fra gli altri, KELLER-WACH *cit.*, § 23, pag. 112, BARON (*Institutionen und Civilproz.*, pag. 396). Vedi però RUDORFF (*Röm. Rechtg.*, II, § 22, pag. 95).

L'aver poi MARCIANO detto nella L. 49 cit. D. *de solut. et liberat.* che, se vi fosse stata l'*acceptilatio*, non giovava la parola *solutio*, ma bastava la parola *satisfactio*, non può confortare l'assunto del THON, poichè MARCIANO, commentando la *formula hypothecaria*, mirava ad accertare il concetto della *solutio*, ed osservava che *naturaliter* la *pecunia* dicevasi *soluta* se era numerata al creditore, o ad altri per incarico di costui, o se il creditore aveva ratificata la *solutio*. Ma se ci fosse stata l'*acceptilatio*, non si doveva parlare più di *solutio*, e bastava la parola *satisfactio*. Come è possibile volgere tale ragionamento del giureconsulto a dimostrare che il *proficere*, il *sufficere* addita la difesa del convenuto, e tirarne poi la conseguenza che solo di questa MARCIANO nel testo riferito abbia trattato? Forse che il *proficere* non si trova nello stesso senso applicato⁵⁸⁾ nelle fonti a rapporti diversi dalla difesa del convenuto?

17. — Le ragioni discorse, dice il THON, sembrano aver dato motivo ad un altro interprete della formola ipotecaria, al BACHOFEN, di prendere una seconda via. Il BACHOFEN⁵⁹⁾ rimane pienamente fermo nell'*eamque pecuniam solutam non esse*, ma tenta di porlo su di altro fondamento, e dice che qui si ha l'anomalia, che esiste nel legame di elementi diversi: la formola, più che il fondamento dell'azione da provarsi, contiene anche la difesa del convenuto, e questa non nella forma di una *exceptio*, ma nel significato del tutto diverso di una condizione del diritto stesso di agire, di una *condicio formulae*, come MARCIANO espressamente la chiama.

Ora il THON è dolente che BACHOFEN non abbia cercato di svolgere più dappresso il suo modo di vedere: egli allora avrebbe certamente eliminata, non accentuata l'anomalia.

BACHOFEN dice « la formola contiene ». E il THON, procurando di chiarire ciò che lo scrittore possibilmente vuole intendere, crede che lo si possa concepire in tre modi. O il pretore poteva inserire in proprio nome nella formola le parole in controversia; o queste contenevano un'affermazione dell'attore, che solo il convenuto aveva l'obbligo di provare; o potevano essere accolte sulla istanza del convenuto.

Il primo assunto non ha bisogno di confutazione nessuna. Il pretore non poteva imporre al convenuto difesa di sorta, poichè ciò sarebbe stata una ingiustizia verso l'attore, e nel rapporto materiale la formola non contiene altro che le indicazioni delle parti. E tanto meno, soggiunge il THON, potevano queste parole essere un'affermazione dell'attore, poichè altrimenti anche la prova ne sarebbe spettata a lui, dovendo ogni parte provare la sua affermazione; il che ha la sua buona ed intima ragione nel fatto che la *formula*, pari alla sentenza interlocutoria del diritto odierno, deve regolare le parti per la prova (*die formula, ähnlich dem Beweisinterlocut des heutigen Rechtes, schon die Rollen für den Beweis normiren soll*)⁶⁰⁾. Non resta, conchiudo qui il THON,

⁵⁸⁾ Cfr., tra gli altri luoghi, L. 5 § 2 D. *de solut. et liber.*, 46, 3: « ...si vero summa usurarum debitarum et non debitarum non eadem sit, aequaliter ad utramque causam proficit quod solutum est, non pro rata »... — L. 13 § 12 *de adq. vel amit. poss.*, D. 41, 2: « ...ceterum accessio nemini proficit, nisi ei qui ipse possedit ». Il *proficit* si trova applicato anche alla stessa azione L. 7 § 6 D. *de pactis*, 2, 14: « ...ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat... ».

⁵⁹⁾ *Das Röm. Pfandr.*, pag. 72 e seg.

⁶⁰⁾ Qui il THON cita p. es. la L. 19 pr. D. *de probat.*, 22, 3, dalla quale non si trae altro se non che il convenuto *in exceptionibus... reum partibus actoris fungi oportere*.

se non che il convenuto stesso abbia impetrata questa difesa. Ora il diritto romano per la difesa del convenuto nella *formula* non conosce che una forma sola, quella dell'*exceptio*: ogni altra gli è affatto estranea, e quella innanzi tutto che, secondo il suo significato grammaticale unicamente possibile, fosse sembrata come parte della *intentio*, e però avesse costretto il giudice a pretendere la prova dall'attore. E il pronunziato di MARCIANO, a cui il BACHOFEN si richiama, addita decisamente la forma della *exceptio*, poichè la *exceptio* è una condizione (negativa) aggiunta all'azione⁶¹⁾.

18. — Possiamo essere d'accordo col THON nel ritenere che il pretore non poteva imporre al convenuto nessuna difesa; che ogni parte dee provare la sua affermazione, e che il *neque solutam et rel.*, se fossero state un'affermazione dell'attore, dall'attore avrebbero dovuto essere provate. Ma non possiamo ammettere col THON, che la *formula*, pari alla sentenza interlocutoria del diritto moderno, debba regolare le parti per la prova, poichè abbiamo già dimostrato innanzi⁶²⁾ che la *formula* non aveva tale funzione, ma conteneva solo i presupposti che in *iudicio* doveano essere accertati per venire alla decisione della lite; nè la *formula* equivale alla sentenza interlocutoria del diritto moderno. Era il giudice che poteva, durante la procedura, sentire il bisogno di emettere decisioni intermedie (*interlocutiones*), e non vi era alcuna separazione, come si trova nel diritto germanico e nel diritto medioevale tedesco, tra la procedura principale e quella delle prove, mentre nel diritto moderno l'affermazione e la prova sono separate e tra esse s'interpone la *interlocutio*, che regola l'obbligo della prova e diventa obbligatoria⁶³⁾.

Sicchè, escluso quel carattere nella *formula*, resta sempre vero che le parole *neque solutam et rel.*, importano, come dice MARCIANO, una *condicio*, un requisito della *formula hypothecaria*, non una *condicio* nel senso di *exceptio*, e che la spiegazione data dal THON del concetto di BACHOFEN non vale a giustificare l'assunto di tale *exceptio*.

19. — Pervenuto a questo punto, il THON cerca d'indagare le ragioni che avrebbero mossi gl'interpreti generalmente ad accogliere nell'*actio hypothecaria* la *solutio* nella forma indicata, e crede di avervi potuto innanzi tutto contri-

⁶¹⁾ Qui il THON cita le fonti intorno alla *exceptio* così: L. 22 pr. *de except.*, 44, 2: « *exceptio est condicio, quae — eximit reum damnatione* ». — GAIUS, IV, § 119: « — *exceptio — ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem —* »; L. 2 pr. *D. de except.*: « *exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est* ».

⁶²⁾ Cfr. sopra pag. 25, 31 e 32.

⁶³⁾ KELLER-WACH (o. c., nota 594^a, e gli autori ivi citati). Vedi pure § 66. Cfr. WACH (*Handbuch des Deutschen Civilprozessrechtes*, I, pag. 31 a e b). Veramente il concetto della *formula* come *Beweisinterlocut* non è del THON, ma del RUDORFF (*Rechtsgesch.*, § 76, II, nota 9), il quale rappresenta la *formula* così: « *Das eigentliche Beweisinterlocut mit eventuellem Endurtheile in ventre, aber freilich ohne Vertheilung der Beweislast und Bestimmung einer Beweisfrist, ist die formula* » (cioè la propria sentenza interlocutoria con eventuale sentenza definitiva *in ventre*, ma certamente senza ripartizione dell'obbligo della prova e fissazione di un termine di prova, è la *formula*) ed è stato vivamente criticato dal KELLER-WACH nella cit., nota 594^a. Vedi però contro SCHULTZE (*Privatrecht und Process, Erster Theil*, § 18 e seg.).

buire il tipo dell'*actio depositi in factum* trasmessoci da GAIO, e forse anche quello dell'*actio pecunia constituta*; si riserva di dimostrare che l'analogia di queste formole non può esser messa a profitto per la concezione dell'*actio hypothecaria*, e poi soggiunge: innanzi tutto gl'interpreti si chiamano ad un luogo delle fonti, che a dir vero sembra confermare interamente il loro assunto intorno alla *formula hypothecaria*; e questa è la molte volte discussa

L. 1. Cod. *Si pignoris conventionem numeratio secuta non sit*, 8, 32 (33)⁶⁴):

« *Impp. SEVERUS et ANTONINUS A.A. Hilaro. Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam*⁶⁵ *et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit. PP. K. Sept. Laterano et Rufino cons. (a 197) ».*

Ricorda il THON che la portata di questo rescritto è nei riguardi della critica men che priva di dubbi, e ciò mostra il confronto colla *lex geminata* della c. l., *de non numerata pecunia*, 4, 30, in cui proprio nel luogo delle parole decisive « *neque redditae pecuniae* » si trovano le altre del tutto diverse « *ne numeratae pecuniae* »⁶⁶). Ma, anche accettando il testo come l'abbiamo citato, dice il THON, esso presenta sempre gravi difficoltà, poichè il saggio di spiegazione proposto dapprima dal FRANCKE⁶⁷), cui HUSCHKE e BACHOFEN aderì-

⁶⁴) Già da noi trascritta a pag. 440 e 441.

⁶⁵) Il THON cita il testo aggiungendo *asseris* che, com'egli stesso nota, molti manoscritti tralasciano. Il KRUEGER nell'*editto maior* del suo Codice lo mantiene, pur notando essersi ommesso nella l. *geminata*. Così pure mantiene nell'*editto maior* il *neque numeratae pecuniae*, ma preferisce il *neq. redditae pecuniae* della l. *geminata*. Cfr. pure NABER (*Observatiunculae* cit., p. 226, nota 2).

⁶⁶) Ecco le parole della c. l., *de non numerata pecunia*:

« *Impp. SEVERUS et ANTONINUS A.A. Hilaro. Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam adseris et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris neque numeratae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit ».* Il BUCHHOLZ (*Die Geminationen in Codex Iustinian's*, nella *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, Neue Folge, vol. XIV, pag. 249) opina che la c. l., 1, 4, 30, e la c. l., 1, 8, 32 siano un solo rescritto, su cui i compilatori avrebbero in diversa guisa lavorato per metterlo d'accordo col diritto giustiniano, poichè al tempo della emanazione di questo rescritto, nell'anno 199, la *querella non numeratae pecuniae* non esisteva. Cfr. pure BIENER (*Revision des Iust. Codex*, nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. VII, pag. 362 in fine). Su questo rescritto cfr. pure HUSCHKE, già da noi citato innanzi, pag. 434, nota 26.

⁶⁷) Non crediamo che il THON riassume fedelmente il concetto di FRANCKE (*Civilistische Abhandlungen*, p. 104). Il FRANCKE infatti, dopo aver detto che l'imperatore rispose che il pegno era nullo, soggiunge:

« Und dieses wird so ausgedrückt: Wiewohl die *intentio* der *formula hypothecaria* zu ihrer Begründung, den Worten nach nur erfordert, *pignus datum neq. redditam esse pecuniam*: so werde doch zu ihrer Begründung, wie überhaupt zur Existenz des Pfandrechtes, erfordert, dass das Darlehn, in dessen Erwartung das Pfand gegeben, wirklich ausgezahlt worden, indem sonst gar kein Pfandnexus existirt habe. Dieses sagen die Worte: *Intentio dati pignoris neque redditae*

scono, che, cioè, la eccezione di pegno contro la rivendica della cosa da parte del debitore in tanto sarebbe respinta, in quanto nella posizione opposta delle parti nel caso in esame anche l'*actio pignoraticia* (*intentio dati pignoris neque redditae pecuniae*) sarebbe inammissibile, si trova già completamente combattuto dalle parole mandate innanzi « *et pignus datum probaturus es* ». Quando il creditore non può far dare ascolto alla sua eccezione di pegno, perchè manca di un requisito dello stesso, della *fides debiti*, a qual fine si pretende anche dal debitore la prova della consegna del pegno?

Se si vuole dunque, conchiude qui il THON, ritenere il testo senz'alcuna mutazione, non resta che accogliere la opinione del BÜCHEL⁶⁸), il quale crede che sotto la parola *intentio* sia da intendere *defensio*, e che le parole « *neque redditae pecuniae* » siano da riferire ad un diniego della replica della liberazione del pegno anticipata dall'attore. In ogni caso dovrebbe parere molto dubbio il fondare su questo testo, in ogni riguardo così vacillante, una teoria che completamente contraddice ai principi fondamentali⁶⁹).

20. — Senza riandare tutte le interpretazioni del citato rescritto⁷⁰), noi vogliamo ricordare il caso che ILARO aveva dovuto sottoporre agli imperatori. Egli aveva rilasciata la *cautio* ed aveva dato il pegno, ma la *pecunia* non gli era stata *numerata*: dubitava che potesse promuovere la *rei vindicatio* della cosa data in pegno, e il dubbio gli veniva dalle parole della *formula*, la cui *intentio* supponeva che si fosse dato il pegno e non si fosse restituita la *pecunia*.

Ma gl'imperatori rispondono che la *rei vindicatio* era ammissibile, perchè la *intentio*⁷¹) della *formula hypothecaria* supponeva che si fosse provato il debito

pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit... », cioè: il che è così espresso: quantunque la *intentio* della *formula hypothecaria* letteralmente richieda soltanto, *pignus datum nec redditam esse pecuniam*, tuttavia pel suo fondamento, come in generale per la esistenza del diritto di pegno, è richiesto che il mutuo, nella cui attesa il pegno fu dato, sia stato effettivamente sborsato, non esistendo altrimenti nessun vincolo di pegno. Ciò esprimono le parole: *intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit...*

Il FRANCKE spiega il « *neo numeratae pecuniae* » della *c. l.*, *de non numerata pecunia* o come una corruzione del testo, così facile nel titolo *de non numerata pecunia*, o, forse con maggior fondamento, come una mal consigliata correzione dei compilatori.

⁶⁸) È bene riferire qui le parole di BÜCHEL (*Civilrechtliche Erörterungen*, 2.^a ed., pag. 238 e seg.) che il THON non riporta « so dass die Berufung des Gläubigers darauf: *pecuniam redditam non esse*, nur eine *litis contestatio negativa*, eine Ablügnung des Klagegrundes enthält... » (sicchè il richiamo del creditore al *pecuniam redditam non esse* contiene solo una *litis contestatio negativa*, una negazione del fondamento dell'azione).

⁶⁹) THON, *l. c.*, pag. 268 a 278.

⁷⁰) Lo GNEIST (*Die Formellen Verträge*, pag. 269 e seg.) ne enumera quattro. Il RUDORFF (*Die Pfandklagen* cit., pag. 228, nota 85) cita i giuristi su questo punto, e repnta inutile fatica quella da loro durata intorno alle parole « *intentio dati pignoris* », ecc.

⁷¹) Nei *Basilici* (XXV, 7, 55, ed. HRIMBACH, III, pag. 89) la parola *intentio* è tradotta con Παρρηγορη, e questa dai giuristi con *exceptio*. Cfr. BÜCHEL. *l. c.*, pag. 238, nota 1, e THON, *l. c.*, pag. 270, nota 37, che vorrebbe trarre da ciò un argomento per la sua opinione, mentre qui la parola *exceptio* non

(*non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit*); nella stessa guisa in cui, se il sottoscrittore della *cautio*, che non aveva ricevuta la *pecunia*, possedesse il pegno, e il suo avversario si fosse fatto ad agire, promuovendo, cioè, l'*actio hypothecaria*, questi doveva sempre provare il debito, non potendo esistere il pegno ove non fosse obbligazione nessuna (*Eademque ratione veritas servetur si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit*). Gl'imperatori ricordavano dunque, nel rispondere al dubbio mosso da ILARO, i requisiti e le parole della *intentio della formula hypothecaria (intentio dati pignoris neque redditus pecuniae)*.

21. — I pronunziati delle fonti, continua il THON, che in apparenza sostengono la contraria opinione, e che fanno dipendere l'attuabilità dell'azione ipotecaria dal fatto che nessuna *solutio* o *satisfactio* sia seguita ⁷²⁾, non possono essere intesi se non ammettendo che contenessero allegazioni del convenuto. Imperocchè quando costui avesse opposta la *exceptio*: « *si ea pecunia soluta non sit, neque ad satisfactum* », ed avesse in iudicio invocati, a fondamento di tale *exceptio*, rapporti di fatto, che non fossero da riferire al concetto della *satisfactio* o della *solutio*, si sarebbe potuto ben dire « *verum est, pecuniam non esse solutam* », e con ciò riconoscere il fondamento dell'azione. Ed esaminando poi il contenuto della *formula hypothecaria*, il THON osserva che il pretore aveva promessa una azione reale a coloro che, a guarentigia di un credito allora esistente, avessero ricevuta in pegno la cosa da chi l'aveva nel suo patrimonio nel tempo della costituzione in pegno ⁷³⁾. Ma da questa disposizione dell'editto sarebbe derivato, che il creditore, quando fossero una volta concorsi questi elementi di fatto, avrebbe potuto in ogni tempo promuovere l'azione ipotecaria anche dopo la estinzione dell'obbligazione principale. Per evitare questa conseguenza, il pretore probabilmente aveva subito aggiunto all'editto:

« *si soluta sit pecunia, vel creditori satisfactum sit perve creditorem stet, quominus solvatur, iudicium non dabo* ».

