COMMENTARIO

ALLE

PANDETTE

DI

FEDERICO GLÜCK

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

DIRETTORI
FILIPPO SERAFINI E PIETRO COGLIOLO

LIBRO III

Tradotto ed annotato da

CONTARDO FERRINI
PROFESSORE NELL'UNIVERSITÀ DI MESSINA

SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
Milano - Via Ausonio, 22 - Gall. De Cristoforis, 54-55

LIBRO III.

TITOLO I.

De postulando.

---

§ 358 e 359.

Che cosa significa postulare? *Che cosa significa* avvocato?

Se non fu possibile risolvere amichevolmente una controversia di diritto, bisogna trattarla cogli ordinarii rimedii giuridici avanti ai tribunali. Le parti possono venire in persona a trattar la propria causa avanti i giudici, o possono servirsi a tal uopo di un legale rappresentante [a]). Per l'uno e per l'altro caso viene usata l'espressione « *postulare* », la quale pertanto, come ULPIANO [67]) insegna, significa: *desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere vel alterius desiderio contradicere:* ossia esporre nel debito modo al giudice le proprie ragioni o quelle del proprio cliente o confutare le pretese dell'avversario, contraddicendo colle forme volute dalla legge a' suoi argomenti. Quelli che per professione assistono le parti nelle loro emergenze giuridiche, che impartiscono loro consiglio legali, che ne propugnano i diritti, si chiamavano « *advocati* » ed è perciò che nel titolo « *de postulando* » si parla a preferenza degli avvocati. Gli avvocati si chiamano nelle Fonti

---

67) Fr. 1 § 2 h. t. [3 1].

---

a) In diritto romano, a differenza che nel nostro, era per regola generale concesso alle parti di trattare in persona la causa propria; cfr. KELLER, *Civilproc.* [6.ª ediz. per cura di WACH] p. 262 e seg.

anche « *patroni* » o « *patroni causarum* » [68]); inoltre *togati* [69]) ed anche *scholastici* [70]) e, poichè solevano tenere in luogo dei loro clienti arringhe in giudizio, si diceva di loro *quod causas orarent* [71]) e si diede loro il titolo di *oratores* [72]) o anche *disertissimi* [73]). In generale stavano essi appo i Romani in grande concetto, come si vede dagli elogi che gli imperatori LEONE ed ANTEMIO [74]) fanno di loro. Oggidì si chiamano gli avvocati anche « peroranti », « assistenti legali » e il loro ufficio in tanto somiglia a quello degli antichi avvocati romani, in quanto assistono le parti in causa nella condotta del processo avanti i tribunali e prestano loro consiglio ed opera in tutto

---

68) Fr. 1 § 4 h. t. c. 4. c. 6 *eod.* [2 6] c. l. c. 5. c. 14 *De advoc. divers. udicior* [2 7].

69) C. 3 c. 6 c. 8 c. 9 seg. *De advoc. divers. iudic.* [2 7].

70 C. 2, *De lucris advoc.* [12 61] *b*).

71) Fr. 2 § 43 *De origine iuris* [2 1].

72) GELLIO, *Notti attiche* lib. V c. 10, c. 33 § 1 *De episcop. et cleric.* [1 3] c. 3 § 9 *De V. I. E.* [1 17].

73) C. 13 *De adv. divers. iudic.* [2 7].

74) C. 14 *eod.* *c*) Nella c. 4, § 1 *eod.* vengono chiamati anche « viri clarissimi ». Si confronti inoltre Adr. STREGER *Comment. de nomine advocatorum honorificentissimo* Lipsia 1735.

---

a) In origine i *patroni* erano distinti dagli *advocati;* cfr. PSEUDO-ASC., *in Div.* 4 11: *qui defendit alterum in iudicio aut* PATRONUS *dicitur, si orator est, aut* ADVOCATUS *si aut ius suggerit aut praesentiam... commodat amico*, cfr. CIC., *de Or.* 1 37 – 2 74. — Coll'andare del tempo, come provano i passi citati dall'autore, le due professioni vennero a fondersi in una sola. L'autore del dialogo *de causis corruptae eloquentiae* dice in proposito: cap. 1: *horum temporum diserti causidici et advocati et patroni et quidvis potius quam oratores vocantur.* Vedi il RUDORFF, *Rivista della scienza storica del diritto* [ted.°] XIII p. 61. — JHERING, *Spirito del diritto romano* [ted.°] vol. II p. 436. — Una rassegna copiosa di testi si trova nel RUDORFF, *Storia del diritto romano* [ted.°] vol. II p. 50 n. 4.

b) Vedi in proposito lo ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Anecdota*, Lipsia 1843. — Prolegomena cap. IV § 53 p. XLIX seg. *scholastici quidem primo dicebantur* οἱ σχολάζοντες *i. e. qui otio et litteris dediti essent: deinde ii, qui eloquentiam docerent, rhetores sine declamatores litium fictarum: denique a fictis litibus nox illa* scholastici, *ut et haec nox rhetoris, translata est ad veras lites, ita ut advocatos sine causarum patrones significaret.* Cfr. pure il commento di GOTOFREDO al Codice Teodosiano, ed. RITTER vol. II p. 627 [ad C. Th. 8, 10, 2]. VOELL. et JUSTELL., *Bibliotheca iuris canonici* vol. I, p. 137. — HEIMBACH (iuniore), *Anecdota*, Lipsia 1838 Proleg. Tom. I p. IV-VI.

c) Cfr. anche KELLER l. c. p. 263. — HINSCHIUS nel *Rlx* di HOLTZENDORFF I 33.

ciò che richiede cognizione del diritto. Essi vanno distinti dai *procuratori* o *rappresentanti*, che ricevono pieni poteri dalle parti e ne sono per conseguenza veri sostituti, i quali pertanto possono occuparsi anche di tali affari, che non richiedono punto cognizioni legali [75]) [a]). Di ciò parleremo con maggior diffusione nel terzo titolo di questo libro. Questo argomento degli avvocati fu recentemente bene elaborato da Giovanni Cristoforo NELLER [76]) e da Giorgio Federico Giuseppe ROSSEL [77]). All'interpetrazione giovano anco i commentarii dei giureconsulti greci e in ispecie di TALELEO, TEODORO, STEFANO, CIRILLO e altri sul titolo *de postulando* nelle Pandette e nel Codice [78]).

---

75) LAUTERBACH, *Collegium theor. pratic. Pandect.* h. t. § 2. — HOEPFNER *Commentario sulle Istituzioni* [ted.°] § 117. — DANZ, *Elementi di procedura civile* [ted.°] § 44 n. *a*.

76) Diss. *De postulando, seu de advocatis causarum* (*Opusc.* editi da LUXENER tom. I p. I p. 168 seg.

77) Diss. *De advocatis*, preside Carlo Crist. — HOFACKER, Tubinga 1788 [b]).

78) Stanno nel *Thesaurus* di MEERMANN tom. III [c]).

---

a) È inutile osservare che qui s'accenna al diritto tedesco del principio del secolo. La distinzione nostra fra avvocati e procuratori è troppo nota per ripeterla qui.

b) Fra' recenti notiamo BOLLICI, *La giurisprudenza e la vita di Plinio il giovane* spec. p. 45 e seg. — MANTELLINI, *Papiniano o l'avvocatura erariale*. — HINSCHIUS nel *Rlæ* di HOLTZENDORFF I 33-39. — JAQUES, *La libera avvocatura e la sua organizzazione legislativa* [ted.°], Vienna 1868. — GNEIST, *La libera avvocatura*, Berlino 1867 [ted.°]. — BRIX, *Organizzazione dell'avvocatura in Prussia, Austria ecc.* [ted.°] 1869 Vienna. — CESARE NORSA, *Relazione al Congresso giuridico sull'esercizio della professione di avvocato e procuratore*. — ZANARDELLI, *L'avvocatura* 1879.

c) RUHNKENIO pubblicò il libro VIII dei Basilici mancante nel FABROT nel *Tesoro giuridico* di MEERMANN t. III p. 1-14 e t. V p. 1-84. Più tardi (1765) fu questo libro pubblicato a Leida nel *Supplementum operis Basilici Fabrotiani*. Affatto simile al manoscritto leidense da cui fu tratto questo libro co' relativi scolii è quello spagnuolo, poi « *hacnelianus* ». Con questi sussidi e [pel testo] coll'aiuto pure del Cod. Coisl. 151 pubblicò HEIMBACH questo libro nella sua edizione de' Basilici Tom. I p. 323-425. Il titolo I del libro VIII de' Basilici risponde al Titolo 3, 1 de' Digesti [cap. 1-10], al titolo 2 6 del Codice [cap. 11-17], al tit. 2 7 id. [cap. 18-36], al tit. 2 8 [cap. 36-39], al tit. 2 9 [cap. 40-42], al tit. 2 10 [cap. 43]. Al quale proposito vogliamo avvertire come lo HEIMBACH seguendo antiche e scorrette edizioni faccia cominciare alla legge C. 2 7 20 un nuovo titolo [che dovrebbe formare il tit. 8 di questo libro coll'iscrizione « de advocatis diversorum iudicum »]. — Il testo della versione de'Digesti è quello dell'*Anonimo*, del quale gli scoli conservano parecchie note o « paragrafi »; quello della versione del Codice di *Taleleo*. La ἑρμενεία o « interpretatio » de'Digesti appartiene a STEFANO [in modo evidente ciò appare dalla ricostruzione ine-

§ 360.

Fin quando si possano ammettere gli avvocati.

Gli avvocati, che trattano avanti ai tribunali affari giuridici oscuri e dubbiosi colla dovuta cognizione del diritto, acutezza e abilità sono certamente allo Stato utilissimi. Per ciò è libero ad ogni parte in causa di valersi di un avvocato in giudizio ed è una mera eccezione dalla regola che il giudice possa costringere una parte a trattare in persona e senza assistenza la causa propria: eccezione che ha luogo in pochi casi: per esempio, nelle cause penali, in cui si esige di ascoltare l'imputato, nelle cause matrimoniali in cui si deve tentare di conservare o rendere l'armonia fra le parti [79]). Talora può anche il giudice attribuire d'ufficio un difensore alla parte [80]); ove, per esempio, essa non possa avere altrimenti alcun avvocato. Anzi egli può costringere una parte a valersi di un avvocato, qualora non sia in grado di trattare la causa propria avanti i tribunali [a]). Se tuttavia le Fonti impongono al giudice di procurare [81]) che ambo le parti sieno difese con uguale impegno da due avvocati di pari valore, questo è oggidì andato in disuso [82]).

---

79) Cap. 14 X *De iudic.* cap. 1 *eodem* in 6to. E. E. — BOEMER, *Ius eccles. protest.* lib. I tit. XXXVII § 2 seg.

80) Fr. 1 § 4 h. t. [3 1].

81) C. 7 *eod.* [2 6].

82) VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 11. — NELLER, diss. cit. Sect. II § 2 n. *i* pag. 178. — CLAPROTH, *Introduzione alla procedura civile ordinaria* [ted.] p. I § 72 not. *mm.*

---

dita dell'Indice de' Digesti di Stefano donatami con incomparabile generosità dallo ZACHARIAE VON LINGENTHAL]. Gli scolii contengono poi oltre qualche osservazione dell'*Enantiofane* altre poche di recenziori. mentre quelli alla versione del Codice, oltre l'interpretatio taleleana, il compendio di TEODORO pure con note di recenziori. In complesso questo libro è uno de' più importanti per il buono stato di conservazione ed è da rallegrarsi che già il nostro Autore ne abbia veduto l'importanza in ordine all'esegesi delle Fonti.

a) Molto diversamente sta la cosa nel nostro diritto vigente; cfr. gli articoli 274, 275 e 277 del *Codice di procedura penale* e gli articoli 54 e 55 della legge 8 giugno 1874.

§ 361.

Classificazione degli avvocati.