E così l'*actio hypothecaria*, che nel precedente periodo dell'editto si riannodava all'allegazione di certi fatti, veniva in alcune circostanze negata, special-

sarebbe adoperata in senso tecnico, ma nel significato largo di *defensio*. Si tratterebbe della *defensio pignoris* data al creditore, di cui parla la c. 10 *de actione pigneraticia*, 4, 24 (*Basil.*, XXV, II, 52 ed. HEIMBACH, III, pag. 66), che suona così:

« *Idem (DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS) A. A. et C. C. Apollodorae. Nec creditores nec qui his successerunt adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita inre debita quantitate vel his non accipientibus oblata et consignata et deposita, longi temporis praescriptione muniri possunt. Unde intellegis, quod, si originem rei probare potes, adversario tenente vindicare dominium debeas. Ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti vel, si tu teueas, per vindicationem pignoris hoc idem inducitur et tibi non erit difficilis vel solutione vel oblatione atque solemnibus depositione pignoris liberatio. D. non. Mai. ipsis A.A. cons. a. 293* ».

Cfr. pure BACHOFEN (*Das Römische Pfandrecht*, pag. 45 e seg.).

⁷²⁾ Qui il THON si riferisce ai luoghi delle fonti, già da noi citati, cioè alle L. 30 § 1 D. 44, 2; L. 13 § 1 D. 16, 1; L. 13 § 5 D. 20, 1; L. 11 § 4 D. 20, 4; L. 61 (59) D. 36, 1.

⁷³⁾ Il THON cita anche qui i luoghi delle fonti da noi riferiti, cioè: L. 10 Cod. 4, 24; L. 13 D. 20, 6; L. 4 D. 20, 1; L. 23 D. 22, 3; L. 15 § 1 D. 20, 1.

mente quando dal convenuto era opposta la *solutio* o la *satisfactio*. Altra possibilità di escludere l'azione ipotecaria, una volta fondata, non esisteva ⁷⁴). Anche quando l'azione ipotecaria, come la sua formola additava, richiedesse a suo fondamento la esistenza di una obbligazione principale, non era del pari necessario che questa continuasse di poi, poichè l'estinzione totale della obbligazione principale tornavale pure indifferente. L'*actio hypothecaria* ha la sua propria ed indipendente condizione di estinzione, la *exceptio* della *solutio* o della *satisfactio*; sicchè in tutti i casi di estinzione dell'obbligo principale, che non ricadono sotto il concetto della *solutio* o della *satisfactio*, l'*actio hypothecaria* è del tutto ammissibile: il giudicato, la confusione della obbligazione principale, o la prescrizione dell'azione principale non escludono l'*actio hypothecaria* ⁷⁵). E i pronunziati delle fonti intorno a ciò sono all'unisono: quando si propone la questione se l'azione ipotecaria sia ammissibile, i giuristi romani con la maggiore acutezza prospettano i due momenti: se quell'azione, cioè, originariamente sembri fondata, o se poscia non sia divenuta inattuabile: si decidono per l'ammissibilità di essa sì tosto si rivelino i presupposti della sua esistenza, e non quelli della sua esclusione; ma ove il fondamento originario di quell'azione è presupposto nel caso concreto, tutto i romani riducono alla questione: *an soluta sit pecunia vel satisfactum*; dovendo essere sempre l'azione ammissibile quando l'unico motivo di estinzione, preveduto nell'editto, non ricorra ⁷⁶); che se l'*eamque pecuniam solutam non esse*, ecc. appartenesse al fondamento della *hypothecaria actio*, come potrebbero i romani, si domanda il THON, nei casi in cui l'originario fondamento dell'azione è presupposto come indubitato, e si tratti soltanto di sapere se questa per un posteriore avvenimento sia divenuta inattuabile, motivare la loro risposta negativa con le parole « *verum enim est pecuniam non esse solutam* », cioè, secondo la opinione degli avversarii, « poichè un fatto esiste a fondamento dell'azione »?

22. — Qui il THON si avvicina all'opinione da noi sostenuta che il « *neque solutam* », ecc. nella *formula* indicava poter esistere l'*actio hypothecaria*, quantunque l'obbligazione principale fosse estinta, e che la *solutio* e la *satisfactio* si sarebbero ricordate per tener lontane dall'esame del giudice tutte le altre cause di estinzione ⁷⁷); donde la conseguenza che il *neque solutam* appartenesse, come *condictio formulae*, alla *intentio* della medesima *actio hypothecaria*.

Nè ci pare assurdo, come erede il THON, che i giureconsulti romani abbiano risposto negativamente alla domanda di sapere, se l'*actio hypothecaria* sia divenuta inattuabile per un posteriore avvenimento, con le parole: « *verum est pecuniam non esse solutam* », cioè, che esisteva un fatto a fondamento dell'azione. Imperocchè se il THON stesso sostiene che solo la *solutio* e la *satisfactio* potevano escludere l'*actio hypothecaria*, vuol dire che se queste ipotesi non ricorressero, cioè se il creditore non fosse stato pagato nè altrimenti soddisfatto, l'azione era sempre fondata; onde il pretore, nell'enunciarne i requisiti nella *formula*, doveva pure ricordare che, quando la *solutio* o la *satisfactio* fossero avvenute, mancava quello del *neque solutam*, e però l'azione era ammissibile:

⁷⁴) Qui il THON cita i seguenti luoghi delle fonti: L. 13 § 4 D. 20, 1; c. 2 *de luitione pign.*, 8, 30 (31).

⁷⁵) L. 27 D. 20, 1; L. 13 § 4 D. *eod.*; L. 8 Cod. 8, 13 (14); L. un. C. 8, 26 (27); L. 61 (59) D. 36, 1; arg. L. 7 pr. Cod. 7, 39; L. 30 § 1 D. 9, 2 citate dal THON.

⁷⁶) L. 61 (59) D. 36, 1; L. 13 § 5 D. 20, 1 citate dal THON.

⁷⁷) Cfr. sopra, pag. 441, nota 48.

quibus cessantibus tenet; come dice MARCIANO ⁷⁸⁾ comentando la *formula hypothecaria*. Perchè dunque si deve creare un assurdo, e poi pretendere di dilagarlo ricorrendo alla ipotesi della *exceptio*?

23. — Mentre il THON crede che i frammenti finora citati non valgano a sostenere in minima guisa la concessione della *formula hypothecaria* sostenuta dagli avversarii suoi, afferma tuttavia che ve n'ha uno, che ha bisogno di maggiore esame, e che da lungo tempo occupa i migliori giuristi. E questo è la

L. 61 (59) D. 36, 1. PAULUS, *libro quarto quaestionum* ⁷⁹⁾:

« Debitor sub pignore creditorem heredem instituit enimque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris: cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu praetoris adit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi iure domini id possidere. respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei. et si possidet, nulla actio a fideicommissario conveniri potest, neque pignoratitia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. sed et si fideicommissarius rem teneat et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. remanet ergo propter pignus naturalis obligatio... ».

Il caso sottoposto all'esame del giureconsulto PAOLO era il seguente. Tizio, debitore pignoratizio, aveva istituito erede Caio, suo creditore, pregandolo di restituire la eredità ad una sua figliuola (cioè ad una figliuola del testatore). Caio non volle adire la eredità di Tizio come sospetta, ma, essendovi stato costretto dal pretore ⁸⁰⁾, l'adì e la restituì. Non trovando poi acquirenti del pegno, desiderava che gli si permettesse di possederlo *iure domini*. Il giureconsulto rispose che per l'adizione della eredità era avvenuta la confusione, e quindi si era estinta la obbligazione principale anche come obbligazione naturale ⁸¹⁾ e si distingue il caso in cui Caio posseda da quello nel quale non posseda la cosa datagli in pegno. Se la possiede, non può essere convenuto con nessun'azione dal fideicommissario, nè colla pignoratizia (*in personam*),

⁷⁸⁾ L. 13 § 4 cit. D. 20, 1.

⁷⁹⁾ Già da noi in parte riferita, pag. 440, seguendo la edizione di MOMMSEN, Cfr. LENEL, *Palinogenia PAULI*, lib. IV, *Quaestio.*, n. 1318.

⁸⁰⁾ In virtù del senatoconsulto Pegasiano — Cfr. GAI, *Inst.*, II, 258 « ...caveatur Pegasiano senatus consulto ut desiderante eo cui restituere rogatus est, inusu praetoris adeat et restituat ». — Cfr. § 7 in f. *Inst. de fideicommissariis hereditatibus*, 2, 23; L. 45 D. *ad Sotum Trebellianum*.

⁸¹⁾ Sulle parole del frammento « *sublata naturali obligatione* » cfr. il THON, *l. c.*, p. 275, nota 58, e gli autori ivi citati, ed aggiunti, fra gli altri, DERNBURG, *Pfand.*, vol. II, p. 577-591 e *Pandekten*, I, 2, § 290, p. 307, nota 5, il quale ritiene che le ultime parole di PAOLO « *remanet propter pignus naturalis obligatio* » importano solo che alla permanenza del pegno si riconosce la continuazione della obbligazione naturale, e che la decisione del giureconsulto si riferisce soltanto al caso della coatta adizione della eredità, che risponde al S. C. Pegasiano. — Cfr. pure EISELER, in *Jherings Jahrbücher*, vol. 31, p. 406

poichè questa è azione ereditaria ⁸²⁾ e si è estinta per confusione, nè colla fedecommessaria, quasi avesse restituito meno, come sarebbe avvenuto se nessun pegno fosse esistito, poichè Caio possiede quella cosa in qualità di creditore. Ma, quantunque il fedecommessario tenga la cosa, l'*actio Serviana* avrà luogo, poichè è vero di non essersi pagata la *pecunia*: allo stesso modo in cui l'azione è perduta per mezzo della eccezione; e quindi compete non solo la *retentio*, ma eziandio l'azione a titolo di pegno; e non si ripeterà ciò che si è pagato: rimane la obbligazione naturale per causa del pegno.

Ora il THON si ferma molto sulle parole della legge innanzi riferite, che sono queste: « *verum est enim non esse solutam pecuniam; quemadmodum dicimus, quum amissa est actio propter exceptionem* », su cui, egli dice, riposa manifestamente il punto più difficile della decisione. Ricorda tutte le interpretazioni che sulla prima e sulla seconda parte di quella proposizione si vennero manifestando dai glossatori in poi, ed osserva contro di esse che in tutto il frammento non si accenna mai alla principale *actio*, ma immediatamente prima le parole in controversia è ricordata l'*actio Serviana*; e non si può ammettere che il giureconsulto adoperi nella stessa proposizione per la seconda volta *actio* senz'altra aggiunta, per riferirla all'azione principale e non all'azione ipotecaria. Il THON ritiene più grammaticalmente ammissibile riferire il « *quemadmodum dicimus* » non al « *Serviana actio tenebit* », ma alle parole che immediatamente precedono « *solutam pecuniam* »: l'*actio* pel THON è l'*actio Serviana*. Ond'egli traduce: « anche qui l'azione sarà ammissibile, poichè il vero è che il danaro non è stato pagato, come noi diciamo quando l'azione Serviana è perduta per mezzo della eccezione ». Sicchè il senso delle parole è, secondo il THON, il seguente: l'azione ipotecaria non è, come l'azione principale e

⁸²⁾ Le parole dello stesso frammento « *quoniam hereditaria est actio* » hanno pure sollevate difficoltà. Il CUIACIO propose l'aggiunta di un *non*, e volle dire *quoniam hereditaria non est actio*. Questa proposta fu accettata da molti giuristi fino al PUNSCHART (*Moderne Theorie des Privatrechts*, pag. 236 e seg.), ma non si può accogliere perchè *actio hereditaria* è quella che *ex bonis defuncti pendet* (cfr. L. 1 § 26 D. *Si quid in fraudem patroni*, 38, 5; L. 66 § 2 D. *Ad S. C. Trebell.*). Ora l'*actio pignoratitia in personam* si era estinta per confusione quando, avendo adita l'eredità del debitore, nel fiduciario creditore si era riunita anche la qualità di debitore. Ma, dopo la restituzione della eredità, l'azione è restituita al fedecommessario: egli però non potrà promoverla se non come la avrebbe promossa il testatore, cioè *soluta pecunia*. E quando il fedecommessario detiene la cosa data in pegno, l'*actio Serviana* spetterà al creditore perchè la *pecunia* non è *soluta*, e la confusione non ha estinta l'*actio hypothecaria*. Sarebbe stato poi contrario all'equità il costringere il fiduciario alla restituzione della cosa, possedendola egli come creditore. — Cfr. su questo frammento il THON (*l. c.*, pag. 276, nota 59), il quale dice che, come la obbligazione principale, in cui il creditore pignoratario era creditore, così la obbligazione discendente dal *pignus*, in cui egli era debitore, doveva estinguersi per confusione « *quoniam hereditaria est actio* ». Cfr., oltre i giuristi citati dal THON, WINDSCHIED (*Lehrbuch*, I, § 249, nota 4, pag. 430, vol. I e § 289, pag. 129, vol. II, della traduz. it., nota 1 cogli autori ivi citati); BEKKER (*o. c.*, II, p. 14), KRETSCHMAR (*Die Theorie der Confusion*, p. 32 e seg., 123 e seg.), e, tra gli antichi, MEERMANN (*Novus Thesaurus iuris civ.*, VII, pag. 75, specie n. XXIII); OTTO, *The-saurus*, V, n. 563).

l'*actio pignoratitia in personam*, estinta per *confusio* poichè in verità non possiamo dire che il danaro sia pagato: l'unica eccezione dunque, per cui l'azione ipotecaria va perduta, non è fondata.

Ragionando in tal guisa il THON volge il frammento di PAOLO alla ipotesi che favorisce la sua opinione, in cambio d'interpretarlo. Il giureconsulto invece dice chiaramente che spetta l'*actio Serviana* appunto perchè esiste il presupposto di essa per non essersi pagata la pecunia; sicchè concorrevano nel caso concreto i presupposti della estinzione della *obligatio*, non quelli della estinzione del pegno, e, malgrado la *confusio*, resta la *obligatio naturalis*, su cui il *pignus* può continuare ad esistere, o, come vogliono altri, la *obligatio naturalis* resta pel solo scopo di far continuare il pegno. Il *cum amissa est actio propter exceptionem* vuol dire che non è avvenuta la *solutio*, perchè questa estingue l'obbligazione *ipso iure non ope exceptionis*; e, non essendo seguita la *solutio*, l'*actio Serviana* è ammissibile. Per riferire l'*actio amissa* all'*actio Serviana*, come vuole il THON, bisognerebbe ammettere che il giureconsulto avesse detto di essersi estinta l'*actio Serviana propter exceptionem (solutionis)*, ma allora si dovrebbe supporre pure la esistenza di una *exceptio solutionis*, di cui, come abbiamo già ricordato, non pare che nelle fonti esista alcuna traccia.

E si dovrebbe pure supporre, come fa il THON, che dopo le parole « *quemadmodum dicimus* » si potessero sottintendere le altre « *soluta pecunia* », ammettendo che per la collocazione delle parole di PAOLO questa continuazione della sentenza negativa come di una positiva è più naturale nel latino che nel tedesco. Ma allora non s'interpreta, sibbene si crea, supponendo ciò che nel frammento non esiste.

24. — Sembrando al THON che nella L. 59 (61) la *solutio*, di fronte ad un'*actio in factum*, opera nella forma di una *exceptio*, si spinge innanzi e crede di fornire la prova sicura di questo principio.

Egli infatti assume che in tutta una serie di frammenti è dichiarato che il *pactum de non petendo*, concluso fra creditore e debitore pignoratizio, come anche la rinuncia al diritto di pegno, in cui può essere, fra l'altro, annoverata la facoltà data dal creditore di vendere il pegno, possono essere opposte all'azione pignoratizia soltanto come *exceptio*. E il THON⁸³⁾ cita i seguenti luoghi delle fonti:

L. 17 § 2 D. *de pactis*, 2, 14:

« PAULUS, libro tertio ad edictum. De pignore iure honorario nascitur ex pacto actio: tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor ne petam ».

L. 7 § 2 D. *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, 20, 6:

« GAIUS libro singulari ad formulam hypothecariam. Sed si cum debitoris procuratore convenit, ne sit res obligata, dicendum est id debitori per doli exceptionem prodesse: cum autem cum servo eius convenerit, per ipsam pacti exceptionem conventi debet ».

L. 8 § 7 *eodem*:

« MARCIANUS libro singulari ad formulam hypothecariam. Supervacuum est quaerere agrum specialiter hypothecae datum permissu creditoris venisse, si ipse debitor rem possideat⁸⁴⁾: nisi quod potest fieri, ut debitor permissu creditoris venderit, deinde postea bona fide redemerit ab eodem vel ab alio,

⁸³⁾ l. c., pag. 281 e seg.

⁸⁴⁾ *Reposideat* sostituisce BACHOFEN (o. c., p. 575) seguendo CUIACIO, la cui spiegazione ha il fondamento nei *Basilici* (HEIMBACH, III, p. 92).

ad quem per successionem ea res pertinere coepisset, aut si ipse debitor emptori heres exstiterit: verumtamen cum pecunia soluta non sit, doli mali suspicio inerit translata ad praesens tempus, ut possit creditor replicationem doli mali obicere. § 8. Illud videamus, si Titius debitor voluntate creditoris sui venderit Maevio vel ei, a quo Maevius emerit, et postea Maevius Titio heres exstiterit et creditor ab eo petat, quid iuris sit. sed iniquum est auferri ei rem a creditore, qui non successionis inre sed alio modo rem nactus est. potest tamen dici, cum Titii dolus in re versaretur, ne creditor a possessore pecuniam recipiat, iniquissimum esse ludificari eum. § 9. Quod si is fundus a Maevio alicui obligatus possideatur, cui nondum satisfactum erit, tunc rursus aequum erit excipi *si non voluntate creditoris veniit*⁸⁵⁾: licet enim dolus malus debitoris interveniat qui non solvit, tamen secundus creditor qui pignori accepit potior est »⁸⁶⁾.

Innanzi tutto noi osserviamo che il *paotum de non petendo*, la *remissio pignoris*, etc., producono *exceptiones* che si contrappongono all'*actio hypothecaria*⁸⁷⁾, e però non si può da esse trarre alcun argomento a favore della opinione del THON anche quando l'effetto di tali *exceptiones* fosse quello stesso della *solutio* e della *satisfactio*. Tra i frammenti riferiti, il più importante è quello di MARCIANO, ora trascritto, la cui conclusione è che alla *exceptio di remissio pignoris* « *si non voluntate creditoris veniit* » si contrappone la *replicatio doli*. Il giureconsulto infatti dice essere inutile indagare se il fondo, dato specialmente in ipoteca, si sia venduto col consenso del creditore quando il debitore stesso lo posseda, salvo che il debitore lo abbia venduto col consenso del creditore, e poi lo abbia ricomprato in buona fede dallo stesso individuo, o da colui al quale il fondo era pervenuto per successione, o che lo stesso debitore sia divenuto erede del compratore. Tuttavia quando la *pecunia soluta non sit*, si solleva un sospetto di frode che autorizza il creditore alla *replicatio doli*. Il giureconsulto prosegue nella sua indagine, e si domanda che si debba decidere se Tizio col consenso del suo creditore abbia venduto il fondo a Mevio, o a colui dal quale Mevio aveva comprato, e poi Mevio sia divenuto erede di Tizio, e il creditore chieda da Mevio. Sarebbe iniquo, risponde il giureconsulto, togliersi dal creditore la cosa a colui che non per successione, ma in altra guisa l'ha acquistata: può tuttavia dirsi che, versandosi il dolo di Tizio nel fatto stesso che il creditore non riceve la *pecunia*, sarebbe iniquo trarlo in inganno. Che se il fondo da Mevio dato in pegno si posseda da colui che non è stato soddisfatto, è nuovamente equo opporre la *exceptio: si non voluntate creditoris veniit*, poichè, quantunque intervenga il dolo del debitore, che non paga, è peggiore il creditore che ha avuto il fondo in pegno.

Il risultato è quindi il seguente: il debitore, come il compratore come erede del debitore, dee aspettarsi la *replicatio doli* quando cerca di tutelare il suo

⁸⁵⁾ Sulla *exceptio* « *si non voluntate creditoris pignus veniit* » che era un'*exceptio in factum* non editale cfr. LENEL (*Ed.*, p. 397, n. 8) — *Essai*, II, § 267 e KRÜGER (*Beiträge zur Lehre von der exceptio doli* [Contributi alla dottrina dell'*exceptio doli*], pag. 143).

⁸⁶⁾ Cfr. pure L. 4 § 1; L. 7 § 3 D. 20, 6; L. 2 Cod. 8, 25 (26). Sulla L. 8 § 9 D. 20, 6 cfr. KRÜGER, *l. c.*, pag. 142 e seg.).

⁸⁷⁾ In ordine alle *exceptiones* contro l'*actio hypothecaria* vedi sopra pag. 433, nota 17. Cfr. pure, tra gli altri, DERNBURG (*Das Pfändr.*, II, pag. 352).

possesso col richiamarsi alla *remissio*, e ciò anche quando l'alienazione e il nuovo acquisto sia esente da mala fede⁸⁸).

Ma ciò non prova l'assunto del THON che il *satisfactum esse* dell'azione ipotecaria non si riveli nella *formula* come parte della *intentio*, sibbene come *exceptio* e che in particolare l'*exceptio* del convenuto « *si non voluntate creditoris venit* » sia una speciale concezione, più adatta pel caso determinato, per lo più generale « *si creditori satisfactum non sit* ».

25. — Altrettanto vuol dirsi intorno alla L. 9 § 3 D. *de pigner. actione*, 13, 7, che il THON cita a conforto della sua tesi, e che suona così:

« ULPIANUS libro *vicentesimo octavo ad edictum*. Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio. satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus sive reo dato sive pretio aliquo vel nuda conventionem nascitur pignoratitia actio. et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavet, licet in hoc deceptus sit ».

Al THON non importa che in questo frammento si tratti dell'*actio pignoratitia in personam*, e non dell'*actio hypothecaria*, perchè, egli dice, la teoria sul fondamento dell'*actio pignoratitia* e sulla esclusione dell'*actio hypothecaria* è la stessa⁸⁹). Riferisce il THON il *pactum de non petendo* come la *remissio pignoris*, al *satisfactum esse* dell'azione ipotecaria, e poi crede di aver trovata una testimonianza diretta in ordine alla stessa azione ipotecaria nella

L. 5 pr. D. *quibus modis pignus*, 20, 6:

« MARCIANUS libro *singulari ad formulam hypothecariam*. Solvitur hypotheca et si ab ea discedatur aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat... » e nella

L. 49 D. *de solutionibus*, 46, 3⁹⁰):

« MARCIANUS libro *singulari ad hypothecariam formulam*. Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter, si numerata sit creditori... quod si acceptum latum sit, quod stipulationis nomine hypotheca erat obligata vel sine stipulatione accepta sit, solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisfactionis sufficit »; e per dimostrare un'altra volta che il *pactum de non petendo* è compreso nella *satisfactio* dell'azione ipotecaria, osserva il THON, sulla base di questi ultimi frammenti, che, quando il creditore pignoratizio ha liberato il debitore dall'obbligazione principale, il convenuto dev'essere protetto, nel caso in cui il creditore promuova in seguito l'*actio hypothecaria*, non con la parola *solutio*, ma con quella di *satisfactio*, poichè questa comprende anche l'*acceptilatio*; e ciò indifferentemente se il pegno sia stato costituito per una obbligazione assunta colla *stipulatio*, o per una obbligazione di altra specie. E conchiude il THON che l'*acceptilatio* estingue *ipso iure* solo la obbligazione assunta con la forma della stipulazione: di fronte ad un'altra obbligazione opera il *pactum de*

⁸⁸) Cfr. su questo frammento, fra gli altri, BACHOFEN (*Das Röm. Pfandr.*, pag. 575 e seg.) e DERNBURG (*Das Pfandrecht*, pag. 557 e seguenti).

⁸⁹) E qui il THON cita il § 4 *de conceptione Digestorum*, espresso così:

« ... et in primis liber singularis ad hypothecariam formulam, quem oportuno loco in quo de hypothecis loquimur posuimus, ut, cum aemula sit pignoratitiae actionibus, quae in libris de rebus positae sunt, non abhorreat eorum vicinitatem, cum circa eandem res ambabus paene idem studium est ».

⁹⁰) In parte trascritta nella pag. 444.

non petendo e solo per *exceptionem*. E se la *satisfactio* in rapporto all'*actio hypothecaria* si fa valere nella forma di una *exceptio*, dee valere lo stesso per la *solutio*, poichè questa nella teoria dell'azione ipotecaria vien posta sempre allato della *satisfactio* e governata allo stesso modo, e finalmente anche del terzo momento, del *per actorem stare, quominus solvatur*; sicchè questi tre rapporti sono indicati nella *formula* a un dipresso così: « si ea pecunia soluta non sit, neque A.^o A.^o satisfactum sit, neque per A.^m A.^m stet, quominus solvatur ».

L'ultimo testo che il THON invoca a sostegno della sua opinione è il rescritto di ANTONINO, che è il seguente:

L. 2 Cod. de remissione pignoris, 8, 25 (26):

« Imp. ANTONINUS A. Materno. Si probaveris te fundum mercatum possessionemque eius tibi traditam sciente et consentiente ea, quae sibi enim a venditore obligatum dicit, eam *exceptione* removebis. nam obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur PP. Il id Febr. ANTONINO A. III et Geta III cons. (n. 208) ».

Avrebbero gl'imperatori, dice il THON, applicato qui il principio prediletto dei romani « nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvi, quo colligatum est » a fondamento di una semplice *exceptio* quando nell'azione ipotecaria, come in un'*actio in factum*, fosse stata possibile in generale una estinzione *ipso iure* ⁹¹⁾.

26. — A dimostrare il nessun valore di questa osservazione del THON basterà ricordare che nella *intentio* delle *actiones in factum*, cui l'*actio hypothecaria* appartiene, oltre gli elementi giuridici ordinarii, si trova pure il materiale di difesa del convenuto. La *exceptio* esercitava la sua funzione nell'*actio in ius concepta* ⁹²⁾. Il pretore indicava al giudice l'orbita dell'azione, e i modi onde poteva essere estinta. E quindi vana opera quella del THON, con cui si fa a rilevare che nel concetto della *satisfactio* si comprende il *pactum de non petendo*, e questo si fa valere per mezzo di eccezione: che al *satisfactum esse* appartiene pure la *remissio pignoris*: che la *solutio* è governata dalla medesima norma, trovandosi allato della *satisfactio* nella *formula*. Il convenuto infatti all'*actio hypothecaria* oppone le sue eccezioni, e per queste valevano le solite regole processuali; il pretore nella *formula* indicava, come si è visto, ciò che quell'azione poteva escludere. E neppure giova ricordare che la dottrina dell'*actio pignoratitia in personam* e dell'*actio hypothecaria* sia la stessa ⁹³⁾, e che l'attore nell'*actio hypothecaria* si troverebbe in condizione peggiore che nell'*actio pignoratitia in personam*, dovendo in quella provare il *neque solutam pecuniam*, mentre in questa spetta al convenuto la prova di aver pagato il debito. Imperocchè noi abbiamo già dimostrato che il THON è sempre preoccupato dalla idea che

⁹¹⁾ THON, l. c., pag. 286.

⁹²⁾ Cfr. sopra pag. 441. Cfr. LENEL (*Ueber Ursprung* cit., pag. 52 e seg.). Cfr. pure GAII *Inst.*, 4, 116 e seg. Vedi però EISELE (*Die materielle Grundlage der Exceptio*, pag. 107 e seg.).

⁹³⁾ Bisogna pure notare che tra l'*actio pignoratitia in personam* e l'*actio hypothecaria* vi ha qualche differenza: nell'*actio pignoratitia* il presupposto è che si sia eseguita la *solutio*, nella *hypothecaria* bisogna che il pagamento non sia avvenuto: onde GIUSTINIANO (§ 4 C. *Omnes rei publicae* cit.), disse che « circa eadem res ambabus paene idem studium est ». Il che del resto non nega il THON.

il riferire il *neque solutam*, ecc., all'intentio della *formula hypothecaria* importi obbligare l'attore a fornire la prova negativa, che è impossibile, di non essersi pagato il debito, mentre, come abbiamo già ricordato ⁹⁴⁾, la opinione dominante non riesce affatto a quella conseguenza, poichè la *formula* dell'*actio hypothecaria* non poteva alterare i principii che regolavano la prova, e però restava sempre vero che il convenuto dovesse provare la *solutio* o la *satisfactio*.

27. — Giunti alla conclusione della dottrina del THON non crediamo di dover intrattenerci intorno all'altra parte del suo assunto, con cui si fa a dimostrare che se nelle *formulae* dell'*actio de constituta pecunia* e dell'*actio depositi in factum* si trovavano le stesse parole della *formula hypothecaria*, ciò non vuol dire che tutte queste azioni abbiano nulla di comune tra loro, poichè ciò che nella *formula* dell'*actio hypothecaria* era impossibile, in quelle dell'*actio de constituta pecunia* e dell'*actio depositi in factum* era necessità assoluta. L'*actio de constituta pecunia*, dice il THON, nel suo significato originario era piuttosto un'azione pel danno di non essersi a tempo adempiuta la obbligazione e quindi era necessità imperiosa che l'affermazione di non essersi eseguito il pagamento a tempo appartenesse al fondamento dell'azione e dovesse essere provata dall'attore. L'*actio depositi in factum*, continua il THON, non era *arbitraria*, non era mirava direttamente alla restituzione della cosa depositata, ma solo a garantire l'interesse del creditore contro i fatti dolosi del debitore pei quali l'azione civile (del deposito) non spettava ⁹⁵⁾ e che erano espressi nella *formula* « *eamque dolo malo redditam non esse* ». L'azione dolosa del convenuto, cioè la deteriorazione della cosa depositata, appartiene dunque al fondamento dell'azione ed all'intentio dell'attore, cui ne spetta anche la prova, e non alla difesa del convenuto; e però la *formula depositi in factum*, come quella del *constitutum*, non vuoi punto trattare come analoga alla *formula hypothecaria*, ed entrambe offrono una prova della esattezza della opinione da esso THON sostenuta ⁹⁶⁾. Questa invece, per nostro avviso, non ne trae vantaggio nessuno, perchè, anche senza sottoporre quelle azioni ad un esame minuto, quando si ammetta che il « *neque solutam* » ecc. non deve provarsi dall'attore, non si sentirà il bisogno di spiegare la ragione per cui in altre azioni potesse avvenire il contrario; sicchè l'opinione del THON, a cui si contrappongono gli argomenti finora discorsi, non si reggerebbe neppure evocando il ricordo dell'*actio de constituta pecunia*, e dell'*actio depositi in factum*, che lo stesso THON afferma non aver nulla di comune coll'*actio hypothecaria*.

28. — L'opinione del THON, preceduta, come si è visto, in certa guisa dal RUDORFF e dal KELLER ⁹⁷⁾ fu accolta dall'ARNDTS ⁹⁸⁾ e dall'ASCOLI, il quale sopprime nella *formula* l'aggiunta che quasi tutti vi pongono « *eamque mercedem (pecuniam) neque solutam* » ecc., perchè credo col THON che « quelle parole vi si introducessero

⁹⁴⁾ Cfr. sopra pag. 444.

⁹⁵⁾ THON, l. c., e specialmente p. 300 e seg.

⁹⁶⁾ Sulla *formula* dell'*actio de constituta pecunia*, cfr. BRUNS (*Zeitschr. für Rechtsgesch.*, I, pag. 59 e seg.) BETHMANN-HOLLWEG, cit., II, pag. 316 e seg. — LENEL (*Essai de reconstitution de l'édit perpétuel*, vol. I § 97). — Sulla doppia *formula* dell'*actio depositi* cfr., fra gli altri, KELLER-WACH (*Der röm. Civilpross.*, pag. 162, nota 365); KARLOVVA (*Rechtsgesch.*, II, 3 Abth. pag. 1311 e seg.).

⁹⁷⁾ Vedi sopra pag. 442, e RUDORFF (*Rechtsgesch.*, II, § 31, nota 8).

⁹⁸⁾ *Lehrbuch der Pandekten* (ed. PFAFF e OFMANN, Stuttgart 1889, § 378, pag. 735); Cfr. pure ARNDTS-SERAFINI, II, § 578, nota 2.

soltanto su domanda del convenuto come eccezione da lui opposta alle pretese dell'attore ». L'ASCOLI aderisce all'argomento del THON, e dice che « quell'aggiunta avrebbe per necessaria conseguenza di rigettare la prova del non avvenuto pagamento sull'attore, il quale perciò si troverebbe costretto a provare ciò che nessun creditore deve mai provare e perderebbe non di rado la lite per la impossibilità della prova negativa che egli non è stato pagato »⁹⁹). Ma noi ripetiamo anche qui che la *formula* non poteva alterare i principi della prova, e che il pagamento doveva sempre provarsi dal convenuto, e però dal riferire alla *intentio* le parole « *neque solutam* », ecc., non derivava la conseguenza che l'attore fosse costretto alla impossibile prova negativa di non essere stato pagato¹⁰⁰). Il LENEL poi non contraddice senza argomenti, come l'ASCOLI sostiene, la opinione del THON, poichè il LENEL nota che il THON da inesatti punti di partenza giunge a inesatto risultato, e crede opportuno di richiamarsi ai luoghi delle fonti, e specie alla L. 61 (59) *ad S. C. Trebellianum*. dicendo che questa non vuol essere intesa come la interpreta il THON¹⁰¹).

c) *Le altre parti della formula: la clausola arbitraria di restituzione: « nisi ea res arbitrato tuo restituetur »: la « condemnatio » rivolta al « quanti ea res erit ».*

29. — Su queste parti della *formula hypothecaria* non crediamo intrattenerci, come quelle che riassumono il concetto delle altre *actiones in factum arbitrarie*.

È noto infatti che la *formula* conteneva l'*arbitrium* pel giudice di condannare il convenuto, solo nel caso in cui questi non ubbidisse all'*arbitrium de restituendo*, o non soddisfacesse altrimenti l'attore, ad una determinata somma di danaro. Il giudice arbitrava non *de pecunia credita*, ma *de re obligata*¹⁰²).

Nella *condemnatio* bisognava però distinguere: se l'*actio hypothecaria* era rivolta contro il debitore la *condemnatio* non poteva oltrepassare la somma dovuta e

⁹⁹) *Le origini dell'ipoteca e dell'interdetto Salviano* cit., pag. 55 e seg. in nota.

¹⁰⁰) Cfr. sopra pag. 441 e 444.

¹⁰¹) Cfr. LENEL (*das Edictum*, p. 396, nota 10. *Essai de reconstitution*, II, note 4 e 5, p. 243. Cfr. pure LENEL (*Über Ursprung und Wirkung der Exceptionem* cit., p. 54, nota 2), in cui aveva sostenuto lo stesso, rilevando pure che una *exceptio solutionis* nel senso di THON non è affatto dimostrabile. L'EISELE (*Die materielle Grundlage der « Exceptio »*, pag. 104, § VII) parla dell'*exceptio solutionis* nella *formula hypothecaria*, e cita l'opinione del THON, ma ritiene che nella *formula in factum* il giudice non deve attendere nè al *ius civile* nè al *ius honorarium*, ma soltanto attenersi ai fatti indicati nella *formula*. Lo ZIMMERMANN (*Kritischen Bemerkungen zu EISELE's Schrift über die materielle Grundlage der « Exceptio »*, pag. 26) risponde all'EISELE che in ciò che riguarda il pagamento può essere o no la *exceptio* secondo che nel formulario delle azioni del pretore non si trovi parola della *exceptio* o si trovi quest'ultima ipotesi espressa nella parte della *formula* « *eamque pecuniam neque solutam esse* ». Ma ciò si avvicina alla opinione del THON, e a noi par meglio attenerci alla dimostrazione, che crediamo di aver già fornita, di appartenere quella parte alla *intentio* della *formula hypothecaria*.