Gli avvocati sono o non sono autorizzati all'esercizio del loro ufficio. Questi ultimi non vengano in via generale ammessi come patrocinatori avanti i tribunali; essi non possono firmare atti processuali, ma li devono far sottoscrivere almeno da un avvocato autorizzato. Di regola dunque nessuno può avvocare avanti i giudizii, se prima non ha a tale scopo ottenuta facoltà dallo Stato in seguito ad un esame e giuramento. Dal momento che il beneficio de' cittadini dipende in gran parte da un'ordinata, sicura e legale condotta degli affari giudiziarii, non può essere cosa indifferente per lo Stato quali uomini vengano scelti a patrocinatori legali; ma esso ha un dovere di scegliere a tal uopo uomini di provata abilità e dottrina e indicarli al pubblico come gente, a cui esso si può volgere con sicurezza nelle sue private emergenze. Con ragione avvisa il nostro autore che l'ufficio di un patrocinatore oggidì è ordinariamente un ufficio pubblico. Dipende naturalmente dalle leggi dei diversi paesi, poichè in taluni luoghi e appo certi tribunali ciascuno, che abbia in genere la richiesta capacità è ammesso come avvocato. Se in un luogo è stabilito un determinato numero di avvocati, coloro che sono stati, dopo esame e giuramento, annoverati formalmente tra questi si chiamano « *advocati ordinarii* »; quelli invece che sono stati ammessi oltre il numero fissato si dicono « *advocati supernumerarii* » o *extraordinarii* [83]).

---

83) Anche appo i Romani era stabilito un numero determinato di avvocati [a]); quindi si fa spesso nelle Fonti menzione della *matricula advocatorum* fr. 11 13 15-17 *De advocat. divers. iudicior.* [2 7]. Per esempio appo il prefetto del pretorio erano stabiliti 150 avvocati, c. 8 c. 11 § ult. *eod.* — Cfr. DONELLO, ne' *Commentar. iur. civ.* lib. XVIII cap. 3 pag. 1018. Presso la Corte dell'impero sono ordinati dodici avvocati ordinarii per il patrocinio delle cause private. — Cfr. G. Enrico VON BERG, *Elementi dell'ordinamento e della prassi della Corte dell'impero* [ted.°] Gottinga 1797 8 § 71.

---

a) Ciò non avvenne però che tardi sotto l'impero, attesa anche la copia grande

Riguardo alla natura delle cause, a cui patrocinio e cura gli avvocati sono pubblicamente stabiliti, si hanno pure diverse categorie. Vi sono cioè *advocati fisci*, che difendono i diritti del sovrano, e *advocati privati*, che attendono al disimpegno degli affari giuridici dei cittadini. I primi si dicono *fiscali* [84]) e ricevono dal capo dello Stato un annuo stipendio; gli altri invece no.

§ 362.

Differenza fra gli avvocati ordinarii e sopranumerarii.

Se un patrocinatore è stato formalmente ricevuto nel novero degli avvocati ordinarii, non può senza rilevante motivo ricusare a veruno il suo patrocinio [85]). Anzi può venire astretto con minaccia di pena pecuniaria o di deposizione dal suo ufficio a prestarsi per una parte, specialmente se questa per la frode o la potenza del suo avversario non può trovare chi l'assista o se niuno vuole patrocinarla, perchè miserabile. Gli avvocati ordinarii son piuttosto obbligati a patrocinare gratuitamente le cause dei poveri, finchè questi giungano a condizioni migliori e sieno in istato di pagare l'onorario al proprio avvocato [86]). Quest'obbligo non incombe invece agli avvocati sopra-

---

84) Vedi il tit. del Cod. « *De advocatis fisci* » [2 9]. — DONELLO, l. c. cap. 5 pag. 1022.

85) C. 7 h. t. *Abbozzo dell'ordinamento del giudizio camerale*, part. I tit. 13 §§ 2-4.

86) CLAPROTH, l. c. pag. 279.

---

degli affluenti; cfr. RUDORFF, *Storia del diritto romano* [ted.°] vol. II p. 51; cfr. Cod. 1 3 33 1. — Trenta erano gli avvocati appo il preside, ottanta appo il Praefectus urbi [riduzione in Nov. Theod. II, 10 Val. III 53, 3 - 55 - 75 8]. — Gli avvocati che nel testo si dicono *ordinarii* si chiamano nelle Fonti « *statuti* »: essi si reclutano, avverandosi mancanze, fra i *supernumerarii* con preferenza dei figli degli *statuti*. Il collegio degli avvocati aveva diritti di corporazione [C. 6 48 1]; i suoi membri erano esonerati dai carichi provinciali con poche eccezioni. Essi formano il seminario delle dignità dello Stato; in determinato tempo si arrivava alla carica stipendiata di « primas » e di qui a quella di « advocatus fisci ». — Nov. Theod. II, 16 Val. III 53 2 3 — 11 9 — 80 — Tit. Cod. Inst. 2 9. Cod. Theod. 10 15. — Sul diritto intermedio cfr. HINSCHIUS nel *Rlx* di HOLTZENDORFF I 34 e seg.

numerarii, dal cui arbitrio dipende se prestare o no il loro ufficio; purchè conducano onestamente e fino al termine quegli affari che si sono assunti [87]). Del resto un avvocato deve patrocinare il suo cliente, senza riguardo a persona, contro chiunque: foss'anche l'autorità. Soltanto gli avvocati fiscali non possono senza permesso speciale patrocinare contro il fisco [88]); purchè non si tratti de' propri interessi o di quelli de' loro genitori, figli o pupilli [89]) [a]).

§ 363 e 364.

Chi può essere avvocato? Chi ne è capace?

Un avvocato non deve solo intendere le teoriche giuridiche; dev'essere anco sperimentato nella prassi giuridica. Solo per gli avvocati appo la corte dell'impero si richiede che s'abbia ottenuto un grado accademico [b]). Bisogna inoltre avere l'età richiesta. Il diritto

---

87) Rossel, Diss. cit. § 4 pag. 11 in f. e seg.

88) C. 1 e 2 *De advoc. fisci* [2 9].

89) Fr. 10 pr. 11 h. t. Un' eccezione pare però avere luogo a proposito del fiscale imperiale e del suo avvocato, secondo l'*Abbozzo dell'ordinamento del giudizio camerale* part. I tit. 27 § 2.

---

a) Oggidì tale distinzione è affatto cessata. Nel diritto romano i *supernumerarii* surrogavano gli *statuti*, quando avevano delle vacanze; e potevano inoltre postulare avanti tribunali minori C. Theod. 2 10 2. — Oggidì appo ogni Corte d'appello e ogni tribunale civile avvi un Collegio di avvocati composti da tutti quelli che sono iscritti in un albo per ordine di anzianità. — Al principio di ogni anno i Consigli dell'ordine procedono alla revisione dell'albo con le variazioni ed aggiunte che sieno necessarie. Parallelamente vi sono i collegi di procuratori, i quali però non possono esercitare il loro ufficio che avanti una Corte d'appello e tribunale civile e correzionale, mentre gli avvocati possono patrocinare avanti tutte le Corti e i tribunali del regno [avanti le Corti di cassazione solo quelli ammessi con decreto di esse Corti e aventi speciali requisiti]. — Le due professioni si possono esercitare cumulativamente. L'obbligo di non rifiutare senza giusta causa a nessuno il proprio ufficio incombe ai soli procuratori. – Cfr. spec. Mariani, *Intorno all'ammissione delle donne*, ecc., p. 6-7. Legge 8 giugno 1874, art. 14 e 56.

b) Le condizioni per essere iscritto nell'albo degli avvocati: *a*) presentazione dei certificati di moralità, *b*) attestato di laurea in giurisprudenza, *c*) avere atteso poi due anni alla pratica forense, *d*) avere sostenuto un esame teorico-pratico. Altre persone possono farsi iscrivere per equipollenza di titoli specialmente determinata dalla

romano non esige proprio che il patrocinatore abbia raggiunto l'età maggiore; si ritiene necessario che abbia compiuti i diciassette anni [90]). Poichè tuttavia oggidì l'ufficio di avvocato vuole congiungersi a quello di procuratore giudiziale, si esige, secondo il diritto comune [91]), ordinariamente l'età maggiore [92]); benchè non manchino giuristi, i quali [93]), in conformità al diritto romano, stimano anche oggidì sufficiente un'età di diciotto anni per potere patrocinare altri in giudizio. Niun ecclesiastico può fungere da avvocato [94]). Veramente il diritto canonico vieta solo agli ecclesiastici degli ordini maggiori di avvocare ne' tribunali secolari, ed eccettua il caso che un ecclesiastico abbia a difendere — sia pure avanti ad un giudizio secolare — un interesse proprio o de' suoi stretti parenti o della sua

---

90) Fr. 1 § 3 h. t. I minori vengono però ammessi ad avvocare solo per altri; le proprie cause non le possono difendere che coll'assistenza d'un curatore fr. 45 § 2 *De re iud.* [4 1] c. 4 *si adu rem iud.* [2 26] c. 11 *qui dare* tut. [5 34] c. 2, *qui legit. person. standi* [3 6] c. 4 *de auct. praest.* [5, 59]. — Cfr. STRYCK, *Us. mod. Pand.* h. t. § 8. — NELLER, diss. cit. sect. II, § 2 not. c in Addit.

91) Cap 5 *De procurator* in 6to.

92) LEYSER, *Meditat. ad Pand.* Specim. 41 med. 1. — G. Stef. WIESAND, *Opuscul. iurid.* Specim. IX obs. 1 pag. 113 seg.

93) STRYCK, *Us mod. Pandect.* h. t § 2 et 3. — BERGER, *Oeconom. iuris* lib. IV tit. VIII, th. II not. 2 ecc.

94) Cap. I 3 X h. t.

---

legge. La professione di avvocato è incompatile con ogni altro ufficio o impiego pubblico non gratuito, tranne alcuni pochi dalla legge tassativamente indicati. Per l'ufficio di procuratore non è invece necessaria la laurea in legge, ma basta avere l'assoluzione in alcune determinate materie giuridiche e la pratica si può in questo caso compiere contemporaneamente agli ultimi due anni di studio, L'età maggiore è richiesta nel nostro diritto solo pei procuratori. — Se sieno ammissibili le donne all'*avvocatura* è soggetto di grave questione. — Certo non lo erano per il dritto romano fr. 1 § 5 h. t., secondo il quale non potevano « pro aliis postulare ». — La Corte di cassazione di Torino ha non è molto ribadita la stessa massima pel diritto nostro e la stessa tesi sostennero fra noi scrittori autorevolissimi, tra i quali basti citare il prof. GABBA, *Le donne non avvocate*, Firenze 1884 (Vedi sentenza cassazione, Torino 18 aprile 1884). — Fra i sostenitori della tesi contraria, vedi, per esempio VIDARI, *La donna può far l'avvocato?* [Rendiconti del Regio Istituto Lombardo, serie 2.ª, vol. XVII, p. 168 e seg.] e *la Corte di cassazione di Torino e la questione delle donne avvocate* ne' Rendiconti volume citato, p, 414, 417. — MARIANI, *Intorno all'ammissione delle donne all'esercizio dell'avvocatura*, 1884.

chiesa o di persone miserabili [95]). Da sè stesso s'intende benissimo che un avvocato non deve avere tale difetto di corpo o di spirito che gl'impedisca l'esercizio del suo ministero; che non deva quindi essere nè scemo, nè sordo, nè cieco, quantunque le ragioni date da ULPIANO [96]) per l'esclusione di sordomuti e ciechi dall'avvocatura oggigiorno non tengano [97]). Parecchi giuristi affermano tuttavia che oggidì la cecità non renda affetto inabili all'avvocatura [98]), purchè non si tratti di ricognizione di documenti o di altro, che importi esame oculare; come pure un avvocato sordo può a casa servire ancora il suo cliente, finche almeno si tratta di compilare gli scritti pel processo o di impartire consigli [99]). Un avvocato deve inoltre avere a suo favore il testimonio di una condotta onesta e intemerata. Che è convinto di un'azione infamante non può venire ammesso a tale ufficio [100]). Finalmente niuno può essere avvocato e giudice nella causa stessa [a]), per togliere ogni motivo di parzialità [1]).

Il giudice deve quindi astenersi affatto dall'avvocare appo quel tribunale, presso cui egli è impiegato. Se egli prima di assumere

---

95) Paolo Gius. VON RIEGGER, *Institution. iurispr. ecclesiasticae* part. II § 470. — NELLER, l. c. pag. 176 § 2 lit. a.

96) Fr. I § 3 5 h. t.

97) CLAPROTH, *Introduzione alla procedura civile ordinaria* [ted.°] part. I § 72 not. *g.*

98) SCHILTER, *Praxis iur. rom.* Exercit. X § 23. — BERGER, *Oecon iuris* l. c. n. 3.