¹⁰²) Cfr., fra gli altri KELLER (*der röm. Civilprozess* cit., pag. 35 e seg., 137), e la nostra nota 18. LENEL (*Edictum*, pag. 397, nota 2 cogli autori ivi citati) e (*Essai de reconstitution* cit., pag. 243, nota 7). Cfr. pure, fra gli altri, RCDORFF (*Rechtsgesch.*, II, pag. 153); BEKKER (*Die Actionen*, II, pag. 140, nota 17); GIRARD (*Manuel* cit., p. 1008 e seg.).

gl'interessi, ecc. (*non pluris quam debet, quia non pluris interest*): contro il terzo possessore della cosa pignorata la *condemnatio* era rivolta alla *litis aestimatio*, ed il creditore, ricevendo più del dovutogli, era tenuto a restituirlo al debitore, il quale poteva chiederglielo coll'*actio pigneraticia*¹⁰³). Ai frutti si aveva riguardo quando il valore della cosa pignorata non bastava ad estinguere il debito, e distinguendo i frutti raccolti dopo la *litis contestatio*, che erano sempre dovuti, da quelli raccolti prima, dovuti solo in quanto fossero *exstantes*¹⁰⁴).

¹⁰³) GAI, *Inst.*, 4, 51; L. 16 § 3 D. 20, 1, e su questa BETHMANN-HOLLWEG (*Das zwanzigste Buch der Pandekten*, pag. 59 e seg.); L. 21 § 3 *cod.*; L. 2 D. 20, 6. Vedi DERNBURG (*Das Pfandr.*, II, pag. 316, e *Pandekten* 1, p. 697, nota 8).

¹⁰⁴) Vedi sopra pag. 433, nota 17 e gli autori ivi citati; cfr. pure L. 1 § 2; L. 16 § 4 D. 20, 1; L. 3 *Cod.* 14 (15). Cfr. DERNBURG (*Das Pfandr.*, II, p. 319 e seg.); PETRAZYCKI (*Die Fruchtvertheilung*, pag. 183).



INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE.

DIRITTO ROMANO.

Fonti antegiustinianee.

GAIUS, *Institutiones.*

	LIB. I.	§ 205-206	pag. 276, 279
§§ 1-73	pag. 297	§ 206	> 279, 282
§ 114	> 257		
§ 188	> 429		
	LIB. II.	§ 4	pag. 21
§ 18	pag. 297	§ 13	> 97
§ 59	> 257	§ 35	> 429
§ 60	> 256 o seg.	§§ 40, 41	> 436
§ 66	> 261	§ 41	> 97, 100
§ 171	> 297	§ 44	> 435
§ 200	> 113	§ 46	> 435
§ 204	> 91	§ 47	> 91, 102, 246, 251
§ 205	> 297	§ 51	> 459
§ 220	> 257	§ 53	> 98 eseg., 103, 116 eseg., 436
§ 244	> 429	§§ 53-60	> 97
§ 258	> 451	§ 54	> 100, 104 eseg., 116, 118
§ 284	> 297	§ 55	> 99, 118
	LIB. III.	§ 57	> 102
§ 124	pag. 159	§ 58	> 101, 436
§ 149	> 429	§ 60	> 436
§ 156	> 429	§ 61	> 108
§ 179	> 429	§ 63	> 107
§ 183	> 429	§§ 64, 65	> 106
§ 195	> 19	§ 66	> 163, 297
§ 196	> 267	§§ 66, 67	> 107
§ 197	> 267	§ 68	> 97
§ 201	> 257	§ 116	> 456
§ 205	> 14		

§ 119	pag. 446	§ 153	pag. 271 e seg.
§ 122	> 110	§ 171	> 159, 206
§ 123	> 108		

Fragm. Augustodunensia pag. 443

PAULUS, *Sententiae*.

LIB. I.		Tit. 13. —	
Tit. 4. —		§§ 1, 2	pag. 299
§ 1	pag. 277 e seg.	§ 2	> 301
Tit. 10. —		§§ 2, 7	> 299
	pag. 98 e seg.	Tit. 15. —	
Tit. 13. —		§ 3	pag. 141
§ 5 β	pag. 105	Tit. 31. —	
LIB. II.		§ 1	pag. 19
Tit. 4. —		LIB. V.	
	pag. 352	Tit. 26. —	
§ 2	> 218	§ 4	pag. 300
Tit. 5. —		§ 6	> 300
	pag. 352		
§ 3	> 105, 108 e seg.		

ULPIANUS, *Fragm.*

Tit. 2. —		Tit. 24. —	
§ 2	pag. 113	§ 7	pag. 300

Collatio.

II. 3	pag. 257 e seg.
X. 2, 5	> 262

Consultatio veteris cuiusd. iuriscons.

V. 4	pag. 98 e seg.
------	----------------

Vaticana Fragmenta.

§ 52	pag. 100	§ 53	pag. 104
§§ 52, 53	> 100	§ 326	> 93

Codex Hermogenianus.

De calumn. et plus petendo l. 2. pag. 98, 105

Codex Theodosianus.

III. Tit. 2 (ed. Ritter Tomo I, pag. 290)	<i>de infirm. his quae sub tyrann. l. 6</i>
pag. 361	pag. 305
<i>de cohortal. l. 6</i>	» 35

Fonti giustinianee.

« CORPUS IURIS CIVILIS ».

Digesta.

Const. omnem § 4 pag. 455 e seg.

LIB. I.

Tit. 1. — *De iustitia et iure.*

L. 7 § 1 pag. 81

Tit. 3. — *De legibus senatusque etc.*

L. 13 pag. 81

Tit. 15. — *De off. praefecti vigilum.*

L. 3 § 1 pag. 286

» 3 §§ 1, 2 » 290

» 3 § 2 » 290

Tit. 16. — *De off. procons. et leg.*

L. 6 § 3 pag. 344

LIB. II.

Tit. 8. — *Qui satisd. cogantur, etc.*

L. 15 § 1 pag. 331

» 15 § 2 » 331

Tit. 13. — *De edendo.*

L. 6 § 3 pag. 161 e seg.

Tit. 14. — *De pactis.*

L. 6 pag. 35

» 7 pr. § 1 » 208

» 7 § 6 » 445

» 17 § 2 » 296, 303, 431,
438, 453

» 17 § 6 » 204

» 27 § 2 » 438

» 39 » 185

LIB. III.

Tit. 5. — *De negot. gestis.*

L. 6 pag. 394

» 7 » 74

» 21 § ult. » 393

Tit. 6. — *De calumniatorib.*

L. ult. pag. 32

LIB. IV.

Tit. 2. — *Quod metus causa etc.*

L. 1 pag. 254

» 14 § 4 » 85

» 14 § 5 » 154

» 14 § 9 » 406

» 14 § 10 » 406

» 14 § 11 » 154

» 21 § 2 » 7

Tit. 4. — *De minorib. XXV annis.*

L. 1 pr. pag. 42

» 7 § 4 » 102

» 8 » 42

» 24 § ult. » 42

Tit. 5. — *De capite minutis.*

L. 7 pr. pag. 39

Tit. 8. — *De receptis, qui arbitr. recep. etc.*

L. 23 pag. 431

Tit. 9. — *Nautae, cauponae, stabul. etc.*

L. 1 § 1 pag. 281

» 1 § 8 » 282

» 3 § 1 » 279 e seg.

L. 3 § 4	pag. 284
» 3 § 5	» 6
» 5 pr.	» 279
» 5	» 282

LIB. V.

Tit. 1. — *De iudiciis et ubi quisq. etc.*

L. 18 § 1	pag. 247
» 19 pr.	» 94
» 19 § 4	» 92 e seg., 129
» 20	» 93
» 28 § 5	» 104, 112
» 35	» 116
» 39 pr.	» 154
» 39	» 155
» 43	» 90, 92, 116, 129, 135
» 45 pr.	» 93
» 79 pr.	» 61
» 80	» 155

Tit. 2. — *De inoff. testamento.*

L. 29	pag. 93
» 29 § 4	» 93

Tit. 3. — *De hereditatis petitione.*

L. 16	pag. 154
» 16 §§ 4, 5	» 204
» 17	» 204
» 18 pr.	» 163, 204
» 20 § 17	» 204
» 30	» 204
» 40	» 61

Tit. 4. — *Si pars hereditat. petatur.*

L. 1 § 5	pag. 104, 105
» 3	» 104, 112

LIB. VI.

Tit. 1 — *De rei vindicatione.*

L. 3	pag. 2
» 3 § 2	» 100, 105
» 9	» 210
» 15 § 3	» 4
» 16	» 4
» 21	» 154
» 23	» 2
» 27 § 3	» 2

L. 27 § 5	pag. 108
» 48	» 415
» 63	» 245
» 65	» 415
» 66	» 113, 300
» 76 § 1	» 100, 104 e seg.

Tit. 2. — *De publiciana in r. act.*

L. 13 § 1	pag. 302
-----------	----------

LIB. VII.

Tit. 1. — *De usufructu et quemadm. etc.*

L. 12 § 2	pag. 269
» 12 § 5	» 7, 12, 112
» 38	» 269
» 43	» 151

Tit. 3. — *Quando dies ususfr. leg. cedat.*

L. 1 § 4	pag. 110, 113
----------	---------------

Tit. 7 — *De operis servorum.*

L. 3	pag. 332
» 4	» 332
» 10 pr.	» 230

Tit. 8. — *De usu et habitat.*

L. 2	pag. 269
§ 10 pr.	» 227
» 10	» 271

Tit. 9. — *Usufructuarius quemadm.*

L. 9 § 2	pag. 115
----------	----------

LIB. VIII.

Tit. 1. — *De servitutibus.*

L. 4 §§ 1, 2	pag. 104
» 16	» 305, 432

Tit. 3. — *De servitutib. praedior. rusticor.*

L. 24	pag. 268, 270
-------	---------------

LIB. IX.

Tit. 1. — *Si quadrup. pauper. fec. dicatur.*

L. 2 pr.	pag. 280
» 2	» 289 e seg.

Tit. 2. — *Ad leg. Aquilianam.*

L. 11 § 7	pag. 9
-----------	--------

L. 13 § 2	pag. 9
> 30 § 1	> 329, 450
> 43	> 9
> 44	> 346
> 57	> 289 e seg.

Tit. 4. — *De nozalib. aot.*

L. 22	pag. 261
> 27	> 430

LIB. X.

Tit. 2. — *Familias eroisoundas.*

L. 12	pag. 10
> 12 § 2	> 113
> 29	> 343, 393

Tit. 3. — *Communi dividundo.*

L. 7 § 12	pag. 296
> 10 § 3	> 105

Tit. 4. — *Ad exhibendum.*

L. 3 § 3	pag. 296, 305, 432
> 3 § 15	> 210, 330
> 5 § ult.	> 154

LIB. XI.

Tit. 1. — *De interrogat. in iuro fac., etc.*

L. 1 pr.	pag. 100, 104
----------	---------------

Tit. 4. — *De fugitivis.*

L. 1 pr.	pag. 225
----------	----------

Tit. 7. — *De religiosis, et sumtib. funer., etc.*

L. 34	pag. 113
-------	----------

LIB. XII.

Tit. 1 — *De reb. creditis, si cert. petet., etc.*

L. 1 § 1	pag. 207
> 2 pr.	> 232
> 2 § 1	> 199
> 3	> 61
> 6	> 48
> 9 pr.	> 48
> 9 § 1	> 91
> 9 § 8	> 309
> 18 § 1	> 211

L. 22	pag. 56, 60, 70 seg.
> 36	> 110
> 37	> 112
> 38	> 112
> 39	> 112

Tit. 3. — *De in litem iurando.*

L. 1	pag. 54
> 3	> 48, 55
> 4 § 2	> 54 e seg.
> 5 § ult.	> 48 e seg.
> 6	> 49
> 8	> 54
> 9	> 6

Tit. 4. — *De condict. causa data c. non sec.*

L. 5 §§ 2, 3	pag. 154
--------------	----------

Tit. 5. — *De condict. ob turp. vel iniust. caus.*

L. 2	pag. 245
> 3	> 326
> 7	> 8
> 8	> 326

Tit. 6. — *De condict. indebiti.*

L. 19 pr.	pag. 173
> 22 § 1	> 49
> 26 § 13	> 137
> 27	> 92, 120, 129
> 40 § 1	> 49
> 41	> 172
> 42	> 404
> 65 § 6	> 49

Tit. 7. — *De condict. sine causa.*

L. 3	pag. 49
> 3 § 3	> 326

LIB. XIII.

Tit. 1. — *De conditione furtiva.*

L. 1	pag. 7
> 2	> 17
> 3	> 25 e seg.
> 4	> 22
> 5	> 16, 18, 20

INDICE DELLE FONTI

467

L. 4	pag. 158, 182
» 5 pr.	» 182, 188, 191
» 5 § 2	» 161, 183, 203
» 5 § 4	» 176
» 5 § 5	» 177
» 5 § 6	» 178
» 5 § 7	» 178
» 5 § 9	» 178, 203
» 6	» 203
» 7	» 203
» 7 § 1	» 152
» 8	» 170, 179, 203
» 9	» 179
» 10	» 199
» 11 pr.	» 171, 196
» 11 § 1	» 182, 185, 191
» 12	» 161, 185, 191
» 13	» 182, 191
» 14 pr.	» 176
» 14 § 1, 2	» 159, 183
» 14 § 2	» 198
» 14 § 3	» 176
» 15	» 176
» 16	» 129
» 16 pr.	» 197
» 16 § 1	» 77, 84, 90, 92, 135 e seg., 188, 191
» 16 § 2	» 157, 198
» 16 § 3	» 200
» 16 § 4	» 158, 200
» 17	» 158 e seg., 200
» 18	» 200 e seg.
» 18 pr.	» 158
» 18 § 1	» 174, 184, 186
» 18 § 2	» 198
» 18 § 3	» 183, 196
» 19 pr.	» 175, 191
» 19 pr. § 1	» 183
» 19 § 2	» 174
» 21 pr.	» 159
» 21 § 1	» 158, 180
» 21 § 2	» 159, 198
» 22	» 204
» 23	» 159

L. 24	pag. 195
» 25	» 199
» 25 pr.	» 182
» 26	» 161, 169
» 27	» 161 e seg., 164, 196
» 28	» 161, 183, 187, 196
» 29	» 170, 195
» 30	» 152, 179

Tit. 6. — *Commodati vel contra.*

L. 1 pr.	pag. 208
» 1 § 1	» 209, 226, 253
» 1 § 2	» 245, 268
» 2	» 245
» 3	» 245
» 3 § 1	» 91, 232
» 3 § 2	» 45, 48, 54, 63
» 3 § 3	» 207, 243 seg.
» 3 § 4	» 211
» 3 § 5	» 207
» 3 § 6	» 210, 265, 268, 335
» 4	» 211, 265, 268, 335
» 4 pr.	» 250
» 5	» 19, 276
» 5 pr.	» 136
» 5 § 1	» 245
» 5 § 2	» 216, 218, 238, 347, 351
» 5 § 2-10	» 251
» 5 § 3	» 214, 251, 347
» 5 § 4	» 218, 238, 279, 285
» 5 § 5	» 238, 279
» 5 § 6	» 290
» 5 § 7	» 209, 220, 265
» 5 § 8	» 223, 232, 265, 267
» 5 § 9	» 233, 238
» 5 § 10	» 239, 265
» 5 § 12	» 210, 225, 265, 412

L. 5 § 13	pag. 281, 290	L. 8 pr.	pag. 343
» 5 § 14	» 276	» » § 1	» 400
» 5 § 15	» 238, 241, 244, 278, 281, 291	» » » 5	» 328, 341
» 8	» 19, 210	» 9 pr.	» 320, 342 seg.
» 10 pr.	» 210	» » § 2	» 294
» 10 § 1	» 232, 265	» » » 3	» 358, 388, seg., 409, 423, 455
» 10 § 2	» 241, 275, 280, 292	» » §§ 3, 4, 5	» 325
» 11	» 240	» » § 4	» 298, 311, 314, 358, 403
» 12 pr.	» 241, 292	» » » 5	» 410, 423
» 12 § 1	» 241	» 10	» 311, 434
» 13 § 1	» 241	» 11 § 1	» 325
» 14	» 233	» » » 2	» 403
» 15	» 223	» » §§ 2, 3	» 325
» 16	» 210, 230	» » § 3	» 327, 390, 400
» 17	» 210, 231	» » » 5	» 307, 325, 388, 410 seg.
» 17 § 2	» 264	» » » 6	» 308
» 17 § 3	» 244	» 12	» 311
» 17 § 4	» 224, 244, 265 e seg.	» 13	» 352
» 17 § 5	» 102	» » pr.	» 413
» 18	» 245	» » § 1	» 240, 281, 286, 349
» 18 pr.	» 265	» 14	» 240, 278, 286, 348, 350
» 18 § 1	» 221, 239, 277 seg., 348 seg., 351 seg.	» 15	» 348
» 18 § 2	» 346	» 16 § 1	» 314, 320, 395
» 18 § 3	» 240, 245	» » » 2	» 296
» 18 § 4	» 244	» 18	» 433
» 19	» 236	» 18 pr.	» 312
» 20	» 280, 284, 289	» » § 1	» 404
» 21 § 1	pag. 241, 291	» 20 pr.	» 403
» 22	» 214, 242, 244	» » § 1	» 403
» 23	» 209, 244	» » » 2	» 389
	» 232, 265	» » » 3	» 363
		» 22	» 12 seg.
		» » pr.	» 404, 407 seg.
		» » § 2	» 298, 314, 358, 403 seg.
		» » » 3	» 402
		» » » 4	» 398
		» » » 23	» 399
		» 24	» 398
		» » § 2	» 391 seg., 409
		» 25	» 343 seg.

Tit. 7. — *De pigneraticia actione
vel contra.*

L. 1	pag. 295
» » § 1	» 306
» » » 2	» 395
» 2	» 342
» 4	» 341
» 6 § 1	» 391, 409
» 7	» 337 391, 409,

L. 27	pag. 412
» 28	» 303, 342
» » pr.	» 414
» 30	» 357
» 31	» 260, 342 seg., 396
» 32	» 320, 342 seg., 396, 400
» 33	» 375, 381
» 34	» 363
» 35 § 1	» 294, 302
» 36	» 320
» » pr.	» 395
» » § 1	» 395
» 37 pr.	» 343
» 39	» 379
» 40 § 2	» 339 seg., 419
» 41	» 296, 315, 318, 324
» 42	» 392, 409

LIB. XIV.

Tit. 1. — *De exercitoria actione.*

L. 1 §§ 17, 18	pag. 335
» 5 pr.	» 335

Tit. 3. — *De institoria actione.*

L. 1	pag. 80
» 5 § 15	» 393

Tit. 6. — *De senatuscons. maecdoniano.*

L. 12	pag. 369
-------	----------

LIB. XV.

Tit. 1. — *De peculio.*

L. 3 § 12	pag. 16, 21
» 9 § 5	» 113
» 27	» 261
» 29 § 1	» 319
» 36	» 261

Tit. 3. — *De in rem verso.*

L. 15	pag. 183
-------	----------

LIB. XVI.

Tit. 1. — *Ad S.C. Velleianum.*

L. 13 § 1	pag. 431, 439 seg., 449
» 32 § 1	» 326, 403

Tit. 2. — *De compensationibus.*

L. 1	pag. 106
» 4	» 100
» 10 § 2	» 20
» 15	» 84
» 18 pr.	» 106
» 21	» 100

Tit. 3. — *Depositum vel contra.*

L. 1	pag. 281
» » § 9	» 281
» » » 12	» 282
» » §§ 16, 40	» 91
» » § 35	» 281 seg.
» » » 47	» 259
» 2	» 259
» 3	» 259
» 6	» 281
» 12	» 281
» 13	» 281
» 14	» 281
» 19	» 247
» 23	» 262
» 24	» 316
» 26 § 2	» 169
» 31 pr.	» 74
» » § 1	» 231
» 32	» 220

LIB. XVII.

Tit. 1. — *Mandati vel contra.*

L. 1 § 3	pag. 335
» 6 pr.	» 225
» 8	» 393
» » § 10	» 154
» 10 § 8	» 335
» 26 § 7	» 396
» 37	» 51, 60, 63, 68, 138

L. 40	pag. 345
» 59 § 4	» 400
Tit. 2. — <i>Pro socio.</i>	
L. 25	pag. 283
» 52 § 3	» 215, 285, 291
» 58 § 2	» 369

LIB. XVIII.

Tit. 1. — *De contrahenda emptione, etc.*

L. 1	pag. 48
» 7 § 1	» 369
» 28	» 311
» 35 § 4	» 288
» 60	» 359
» 80 i. f.	» 369
» 81	» 369

Tit. 3. — *De lege commissoria.*

L. 1	pag. 360
» 2	» 360
» 3	» 398
» 4	» 360

Tit. 6. — *De periculo et commodo rei venditae.*

L. 1 §§ 1, 2, 3	pag. 288
» 2 § 1	» 280, 288, 346
» 3	» 220, 277 seg., 280, 346
» 4 §§ 1, 2	» 288
» 11	» 286 seg.
» ult. (20)	» 141

LIB. XIX.

Tit. 1. — *De actionibus empti venditi.*

L. 3 § 3	pag. 65
» » 4	» 69, 137
» 11 § 16	» 399
» » » 18	» 74
» 13 § 25	» 414
» 21 » 3	» 66, 141
» 30 pr.	» 21
» 33	» 101 seg.
» 36	» 281
» 54	» 74

Tit. 2. — *Locati conducti.*

L. 5	pag. 268
» 9 pr. § 1	» 268
» 13 § ult.	» 403
» 19 » 6	» 268
» 24 » 2	» 268
» 25 » 7	» 277 seg.
» 26 » 1	» 268
» 28 » 2	» 335
» 29	» 287
» 40	» 284
» 41	» 280, 284, 289
» 44	» 270
» 45	» 396
» 47	» 244
» 54 pr.	» 74, 145
» » § ult.	» 217
» 55 pr.	» 290
» 60	» 393
» » § 2	» 14
» » » 5	» 15
» » » 8	» 284

Tit. 3. — *De aestimatoria.*

L. 1 § 1	pag. 216
----------	----------

Tit. 5. — *De praescriptis verbis et in factum actionibus.*

L. 1	pag. 28
» 1 § 2	» 275
» 9	» 248
» 11	» 39, 28
» 12	» 28
» 16	» 274
» 17 pr.	» 227, 268, 271, 335
» » § 1	» 215 seg.
» » » 2	» 275
» » » 3	» 265
» » » 4	» 275
» 20	» 234
» 23	» 275
» 24	» 336

LIB. XX.

Tit. 1. — *De pignoribus et hypothecis, etc.*

L. 1 pr.	pag. 316, 326
----------	---------------

L. 1 § 1	pag. 433
» » » 2	» 459
» » » 3	» 383
» 2	» 414
» 4	» 302, 307, 439, 449
» 5 pr.	» 325, 328
» » § 1	» 296 seg., 430
» » » ult.	» 296
» 9 » 1	» 311
» 11 » 1	» 296, 375, 381, 388, 431
» » » 2	» 312, 403
» » » 3	» 313
» » » 7	» 403
» 12	» 313, 403
» 13	» 404
» » § 2	» 338 seg.
» » » 3	» 430, 439
» » » 4	» 440, 450 seg.
» » » 5	» 111, 329, 431, 439 sg., 449 sg.
» 14	» 329, 342
» » § 1	» 325, 329
» 15 pr.	» 295, 312
» » § 1	» 302, 314, 439, 449
» 16 § 3	» 154, 342, 459
» » » 4	» 459
» » » 5	» 433
» » » ult.	» 366
» 17	» 303, 342
» » § 2	» 430
» 21 § 1	» 315
» » » 3	» 404, 406, 459
» 22	» 318, 324
» 23 § 1	» 302, 308
» 25	» 308
» 27	» 397, 450
» 29 § 1	» 404, 430
» 31	» 296
» 33	» 327
» » § 5	» 342
» 34 » 1	» 307

Tit. 2. — <i>In quib. causis pignus, etc.</i>
L. 8 pag. 333, 336, 381

Tit. 3. — <i>Quae res pignori vel hypoth., etc.</i>
L. 2 pag. 325

Tit. 4. — <i>Qui potiores in pignore, etc.</i>
L. 11 § 4 pag. 440, 449
» 12 pr. » 297
» » § 10 » 297
» 14 » 317
» 20 » 301

Tit. 5. — <i>De distractione pignorum et hypoth.</i>
--

L. 5 pag. 297
» » § 1 » 28
» 7 pr. » 413
» 9 » » 394
» 10 » » 399
» 11 » » 28
» 12 » » 363
» » § 1 » 402

Tit. 6. — <i>Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.</i>
--

L. 2 pag. 414, 459
» 4 § 1 » 454
» 5 pr. » 455
» 6 » » 440
» » § 1 » 198, 434
» 7 § 2, 3 » 453, 454
» 8 » » 312
» » § 7 » 453
» » § 8 » 454
» » » 9 » 454
» 12 § 1 » 342, 430
» 13 » » 449

LIB. XXI.

Tit. 1. — <i>De aedilicio edicto, etc.</i>
--

L. 21 § 3 pag. 154
» 43 § 9 » 111
» 48 » 4 » 397
» 58 pr. » 396

Tit. 2. — *De evictionibus et duplæ stipulatione.*

L. 66 pr.	pag. 432
» 73	» 324
» 74 § 1	» 399

Tit. 3. — *De exceptione rei venditæ et traditæ.*

L. 1 pr. § 1	pag. 324
» 1 § 1	» 393
» 3	» 324

LIB. XXII.

Tit. 1. — *De usuris et fructibus et causis etc.*

L. 1	pag. 74
» 3	» 60
» 3 § 1	» 69
» 9 § 1	» 383
» 21	» 60
» 22	» 60
» 23 pr.	» 60
» 24	» 60
» 29	» 327
» 32 pr.	» 67
» 34	» 136
» 37	» 400
» 38 § 7	» 126
» 38 § 10	» 210, 233
» 47	» 60
» 49	» 312

Tit. 2. — *De nautico foenore.*

L. 7	pag. 35
------	---------

Tit. 3. — *De probationibus et præsumptionibus.*

L. 19 pr.	pag. 445
» 23	» 438, 449
» 28	» 67

Tit. 4. — *De fide instrumentorum, etc.*

L. 4	pag. 439
» 19	» 272

LIB. XXIII.

Tit. 2. — *De ritu nuptiarum.*

L. 19	pag. 36
» 45 § 5	» 319

Tit. 3. — *De iure dotium.*

L. 9 § 3	pag. 281
» 10 § ult.	» 123
» 67	» 6

LIB. XXIV.

Tit. 1. — *De donationibus inter virum et uxorem.*

L. 7 § 5	pag. 214
» 7 § 6	» 363
» 11	» 115
» 18	» 272
» 49	» 258

Tit. 3. — *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.*

L. 25 § 3	pag. 154
» 27 § 4	» 37
» 61	» 38
» 62	» 37
» 64 § 5	» 37
» 64 §§ 5-7	» 37
» 65	» 36 e seq.

LIB. XXV.

Tit. 2. — *De actione rerum amotarum.*

L. 3 § 2	pag. 25
» 3 § ult.	» 24
» 6 § 4	» 24
» 11 § 5	» 24
» 11 §§ 5, 6	» 22
» 21 § 2	» 396
» 25	» 22

LIB. XXVI.

Tit. 7. — *De administr. et peric. tutorum et curator., etc.*

L. 2 § 1	pag. 17
» 36	» 106
» 50	» 285

LIB. XXVII.

- Tit. 9. — *De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc.*
 L. 1 § ult. pag. 326
- Tit. 10. — *De curatoribus furioso, etc.*
 L. 10 pr. pag. 326

LIB. XXVIII.

- Tit. 6. — *De vulgari et pupillari substitutione.*
 L. 4 § 2 pag. 375

LIB. XXVIII.

- Tit. 5. — *De senatus cons. siliano et claudiano, etc.*
 L. 1 § 4 pag. 113

LIB. XXX.

De legatis et fideicommissis I.

- L. 47 § 3 pag. 154
 » 48 § 1 » 17
 » 69 § 5 » 154
 » 71 § 3 » 70
 » 84 § 4 » 66

LIB. XXXI.

De legatis et fideicommissis II.

- L. 84 pag. 136
 » 87 § 1 » 136

LIB. XXXII.

De legatis et fideicommissis III.

- L. 11 § 17 pag. 70

LIB. XXXIII.

- Tit. 2. — *De usu et usufructu et redditu et habitatione et operis, etc.*
 L. 34 pag. 268
 » 40 » 268
 » 43 » 440
- Tit. 10. — *De suppellectile legata.*
 L. 9 § 2 pag. 300

LIB. XXXIII.

- Tit. 3. — *De liberatione legata.*
 L. 15 pag. 274
 » 16 » 274
 » 17 » 274

LIB. XXXV.

- Tit. 1. — *De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis, etc.*
 L. 92 i. f. pag. 136
 » 105 » 113
- Tit. 2. — *Ad legem Falcidiam.*
 L. 15 § 6 pag. 113
 » 24 § 1 » 113
 » 88 § 3 » 113

LIB. XXXVI.

- Tit. 1. — *Ad sen. cons. trebellianum.*
 L. 18 pr. pag. 113
 » 45 » 451
 » 57 pr. » 113
 » 59 pr. » 431
 » 59 § ult. » 155
 » 61 » 440, 449, 458
 » 66 § 2 » 452
 » 73 pr. » 203

Tit. 4. — *Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum, etc.*

- L. 5 § 6 pag. 440
 » 5 § 21 » 411

LIB. XXXVII.

Tit. 7. — *De dotis collatione.*

- L. 8 pag. 316

LIB. XXXVIII.

- Tit. 5. — *Si quid in fraudem patroni, etc.*
 L. 1 § 26 pag. 452
- Tit. 16. — *De suis et legitimis heredibus.*
 L. 3 § 2 pag. 37

LIB. XXXVIII.

- Tit. 1. — *De operis novi nuntiatione.*
 L. 9 pag. 296

- Tit. 2. — *De damno infecto, etc.*
 L. 4 § 8 pag. 42
 » 34 » 307, 410

- Tit. 5. — *De donationibus.*
 L. 2 § 5 pag. 115
 » 9 » 272
 » 9 pr. » 229, 274
 » 9 § 1 » 274
 » 27 » 227, 272 e seg.
 » 32 » 227, 272 e seg.

LIB. XXXX.

- Tit. 1. — *De manumissionibus.*
 L. 11 pag. 113
 » 31 » 37
- Tit. 9. — *Qui et a quibus manumissi, etc.*
 L. 29 § 1 pag. 118

LIB. XXXXI.

- Tit. 1. — *De acquirendo rerum dominio.*
 L. 52 pag. 439
- Tit. 2. — *De acquirenda vel amittenda possessione.*
 L. 18 § 12 pag. 445
 » 20 » 210, 237
- Tit. 3. — *De usurpationibus et usucapionibus.*
 L. 4 § 20 pag. 26
 » 4 § 21 » 403
 » 13 » 330
 » 13 pr. » 421
 » 16 » 330

LIB. XXXXII.

- Tit. 1. — *De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus.*
 L. 11 pag. 56, 126
 » 15 § 7 » 393
 » 51 § 1 » 406
- Tit. 2. — *De confessis.*
 L. 62 § 2 pag. 260

- Tit. 5. — *De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendendis.*

- L. L. 1, 2 pag. 93
 L. 3 » 93, 131
 » 9 pr. » 411

LIB. XXXXIII.

- Tit. 16. — *De vi et de vi armata.*
 L. 1 § 9 pag. 330
 » 1 § 34 » 4

- Tit. 17. — *Ut possidetis.*
 L. 3 § 10 pag. 40

- Tit. 24. — *Quod vi aut clam.*
 L. 1 § 3 pag. 210

- Tit. 26. — *De precario.*
 L. 1 pr. pag. 223
 » 1 § 3 » 246
 » 2 § 2 » 223
 » 2 § 3 » 271
 » 3 » 227, 271
 » 4 § 1 » 264
 » 4 § 4 » 266
 » 8 § 1 » 273
 » 8 § 3 » 347
 » 12 » 266
 » 12 pr. » 223
 » 15 § 1 » 270, 272
 » 15 § 2 » 227, 271

- Tit. 33. — *De salviano interdicto.*
 pag. 428

LIB. XXXXIII.

- Tit. 1. — *De exceptionibus, praescriptionibus et praesidiis.*
 L. 22 pr. pag. 109
- Tit. 2. — *De exceptione rei iudicatae.*
 L. 2 pr. pag. 446
 » 5 » 154
 » 11 § 4 » 115
 » 19 » 296
 » 22 pr. » 446
 » 30 § 1 » 296, 431, 434,
 440, 449

Tit. 4. — *De doli mali et metus exceptione.*

L. 8 pr. pag. 238

Tit. 7. — *De obligationibus et actionibus.*

L. 1 § 4 pag. 239, 277, 279
 » 1 § 5 » 281
 » 1 § 6 » 309, 423, 426
 » 1 § 8 » 188, 191
 » 9 » 246
 » 11 » 178
 » 16 » 261
 » 21 » 131
 » 22 » 56
 » 31 i. f. » 185
 » 36 » 22, 25
 » 42 pr. » 112
 » 44 § 1 » 329
 » 50 » 127, 132
 » 56 » 9

LIB. XXXXV.

Tit. 1. — *De verborum obligationibus.*

L. 3 § 1 pag. 407
 » 5 » 42
 » 6 » 326
 » 18 » 400
 » 20 § 1 » 27
 » 23 » 64, 67
 » 25 » 104
 » 28 » 381
 » 29 § 1 » 4
 » 38 § 2 » 159
 » 38 § 16 » 127, 132, 202
 » 38 § 17 » 407
 » 41 § 1 » 62, 127, 132
 » 42 » 127
 » 42 pr. » 131
 » 49 pr. » 144
 » 59 » 56
 » 60 » 62
 » 74 » 100
 » 75 pr. e §§ 1-3 » 49
 » 75 § 3 » 100
 » 75 § 8 » 89
 » 82 § 1 » 61

L. 88 pag. 144
 » 91 § 4 » 144
 » 95 » 135
 » 114 » 126
 » 118 § 1 » 127
 » 122 pr. » 92, 132
 » 127 » 326
 » 131 § 1 » 152
 » 137 § 2 » 92, 132 seg.
 » 137 § 4 » 137, 139, 199
 » 141 » 132

Tit. 2. — *De duobus reis constituendis.*

L. 9 pr. pag. 244

Tit. 3. — *De stipulatione servorum.*

L. 6 pag. 260
 » 70 » 202

LIB. XXXXVI.