99) NELLER, Diss. cit. Sect. II § 2 not. *d.*

100) Fr. 1 § 8 h. t. Gl'infami pouno tuttavia avvocare per sè e per certe altre persone, che vengono nominate nel fr. 1 § 11 h. t. Questo passo non contraddice al § 11 I. *De except.* [4, 13], che va inteso di quei casi, in cui non è provata la taccia di causa infamante, ma in cui è necessario un lungo e difficile esame, come prova il LEYSER *Specim.* LI, medit. 6.

1) C. 6 pr. h. t.

---

a) Per l'art. 13 della legge 8 giugno 1874 la professione d'avvocato è incompatibile con quella di magistrato; come con qualunque ufficio od impiego pubblico non gratuito, tranne quello di professore di diritto, di discipline morali, storiche e filologiche nelle università, ne' licei ed altri istituti pubblici del Regno o di segretario delle Camere di commercio o di segretario comunale ne' comuni, la di cui popolazione non oltrepassi i diecimila abitanti. — Così pure dicasi de' *procuratori:* legge citata alinea dell'art. 43.

l'ufficio di giudice ha prestato i suoi servigi all'una o all'altra delle parti, non può in quella causa pronunziare alcuna sentenza [2]). Anzi secondo il rigore del diritto romano non dev'essere permesso di postulare a colui che copre l'ufficio di giudice neppure in un altro tribunale; poichè si teme ch'egli non si consacri interamente nè all'uno, nè all'altro ufficio e, per conseguenza, non sappia amministrar bene nessuno dei due [3]). Ma nell' uso forense attuale non è vietato a verun giudice di avvocare presso un altro tribunale [4]). Se però un giudice nella stessa causa, in cui ha pronunciato in prima istanza la sentenza, possa fungere da avvocato in seconda istanza, è un'altra questione. È pur vero ch' egli non può impugnare il suo giudizio e patrocinare contro di esso [5]). Ma si domanda se il giudice inferiore non possa avvocare in grado superiore per difendere la sentenza emanata in primo grado contro l'appellante? Alcuni scrittori [6]) non vogliono concedere neppur questo al giudice, perchè le parole della c. 6, h. t., « *non idem in eodem negotio sit advocatus et iudex* » sono concepite in modo così generale da poter benissimo venire applicate anche ad un'altra istanza, tanto più che in generale gli altri ven-

---

2) Fr. 17 *De iurisdiction.* [2 1] c. 14 *De assess.* [1 51]. — ZIEGLER, *Dicasticae* conclus. 19.

3) C. 14 pr. *De assessor.* [161]: « *Cum satis abundeque sufficiat vel per advocationem causis perfectissime patrocinari vel adsessoris officio fungi:* ne, cum ad utrumque festinat neutrum bene peragat ». Con questa legge sembra abrogato il fr. 5 *De officio adsessor.* [1 22], come anche HUBER nella *Praelect. ad dig. lib. I tit. 22* ritiene. Altri però han cercato di mostrare che nel fr. 5 cit. non si tratta della quistione se un giudice possa avvocare in un tribunale diverso. Si cfr. Giul. PACIO Ἐναντιοφανῶν centur. I qu. 55. — Ant. SCHULTING, *Iurispr. Anteiust.* pag. 217 e spec. — Giov. VAN LEUWEN, *Diss. de iuris studiosis* part. I cap. II § 5 (nel *Thes. Diss. Belgicar. nov.* di Ger. OELRICH, vol. II part. I pag. 361.

4) DE COCCEII, *Ius. civ. controv.* h. t. qu. 2. — EMMINGHAUS, *ad eundem* not. *n.* — NELLER, Diss. cit. sect. II § 2 not. *k* nelle aggiunte pag. 279.

5) ZIEGLER, *Dicastice* concl. XIX § 7. — ROSSEL, Diss. cit. § 6 pag. 18. — NELLER, l. c. not. *k.* — SCHAUMBURG nel *Compend. iuris Digest.* h. t. § 5 e altri.

6) Gio. Tob. RICHTER, *Selectiora iuris principia ad ordin. Digestorum esposita.* Disp. IV (Lipsia 1748 4) § 3, e CLAPROTH *Introduzione alla procedura civile ordinaria* [ted.°] par. I § 72 pag. 278.

gono rimessi al giudice di prima istanza per l'esecuzione della sentenza. Ma secondo il modo di vedere della maggior parte dei pratici [7]), non si deve vietare oggidì al giudice di prima istanza di assumere in appello la difesa della sua sentenza; e per vero non si potrebbe dire propriamente che egli sia nella causa stessa giudice e avvocato, poichè nella seconda istanza egli non può usurparsi veruna cognizione o decisione; l'esecuzione poi viene compiuta non in seguito alla sua sentenza, ma in seguito a quella del giudice superiore.

§ 365-367.

Doveri di un avvocato verso il proprio cliente.

Un avvocato deve in tutti i suoi affari procurare di mantenere un'onestà severa e coscienziosa e assumere con fedeltà e con zelo gl'interessi del proprio cliente. Le leggi lo obbligano alla maggior possibile diligenza [8]) [a]). Egli deve in ogni cosa rispondere per qualsiasi grado di colpa [9]). Dal momento che ha posto sotto un atto il « *Concepit* » col suo nome, deve rispondere anche per l'opportunità e la legalità del contenuto [10]), e non può porsi a carico de' suoi clienti, s'egli è ignaro del diritto comune e del modo di trattare gli affari forensi. Un avvocato deve inoltre spiegare in modo chiaro ed esatto al

---

7) Ant. Faber in cod. lib. II tit. 5 def. 1. — Brunnemann, *Comm. ad l. 6 Cod. h. t.* — Berger, *Oeconom iuris* lib. IV tit. VIII th. 2 not. 7. — Ziegler, l. c. — Cocceio, l. c. — Neller, l. c. ed altri.

8) Fr. 14 § 1 *De iudiciis* [2 1], ove specialmente sono da notarsi le parole *nihil studii relinquentes quod sibi possibile est.*

9) Cocceio, *Ius civ. controv.* h. t. qu. 7. — Leyser, specim. XLVIII coroll. 1. — Neller, Diss. cit. lect. IV § 3 e nelle *Quaest.* ad h. § pag. 209. — Nettelbladt, *Introduzione alla giurisprudenza pratica* [ted.°] § 111. — Claproth, l. c. § 74 not. 6 pag. 299.

10) Boehmer, *Consultat. et decision.* tom. II part. I resp. CVIII nr. 5.

---

a) La ispezione e la disciplina degli avvocati e dei procuratori spetta al Consiglio dell'ordine dei rispettivi collegi, il quale ha anco abbastanza larghe facoltà disciplinari a tale scopo.

suo cliente le disposizioni delle leggi e avvertirlo in modo onesto e libero di non trasgredirle nè trascurarle, come pure prevenirlo da altri danni e scapiti. Egli deve, per conseguenza, istruirlo con sincerità sulla giustizia o l'ingiustizia della sua causa e guardarsi sopratutto dall'assumere la difesa di una causa manifestamente ingiusta, per non lasciarsi adoperare come uno strumento di malizia, di intrighi o di altrettali arti illecite [11]). Parimenti deve procurare di astenersi da tutte le ingiurie [12]) tanto [a]) contro il giudice, come contro la parte avversaria e il suo patrocinatore. Se la necessità o l'utilità della causa richiede che si espongano delle verità spiacevoli, ciò deve sempre farsi colla massima restrizione possibile e con espresioni misurate. Specialmente la coscienziosa onestà dell'avvocato richiede che nulla tradisca dei segreti del suo cliente venuti a sua cognizione nè altro uso men retto ne faccia; egli è anzi obbligato a serbare il più assoluto silenzio. Se un avvocato manca a questi doveri, può essere condannato — oltre che al risarcimento del danno

---

11) C. 6 § 3 4 h. t. c. 13 § 9 14 § 1 *De iudiciis* [2 1]. — Conf. DONELLO, *Commentar. iur. civ.* lib. XVIII cap. 3 pag. 1019, e STRYCH, *Diss. de conscientia advocati.*

12) C. 6 § 1 h. t.

---

a) Che in Roma gli avvocati non fossero in genere chiamati a rispondere delle offese all'onore [almeno della parte avversaria] contenuta nelle loro arringhe mi pare risultare manifesto dalle orazioni giudiziarie a noi conservate e da alcuni insegnamenti contenuti negli scritti rettorici. Il primo limite fu posto, per quanto a noi consta, dalla costituzione di VALENTINIANO e VALENTE [C. 2 6 6]: *Ante omnia autem universi advocati ita praebeant patrocinia iurgantibus, ut non ultra quam litium poscit utilitas, in licentiam conviciandi et maledicendi temeritatem prorumpant; agant quod causa desiderat; temperent ab iniuria* ect. — Ma questo limite della *utilitas litis* è in pratica molto difficile ad applicarsi. — Vedi LEYSER, Specim. 547. — PUCCIONI, *Commento al C. P. T.* vol. IV p. 654. — CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale.* Parte Speciale, vol. III p. 113 e seg — Il codice Sardo art. 580 sancisce che non ha luogo l'azione penale per imputazioni ed ingiurie contenute nelle arringhe o negli scritti o nelle stampe prodotte in giudizio e relative alla contestazione sia in materia civile che in materia penale. — Naturalmente rimangono le pene disciplinari, il risarcimento alla parte lesa, la soppressione degli atti incriminati. — La stessa massima venne accolta anche nel *Progetto Zanardelli di codice penale.* Invece, com'è ormai giurisprudenza conforme, non è esclusa l'azione penale per ingiurie e imputazioni che si riferiscano al giudice.

causato — anche a una multa o agli arresti o alla sospensione o interdizione dal suo ufficio o anche ad altre pene [13]) più sensibili: in ispecie s'egli s'è reso colpevole di *prevaricazione* [14]).

§ 368.

Sugli errori degli avvocati e sul modo di emendarli.

Se un avvocato commette un errore, bisogna distinguere s'egli ha errato in diritto o ha errato nell'apprezzamento del fatto. Nel primo caso deve il giudice correggere d'ufficio l'errore, in quanto concerne il diritto comune [15]). Se poi il giudice ha trascurato di farlo e ha in pari ignoranza del diritto pronunziato una sentenza egualmente ingiusta, l'errore non può venire corretto che per mezzo d'appello [16]). Se invece l'avvocato ha errato riguardo a *circostanze di fatto,* occorre nuovamente distinguere se l'errore fu commesso in presenza del suo cliente, mentre esponeva oralmente la causa, o se fu commesso in un atto sottoscritto da esso o se fu commesso l'errore in assenza del suo cliente. Nell'ultimo caso l'errore può essere rivocato in ogni tempo, anche dopo la decisione della causa, finchè almeno non s'opponga una sentenza passata in giudicato [17]): naturalmente l'errore commesso dev'essere provato [18]). Nel primo e secondo caso

---

13) De' doveri degli avvocati parla diffusamente CLAPROTH nella *Procedura* § 74 seg. e Gio. Enr. KIRCHHOF nella *Dissertazione sugli avvocati e i loro doveri* Buetzow 1768 8.

14) Cfr. vedi QUISTORP, *Elementi di diritto penale* part. I § 433.

15) C. un. *Ut quae desint advocatis partium iudex suppleat* [2 10]. Se l'errore fosse stato commesso soltanto riguardo ad un diritto speciale o ad una immunità particolare, il giudice non ha nè dovere nè diritto di emendarlo. — Cfr. E. E. BOEHMER, *Ius ecclesiast. protest.* lib. I tit. 32 § 48. — Ant. SCHULTING, *Enarrat. part. I Digestor.* h. t. § 14. — DANZ, *Elementi di procedura civile ordinaria* § 44 pag. 127.

16) DONELLO, *Commentar. iur. civ.* lib XVIII cap. 4 pag. 1022.

17) C. 7, *De iuris et factis ignor.* [1 8]: *Error facti, necdum finito negotio, nemini nocet; nam causa decisa velamento tali non instauratur.* — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* specim. XLVIII meditat. 6, e CLAPROTH, § 77 not. 6. — DANZ, l. c. § 44 pag. 127 seg.