Tit. 1. — *De fideiussoribus et mandatoribus.*

L. 8 § 7 pag. 189, 191
 » 8 § 8 » 188
 » 8 §§ 8, 9 » 189
 » 16 §§ 1, 2 » 188 seg.
 » 16 § 5 » 189
 » 23 » 152, 327
 » 34 » 189
 » 42 » 48, 188
 » 49 § 2 » 133
 » 49 in f. » 190
 » 70 pr. » 189
 » 70 § 2 » 188

Tit. 2. — *De novationibus et delegationibus.*

L. 12 pag. 49
 » 28 » 51, 63
 » 29 » 197

Tit. 3. — *De solutionibus et liberationibus.*

L. 5 § 2 pag. 400, 445
 » 10 » 152
 » 12 § 1 » 152
 » 13 » 67
 » 33 § 1 » 66

L. 36	pag. 104, 111 seg.	L. 15 § 2	pag. 235, 245
» 43	» 186, 196	» 17	» 265
» 49	» 444, 445, 455	» 19 § 5	» 19
» 59	» 180	» 19 § 6	» 19
» 67	» 211	» 20 § 1	» 19
» 72 § 3	» 27	» 23	» 17
» 74	» 407	» 24	» 17
» 95 pr.	» 123	» 25 § 1	» 8, 12
» 95 § 3	» 316	» 26 § 1	» 15
» 98 § 5	» 152	» 36 pr.	» 17
» 101 § 1	» 326 seg.	» 40	» 19, 265
	Tit. 4. — <i>De acceptione.</i>	» 50 § 1	» 18
L. 13 §§ 7, 8	pag. 113	» 52 § 6	» 25
	Tit. 8. — <i>Ratum rem haberi, etc.</i>	» 52 § 8	» 15
L. 12 § 2	pag. 67	» 52 § 14	» 25
	LIB. XXXXVII.	» 52 § 19	» 17
	Tit. 1. — <i>De privatis delictis.</i>	» 52 § 20	» 322
L. 1 pr.	pag. 23	» 52 § 22	» 265
» 2 § 3	» 26, 27	» 52 § 29	» 6, 11
	Tit. 2. — <i>De furtis.</i>	» 54	» 19, 384
L. 1 § 3	pag. 18 seg.	» 54 § 1	» 221
» 3	» 16	» 54 § 4	» 17
» 4	» 16, 288	» 55 (54) pr.	» 331
» 5	» 16	» 55 § 4	» 265
» 6	» 16	» 56 § 4	» 12
» 7	» 16	» 59	» 19, 235, 245
» 8	» 16	» 61 § 2	» 396
» 10	» 8, 14	» 62 § 1	» 260
» 11	» 14	» 62 §§ 5, 6	» 260
» 12	» 14	» 66	» 19
» 12 pr.	» 14	» 67 § 2	» 65
» 12 § 1	» 231	» 71	» 3, 6
» 12 § 2	» 19	» 71 pr.	» 223
» 14 § 2	» 14	» 76	» 19
» 14 § 6	» 288	» 76 pr.	» 222, 266 seg.
» 14 § 10	» 239, 281, 290	» 76 § 1	» 16
» 14 § 11	» 291	» 79	» 275, 407
» 14 § 12	» 14, 291	» 80	» 405
» 14 § 15	» 233, 239	» 83	» 15
» 14 § 16	» 6 seg., 14 seg., 239, 280, 346	» 86	» 8, 14
» 14 § 17	» 283	» 88	» 405
» 15 §§ 1, 2	» 19	» 91	» 14
		Tit. 4. — <i>Si is, qui testamento liber, etc.</i>	
		L. 1 pr.	pag. 440
		» 1 § 10	» 440

Tit. 5. — <i>Furti adversus nautas cauponas stabularios.</i>	Tit. 16. — <i>De verborum significatione.</i>
L. 1 § 4 pag. 283	L. 5 pag. 159
Tit. 8. — <i>Vi bonorum raptorum et de turba.</i>	» 10 » 112
L. 2 § 22 pag. 440	» 23 » 159
» 2 §§ 22-24 » 290	» 49 » 440
» 2 § 26 » 61	» 51 » 297
Tit. 9. — <i>De incendio ruina etc.</i>	» 53 § 2 » 17
L. 9 pag. 297	» 58 pr. » 297
LIB. XXXXVIII.	» 83 § 7 » 65
Tit. 5. — <i>Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis.</i>	» 151 » 297
L. 27 § 15 pag. 31	» 164 § 1 » 151
» 27 §§ 15, 16 » 38	» 178 » 159
» 27 § 16 » 31	» 193 » 71
» 28 » 31, 38	» 213 » 113
Tit. 10. — <i>De lege Cornelia de falsis et de Senatusconsulto Liboniano.</i>	» 222 » 159
L. 14 § ult. pag. 37	» 233 § 2 » 297
Tit. 18. — <i>De quaestionibus.</i>	» 236 pr. » 297
L. 13 pag. 32	» 236 § 1 » 297
LIB. L.	» 238 § 2 » 294 seg., 297
Tit. 1. — <i>Ad municipalem et de incolis.</i>	Tit. 17. — <i>De diversis regulis iuris antiqui.</i>
L. 29 pag. 93, 131	L. 17 pag. 127
» 33 » 93, 131	» 23 » 290, 348, 353
Tit. 7. — <i>De legationibus.</i>	» 29 » 172
L. 2 § 1 pag. 335	» 40 » 326
Tit. 8. — <i>De administratione rerum ad civitates pertinentium.</i>	» 45 » 237, 358, 398
L. 3 § 2 pag. 184	» 46 » 408
	» 53 » 185
	» 54 » 338
	» 57 » 400, 406
	» 63 » 60
	» 73 § 4 » 178, 256, 413
	» 99 » 60
	» 125 » 94
	» 134 » 2
	» 136 » 7
	» 173 § 2 » 138, 425

Codex.

LIB. II.	Tit. 18. — <i>De negotiis gestis.</i>
Tit. 4. — <i>De transactionibus.</i>	C. 24 pag. 345
C. 6 pag. 28	Tit. 19. — <i>De his quae vi metusve causa gesta sunt.</i>
Tit. 11. — <i>De causis, ex quibus infamia alicui inrogatur.</i>	C. 2 pag. 172
C. 11 pag. 322	» 4 » 172

LIB. III.

Tit. 10. — <i>De plus petitionibus.</i>	
C. 1 § 1	pag. 102
» 1 § 3	» 102
» 2	» 103
» 3	» 103
Tit. 13. — <i>De iurisdictione omnium iudicum et de foro competenti.</i>	
C. 2	pag. 93
Tit. 18. — <i>Ubi conveniatur qui certo loco dare promisit.</i>	
C. un.	pag. 77, 88, e seg., 92, 95, 140
Tit. 19. — <i>Ubi in rem actio exerceri debet.</i>	
C. 3	pag. 93
Tit. 20. — <i>Ubi de hereditate agatur, etc.</i>	
C. un.	pag. 93
Tit. 22. — <i>Ubi causa status agi debeat.</i>	
C. 4	pag. 93
Tit. 28. — <i>De inofficioso testamento.</i>	
C. 30	pag. 35
» 35	» 375
Tit. 29. — <i>De inofficiosis donationibus.</i>	
C. 5	pag. 38
Tit. 31. — <i>De petitione hereditatis.</i>	
C. 12 § 1	pag. 36, 38
Tit. 32. — <i>De rei vindicatione.</i>	
C. 14	pag. 324
Tit. 33. — <i>De usufructu et habitatione et ministerio servorum.</i>	
C. 6	pag. 338
Tit. 39. — <i>Finium regundorum.</i>	
C. 4	pag. 33 e seg.
Tit. 42. — <i>Ad exhibendum.</i>	
C. 5	pag. 321
Tit. 43. — <i>De aleae lusu et aleatoribus.</i>	
C. 1	pag. 326
» 4	» 326

LIB. IV.

Tit. 2. — <i>Si certum petatur.</i>	
C. 1	pag. 322
» 8	» 383
Tit. 7. — <i>De conditione ob turpem causam.</i>	
C. 2	pag. 326
» 3	» 8
Tit. 8. — <i>Da conditione furtiva.</i>	
C. 1	pag. 21, 25
» 2	» 4, 26 seg.
Tit. 9. — <i>De conditione ex lege et sine causa vel iniusta causa.</i>	
C. 1	pag. 35
Tit. 18. — <i>De constituta pecunia.</i>	
C. 2	pag. 159, 165 seg., 175, 180
» 2 pr.	» 203
» 2 § 1	» 164
» 3	» 186, 197
Tit. 23. — <i>De commodato.</i>	
C. 1	pag. 221, 283
» 2	» 209
» 3	» 396, 412
» 4	» 207, 235 seg.
Tit. 24. — <i>De actione pignoratitia.</i>	
C. 1	pag. 301, 331, 372, 382, 384, 404, 418
» 2	» 332, 382, 384
» 3	» 332, 372, 382, 384, 404
» 4	» 392
» 5	» 346
» 6	» 286, 357
» 7	» 346, 356
» 8	» 346
» 9	» 357
» 10	» 421, 449
» 12	» 332, 384, 421

Tit. 26. — *Quod cum eo qui in aliena est potestate negotium gestum esse dicitur, etc.*
 C. 6 pag. 374, 379

Tit. 27. — *Per quas personas nobis acquiritur*
 C. 3 (2) § 1 pag. 309

Tit. 28. — *Ad senatus consultum macedonianum.*
 C. 2 pag. 174

Tit. 30. — *De non numerata pecunia.*
 C. 1 pag. 447

Tit. 31. — *De compensationibus.*
 C. 3 pag. 109
 » 5 » 106
 » 6 » 106
 » 14 pr. » 236
 » 14 § 1 » 236

Tit. 32. — *De usuris.*
 C. 1 pag. 336
 » 3 » 336, 400
 » 4 » 336, 400
 » 5 » 400
 » 7 » 336
 » 11 » 327
 » 14 » 169, 374, 380, 384
 » 17 » 380, 382, 384, 387
 » 19 § 2 » 441
 » 21 » 400
 » 22 » 337
 » 26 § 1 » 141
 » 27 » 327

Tit. 34. — *Depositum.*
 C. 1 pag. 285

Tit. 35. — *Mandatum.*
 C. 13 pag. 285

Tit. 39. — *De hereditate vel actione vendita.*
 C. 7 pag. 311, 340

Tit. 51. — *De rebus alienis non alienandis, etc.*
 C. 3 pag. 324

Tit. 54. — *De pactis inter emptorem et venditorem compositis.*
 C. 4 pag. 359
 » 5 » 145

Tit. 65. — *De locato et conducto.*
 C. 3 pag. 224

LIB. V.

Tit. 11. — *De dotis promissione vel nuda pollicitatione.*
 C. 7 § 1 pag. 36

Tit. 12. — *De iure dotium.*
 C. 3 pag. 37
 » 6 » 34, 38

Tit. 16. — *De donationibus inter virum et uxorem, etc.*
 C. 22 pag. 37

Tit. 21. — *Rerum amotarum.*
 C. 1 pag. 106
 » 3 » 24

Tit. 38. — *De periculo tutorum et curatorum.*
 C. 4 pag. 285

LIB. VI.

Tit. 2. — *De furtis et de servo corrupto.*
 C. 12 pag. 4
 » 22 » 8
 » 22 § 3 » 15, 234

Tit. 7. — *De libertis et eorum liberis.*
 C. 1 pag. 335

Tit. 23. — *De testamentis: quemadmodum testamenta ordinantur.*
 C. 16 § 1 pag. 173

Tit. 30. — *De iure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate.*
 C. 22 § 6 pag. 30 seg., 38

Tit. 42. — <i>De fideicommissis.</i>	
C. 29	pag. 173
Tit. 43. — <i>Communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda.</i>	
C. 3 § 2	pag. 314
Tit. 47. — <i>De usuris et fructibus legatorum vel fideicommissorum.</i>	
C. 1	pag. 136
» 3	» 126
» 4	» 136
Tit. 50. — <i>Ad legem Falcidiam.</i>	
C. 19	pag. 173
LIB. VII.	
Tit. 8. — <i>De servo pignori dato manumisso.</i>	
C. 1	pag. 37
» 7	» 37 seg.
Tit. 31. — <i>De usucapione transferranda, etc.</i>	
C. un.	pag. 306
Tit. 32. — <i>De acquirenda et retinenda possessione.</i>	
C. 2	pag. 308
Tit. 39. — <i>De praescriptione XXX vel XL annorum.</i>	
C. 3	pag. 421
» 7 pr.	» 450
» 7 § 1	» 329
» 7 § 4	» 423
» 8	» 427
Tit. 40. — <i>De annali exceptione italici contractus tollenda, etc.</i>	
C. 1 § 2	pag. 423
Tit. 51. — <i>De fructibus et litis expensis.</i>	
C. 2	pag. 25
Tit. 58. — <i>Si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicantur erit.</i>	
C. 4	pag. 322

LIB. VIII.

Tit. 9. — <i>De precario et de salviano interdico.</i>	
C. 1	pag. 342, 428
» 2	» 273
Tit. 13. — <i>De pignoribus.</i>	
C. 3	pag. 342
» 4	» 307
» 5	» 326
» 6	» 343
» 7	» 326
» 8	» 450
» 10	» 342
» 12	» 307
» 13	» 363
» 18	» 303, 342
» 19	» 240, 281, 346, 351, 354, 356
Tit. 15. — <i>Si aliena res pignori data sit.</i>	
C. 2	pag. 314
» 5	» 296, 315
» 6	» 298, 302, 311, 314, 320, 439
Tit. 16. — <i>Quae res pignori obligari possunt vel non et qualiter pignus contrahatur.</i>	
C. 4	pag. 312, 340
» 9	» 316
Tit. 17. — <i>Qui potiores in pignore habeantur.</i>	
C. 3	pag. 316
Tit. 23. — <i>Si pignus pignori datum sit.</i>	
C. 1	pag. 338
» 1 § 2	» 342
» 2	» 403, 415
Tit. 24. — <i>De partu pignoris et omni causa.</i>	
C. 1	pag. 404
» 2	» 332, 382
Tit. 25. — <i>De remissione pignoris.</i>	
C. 2	pag. 454, 456

Tit. 26. — <i>Etiā ob chirographariam pecuniam pignus teneri.</i>	Tit. 41. — <i>De novationibus et delegationibus.</i>
C. un. pag. 295, 327, 337, 390, 450	C. 8 pag. 184
Tit. 27. — <i>De distractione pignorum.</i>	Tit. 42. — <i>De solutionibus et liberationibus.</i>
C. 1 pag. 332, 382, 384	C. 6 pag. 392.
» 4 » 409	Tit. 44. — <i>De evictionibus.</i>
» 8 » 341	C. 11 pag. 324
» 10 » 363	» 21 » 329
» 20 » 409	» 31 » 324
Tit. 28. — <i>Debitorem venditionem pignorum impedire non posse.</i>	Tit. 45. — <i>Creditorem evictionem non debere.</i>
C. 1 pag. 341	C. 1 pag. 399 seg.
» 2 » 341	Tit. 53. — <i>De donationibus.</i>
Tit. 29. — <i>Si vendito pignore agatur.</i>	C. 35 § 5 pag. 34, 38, 186
C. 2 pag. 416	Tit. 56. — <i>De mortis causa donationibus.</i>
» 3 » 416	C. 1 pag. 38
Tit. 30. — <i>De luitione pignoris.</i>	» 4 » 33
C. 2 pag. 329, 450	LIB. IX.
» 3 » 389	Tit. 16. — <i>Ad legem Corneliam de sicariis.</i>
Tit. 32. — <i>Si pignoris conventionem numeratio secuta non sit.</i>	C. 5 pag. 285
C. 1 pag. 325, 436, 439 seg., 447	Tit. 22. — <i>Ad legem Corneliam de falsis.</i>
» 2 » 325	C. 6 pag. 37
Tit. 33. — <i>De iure domini impetrando.</i>	» 14 » 37
C. 3 § 3 pag. 421	LIB. X.
Tit. 34. — <i>De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda.</i>	Tit. 10. — <i>De bonis vacantibus et de incorporatione.</i>
C. 1 pag. 362	C. 2 pag. 375
» 2 » 334	LIB. XII.
» 3 » 305, 361, 371	Tit. 50 (51). — <i>De cursu publico angaris et parangaris.</i>
Tit. 40. — <i>De fideiussoribus et mandatoribus.</i>	C. 3 pag. 134
C. 23 pag. 197	» 11 » 134
» 28 » 242	

Institutiones.

LIB. II.

Tit. 1. — <i>De rerum divisione.</i>	
§ 25	pag. 26
§ 26	» 11, 16, 26
Tit. 6. — <i>De usucapionibus et longi temporis possessionibus.</i>	
§ 2	pag. 16
Tit. 8. — <i>Quibus alienare licet vel non.</i>	
§ 1	pag. 341
Tit. 20. — <i>De legatis.</i>	
pr.	pag. 191
§ 5	» 189 e seg.
Tit. 23. — <i>De fideicommissariis hereditatibus.</i>	
§ 7 in f.	pag. 451

LIB. III.

Tit. 14. — <i>Quibus modis re contrahitur obligatio.</i>	
§ 2	pag. 222, 277
§ 4	» 288, 298, 347, 408, 423, 426
Tit. 15. — <i>De verborum obligatione.</i>	
§ 1	pag. 62
§ 2	» 131, 225
§ 3	» 238
§ 4	» 175
§ 5	» 132
§ 6	» 112
Tit. 19. — <i>De inutilibus stipulationibus.</i>	
§ 3	pag. 159
» 4	» 152, 327
Tit. 20. — <i>De fideiussoribus.</i>	
pr.	pag. 188
§ 5	» 110
Tit. 23. — <i>De emptione et venditione.</i>	
1	pag. 369

Tit. 24. — *De locatione et conductione.*

§ 4	pag. 280
§ 5	» 277
Tit. 27. — <i>De obligationibus quasi ex contractu.</i>	
§ 1	pag. 277 e seg.
Tit. 29. — <i>Quibus modis obligatio tollitur.</i>	
§ 3	pag. 172

LIB. IV.

Tit. 1. — <i>De obligationibus quae ex delicto nascuntur.</i>	
§ 5	pag. 20
§ 6	» 222, 267, 331, 384
§§ 6, 7	» 19
§ 7	» 222, 266
§ 10	» 13, 19, 403
§ 11	» 18
§ 11 in f.	» 17
§ 15	» 14, 276, 291
§§ 15, 16	» 279
Tit. 5. — <i>De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur.</i>	
§ 1	pag. 3
§ 3	» 4
Tit. 6. — <i>De actionibus.</i>	
§ 4	pag. 50
§ 7	» 295 e seg., 304, 430
§ 8	» 80, 163 e seg., 167
§ 9	» 158
§ 14	» 1, 3, 21, 380
§ 17	» 80
§ 24	» 32, 103
§§ 24, 25	» 38
§ 25	» 32, 408
§ 30	» 74, 107, 236

§ 31	pag. 82 e seg., 139, 433	Tit. 7. — <i>Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur.</i>
§§ 33, 34	» 102	
§§ 33, 34, 35	» 98	§ 4 pag. 319
§ 33	» 75, 80, 84 e seg., 88 e seg., 92, 95, 97, 103, 110 e seg., 115 e seg., 127 e seg., 131	Tit. 13. — <i>De exceptionibus.</i>
§ 34	» 102	§ 10 pag. 103, 108, 110, 113 e seg.
§ 35	» 99, 118	Tit. 17. — <i>De officio iudicis.</i>
		§ 2 pag. 382

Novellae.