18) C. 2 *De errore advocat.* [2 9]: *Errore eorum, qui desideria i. e. preces*

invece l'errore dev'essere rivocato subito o al più tardi entro tre giorni dal cliente [19]). Poichè ciò che l'avvocato espone in presenza

---

scribunt, veritati praeiudicium adferre non posse manifestum est. et ideo si condemnationem, cuius mentionem libello insertam esse proponis, manifesto probare potes, *non intercessisse: allegationes tuas laedi non oportere, is, qui super negotio disceptaturus est, non ignorabit.* — Cfr. STRUBEN, *Dubbi giuridici* lib. III tit. 3 qu. 14, e WALCH, *Introduct. in controv. iur. civ.* sect. IV cap. 2 § 21.

19) C. 2 *De errore advocat.* [2 9]: *Sententias finita negotia rescriptis revocari non oportet. nec enim quae constituta sunt, ut advocatorum error litigatoribus non noceat, tibi etiam opitulari possunt, cum te praesentem nequae causae palam ex continenti, id est triduo proximo, contradixisse neque post sententiam appellationis remedio, si tibi haec displicebat, usam proponas.* Osservo che molti giuristi vogliono considerare le parole « *idest triduo proximo* » come un'aggiunta non genuina. Si cfr. in ispecie Giac. GOTOFREDO nel Commento alla c. un. c. Theod. *De erroribus advocat.* [ed RITTER] tom. 1 pag. 165 (2 11) e Ant. SCHULTING nella Diss. *De recusatione iudicis* cap. XII § 1. È certo che non si trova nei Basilici 8, 1, 42. Ma TALELEO le ha nel suo scolio [a]) alla c. 3 cit., nel quale appo RUHNKENIO [ed. Heimb. I 356 seg.] (Thesaurus di MEERMANN tom. III pag. 43) si dice: οὐδὲ γὰρ ὅτι νενομοθέτηται ἡ τῶν συνηγόρων πλάνη τοὺς δικαζομένους μὴ βλάπτει, τοῦτό σοι βοηθῆσαι δύναται, ὁπότε σαυτὴν παροῦσαν τῇ δίκῃ οὔτε φανερῶς ἐκ τοῦ παραχρῆμα, τουτέστιν, ἐντὸς τριῶν ἡμερῶν ἀντειπεῖν οὔτε μετὰ την ἀπόφασιν τῇ τῆς ἐκκλήτου βοηθείᾳ, εἰ ἀπαρέσκει σοι ἡ ἀπόφασις, χρησαμένην θεματίζεις. Cioè: *neque enim quod constitutum est advocatorum errores litigantibus non nocere, tibi auxilio esse potest, cum te praesentem nec palam ex continenti* id est intra *triduum contradixisse neque post sententiam provocationis remedio, si tibi sententia displiceret, usam esse proponas.* La pratica considera pure come genuine quelle parole. — Cfr. WERNHER, tom. II part. VIII observat. 363 nr. 4, e NETTELBLADT *Introduzione alla giurisprudenza pratica* § 111 e si suole contare il *triduum* dal momento in cui fu commesso l'errore. — Cfr. LEYSER, specim. XLVIII medit. 7. Si suole inoltre affermare che per rivocare l'errore commesso entro i tre giorni prossimi non occorre alcuna prova ulteriore. Stando al testimonio di BRUNNEMANN nel Commento alla citata c. 3, sarebbe questo l'avviso co-

---

a) Anzichè uno scolio, questo è il κατὰ πόδας ossia la versione letterale eseguita sul primo codice di GIUSTINIANO e in parte derivante delle antiche versioni compiute nella scuola di Berito — [FERRINI, *Prolegomena in graecam Institutionum paraphrosin* vol. I p. XIII-XIV. — ZACHARIAE VON LINGENTHAL nella *Rivista della fondazione Savigny per la Storia del diritto* vol. VI p. 37]. — Tale lezione si può dire quindi sicura (vedi anche il commento taleleano a questa costituzione); se le parole « *idest triduo proximo* » fossero state interpolate dai compilatori, TALELEO lo avrebbe secondo il suo costume avvertito. Così, per esempio, TALELEO avverte che i compilatori hanno risecato [περιεῖλον] un intero periodo nella costituzione prima di questo stesso titolo: περιεῖλον ταύτῃ διαταξει τὸ παλαιὸν προσέκειτο κτλ Cfr. sch. πολλάκις Bas. Heimb. I 353.

del suo cliente si riguarda come esposto dal cliente medesimo [20]). Se non è avvenuta la revoca entro quel tempo, ed è stata pronunciata una sentenza contraria, bisogna valersi del rimedio dell'appellazione e correggere a questo modo l'errore avvenuto. Giacchè per mezzo dell'appello la causa si ripone nuovamente in quello stato, in cui era al tempo in cui si iniziò l'azione [21]).

§ 369.

Della ricompensa degli avvocati.

Benchè anticamente non fosse lecito agli avvocati appo i Romani in forza della legge Cincia di ricevere dai clienti una ricompensa per le proprie fatiche [22]), in modo che per una speciale disposizione dell'imperatore AUGUSTO doveva aver luogo la pena della restituzione in quadruplo., quando un avvocato avesse accettato contrariamente ad una legge un onorario [23]), tuttavia la legge CINCIA [a]) sotto

---

mune dei giuristi. Ma questo è manifestamente contrario alla c. 2 *eodem*, come ha osservato anche Sigefr. Cesare da AEMINGA nella *Diss. de revocatione erroris advocato commissi* [Greiswald 1776 § 20]. Del resto è strano che gli interpreti greci intendano le parole *ex continenti* di tutto il tempo, in cui non è ancora uscita la sentenza sulla causa. *Neque absurdi quid dici putes* — dice TALELEO ad l. c. pag. 44 secondo la traduzione del RUHNKENIO: « *si verba* ex continenti *ad totum litigationis tempus extendantur. etenim in prima Digestorum parte de Pactis didicimus in eo, qui sub tutela est, per verba* ex continenti *omne tutelae tempus intelligi. quare et hic verba* EX CONTINENTI *specialiter in Constitutione adiecta capias pro* toto usque ad sententiam tempore ».

20) C. 1 *eod. ea. quae advocati praesentibus his quorum causae aguntur allegant perinde habenda sunt, ac si ab ipsis litium dominis proferuntur*. Si cfr. anche MUELLER *Observat. pract. ad* LEYSERUM tom. V fasc. 1 obs. 751.

21) CLAPROT, pag. 331 seg. e specialmente MILLER, *ad Struvium* exerc. VII thes. 12 not. β.

22) La legge *Cincia* ha per autore il tribuno MARCO CINCIO ALIMENTO ed è stata emanata nell'anno 549 della fondazione di Roma. Essa ordinava: « *ne quis ob causam orandam donum munusque caperet* ». Si vegga in proposito Fed. BRUNNER, *Commentar. ad legem Cinciam.* [Opusc. a G. BAYERO edita Lipsia 1716 8 nr. 1].

23) DIO CASSIUS lib. LIV pag. 533.

---

a) Intorno alla legge Cincia, cfr., oltre i passi già altrove citati, le sparse osserva-

i principi seguenti venne per modo in dissuetudine, che l'imperatore CLAUDIO, per quanto il senato ne propugnasse il ristabilimento, dovette cedere all'insistenza degli avvocati [24]). Esso permise loro di ricevere un onorario e cercò solo di porre un limite alla loro cupidigia proibendo sotto pena della *lex Iulia repetundarum* di ricevere come compenso per un processo una somma superiore a diecimila sesterzii [25]). Il senato riuscì in seguito sotto l'impero di NERONE [26]) a far valere il proprio proposito, ma la ristabilita validità della *legge Cincia* non ebbe lunga durata [27]). Se si deve credere alle notizie di SVETONIO [28]), fu l'imperatore NERONE stesso che ordinò di nuovo *ut litigatores pro patrocinio certam iustamque mercedem darent.* Tanto almeno è certo che TRAIANO confermò nuovamente l'editto dell'imperatore CLAUDIO [29]). Egli voleva veramente che agli avvocati non fosse pagato l'onorario prima che fosse finito il processo [30]); sembra però ad ogni modo che tale restrizione cadesse prestamente in obblio. Giacchè parecchi passi dei Digesti [31]) ci persuadono che

---

24) TACITO, *Annali* lib. IX cap. 5 narra le trattative fra il console designato *Silio* e il partito degli avvocati rapportato da SUILIO, COSSUTIANO e compagni.

25) TACITO, l. c. *Haec ita aud frustra dicta Princeps ratus:* capiendis pecuniis posuit modum usque ad dona sestertia, *quae egressi repetundorum tenerentur.* — Cfr. Gio. Crist. FRANCK, *Commentar. ad iurisprudentiam Tiberii Claudii imp.* Vittemb. 1770 cap. 8.

26) TACITO, *Annali* lib. XIII cap. 4.

27) Gio. Aug. BACH, *Traianus* [Lipsia 1747 8] pag. 93.

28) *In vita Neronis* cap. 17.

29) PLINIO, *Epistul.* lib. V ep. 14. — BACH, l. c. pag. 89 seg.

30) PLINIO, lib. V ep. 21. *Hoc.* [sc. senatus consulto ad orationem Traiani condito] *omnes, qui quid negotii haberent, iurare prius quam agere iubebantur: nihil se ob advocationem cuiquam dedisse promississe cavisse. Peractis tamen negotiis permittebantur pecuniam dumtaxat decem millium dare.*

31) Fr. 38 § 1 *Locati* [19 2], fr. 1 § 13 *De extraord. cognit.* [50 13] c. ult. *De condict. ob caus. dotor.* [4 6].

---

zioni del VOIGT, *Dottrina del ius naturale* [ted.°] vol. II, p. 89 630 (77 923, vol. III p. 923, vol. IV p. 105 442 e 448. — Se anche i giorni nostri tra gli avvocati francesi esista una vera ripugnanza a chiedere in giudizio l'onorario, come afferma ZANARDELLI (Relazione al Progetto di codice penale, 1883 p. 71), non è cosa che qui si possa indagare.

la prenumerazione degli onorarii degli avvocati non doveva essere nè insolita nè tanto meno proibita. Invece quel limite massimo, che non poteva essere, rimase — per quanto risulta dai frammenti delle Pandette — immutato [32]. Secondo il diritto romano nuovo e l'attuale può quindi senza dubbio un avvocato chiedere un equo onorario per le proprie fatiche [33]. Nè si fa differenza s'egli ha vinta o perduta la causa [34], purchè non sia colpa sua se il processo andò perduto [35]. Anche in causa propria è un avvocato autorizzato, se l'avversario è stato condannato nelle spese, a domandare oltre quanto ha sborsato, un compenso per le fatiche, il lavoro e il tempo impiegato, secondo stima giudiziale [36]. Giacchè la condanna nelle spese proces-

---

32) Fr. 1 § 10 *De extraord. cognit.* [50 13]: « *In honorariis advocatorum ita versari iudex debet* » *ut pro modo litis proque advocati facundia et fori consuetudine et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat: dummodo* licitum honorarium quantitas non egrediatur. *Ita enim rescripto imperatoris nostri et patris eius continetur:* « si Iulius Maternus, quem patronum causae tuae esse voluisti fidem susceptam exhibere paratus est, eam duntaxat pecuniam, QUAE MODUM LEGITIMUM EGRESSA EST, repetere debet ». Questo « modus legitimus honorarii » determina ULPIANO ancor più esattamente fr. 1 § 12 *eod.* colle parole: « LICITA *autem* QUANTITAS *intellegitur pro singulis causis* usque ad centum aureos ». Ora *centum aurei* equivalgono a 10,000 sesterzii, come ha mostrato il BRUNNER nel citato Commento alla legge Cincia cap. VI n. 11 seg. pag. 74 *a*).

33) C. 3 h. t. fr. 1 § 10 *De extraord. cognit.* [50 13].

34) Arg. fr. 10 § 1 *De neg. gest.* [3 5]. — BRUNNER, *Commentar.* cit. cap. XI nr. 4 pag. 168. — NETTELBLADT, *Introduzione alla giurisprudenza pratica* § 113.

35) Gio. G. KRAUSÉ, *Diss. de eo quod iustum est circa salaria et honoraria advocatorum*, Vittemb. 1727 § 34.