Nov. 4. — <i>De fideiussoribus et mandatoribus, et solutionibus.</i>		Nov. 99. — <i>De reis promittendi, etc.</i>
pag. 186, 192		C. I pag. 244
Nov. 4 C. I	» 197	Nov. 115. — <i>Ut cum de appellatione cognoscitur, etc.</i>
» 4 » III, 1	» 193	
Nov. 7. — <i>De non alienandis aut permutandis ecclesiasticis rebus, etc.</i>		C. III pag. 29
pag. 32		» IV » 29
Nov. 8. — <i>Ut iudices sine quoquo suffragio fiant, etc.</i>		» VI » 176, 192
pag. 32		Nov. 120. — <i>De alienatione et emphyteosi, etc.</i>
Nov. 15. — <i>De defensoribus civitatum, etc.</i>		C. IV pag. 383
C. III in f.	pag. 103	Nov. 136. — <i>De argentariorum contractibus.</i>
» IV	» 103	pag. 167
Nov. 18. — <i>De triente et semisse et successione filiorum, etc.</i>		praef. » 193
C. I	pag. 29	C. I » 192, 194

THEOPHILI Paraphrasis.

LIB. IV.		§ 24 pag. 32
Tit. 6. — <i>De actionibus.</i>		§ 30 » 108
§ 7	pag. 305, 432	§ 33 » 75, 80
§ 8	» 163, 165, 192	Tit. 15. — <i>De interditiis.</i>
§ 9	» 192	§ 3 pag. 428

Basilici.

Tom. II p. 435 (HEIMBACH II p. 363)	Tom. IV p. 10 (HEIMBACH III p. 62)
pag. 217	pag. 345
» II p. 480 » 217	» IV p. 12 » 375, 396
» II p. 596 » 229	» IV p. 30 » 375
» III p. 45 (HEIMBACH)	» IV p. 32 » 383
pag. 394	» IV p. 34 (HEIMBACH III p. 69)
» III p. 61 (HEIMBACH)	pag. 376 e seg.
pag. 408	» IV p. 48 » 383
» III p. 64 (HEIMBACH)	» IV p. 49 (HEIMBACH III p. 69)
pag. 319	pag. 377
» III p. 66 (HEIMBACH)	» IV p. 50 (HEIMBACH III p. 75)
pag. 449	pag. 336
» III p. 89 (HEIMBACH)	» IV p. 52 (HEIMBACH III p. 75)
pag. 448	pag. 336
» III p. 572 » 60	» IV p. 82 (HEIMBACH III p. 90)
» III, lib. XXIV, T. 9, C. 8	pag. 362 e seg.
pag. 144	» IV p. 184 » 201
» III, lib. XXIV, T. 9, C. 10	» IV p. 185 » 199
pag. 147	» IV, lib. XXVI, T. 7, C. 17
» III p. 72 (HEIMBACH)	pag. 158
pag. 428	» IV, lib. XXVI, T. 7, C. 27
» IV p. 5 » 390	pag. 196
» IV p. 6 (HEIMBACH III p. 60)	» VIII p. 365 (HEIMBACH V p. 526)
pag. 354	pag. 267
» IV p. 9 » 401	Lib. 52, Tit. 1, C. 21 » 57

Diritto canonico.

Cap. unico X <i>de commod.</i>	Cap. 5 X <i>de praescript.</i>
pag. 210	pag. 427
» 1 X <i>de feudis</i> » 385	» 20 X <i>de praescript.</i>
» 7 X <i>de iureiur.</i> » 384	pag. 427
» 26, 28 X <i>de iureiur.</i>	» 5 X <i>de raptor.</i> » 42
pag. 41	» 18 X <i>de rest. spoliator.</i>
» 32 X <i>de iureiur.</i> » 384	pag. 40
» 2 <i>de pactis in Cto</i>	» 1 X <i>de usuris</i> » 384
pag. 41	» 2 X » » 384
» IX <i>de pactis in Cto</i>	» 8 X » » 385
pag. 39	» 16 X » » 385
» 4 X <i>de pignorib.</i> » 384	D. Bonif. VIII, Cap. 59 <i>De reg. iuris.</i>
» 6 X » » 385, 417 e seg.	in 6. ^o pag. 238
» 7 X » » 359, 364	

Scrittori giuridici postgiustiniani.

ARMENOPULO, <i>Prócheiron nómon</i> 1, 3, § 47	STEFANO, <i>Comment.</i> ad fr. D. 13, 6, 5
pag. 192	pag. 276
III, 6 » 192	» » ad fr. D. 17, 2, 52, 3
BOEZIO, <i>Ad top.</i> § 41 » 256, 257, 259	pag. 214
DOROTEO, <i>Indice dei Digesti</i>	» » ad fr. D. 17, 2, 53, 3
pag. 283	pag. 280

DIRITTO MODERNO.

<i>Reichs. Pol. Ordn.</i> dell'an. 1530 art. 26	<i>Ordin. di pol. ted.</i> del 1577 tit. 20 § 5
pag. 387	pag. 366

Codice civ. francese.

Art. 1184	pag. 360	Art. 1877	pag. 210
» 1293	» 235	» 2078	» 366
» 1874	» 208	» 2169	» 432

Codice civile italiano.

Art. 416	pag. 310	Art. 1818	pag. 244
» 418	» 310	» 1819	» 208, 218
» 679	» 310	» 1888	» 372
» 1165	» 360	» 1889	» 373
» 1289	» 235	» 1891	» 372
» 1309	» 171	» 1892	» 373
» 1310	» 172	» 1893	» 373
» 1805	» 207 e seg.	» 1894	» 373
» 1806	» 208, 225	» 1895	» 372
» 1809	» 221	» 1896	» 373
» 1811	» 213	» 1897	» 372
» 1812	» 213	» 1950 e seg.	» 372
» 1813	» 240	» 2014	» 432
» 1814	» 241	» 2076	» 432
» 1815	» 223	» 2129	» 181
» 1816	» 223	» 2130	» 181
» 1817	» 245		

Cod. civile austriaco.

§ 976 pag. 223

Cod. civile germanico.

§ 1147 pag. 432

FONTI NON GIURIDICHE.

Corpus inscription. latinarum.

V. 1. n. 700 (pag. 76)	pag. 271	X. 1. n. 1285 (pag. 149)	pag. 271
V. 1. n. 2447 (pag. 237)	» 271	X. 1. n. 4230 (pag. 424)	» 271
V. 1. n. 3172 (pag. 355)	» 271		

Autori varii.

AUCTOR, <i>ad Herennium</i> IV, 51 § 61 pag. 254, 265	IULIUS CAPITOLIN. <i>Maxim. Iunior</i> c. 1 pag. 322
CAESAR, <i>de bello gallico</i> I, 8 » 158	IUVENALIS, <i>Sat.</i> VII v. 42 » 226
CATO, <i>de re rustica</i> V, 7 » 253, 255, 265	LAMPRIIDIUS, <i>Alex. Sever.</i> c. ult. pag. 321
CICERO, <i>ad Att.</i> XII, 23 » 158	LIVIUS, 38, 42 » 429
» <i>pro Caecina</i> cap. 6 » 163	MACROBIUS, <i>Saturnalia</i> I, 16 pag. 155
» <i>Ep. famil.</i> 13, 32 » 269	PLAUTUS, <i>Asin.</i> II, 4, 38 » 254
» » » 13, 56 » 361	» » II, 4, 38-9 » 253
» <i>pro Flacco</i> cap. 21 » 301	» » III, 3, 135 » 253
» <i>pro Murena</i> cap. 20 » 303	» <i>Aulul.</i> I, 2, 18 » 253 seg.
» <i>de natura deor.</i> 3, 30 § 74 pag. 250	» » II, 4, 32 » 254
» <i>de officiis</i> I, 16 » 269	» » II, 9, 3 » 254
» » II, 15 » 265	» <i>Curculio</i> 5, 2, 5 » 254
» » III, 17 § 70 pag. 250	» <i>Menec.</i> 4, 2, 94-96 pag. 254
» <i>Orator</i> cap. 29 » 344	» <i>Miles glor.</i> 2, 3, 76 pag. 254
» <i>de oratore</i> I, 36 » 97	» <i>Mostellar.</i> III, sc. 1, v. 120 pag. 97
» <i>pro Quintio</i> c. 5 » 158	» <i>Poen.</i> I, 2, 125 » 255
» <i>pro Roscio</i> III, 4 » 100	» » V, 2, 58 » 255
» » » III, 8 » 28	» <i>Pers.</i> I, 3, 38 » 255
» <i>Topica</i> 10, 42 » 250	» » I, 3, 47 » 255
» » 17, 66 » 250	» » III, 3, 35 » 255
» <i>in Ferrem</i> II, 2, 27 » 158	» <i>Rud.</i> II, 4, 21 » 269
» » III, 82 e seg. pag. 47	» » III, 1, 10 » 255
» » IV, 24 » 211	» <i>Trinum.</i> V, 2, 7 » 253
ENNIUS, fr. 364 (VAHLEN) » 254	PLINIUS, <i>Epist.</i> l. X ep. pen. pag. 134
GELLIUS, <i>Noct. Att.</i> VI (7) 15 pag. 255	QUINTILIANUS, <i>Declamat.</i> 280 pag. 180
» » » VI (7) 15, 2 pag. 265	SENECA, <i>De beneficiis</i> II, 24 pag. 344
» » » XX, 1, 39 e seg. pag. 160	» <i>Controvers.</i> I, 8 » 225
ISIDORUS, <i>Origin.</i> l. 5 cap. 25 pag. 299	TACITUS, <i>Agricola</i> c. 6 » 303
	TERENTIUS, <i>Heoub.</i> V, 1, 34 » 253

INDICE ALFABETICO

DELLE PRINCIPALI MATERIE TRATTATE NEL PRESENTE VOLUME

A

Accessori della cosa commodata	pag. 233
<i>Acceptilatio</i>	» 455
<i>Actio adiecticiae qualitatis</i>	» 77
» <i>arbitraria</i>	» 45 e seg., 84 e seg., 444
» <i>commodati</i>	» 208, 412
» » <i>directa</i>	» 245
» » <i>contraria</i>	» 245
» » <i>utilis</i>	» 245
» <i>de constituta pecunia</i>	» 457
» » » — Definizione	» 167
» » » <i>directa</i>	» 203
» » » <i>utilis</i>	» 203
» » » Requisiti	» 197
» <i>depositi</i>	» 246 e seg., 435, 447, 457
» <i>in duplum</i>	» 253
» <i>empti-venditi</i>	» 247
» <i>de eo quod certo loco</i> — Applicazione	» 89
» » » » — Formula	» 85
» » » » — <i>Forum</i> di esplicazione	» 92
» » » » — Rapporto con la <i>pl. pet. re</i>	» 103
» » » » — Scopo	» 94
» » » » — Sviluppo nelle Ist. e nel Cod.	» 95
» <i>ad exhibendum</i>	» 91, 245, 398
» <i>in factum</i>	» 39, 247
» <i>fiduciae</i>	» 301
» <i>furti</i>	» 280, 405
» <i>hypothecaria</i> — Originaria costituzione	» 431
» » — Profilo	» 431
» » — È azione reale	» 298
» » — Estinzione dell'obbligo principale	» 450
» » <i>utilis</i>	» 318
» » — Odierno contenuto	» 432
» <i>in ius</i>	» 431

<i>Actio iudicati</i>	pag. 91
» <i>legis Aquiliae</i>	» 245, 345 e seg., 398
» » » — Analogia con la <i>cond. furt.</i>	» 9
» » » — Differenza dalla <i>cond. furt.</i>	» 10
» <i>negotiorum gestorum</i>	» 251
» <i>ex pacto</i>	» 42
» <i>de pecunia constituta</i>	» 90, 447
» <i>pigneraticia</i>	» 298
» » <i>directa</i>	» 350, 403
» » <i>contraria</i>	» 318, 411
» <i>praescriptis verbis</i>	» 92, 208, 210, 412
» <i>publiciana</i>	» 433
» <i>quasi-serviana</i>	» 304, 429
» <i>quod metus causa</i>	» 7
» <i>reventicia</i>	» 163
» » — Era civile o pretoria?	» 163
» » — Sua abolizione.	» 165
» <i>rei uxoriae</i>	» 38
» <i>rerum amotarum</i>	» 24
» <i>Serviana</i>	» 303 e seg., 429
» <i>vi bonorum raptorum</i>	» 16
<i>Adiectus solutionis gratia</i>	» 327
<i>Aestimatio della cosa commodata</i>	» 213
» <i>venditionis causa</i>	» 232
<i>Agere ante condicionem</i>	» 111 e segg.
» » <i>tempus</i>	» 110
» <i>per sponsionem</i>	» 250
<i>Animus domini</i>	» 330
<i>Antioresi</i>	» 371 e seg.
» — Si ha solo nel pugno?	» 374 e seg.
» — Tacita	» 333
<i>Antiphonesis</i>	» 192
<i>Arbitrium nella cond. de eo q. certo loco</i>	» 83 e seg.
<i>Argentari</i>	» 162 e seg.
<i>Assistenza al ladro. Nella cond. furt.</i>	» 17
<i>Azione francescana</i>	» 48

B

<i>Beneficium excussionis</i>	pag. 191 segg., 197
---	---------------------

C

<i>Captio</i> — Significato	pag. 57
<i>Caso fortuito</i>	» 285, 357
<i>Cautio damni infecti</i>	» 42
<i>Censi redentivi (Wiederkaufsgüllen)</i>	» 387
<i>Clausola arbitraria di restituzione</i>	» 248, 458
<i>Coemptio fiduciae causa</i>	» 257
<i>Colpa del creditore pignoratizio</i>	» 346
<i>Commodante — obblighi</i>	» 244

Commodatario — obblighi	pag. 232
» — responsabilità	» 240 e segg.
» — non esclusivo suo vantaggio	» 239
Commodato	» 207, 246, 264, 347
» — Colpa	» 214
» — Gratuità	» 235
» — Scopo determinato.	» 265 e seg.
» — Uso determinato	» 221 e seg.
<i>Commodatum personarum</i>	» 209
» vari significati.	» 207
<i>Compensatio</i>	» 235 e seg.
» in relazione alla <i>pl. pet. re.</i>	» 106 e seg.
» dell' <i>argentarius e del bon. emptor.</i>	» 106 e seg.
<i>Condemnatio</i> nella <i>form. hypothecaria</i>	» 458
» certi	» 48 e seg.
» iucerti	» 82
<i>Conditio de eo quod certo loco</i>	» 73
» » » » — Estinzione	» 153
» » » » — Estremi	» 120
» » » » — Formula	» 78, 84 e segg.
» » » » — Luogo di pagamento	» 121 e seg.
» » » » — Natura	» 82
» » » » — Origine	» 80 e seg.
» » » » — Tempo per giungere al luogo	» 132 e seg.
» » » » — Termine per il pagamento	» 131
» » » » — Uso odierno	» 155
» <i>ex canone redintegrandae.</i>	» 40
» <i>ex cap. I-X de pactis</i>	» 39
» » <i>5-X de raptor.</i>	» 42
» » <i>18-X de restitut. spoliator.</i>	» 40
» <i>ex lege</i> — concetto	» 28
» » — è azione innominata	» 28
» » — è azione personale	» 29
» » in base a diritto reale	» 30
» » fondata su fatti leciti	» 34 e seg.
» » <i>7 de nautico foenore D. 22, 2</i>	» 35
» » <i>30 de inoff. testam. cod. 3, 28</i>	» 35
» » ult. § 1 <i>de petit. heredit. cod. 3, 31.</i>	» 36
» » <i>4 finium regundor. cod. 3, 39</i>	» 34
» » <i>6 de dot. promiss. cod. 5, 11</i>	» 34
» » <i>7 de dot. promiss. cod. 5, 11</i>	» 36
» » <i>35 § ult. de donat. cod. 8, 53</i>	» 34
» » ult. <i>de revoand. donationibus cod. 8, 55</i>	» 33
» » <i>Iulia de adulteris</i>	» 32
» <i>ex moribus</i>	» 39-42
» <i>ex statuto</i>	» 39-42
» <i>furtiva</i>	» 50, 405
» » — Concetto	» 6

<i>Condictio furtiva certi</i>	pag. 13
» » — Fondamento	» 18 e seg.
» » — Formola	» 4 e seg.
» » <i>incerti</i>	» 13
» » — legittimazione attiva	» 9
» » — natura delittuosa	» 19 e segg.
» » — novaz. dell'obbligo nascente dal furto	» 27
» » — origine	» 1
» » — prestazione dell'interesse per la cosa rubata.	» 25
» » — restituzione della cosa rubata	» 25
» » — restituzione dei frutti della cosa rubata.	» 25
» » — determinazione del valore della cosa rubata.	» 25
» » — vantaggi.	» 1 e segg.
» <i>incerti</i>	» 49
» <i>ob iustam causam</i>	» 8 e seg.
» <i>possessionis</i>	» 8
» <i>sine causa</i>	» 245
» <i>triticiana</i> — formula	» 72
» » — natura	» 47
» » — odierna applicazione	» 70 e seg.
» » — oggetto	» 47
» » — origine	» 46 e seg. 71
Conduttore — nell' <i>a. furti</i>	» 14
Concorso sul patrimonio del debito pignorativo	» 345
<i>Confusio</i>	» 453
<i>Constituere</i> — significato	» 156
<i>Constitutum</i> — origini	» 160
» <i>debiti alieni</i>	» 186
» » » — carattere originario	» 186
» » » — carattere posteriore	» 186
» » » — rapporti con la <i>adiezione</i>	» 195
» » propri	» 168
» » » — chi può conchiuderlo	» 170
» » » — forma	» 177
» » » — mutazione del <i>genus in species</i>	» 182
» » » — mutazione del luogo di pag.	» 182
» » » — mutazione del term. di pag.	» 182
» » » — mutazione dell'oggetto	» 181
» » » — pagamento al terzo	» 178 e seg.
» » » — presupposti.	» 170
» » » — termine di pagamento	» 180
» » » — vantaggi per dir. romano.	» 180 e seg.
» e donazione	» 185
» nell'uso odierno.	» 204
<i>Contractus ad restitutionem</i>	» 212
» <i>fiduciae</i>	» 299 e seg., 330
Contratti innominati	» 91
Contratto di pegno — accessorieta	» 293

Contratto di pegno — realtà	pag. 306
» » — è <i>bonae fidei</i>	» 307
Cosa commodata — altrui	» 230
» » — consegna	» 209, 212
» » — consumabile	» 231
» » — ecclesiastica	» 232
» » — fungibile	» 211, 231
» » — incorporale	» 226, 268
» » — lucro trattone	» 233
» » — non fungibile	» 268
« » — suo perimento	» 213
» » — ritardo nella restituzione	» 235
» » — salvamento in caso di pericolo	» 218 e seg.
» » — uso	» 210
Cosa oppignorata fruttifera	» 330
Credito condizionale nel pegno	» 328
» futuro nel pegno	» 328
Creditore pignoratizio	» 288
» » nella <i>cond. fart.</i>	» 12 e seg.
» » — diritti	» 337 e seg.
» » — obblighi	» 345
Castodia	» 276, 291
» — categorie varie secondo le fonti	» 280
» del pegno	» 345 e seg.
» tecnica	» 276 e seg.

D

<i>Damnnum</i>	pag. 289
Danno — sua fissazione nella <i>c. de eo q. c. l.</i>	» 137 e seg.
» prodotto dalla cosa oppignorata	» 396
» e risarcimento	» 328
Dare — significato nella <i>c. de eo q. c. l.</i>	» 134
Debiti di giuoco	» 326
Delegazione	» 187
DEMELIUS sua opinione sull'origine dell' <i>a. i. fact.</i>	» 438
Derubato — mezzi giurid. diversi a lui competenti	» 2 e seg.
Deterioramento della cosa commodata	» 232
» del pegno	» 397
<i>Dies causa</i>	» 211
<i>Dies nella pl. pot. tempore</i>	» 115
<i>Diligentia</i>	» 276 e seg.
» <i>et custodia</i> nel commodato	» 238
Diritto reale — oggetto di precario	» 269
Distruzione della cosa nella <i>cond. fart.</i>	» 11
Dolo	» 55
» del creditore pignoratizio	» 346
Donazione non insinuata	» 327

E

<i>Embatiudis</i>	pag. 431
Erede nell' <i>a. de const. pecunia</i>	» 203

Erede nella <i>cond. furtiva</i>	pag. 10
» dell'oppignorante	» 317
Espromissione	» 187
<i>Exceptio doli</i>	» 103, 108, 324
» <i>dominii</i> opposta al commodante	» 237
» <i>litis dividuae</i>	» 99, 101
<i>Exceptio non numeratae pecuniae</i>	» 206
» <i>pluris petitionis</i>	» 41
» <i>rei venditae et traditae</i>	» 324

F

<i>Faustpfand</i> (pegno manuale).	pag. 294
Fedecommissario nell' <i>a. de const. pecunia</i>	» 203
Fideiussione — differ. dal <i>const. debiti alieni</i>	» 187
Fideiussore	» 57
» — acquisto del pegno	» 369
» — esperibilità dell' <i>a. arb. de eo q. c. l.</i> contro di lui	» 142 e seg.
<i>Fiducia cum amico contracta</i>	» 255 e seg.
» <i>cum creditore</i>	» 256
» — scopi	» 258
Fiduciario nell' <i>a. de const. pecunia</i>	» 203
Formula — funzione sua	» 444 e seg.
» <i>in factum e in ius</i>	» 437
» <i>hypothecaria</i>	» 428
» » — sue parti	» 438 e seg.
» » — ricostruzioni	» 434 e seg.
<i>Forum domicilii</i>	» 93
» <i>originis</i>	» 93
Frutti della cosa commodata.	» 233
Fuga	» 290
<i>Fur manifestus et neo manifestus</i>	» 16
Furto del <i>Aliusfamilias</i>	» 16
<i>Furtum</i>	» 18, 290
» <i>possessionis</i>	» 12, 403
» <i>usus</i>	» 221

G

<i>Genus</i> — prestazione di	pag. 56 e seg.
Giuramento estimatorio.	» 49
» nel patto commissorio in <i>pignore</i>	» 363 e seg.

H

<i>Habitatio</i>	pag. 268, 271
» — oggetto di comodato	» 227
<i>Handhabendes Pfand</i>	» 294
<i>Honorarium</i>	» 225
<i>Horrearius</i>	» 284
<i>Hyperocha</i>	» 390
<i>Hypothecae pactum</i>	» 298, 302

I

<i>Imploratio officii iudicis</i>	pag. 42
Indeterminatezza del <i>genus actionis</i>	» 39
Infamia	» 252
<i>Intentio</i> certa nella <i>pl. pet. causa</i>	» 118
» nella <i>cond. ex lege</i>	» 29
» nella <i>formula in factum</i>	» 435
» <i>incoerti</i>	» 82
<i>Intercipere</i>	» 292
<i>Interdictum de migrando</i>	» 435
» <i>quasi salvianum</i>	» 342, 428
» <i>salvianum</i>	» 342, 428
Interesse nell' <i>actio furti</i>	» 8
» <i>proibito</i>	» 327
<i>Interlocutio</i>	» 446
<i>Interrogationes in iure</i>	» 103
<i>Iudex pedaneus</i>	» 43

L

<i>Latrocinium</i>	pag. 290
Legatario — sua posizione nella <i>cond. furti</i>	» 10
<i>Legatum per damnationem</i>	» 91
<i>Legis actio per conditionem</i>	» 71 e seg.
<i>Lex commissoria</i>	» 301, 358
» <i>in iulia de marit. ordinibus</i>	» 36 e seg.
» <i>nova</i>	» 31, 39
<i>Litis aestimatio</i>	» 459
» <i>contestatio</i>	» 242, 459
Locazione	» 217, 264
Luogo di pagamento	» 150, 151

M

<i>Mancipatio fiduciae causa</i>	pag. 257
Mandatario nel contr. di pegno	» 308 e seg.
Manomissione dello schiavo nella <i>cond. ex lege Iulia</i>	» 37 e seg.
<i>Minus petere</i>	» 99
» » <i>causa</i> — opinione del COHN	» 118 e seg.
» » nella <i>demonstratio</i>	» 101
» » <i>re</i> nella <i>condemnatio</i>	» 102
<i>Mora accipiendi</i>	» 68 e seg.
» nell'adempim. dell'obbligazione	» 55 e seg.
» nella <i>cond. de eo q. o. l.</i>	» 121
» nel <i>constitutum</i>	» 198
» — sua influenza sul <i>dies certus</i>	» 59
» — sua influenza sul <i>dies incertus</i>	» 59
» <i>ex re</i>	» 67
» — interessi	» 337
» per interpellazione extragiudiziale	» 67 e seg.

<i>Mora</i> nei negozi <i>bonae fidei</i> e <i>stricti iuris</i>	pag. 68 e seg.
» <i>praestandi</i>	» 64 e seg.
<i>Mutuo</i>	» 61, 336

N

<i>Nauta et caupo</i>	pag. 281 e seg.
<i>Negotia bonae fidei</i>	» 45, 74
» <i>stricti iuris</i>	» 45
<i>Noxae deditio</i>	» 237

O

<i>Obligatio naturalis</i>	pag. 325, 453
Obblighi del debitore pignoratizio	» 394
Obbligo da delitto	» 45

P

<i>Pactum antichreticium</i>	pag. 381
» » — interessi illeciti	» 384
» <i>geminatum</i> o <i>iteratum</i>	» 168
» <i>legitimum</i>	» 31
» <i>de nautico foenore</i>	» 35
» <i>de non petendo</i>	» 453 e seg.
<i>Pecunia</i> — significato	» 159
» <i>credita</i> — significato.	» 159
» <i>gratuita</i>	» 384
<i>Pegno</i> — acquisto per parte del creditore	» 365 e seg.
» — alienazione	» 398
» di credito	» 310 e seg.
» evizione	» 342
» generale	» 316
» manuale	» 294, 297
» — oggetto	» 310
» — perdita	» 346
» — prescrizione dell'azione derivante dal contr.	» 420 e seg.
» speciale	» 316
<i>Pena pecuniaria</i>	» 328
<i>Periculum rei aestimatae</i>	» 217
<i>Pignus</i> — concetto	» 293
» — derivazione	» 294
» — significato triplice	» 293 e seg.
<i>Plus intendere</i>	» 99
» <i>petere</i> — significato	» 99
» <i>petitio</i>	» 97
» » <i>ed act. certae</i>	» 100
» » — carattere originario	» 97
» » — categorie	» 98
» » — causa	» 117
» » — effetti nella <i>demonstratio</i>	» 100
» » <i>loco</i>	» 74 e seg. 116
» » <i>e formulae incertae</i>	» 116 e seg.

<i>Plus petitio e minus petitio re</i> — Riforme di GIUSTINIANO	pag. 103
» » » — Riforme di ZENONE	» 102
» » se occasionasse una pena	» 100
» » <i>re</i> — casi diversi	» 104
» » <i>re</i> nella <i>condemnatio</i>	» 102
» » <i>re</i> — teoria	» 103 e seg.
» » e <i>restitutio in integrum</i>	» 99
» » <i>tempore</i>	» 110
» » in diritto moderno	» 119
Possesso — perdita per parte del commodante	» 237
<i>Precario</i>	» 223, 264, 347
<i>Precario</i> — indeterminatezza dello scopo	» 265 e seg.
» e rinnovazione esplicita o tacita	» 266
Precontratto	» 212
Prestito di consumazione	» 208
» d'uso	» 208
<i>Privilegium electionis fori</i>	» 94
Procuratore nell' <i>act. de const. pec.</i>	» 203
Promessa scritta pignoratizia (<i>Pfandverschreibung</i>)	» 294

Q

<i>Querella inofficiosae donationis</i>	pag. 38
» <i>non numeratae pecuniae</i>	» 447

R

Rapina	pag. 290
<i>Receptum</i>	» 161, 164, 262
» e <i>constitutum</i> — differenza	» 163
<i>Rei vindicatio</i>	» 245, 350, 413
<i>Rem perdere</i>	» 97
<i>Remissio pignoris</i>	» 453 e seg.
<i>Replicatio doli</i>	» 454
<i>Res corporales</i> — solo oggetto di comodato	» 269
Restituzione del pegno	» 358, 388
<i>Retentio pignoris</i>	» 452
Ricognizione — contratto	» 204
Ricognizione di debito e const. debiti proprii	» 168
Rioppignoramento	» 338
Ritenzione, diritto di	» 295, 315, 327
Risarcimento del danno	» 356, 394

S

<i>Satisfactio</i>	pag. 441, 449 e seg.
<i>Sen. Cons. Macedonian.</i>	» 327
» » <i>Trebellian.</i>	» 203
Servitù del fondo ipotecato	» 348
» oggetto di pegno	» 312
» personali — oggetto di comodato o di precario	» 270
» prediali	» 270
» urbane	» 312 e seg.

<i>Solutio</i>	pag. 441, 449 e seg.
<i>Specie</i> — prestazione nei <i>neg. bonae fidei</i>	» 63
» » » <i>stricti iuris</i>	» 63
Spesificazione della cosa rubata nella <i>cond. furt.</i>	» 25 e seg.
Spese necessarie sulla cosa <i>commodata</i>	» 240
» straordinarie sulla cosa <i>commodata</i>	» 240
» necessarie sul pegno	» 402
<i>Sponsio dimidiae partis</i>	» 159, 206
» <i>tertiae partis</i>	» 159
Stima <i>officio iudicis</i>	» 54 e seg.
» per <i>iramentum in litem</i>	» 54 e seg.
<i>Succesor singularis</i> nella <i>cond. furt.</i>	» 16
<i>Suppegno (Unterpfand)</i>	» 294

T

<i>Tempus litis contestatae</i>	pag. 45, 54
» <i>rei iudicatae</i>	» 45, 54
Terzo possessore del pegno	» 412
THON, opinione sulla <i>form. hypothecaria</i>	» 440
Tortura degli schiavi	» 31 e seg.
<i>Tripli agere</i>	» 32
<i>Turpitude</i> del debitore e del creditore	» 326
Tutore, nella <i>cond. furt.</i>	» 32

U

<i>Unterpfand</i>	pag. 294
Utili certi ed incerti nell' <i>anticoresi</i>	» 386
Uso della cosa oppignorata	» 331
Usufruttuario, nella <i>cond. furt.</i>	» 12
<i>Usureceptio</i>	» 256, 258
<i>Utendum dare</i>	» 252 e seg.

V

Vendita del pegno	pag. 341
<i>Viatores</i>	» 33
<i>Vindicatio incertae partis</i>	» 103, 105
Violenza, nel contratto di pegno	» 307
<i>Voluntas domini</i> , nell' <i>act. furti</i>	» 8

W

<i>Wiederkaufgülden</i> (censi redentivi)	pag. 387
---	----------

INDICE DEL VOLUME

TIT. I. — *De conditione furtiva.*

§ 837. Diversi mezzi giuridici competenti al derubato. Vantaggi della <i>condictio furtiva</i>	pag. 1
§ 838. Concetto della <i>condictio furtiva</i> . <i>Condictio certi</i> ed <i>incerti</i>	» 6
§ 839. Fondamento dell'azione. — In quanto essa abbia luogo contro gli eredi del ladro	» 18
§§ 840-841. A che tenda la <i>condictio furtiva</i> . Come si determini il valore della cosa rubata.	» 25

TIT. II. — *De conditione ex lege.*

§ 842. Concetto e determinazione di questa <i>condictio</i>	» 28
---	------

TIT. III. — *De conditione triticiana.*

§ 843. Concetto, nome e natura della <i>condictio triticiana</i>	» 44
§ 844. A qual momento debba il giudice riferirsi nel valutare la cosa: in quanto venga preso in considerazione il luogo	» 51

TIT. IV. — *De eo, quod certo loco dari oportet.*

§ 845. Fondamento, concetto ed origine di questa <i>condictio</i>	» 73
Prima appendice del traduttore al § 845	» 79
Seconda appendice del traduttore al § 845. <i>Plus petitio</i>	» 96
<i>Plus petitio tempore</i>	» 110
» » <i>loco</i>	» 116
» » <i>causa</i>	» 117
§ 846. Estremi della <i>condictio de eo quod certo loco</i> . — Fino a qual punto essa abbia luogo contro i fideiussori. L. 8 Dig. h. t.	» 120
§ 847. <i>Quid iuris</i> se è stata promessa una prestazione in più luoghi? <i>Quid</i> se qualcuno ha stipulato che si dovesse fare il pagamento nel luogo determinato a lui o ad un terzo? Quando si estingue l' <i>actio arbitraria</i> ?	» 150
§ 848. Uso odierno di questa <i>condictio</i>	» 155

TIT. V. — *De pecunia constituta.*

§ 849. Spiegazione delle terminologie: <i>constituere</i> , <i>pecunia</i> , <i>constitutum proprium et alienum</i> ; <i>receptum</i> , <i>actio recepticia</i> , <i>de constituta pecunia</i>	» 157
§ 850. Del costituito di debito proprio.	» 168
§ 851. Del costituito di debito altrui	» 186
§ 852 a). Condizioni dell'azione <i>de constituta pecunia</i> . Azione diretta ed utile	» 197
§ 852 b). Uso attuale di questa dottrina	» 204

TIT. VI. — *Commodati vel contra.*

§ 853. Concetto del comodato e suoi requisiti	pag. 207
§ 854. Il comodato è un contratto reale	» 212
§ 855. Chi sopporta il caso nel comodato? Quando può ripetersi la cosa?	» 213
§ 856. Il comodato è un contratto gratuito	» 225
§ 857. Oggetto del comodato. Obbligazioni del commodatario.	» 226
§ 858. Responsabilità del commodatario per il fatto di coloro, per mezzo di cui rimanda la cosa al commodante. Responsabilità di più commodatarii o di più eredi	» 240
§ 859. Obbligazioni del commodante	» 244
§ 860. Azioni derivanti dal comodato.	» 245
Prima appendice del traduttore al § 853. Svolgimento storico dell'istituto.	» 246
Seconda appendice del traduttore al § 853	» 264
Prima appendice del traduttore al § 857	» 268
Seconda appendice del traduttore al § 857	» 276

TIT. VII. — *De pignoratitia actione.*

§ 861. Concetti di <i>pignus</i> e di <i>hypotheca</i> . Differenza fra essi	» 293
§ 862. Contratto di pegno. <i>Contractus fiduciae; pactum hypothecae</i>	» 297
§ 863. Quali cose possono formare oggetto del contratto di pegno?	» 310
§ 864. Il contratto di pegno è un contratto accessorio	» 325
§ 865. Oppignoramento di una cosa fruttifera	» 330
§ 866. Diritti del creditore pignoratizio	» 337
§ 867. Obblighi del creditore pignoratizio	» 345
§ 868. Obbligo del creditore pignoratizio al risarcimento del danno	» 356
§ 869. Obbligo alla restituzione del pegno. <i>Lex commissoria</i>	» 358
§ 870. Il patto anticretico	» 371
§ 871. Quando è tenuto il creditore alla restituzione del pegno?	» 388
§ 872. Restituzione dell'eccedenza	» 390
§ 873. Obblighi del debitore.	» 394
§ 874. Azioni derivanti dal contratto di pegno	» 403
§ 875. Ha luogo contro i terzi l' <i>actio pignoratitia directa</i> ?	» 411
Appendice del prof. G. PETRONI « <i>La formula hypothecaria</i> »	» 428
I. Importanza della <i>formula hypothecaria</i>	» 428
II. Profilo dell' <i>actio hypothecaria</i>	» 431
III. La <i>formula hypothecaria</i>	» 433
a) Le parti della <i>formula</i>	» 438
b) Il requisito della formula « <i>eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum, etc.</i> », e la opinione del THON	» 440
c) Le altre parti della formula: la clausola arbitraria di restituzione: « <i>nisi ea res arbitrato tuo resti- tuetur</i> »: la « <i>condemnatio</i> » rivolta al « <i>quanti ea res erit</i> »	» 458

C. S. 1118
9/2 11/11