36) VOET, ad h. tit. § 7. — STRUBEN, *Dubbii giuridici* part. 2 d. 31, e specialmente Gio. Sebast. OHEIM, *Diss. de salario advocati in propria causa vincentis* erf. 1711. — Gio. Crist. VON QUISTORP, *Contributo alla dichiarazione di diversi argomenti di diritto* nr. VI. — Si vegga anche WALCH, *Introd. in controv. iur. civ.* sect. IV cap. II § 27.

---

a) Ora non esiste più alcun limite in proposito; e là dove non esistano tariffe, gli onorarii vengono proporzionati precipuamente secondo il genere e la difficoltà dell'opera e secondo la maggiore o minore abilità, dottrina e fama, posizione forense della persona, che prestò l'opera sua in base al fr. 1 § 10 *De extraord. cognit.* [50, 13]. Cfr. anche la sentenza del tribunale di Roma 12 ottobre 1885 (est. BORRÈ), *Monitore de' Tribunali* 1885, p. 1052, e *Archivio giuridico* vol. XXXV, p. 519 e seg. —

suali è una *poena temere litigantium,* la cui ragione sta senza distinzione se l'avvocato amministra un affare proprio od altrui. Sarebbe perlomeno assai iniquo che l'avversario potesse sfuggire a quella ben meritata pena per la circostanza affatto casuale, che l'avvocato ha postulato per sè stesso, e che non fosse costretto a compensare il lavoro e lo spreco del tempo causato dal suo temerario procedere [37]).

§ 370.

Sulla quantità dell'onorario e su diverse determinazioni de' salari degli avvocati.

La ricompensa dell'avvocato può essere stata stabilita mediante convenzione o no. Nell'ultimo caso l'avvocato liquida le sue competenze e il giudice le modera secondo l'ordinaria tariffa giudiziale o secondo la propria equità; al quale proposito rimane ad avvertirsi come venga accordata una corrispondente ricompensa anche *pro informatione,* specialmente se l'istruzione della causa è stata gravosa come pure per l'esame e la lettura degli atti antecedenti [38]). Se invece è stata promessa all'avvocato una ricompensa in genere per la condotta del processo, essa deve venirgli pagata per quanto tale convenzione non osti ad un divieto legislativo. Un tal patto proibito sarebbe il *pactum de quota litis,* per cui l'avvocato si fa promettere in luogo d'onorario una parte di ciò che il suo cliente guadagnerà

---

[37]) La cautela data da alcuni giureconsulti, per esempio, BERGER, *Oecon iuris* lib. IV tit. VIII th. 3 not 6. — WERNHER, *Observat. for.* tom. part. IV obs. 279 nr. 4 e KRAUSE, Diss. cit. § 40 che un avvocato nella sua propria causa non può servirsi di un altro avvocato o almeno non possa fare sottoscrivere gli atti da altro patrocinatore, è affatto superflua, non essendo necessario dimostrare che dovendo amministrare la propria causa ha dovuto subire spreco di tempo e denaro. — Vedi QUISTORP, l. c. m. VI pag. 71.

[38]) CLAPROTH, *Introduzione alla procedura civile ordinaria* part. I § 78.

Non è poi affatto necessario che l'opera dell'avvocato per essere rimunerata si riferisca ad un processo; anche qualsiasi altro campo, in cui sia richiesta la sua opera di giurisperito, lo autorizza alla domanda di un convenevole onorario.

dal processo [39] [a]). Le leggi considerano tale convenzione come una vergognosa rapina a danno del cliente e prescrivono che un avvocato che eserciti industria così vituperosa sia per sempre allontanato dalla pratica [40]). Illecito è inoltre il contratto, per cui l'avvocato

---

39) Fr. 53 *De pactis* [2 14] fr. 1 § 12 *De extraord. cognit.* [50 13] c. 5 *De postul.* [2 6]. — Giac. WOLF, *Diss. de pacto quotae litis* Altorf 1677. — Corn. VAN ECK, *Diss. de quota litis* Ultraiecti 1698. — Ant. SCHULTING, *Enarrat. part. I Digest.* h. t. § 15. — Erm. CANNEGIETER, *Observat. iur. rom.* lib. II cap. 9 pag. 177 seg.

40) C. 5 h. t. Confronta pure c. 1. C. THEOD. h. t. [2 10] (nelle nuove edizioni la 4.ª) e Gioac. GOTOFREDO nel *Comm. ad eandem L.* tom. I pag. 159. Veramente WUNDERLICH crede nel *Comment. de L. Volusio Maeciano ICto itemque de SCto Volusiano* (Amburgo 1749 4) sect. III § 10 che un avvocato che abbia a scopo di lucro patteggiato col suo cliente di dividere ciò che avrebbe guadagnato dal processo fra di loro in forza del senatconsulto Volusiano meriterebbe anche la pena della *lex Iulia de vi privata* e si appoggia al frammento 6 *ad l. Iul. de vi privata* [48 7]. Ma le parole di questo frammento « *qui improbe coeunt in alienam litem* » ponno benissimo anche intendersi di coloro, che formano quasi una società per opprimere altri, suscitando processi e dividersene il ricavo, come ha mostrato BACH nella sua *Critica imparziale di scritti giuridici* [ted.°] vol. I pag. 96.

---

a) Il patto *quotalizio* (in senso stretto), consistente cioè nel farsi promettere una parte aliquota della cosa controversa è vietato o sottoposto a sanzione penale dal codice Sardo, art. 309 codice Napoletano, art. 207 codice S. Marino art. 308, codice parmense art. 185, codice estense art. 187, codice toscano art. 297, codice ticinese art. 165. Progetto De Falco art. 251. — La convenzione infatti è stipulata fra due parti, ad una delle quali manca la piena libertà di consenso e l'avvocato che converte il patrocinio in un ingorda speculazione resta trascinato a respingere ogni onesta conciliazione e difende avanti i tribunali più la causa propria, che l'altrui. Tali ragioni unite a quelle addotte nel testo conducono a ritenere illecito ed anzi suscettibile di sanzione penale anche il semplice patto del *palmarium*, e infatti non fanno differenza tra l'una e l'altra convenzione il progetto Vigliani art. 247, il progetto Senatorio art. 250, il progetto ZANARDELLI art. 204 [cfr. anche la *Relazione* ZANARDELLI, p. 74 seg.]. La Commissione ministeriale del 1876 [progetto Mancini] era venuta al poco lodevole divisamento di abolire invece totalmente questa disposizione, o restringerla almeno al caso di manifesta violenza o frode dell'avvocato. Anche l'onorevole PESSINA nel suo recente progetto [*Relazione* p. XXIV] ritornò a proporre la completa abolizione di tale disposizione con argomenti però di assai dubbia efficacia. — Il vero e proprio patto *de quota litis* è colpito poi di nullità dall'art. 1458 codice civile. La pena proposta nel codice penale Sardo art. 309 è la sospensione dalla professione e multa non minore di lire cento oltre la restituzione del valore della cosa ricevuta o del valore di essa; nel progetto Zanardelli (Savelli) art. 204 [= 199] la pena consiste nella multa da lire cinquantuna a milleduecentocinquanta, nell'interdizione temporanea dai pubblici uffici e dall'esercizio della professione.

avanti il termine della lite si fa promettere pel caso ch'essa venga vinta, oltre le sue competenze, un premio determinato (*palmarium*) [41]. Non mancano veramente giuristi [42], che sono d'avviso potersi validamente promettere un *palmarium* all'avvocato, perchè non consista in una quota parte dell'oggetto litigioso. Ma a tale opinione non solo si oppongono testi evidentissimi [43], ma essa si contraddice da sè medesima, considerando che in fondo non v'ha differenza ch'io mi faccia promettere, in caso di vittoria della lite, una parte del guadagno od un altro premio. Potrebbe quindi colla promessa di un palmario frustrare a piacimento il divieto legale di patteggiare *de quota litis*. Si tace poi, che non sarebbe difficile ad un cupido avvocato di muovere il suo cliente a fare una tale promessa mediante concussione e falsa rappresentazione della posizione difficile della lite e rimane sempre la presunzione che tale promessa non sia stata fatta di spontanea volontà, ma per qualche timore [44]. Invece è fuori di dubbio che, dopo terminato il processo, può validamente promettersi un *palmarium*, oltre le dovute competenze, come premio della riportata vittoria [45].

---

41) VOET ad h. tit. § 18. — LAUTERBACH, Diss. *De palmario advocatorum* (Tubinga 1761) § 25 seg. — Adr. STEGER, Diss. *De palmario advocatis promisso* (praes. Frid. Alexand. KUENKOLD Lipsia 1725 def.) § 9. — COCCEIO, *Ius civ. controv.* h. t. qu. 8. — KRAUSE, Diss. cit. *De eo quod iustum est circa salaria et honor. advocator.* § 22. — STRUBEN, *Dubbii giuridici* [ted.°] p. I d. 104. — NETTELBLADT, *Introduzione alla giurisprudenza pratica* [ted.°] § 113. — NELLER, Diss. cit. *De postulando* lect. V § 3 not. ****. — WEBER, *Svolgimento sistematico della dottrina dell'obbligazione naturale* [ted.°] § 67 not. 7 pag. 262, e specialmente DE ULMESTEIN, *Opuscula iurid.* (Hannover 1781 8) n. V pag. 155 seg.

42) GAIO, lib. I Obs. 44 nr. 2. — BERLICH, parte I Conclus. IX nr. 76 e 77. — Crist. Fed. Emm. SCHORCH, *Dissertatio de palmario advocatorum iure licito eiusque a pacto de quota litis iure illicito differentiis* ne' suoi *Opuscula varii argum.* Erfurt 1792 8 nr. 3.

43) Fr. 7 *Mandati* [17 1]; fr. 1 § 12 *De extraord. cognit.* [55 13] c. 6 § 2 *De postulando* [2 6]. Dal momento che queste fonti vietano una tale convenzione, essa non si ritiene valida per la prestazione del giuramento in forza del diritto canonico. Cfr. LAUTERBACH, *Dissertatio de palmario advocator.* Th. 36. — KRAUSE, Diss. cit. § 33.

44) Gio. G. CRAMER, *Dissertatio de concussionibus advocatorum*, Lipsia 1729 § 11.

45) Fr. 1 § 12 *De extraord. cognit.* [50 13]: « *Si vero post* causam actam

§ 371.

Diritti di un avvocato e suoi eredi sugli onorarii e salarii promessi.

All'avvocato può venire stabilito uno stipendio annuo o può invece promettersi in genere una somma determinata come compenso della condotta dell'intero processo [a]). Nell'ultimo caso la ricompensa promessa non può domandarsi che dopo terminata la causa; tranne che questa rimanesse indecisa per colpa dello stesso cliente [46]). È perciò indubitato che l'onorario promesso compete all'avvocato anche allora che il processo s'è chiuso con una transazione [47]).

Se muore l'avvocato prima che sia chiuso il processo [48]), la ricompensa anticipata non può ripetersi; che se l'onorario non è ancora stato pagato, esso compete agli eredi in tanto, in quanto esso sta in propor-

---

cauta est honoraria summa, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etsi nomine PALMARII *cautum sit.* — Cfr. LAUTERBACH, Diss. cit. Th. 25. — KRAUSE, Diss. cit. § 30. — ROSSEL, Diss. cit. § 8 p. 28.

46) DANZ, *Elementi di procedura civile ordinaria* [ted.°] § 44 p. 122.

47) LAUTERBACH, Diss. cit. Th. 47. — ROSSEL, Diss. cit. § 8 pag. 26.

48) Fr. 1 § 13 *De extraord. cognit.* [50 13] *Divus Severus ab heredibus advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti; quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret.* Cfr. questo Commentario parte IV p. 375 n. 36 [testo].

---

a) È tutt'altro che pacifica la nostra giurisprudenza riguardo alla questione quale azione spetti all'avvocato pel conseguimento del suo onorario; se cioè quella discendente da locazione d'opera o quella discendente da mandato o quella dipendente da contratto *sui generis*. Il concetto della *locazione d'opera* [cfr. LEVI, *Locazione delle opere*. Introduzione p. XXXIV. Sentenze Cassazione Torino nel *Monitore dei Tribunali* 1871, pag. 201; 1872 pag. 1075 ecc.] è forse il più comune; quello di mandato è stato sostenuto da qualche nostra Corte d'appello [*Ancona* 3 novembre 1877. — *Foro italiano eiusdem anni*, p. 1262]; finalmente quello di un contratto *sui generis* [cfr. PACIFICI-MAZZONI *Locazioni* 405 seg.] è stato sostenuto anche nella citata sentenza del Tribunale di Roma. — Il codice austriaco pone la prestazione in genere di opere liberali [§ 1163] al cap. XXVI, che tratta della locazione di opera; il codice portoghese parla nel capo IV *Do contracto de prestação de servigos* e alla sezione IV di esso: *Dos servigos prestados no exercicio das artes e profissoes liberaes* [cfr. la nota del *Monitore de' Tribunali* alla sentenza citata]. — Nè v'ha dubbio che il concetto di un contratto *sui generis* prevalga nella dottrina e nella giurisprudenza francese.

zione coi servizii prestati dall'avvocato defunto [49]). Se invece è stato fissato uno stipendio annuo, questo può venir domandato dall'avvocato ancorchè i servigii da lui prestati nell'anno trascorso non fossero con esso stipendio in alcuna proporzione [50]). Possono anche gli eredi chiederlo per intero, se il testatore è morto prima della fine dell'anno? Tale questione è risolta da taluni affermativamente [51]), da altri [52]) invece negativamente. Se si parla degli avvocati fiscali, è cosa decisa che spetta agli eredi lo intero stipendio dell'anno, in cui essi sono morti [53]). Quelli che vogliono estendere la regola stessa anche agli eredi di altri avvocati sembrano non avere considerato che appartiene ai privilegi degli avvocati fiscali in Roma il poter trasmettere integro agli eredi lo stipendio dell'anno, in cui sono morti [54]), mentre in niun altro luogo è esteso agli altri avvocati tale privilegio, ed anzi non può essere esteso, non concedendo i privilegi alcuna interpetrazione estensiva. Gli avvocati del fisco godevano parecchi diritti speciali, affine di incoraggiarli a zelare con tanto maggior impegno il vantaggio del fisco [55]). E nemmeno si può

---

49) Jan. a Costa, *Praelection. ad illustriores quosd. titulos locosque select. iuris civ.* pag. 4 e Danz ne' citati *Elementi di procedura civile ordinaria* § 44 not. *i* p. 122. D'altra opinione è però Krause, Diss. cit. § 17-19.

50) Carpzov, *Respons.* lib. III tit. I Resp. 2. — Burch. Bardili, *Dissertatio de salariis* cap. V Th. 19.

51) Voet, *Comm. ad Pand.* h. t. § 8. — Bardili, Diss. *De salariis* cap. IX § 44. — Gail, *Observat. practicar.* lib. I cap, 44 nr. 12. — Giac. Gotofredo, *De salario* cap. VI § 22. — Cocceio, *Ius civ. controv.* h. t. Qu. 9. — Gio. Westenberg, *In Digest.* h. t. § 47 ecc.

52) Giust. En. Böhmer, *Dissertatio de anno deservito seu salario promerito* cap. II § 17 seg. — Schaumburg, *Comp. iuris Digestor.* h. t. § 11. — Struben, *Dubbii giuridici* parte 2.ª, D. 122. — Claproth, *Introduzione alla procedura civ. ord.* [ted.°] parte 1.ª § 78 p. 333. — Danz, ne' citati *Elementi* § 44 not. *m* p. 122. — Emminghaus, *ad Cocceium* l. c. not. *e* p. 288 ecc.

53) C. 15 § 1 *De adv. divers. iudicior.* [2 7]. Si dubita se questo privilegio deva considerarsi come in uso anche oggigiorno, giacchè diversa era la condizione degli avvocati fiscali in Roma da quella dei nostri attuali, e s'afferma quindi non senza fondamento che riguardo ad essi si deve oggidì procedere come con tutti gli altri impiegati stipendiati. Cfr. Voet, h. t. § 8. — Böhmer, Diss. cit. cap. II § 37. — Danz, ll. not. *l* p. 122.

54) Wissenbach, *Comment. in Cod.* lib. II tit. VII § fin. pag. 90.

55) Leyser, *Meditatio ad Pandectas* Specim. XLIX med. 13.

opportunamente conchiudere da quel caso, in cui la ricompensa promessa è stata anticipata all' avvocato a questo, in cui si parla di un onorario annuo stabilito. Giacchè nell'anticipazione dell'onorario abbiamo quasi una *conventio spei*. L'avvocato si dichiara contento di tanto, sia per essere più o meno gravosa la condotta del processo; ciò che non sempre si può prevedere. Il cliente invece che anticipa all'avvocato la promessa ricompensa, dà con ciò a vedere ch'egli s'espone volontariamente al pericolo di perderlo, se l'avvocato venisse per caso impedito di meritarsela [56]). Ma un tale patto straordinario non va presunto, quando all'avvocato è fissato uno stipendio annuale; giacchè questo s'intende sempre dato a condizione che l'avvocato presti d'avvero i servigi corrispettivi. S'egli muore prima che finisca l'anno, non può trasmettere a' suoi eredi del salario dell'ultimo anno più di quello ch'egli ha meritato *pro rata anni* [57]). Questa regola si trova in genere accolta per tutti i professionisti stipendiati [58]), e le leggi non hanno fatto che un' eccezione a vantaggio degli avvocati fiscali per favore speciale.

§ 372.

De'mezzi, che competono ad un avvocato per ottenere il pagamento dell'onorario.

Quando un avvocato ha fondata ragione di chiedere la ricompensa per le sue fatiche, egli può a tale intento non solo valersi di una domanda giudiziale, ma è anche autorizzato a trattenere i documenti

---

56) Non si trae quindi alcun valido argomento dal fr. 1 § 13 *De extraord. cognit.* [50 13] per la opposta sentenza, come ha mostrato assai fondatamente Böhmer, nella Diss. cit. cap. II § 26, tanto più che è abbastanza noto *quod facilius concedatur rei datae et acceptae retentio, quam non datae petitio,* c. 2 *De fideicomm.* [6 62] c. 4 *De usuris* [4 42].

57) *Cum tam labor quam pecunia divisionem recipiant,* dice il fr. 10 pr. *De ann. legat.* [33 1].

58) *Officium enim quodvis* — dice il Böhmer, Diss. cit. cap. II § 23 — *ipso iure per mortem expirat nec in heredes transit adeoque nulla iuris ratio patitur, ut heredes emolumenta officio extincto cohaerentia percipiant* c. 14 *De erogat. annonae* [12 37].

e gli atti consegnatigli dal suo cliente finchè non è stato soddisfatto riguardo alle sue competenze [59]) [a]). S'egli si vede costretto a implorare l'aiuto de' tribunali, può la sua istanza (giacchè non è necessaria un'azione formale) essere presentata tosto al giudice stesso, presso cui ha patrocinato il suo cliente [60]). Questa domanda è presentata come incidentale, se il processo non è per anco ultimato, o vien trattata come una questione connessa al processo medesimo, nel quale caso il giudice viene in aiuto all'avvocato emanando a suo favore un ordine esecutivo di pagamento diretto al cliente [61]).

---

59) Fr. 25: f. fr. 26 *De procurat.* [3 3]. Alcuni giuristi vogliono limitare questo diritto di ritenzione ai soli atti, che, com'è noto, si considerano quale proprietà del cliente; una citazione dei documenti affidati invece non si vuole concedere, dovendosi questi considerare come un deposito, riguardo al quale è risaputo non aver luogo alcun diritto di ritenzione; c. 11 *Depositi* [4 34]. Si vegga VOET, h. t. § 6 e NELLER, Diss. cit. Sect. V Supplem. quaestion. ad § 6 pag. 219. Ma nè i testi accennati, nè la pratica riconoscono tale distinzione ed è anche abbastanza noto che oggidì è concesso un diritto di ritenzione anche pel deposito, qualora almeno il credito del depositario sia scaturito dallo stesso deposito. Solo nelle cause pubbliche, in cui l'interesse dello Stato esige assolutamente la restituzione dei documenti e degli atti, non s'ammette negli avvocati alcun diritto di ritenzione. Cfr. WERNHER, *Observat. for.* t. II parte VIII. Observat. 98. — BARDILI, *Dissertatio de salariis* cap. VIII § 38 p. 43. — KRAUSE, Diss. cit. *De eo quod iust. est circa salar. et honorar. advocator.* § 45, e specialmente Gio. Fed. TROPANNEGER, *Dissertatio de retentione actorum advocato ob salarium non solutum competente*, Lipsia 1740.

60) MEVIUS, parte I Decis. 234. — KRAUSE, Diss. cit. § 46.

61) F. 13 § 9 in. R. *De iudiciis* [3 1] cap. 2 *De Rescript. in* 6to. — BARDILI, Diss. cit. cap. VIII § 41. Per l'interpretazione della c. 13 § 9 cit. bisogna consultare BRUNNER, *Comment. ad. L. Cinciam* cap. X nr. 11 seg. p. 147.

---

a) Al Consiglio dell'ordine (rispettivamente di disciplina) spetta pure d'interporsi, se richiesto, a comporre le contestazioni che possono insorgere fra gli avvocati e i clienti relativamente agli onorari. — A proposito del diritto attuale notiamo parimenti, come la legge faccia espresso divieto di ritenere gli atti delle cause e le scritture ricevute dai clienti per mancanza di pagamento degli onorari dovuti o di rimborso per le spese anticipate; i clienti però non possono ritirare gli atti, se non dopo l'accertamento del loro debito mediante annotazione di esso negli atti medesimi e con dichiarazione a parte consegnata all'avvocato o procuratore. — Sui provvedimenti contenuti negli articoli 373, 379 del nostro codice di procedura civile va confrontata sovratutto la memoria dello SCOTTI nel *Monitore dei Tribunali* anno 1868 pag. 1098. Cfr., per esempio, anche SAREDO *Istituzioni di procedura civile* vol. I p. 618 seg., p. 621 seg.

Del resto l'avvocato non ha a tutela di tale suo credito nè una ipoteca legale, nè qualsiasi altro privilegio [62]), quantunque, se il cliente diviene insolvente, venga ordinariamente nella pratica collocato per motivi di equità nella quarta classe [63]).

§ 373.

Diritto de' poveri

I poveri hanno ne' processi la particolare facoltà di farsi costituire d'ufficio dal giudice un avvocato, il quale deve prestare il suo gratuito

---

62) LAUTERBACH, *Coll. theor. pract. Pandect.* h. t. § 30. — PUFENDORFF, *Observat. iur. min.* tom. III Obs. 71. — VOET, h. t. § 6. — BARDILI, Diss. cit. cap. VIII § 40 pag. 45. — STRYCK, *Dissertatio de privilegiis advocator.* cap. III § 6 in fin. — Crist. Gottl. GMELIN, *Graduazione de' creditori* [ted.°] cap. 2 § 1 p. 79.

63) Cfr. RICHER, Tr. *De iure et privilegio creditor.* cap. V nr. 36. — BRUNNEMANN, *Process. concurs. creditor.* cap. V § 64. — MENIUS, *Ad ius. Lubecense* parte III tit. I art. XI nr. 69. — LUDOVICI, *Introduzione alla procedura dei fallimenti* [ted.°] cap. 20 § 61. — ESTOR, *Giurisprudenza tedesca* [ted.°] parte 2 p. 810. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. VII Spec. CCCCLXXXVII medit. 7. — CLAPROTH, *Introduzione a tutte le procedure sommarie* § 417 [ted.°]. — DANZ, *Elementi della procedura civile ordinaria* § 44 p. 123 e specialmente Franc. Giust. KORTHOLT, *Dissertatio de iure salarii advocatorum in concursu creditorum,* Giessen 1770.

---

a) In Piemonte si aveva l'*avvocato* o *procuratore* dei poveri, il quale corrispondeva alla carica di « Armenadvocat » esistente in varii paesi tedeschi, di cui fa cenno anche il nostro Autore nel corso di questo paragrafo. La gratuita clientela cessò invece oggidì di essere una istituzione pubblica e non esiste più un difensore ufficiale dei poveri. Il patrocinio gratuito è ora un ufficio obbligatorio per ogni avvocato o procuratore. Presso ogni Corte o tribunale è costituita una Commissione pel gratuito patrocinio, che ammette i poveri, cittadini, o stranieri, all'assistenza legale in giudizio per qualsiasi causa civile, penale commerciale o di altra giurisdizione sia contenziosa che volontaria. — Le condizioni di ammissione al gratuito patrocinio sono il certificato di povertà [non più il giuramento] e la *probabilità del buon esito della causa.* Accordata l'ammissione, viene destinato il difensore ufficioso, che deve patrocinare la causa secondo sua scienza e coscienza e sotto la sorveglianza del pubblico ministero. —

L'abolizione degli uffici degli avvocati o procuratori dei poveri (Decreto 6 dicembre 1865) è ordinariamente reputata inopportuna. Non troppo peso avevano infatti contro quella istituzione gli argomenti, per cui s'avrebbe dovuto ritenerla inutile (niun

patrocinio, qualora negli statuti particolari di qualche paese non sia costituito già dallo Stato un avvocato dei poveri. *Poveri* si dicono coloro che non hanno un patrimonio bastante da poter sostenere le spese del processo, dedotto il loro necessario sostentamento [64]). Chi vuol essere ammesso al gratuito patrocinio deve provare sufficientemente la sua povertà con attestati degni di fede e prestare giuramento, sia a conferma della reale povertà, sia a promessa che, se mai perverrà in seguito a condizioni economiche migliori, pagherà volontieri tutte le dovute competenze [65]).

---

64) ESTOR, *Elementi della procedura comune e dell'impero* parte I § 2342. — DANZ, *Elementi* § 40 p. 109 seg.

65) Cfr. *Abbozzo dell'ordinamento del giudizio camerale* parte I tit. 96. — ESTOR, l. c. § 2345-2348.

---

avvocato o procuratore avendo mai [?] rifiutato di prestare al povero i propri gratuiti servigi) e anzi dannosa (non essendovi parità di condizione fra il povero difeso da un magistrato e la parte avversaria ad un semplice avvocato e procuratore; cfr. BORDEAUX *Philosophie de la procedure civile,* p. 333. — Cfr. pure MARIANI, *Corso elementare di procedara civile ed ordinamento giudiziario;* vol. I, p. 306.

TITOLO II.

De his qui notantur infamia.

---

§ 374

Rapporto di questo titolo coll'antecedente. Concetto di onore, onore civile, infamia.

La trattazione della dottrina dell'*infamia* appartiene propriamente al diritto delle persone. Giacchè si riferisce alla condizione di una persona il fatto ch'essa goda i diritti derivanti dall'onore civile nello Stato o che ne venga dichiarata decaduta. L'essere quindi inserito questo titolo in un posto così poco opportuno è un enigma che non si può altrimenti spiegare, che col riflesso che l'infame non può postulare per altri i tribunali [a]). Fu questa probabilmente la ragione che indusse i compilatori delle nostre Pandette a connettere questa dot-

---

a) Il nostro Autore quasi senza saperlo ha indovinato il vero. Il RUDORFF nella sua ricostruzione dell'*Editto perpetuo* (p, 42 seg.) ha creduto che l'Editto pretorio contenesse una rubrica speciale « *De his qui notantur infamia* » subito dopo quella « *De postulando* »; ora invece il LENEL ha mostrato con ogni evidenza [*Rivista della Fondazione Savigny per la Storia del diritto* (ted.°). Parte romanistica vol. II p. 56 seg.; cfr. LO STESSO, l'*Editto perpetuo* (ted.°) [p. 62 seg.] che l'Editto pretorio non conteneva punto tale rubrica, e che anzi essa fu fabbricata da' compilatori dei Digesti. Dopo tale *scoperta* di LENEL (chè così meritamente la chiama egli stesso) fu possibile integrare correttamente il testo gajano IV 182:

« *nec tamen* ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus *sit; sed qui prohibetur* et pro alio postulare *et* cognitorem dare procuratoremue habere, item *pro*curatorio aut cogn*ito*rio nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse *dicitur* ».

Cfr. in proposito specialmente KRUEGER nella *Rivista critica trimestrale* [ted.°]. Nuova Serie vol. VII f. 4, p. 554. — Nell'Editto dunque si conservavano due cataloghi di persone infami: uno relativo all'editto *De postulando*, l'altro a quello *De cognitionibus et procuratoribus*. A quest'ultimo, come ha ben mostrato il KARLOWA, *Rivista per la storia del diritto* (ted.°) vol. IX, p. 220 seg. [specialmente contro il RUDORFF cod. vol. IV p. 53 seg.], va riferito il catalogo contenuto nel *Frammenti vaticani*, § 320, a proposito del quale vedi quanto diremo più avanti nelle note e LENEL, *L'Editto perpetuo* p. 72 p. 74 e seg. Non corretto è il PERNICE, *Labeo* I 243.

trina col titolo *de postulando* [66]). Per definire convenientemente l'infamia bisogna prima sapere che cosa è *onore civile*. L'unanime giudizio del pubblico sulle qualità morali di una persona si dice *opinione, fama, nome, credito* [*fama, existimatio*]. Questo si fonda o sulle perfezioni morali o sulle morali imperfezioni di una persona. Nel primo caso tale favorevole giudizio del pubblico sulle nostre perfezioni morali si dice *buona fama, buon nome* [*bona fama, integra existimatio*]; invece uno sfavorevole giudizio del pubblico sulle nostre imperfezioni morali, si chiama *cattiva fama, cattivo nome* [*mala fama*]. Per un *buon nome* si richiedono tre qualità:

1. *Nascita legittima;* giacchè secondo la consuetudine germanica aderisce una macchia ignominiosa ai figli illegittimi, che li rende malvisti nella società civile e che li rende incapaci al godimento di parecchi diritti civili.

2. *Giustizia nelle nostre azioni;* le quali devono non solo essere giuste, cioè non offendere doveri perfetti verso altri, ma devono essere anche *onorevoli* e *convenienti,* cioè non ripugnare nè al galateo,

---

66) Fra gli scritti su questa materia meritano di essere citati i seguenti: Crist. THOMASIO, *Diss. de existimatione, fama et infamia extra rempublicam,* Halle 1734. — Enr. BODINO, *Dissertatio de iure circa infamiam,* Halle 1710. — Gio. Pietro BUCHER, *Diss. I et II de notione et effectu infamiae,* Steinfurth 1766. — Gio. Enr. Crist. von SELCHOW, *Dissertatio continens selecta capita doctrinae de infamia,* Gottinga 1770. — Enr. Valent. BECKER, *Dissertatio de dignitate, honore et existimatione,* Rostock 1789. Riguardo al diritto tedesco in particolare vanno citati: Fil. Lud. HUTH, *Specim. iuris germ. de his qui notantur infamia,* Altdorf 1723. — Ettore Guglielmo VON GÜNDERRODE, *Sull'onore civile appo i Germani* negli *Scritti* di costui editi da D. POSSELT, vol. 2 p. 187 seg. — Gugl. Aug. Fed. DANZ, *Manuale del diritto privato tedesco attuale* vol. 3 p. 59 seg. *a*).

---

a) HÜBNER, *Sull'onore e l'infamia* [ted.°] Lipsia 1800. — E. F. HAGEMEISTER, *Sull'infamia e sulla mancanza di onore* [ted.°] nel *Magazzino Civile* di HUGO, III n. 8. — MAREZOLL, *L'onore civile* Giessen 1824. — BURCHARDI, *De infamia* Kiel 1819. WALTER, *Sull'onore e l'ingiuria nel diritto romano* nel *Nuovo Archivio di diritto criminale* [ted.°] 1821, IV 108-140, 241-308. — MOLITOR, *De minuta existimatione,* Lovanio 1824. — Cfr. pure SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* [ted.°] vol. II p. 277 seg. — MOMMSEN, *Diritto pubblico romano* [ted.°] vol. I p. 36 seg. — ZUMPT, *Diritto Procedura criminale della repubblica romana* [ted.°], p. 26 seg. — PERNICE, *M. A. Labeone* [ted.°], vol. I p. 240-253.

nè ai buoni costumi. Per conseguenza un uomo che s'abbandona all'ubbriachezza danneggia il proprio buon nome.

3. *Onorevole professione* e *condotta irreprensibile.* Perciò sono carnefici, manigoldi, vagabondi, zingari ambulanti, cerretani e saltimbanchi, marionettisti, presentatori di orsi, ecc., gente sprezzata e sospetta [67]).

Dalla buona fama e dal nome onorato di un uomo dipende il godimento di certi diritti civili nello Stato, il complesso dei quali si chiama *onore civile* [68]) (*fama,* vedi *existimatio civilis*). Questo dev'essere distinto dall'*onore comune* di una persona. L'*onore comune* comprende da una parte quel *rispetto assoluto* [a]), che ogni uomo, come

---

67) RUNDEN, *Elementi del diritto privato comune germanico* [ted.°] § 310.
68) G. Lud. MENCKEN, *De fama forensi,* Wittemb. 1732.

---

a) Che la vile condizione dell'ingiuriato sia circostanza che alleggerisca la gravità del delitto d'ingiuria è regola fondata sulla minorazione del *danno mediato,* attestata nelle Fonti [per esempio, Inst. 4, 4, 9 et PSEUDO-THEOPH., *ibid.*], e accetta da antichi e moderni criminalisti [per esempio, MATTHAEUS, *De criminibus* XLVII 4, 6. — CARPZOVIUS, *Practica* II 94, 19. — CARRARA, Programma *Parte speciale* III 156 (§ 1787)]. Anzi taluno dal passo di ULPIANO D. 47, 10, 15, 15 volle argomentare che i Romani non punissero un'ingiuria fatta a pubblica meretrice; vedi, per esempio, gli scrittori del CARRARA *eod.* p. 157: *Si quis virgines adpellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur; multo minus si meretricia veste feminae non matrumfamiliarum vestitae fuissent. si igitur non matronali habitu femina fuerit et quis eam adpellavit vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur.* La condotta logica del periodo parrebbe richiedere un « non » avanti a *tenetur;* ma ricordiamo che il passo è di ULPIANO scrittore, in cui la condotta logica dei periodi lascia appunto molto a desiderare [esempii in PERNICE, *Ulpiano come scrittore* (ted.°) p. 3 e *passim*] e che del resto l'ipotesi della perduta negazione è contraddetta nel modo più evidente dalla versione greca letterale di questo passo contenuta nell'*Indice* di STEFANO [Basil. sch. Ἐάν τις ed HEIMB. V 627 confermato dalla sch. τό πλότος οὕτως ἔχει eod. e ed. FABR. schol. q. VII 488], nonchè dall'epitome cirilliana passata qui nel testo dei Basilici e che suona così: « Ὁ προσβαλλων γυνακὶ εδεδυμένῃ σχῆμα δούλης ἢ πόρνης ἧττον μὲν ἁμαρτάνει ὑπόκειται δέ τῇ περὶ ὕβρεως ἀγωγῇ: *qui adpellavit mulierem ancillari vel meretricia veste vestitam* minus quidem peccat, TENETUR TAMEN *iniuriarum actione* ». — Queste testimonianze unite a quella del manoscritto Fiorentino rendono addirittura impossibile lo ammettere che avanti a *tenetur* sia caduta la negazione. S'aggiunge ancora che, dopo il *minus* peccare, il *non* teneri sarebbe un *exitus inopinatus.* — Ma supposta anche per un momento la possibilità di tale ipotesi, non si può negare che quella dei predetti scrittori sia una indebita illazione. — Si può comprendere come non si consideri ingiuria l'*appellatio* [sul cui significato vedi, per esempio, il REIN, *Diritto criminale de' Romani* (ted.ª) p. 365] di donna in abito meretricio, potendosi qui, a tacer d'altro, applicare

tale, può pretendere; dall'altra il *rispetto particolare*, che si riferisce alle abilità e doti peculiari ad una persona [69]). La differenza consiste in ciò, che l'*onore assoluto* è inviolabile, finchè almeno non col suo agire illecito costringe un altro a far valere il proprio diritto senza risparmio dell'onore dell'altro. Questa non può pertanto essere tolta nemmeno all'infame; ma lo Stato deve difendere anche tali persone nel godimento del rispetto assoluto contro le offese altrui [70]). Anche l'infame, finchè almeno non è dichiarato affatto privo di diritti, gode quindi ancora sicurezza per la sua persona; nessuno può permettersi di attentare all'integrità di questa, nè stimarsi autorizzato ad offenderlo arbitrariamente con improperii ed ingiurie [71]). Diversa è la cosa rispetto alla *stima particolare*. Questa dipende solo dall'opinione e del giudizio altrui su di noi e le nostre buone qualità, e non può essere considerata come qualche cosa di spettanza del giudicato [72]), essendo libero a ciascuno di rivocare il suo giudizio. Nessuno ha infatti il diritto di costringere i suoi simili a riconoscere le sue qualità e doti reali o presunte ed a giudicare quindi di lui in un modo e non altrimenti, e meno ancora hanno coloro che si sono già formati un giudizio il diritto di pretendere che anco gli altri si conformino al proprio [73]). Anche la maggiore benemerenza pel pubblico bene e la più elevata virtù civile non potrebbe produrre nello Stato un diritto efficace ad un rispetto di preferenza o ad altra esterna dimostrazione di stima [74]). Ma la legislazione ci-

---

69) KLEIN, *Elementi di diritto penale comune germanico e prussiano* [ted.°] § 208.

70) KLEIN, *Elementi* cit. § 224.

71) VOET, *Comment. ad. Pand.* tom. II lib. XLVII tit. X § 4. — WEBER, *Sulle ingiurie e libelli famosi* [ted.°] Sez. I § 3 p. 28.

72) KLEIN, negli *Elementi di diritto penale* § 208.

73) KLEIN, *Annali di legislazione e giurisprudenza degli Stati prussiani* [ted.°] vol. 2 p. 41 seg.

74) Con ragione dice quindi PUFFENDORF, *De iure naturae et gentium* lib. VIII cap. IV § 14: *Omnia existimationis intensivae fundamenta in se non producunt*

---

il brocardico « volenti non fit iniuria »; ma da questa decisione (che pur ULPIANO in tesi generale non accoglie) conchiudere a la sentenza: non essere passibili d'ingiuria le persone infami, è certamente gravissimo ed inesplicabile errore.

vile ha il diritto e il dovere di stabilire il rango delle diverse classi e de' diversi cittadini, nonchè i simboli esteriori e gli effetti della relativa posizione sociale, assicurando a ciascuno quel rispetto, che la sua condizione richiede [75]). Questo rispetto, per cui l'uomo ha nello Stato quel valore e quell'importanza, che gli è riconosciuta e stimata dal potere sovrano, è il vero *onore civile,* del quale noi ora parliamo. Esso consiste nel pieno godimento di quei diritti e privilegi, che hanno il loro fondamento in quella dignità, che la società ha assicurato ai proprii membri, ciascuno in relazione al suo grado [76]); ed è inviolabile al pari dell'onore assoluto, finchè almeno uno non è stato dichiarato dall'autorità medesima decaduto dall'onore civile [77]) [a]). La mancanza di questo onore civile e la perdita di quei

---

nisi ius imperfectum ad habendum ab aliis honorem et venerationem. Adeoque si eundem aliis ETIAM BENEMERITIS *quis denegaverit, non potest dici iniuriam fecisse, sed dumtaxat inhumanitatis, aut, si ita loqui licet, incivilitatis notam sibi contraxisse.*

75) Si confronti in proposito specialmente WEBER, *Sulle ingiurie* parte I § 1 p. 15.

76) Ugo DONELLO, *Comment. iur. civ.* lib. XVIII cap. 6 pag. 1023 dice: DIGNITATEM, *seu* EXISTIMATIONEM CIVILEM *accipere debemus eam conditionem* (sic), *qua fit, ne quis habeatur indignus iis rebus aut plerisque, quae civibus singulis in suo cuique ordine tribui solent: cuius generis haec sunt: in civitate esse licere: rebus communibus uti ut communibus fungi in ea civilibus et virilibus officiis tum privatim, tum publice: nihil turpe aut indignum honesto viro pati; honores ordini suo convenientes capessere.*

77) Fr. 5 § 1 *De extraord. cognit.* [50 13]: « Existimatio *est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur* ».

---

a) Il diritto di cittadinanza romana per le molte prerogative pubbliche e private, che procurava a chi ne era investito, gli attribuiva una certa esteriore dignità, mentre esigeva pur dagli altri una certa stima. Questa stima o considerazione personale costituiva pel cittadino una specie di stato, ch'egli conservava nella sua integrità fino a tanto che la sua condotta rimaneva civilmente irreprensibile; cfr. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* vol. I § 29. — SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano* vol. 1 § 6 p. 50 e seg. ecc. — La distinzione fatta dall'Autore nel testo fra i vari ceti della cittadinanza è affatto estranea al diritto repubblicano e appena comincia ad accentuarsi sotto l'impero [sulle persone « *humiliores* »; cfr. MAREZOLL, *L'onore civile* p. 282 seg.]. Che l'ingiuria fatta ad un senatore fosse più grave che non quella fatta a un semplice cittadino, deriva anche dalla considerazione dell'offesa alla dignità dell'ufficio, *come tale; in genere* poi lo stato sociale più elevato dell'offeso accresce la gravità dell'ingiuria per ragioni che derivano piuttosto dalla natura oggettiva del delitto, che non

diritti civili, che ne dipendono, si dice « assenza d'onore » in senso lato, e questa si distingue in *infamia* propriamente detta e *turpitudine* o *levis notae macula* [78]). Se la mancanza dell'onore civile deriva da azioni infamanti contenute in una sentenza o altrimenti notorie, costituisce la vera *infamia* [79]). Se invece la causa del generale disprezzo, ammesso in massima anche dalle leggi, in forza del quale le persone che ne vengono colpite rimangono prive, finchè la macchia non venga detersa, dal pieno godimento de' diritti comuni a'membri onorati del civile consorzio, consiste soltanto nell'illegittimo nascimento, nella professione spregevole o immorale, nel forte sospetto di un delitto commesso, per cui taluno è stato inquisito, questo Stato si dice « ignominia » o *levis notae macula* [a]). Di esso parlerò più avanti al § 385. Per ora parliamo della vera infamia [80]).

---

78) Cfr. WOLTAER, *Observat. iur. civ. et Brandeburg* Fasc. I Obs. 22 § 1.

79) Si distingue l'*ignominia* dalla *privazione di diritti*, per cui s'intende la perdita completa di tutti i diritti civili. Questa consiste nella dichiarazione di *bando* e tali individui privi di ogni tutela giuridica chiamavansi nel medio-evo « *Verzellte* » ['banditi]. *Verzellen* nel tedesco medioevale significava « dichiarare taluno decaduto dal suo onore, da' suoi diritti, dal suo patrimonio ». Cfr. Gio. Fed. KLOTZSCH [Sul « VERZELLEN »], Dresda 1765 8, e WOLTAER, loc. cit. not. 2 pag. 123 [b]).

80) GOEDDAEUS, *Comment. ad. tit. Dig. de verbor. signif.* h. fr. n. 2. — CUIACIO, nel *Comm.* ad eund. tit. eandemque legem.

---

dalla posizione, come tale, dell'offeso, quasi meritevole di rispetto maggiore; cfr., per esempio, CARRARA, *Programma* P. Sp. vol. III § 1786.

a) Secondo il REIN, « ignominia » sarebbe stata per tutto il tempo repubblicano ed i primi tempi dell'impero l'unica voce per indicare la diminuzione dell'onore civile in forza di sentenza o di massima generale di diritto [*Diritto privato romano* [ted.°] 1.ª ediz. p. 110 n.]; mentre *infamia* non avrebbe propriamente indicato che la cattiva opinione e solo a' tempi di GAIO, o più tardi [cfr. G. 2 164 4 182] si sarebbe usata per significare l'*ignominia ex edicto*. Egli si appoggia specialmente a FRONTONE, *de diff. verborum* [ed. NIEBUHR], p. 284: *ignominia imponitur ab eo, qui potest animadversione notare; infamia ex multorum sermone nascitur*. Cfr. in proposito anche il VOIGT, Le *dodici tavole* [ted.°] vol. I p. 444 n. 478. — Tuttavia l'opinione accennata va intesa con qualche restrizione; in principio dell'impero la voce *infamia* dovette già penetrare nel detto significato nel campo giuridico. La rubrica « De his qui no- « tantur infamia » non appartiene però, come s'è già visto, all'editto del pretore.

b) A proposito della dichiarazione « sacer esto » nell'antico diritto penale romano cfr. ABEGG, *De antiquissimo Rom. iure crim.* p. 43 seg. *Ricerche nel campo del diritto penale* [ted.°] p. 190-7. — SANIO, *Observ. ad legem Corn'liam* p. 55 seg. — ZACHA-

§ 375.

Infamia naturale e civile. *Spiegazione del fr. 42,* De verb. Significatione [50, 16].

L'infamia nasce o da tali azioni, che già il diritto razionale condanna come vergognose o deriva da quegli atti illeciti, a cui il solo diritto positivo annette la pena della privazione d'onore. Nel primo caso il nostro autore parla di infamia *naturale,* nell'altro invece di *infamia civile.* Tale distinzione si fonda sul noto passo di ULPIANO, fr. 42. De verb. Sign. [50, 16], che dice: « *probrum et opprobrium id est probra quaedam* natura turpia *sunt: quaedam* civiliter *et quasi* more civilitis: *utputa* furtum adulterium ratura turpe *est: enimuero tutelae damnari* non natura probrum est, sed more civitatis. nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum cadere ». Questo passo è tolto dal libro 57, *Ad edictum* di ULPIANO, in cui questo giureconsulto spiega l'editto del pretore sulle ingiurie, che è contenuto nel fr. 15, § 2, *De iniuriis* [47, 10]. Dal momento che quest'editto parla sono di ingiurie verbali ed in ispecie di quelle che consistono nell'imputazione offensiva di azioni disonoranti [81]),

---

81) Ciò appare in ispecie da' fr. 7 8 11 13 15 e 17 *De iniuriis* [47 10], che sono presi dallo stesso libro 57 *Ad edictum.* Veramente il fr. 15, il cui § 2 contiene le parole edittali, nelle edizioni comuni l'iscrizione: ULPIANUS, lib. 77 *Ad edictum.* Ma, poichè Ulpiano nel libro 57 del commento suo tratta *ex instituto* delle ingiurie, l'iscrizione del fr. 15 va senza dubbio ritenuta scorretta, come ha notato anche DUCKER negli *Opuscul. de latinitate ICtorum vet.* pag. 120 *a*).

RIAE, *Cornelio Sulla* [ted.°] v. II p. 120. — KÖSTLIN, *La perduellione* [ted.°] p. 127 seg. — PLATNER, *Quaestionec iur. crim.* p. 28 seg. — REIN, *Diritto criminale dei Romani* [ted.°] p. 31 seg. — VOIGT, *Le dodici tavole* [ted.°] vol 1 p. 490 508.

a) La trattazione dell'Editto *De iniuriis* comincia nel libro 56 del Commento di ULPIANO, e si estende per tutto il libro 57: in questo anzi comincia la vera esegesi del testo edittale. Niun dubbio esiste fra' moderni che il fr. 15 h. t. sia stato falsamente iscritto, cfr. per tutti LÉNEL *L'editto perpetuo* [ted.°] p. 320 e p. 448. — Altri frammenti dello stesso libro, oltre quelli citati dall'Autore, sono fr. 12 *De in ius voc.* [2, 4], fr. 19 *quod vi* [43, 24] (Cfr. il fr. 17 § 10 h. t.), fr. 18 *De lib. et postum.* [28 2], (cfr., per esempio, il fr. 13 § 1 h. t.), fr. 19 *De poenis* [48, 19 — cfr. fr. 17 § 4 h. t.]. — Sul fr. 42 *De V. S.* [50 16], cfr. anche il RUDORFF. *Edictum perpetuum* § 189

ULPIANO comincia a stabilire il significato della voce *probrum*, la quale ha notoriamente diversi significati [82]). Per cui egli dice: *proprum et opprobrium id est*, il che equivale a « idem est », come ha già osservato anche CUIACIO [83]). *Probrum* significa propriamente « azione illecita, reato, fatto disonorevole », come DUCKER [84]) ha provato coll'appoggio di molti passi dei classici. *Opprobrium* invece significa quel disonore, che scaturisce da un fatto delittuoso.

Siccome però è indifferente ch'io rinfacci ad un altro un delitto o ch'io lo tenga per uomo disonorato, poteva benissimo ULPIANO in relazione all'editto del pretore sulle ingiurie assumere le parole « probrum » e « opprobrium » come equipollenti [85]). Il giureconsulto romano distingue pertanto quelle azioni illecite, cui già il diritto di natura riconosce come disonoranti a quelle, che sono dichiarate infamanti dal solo diritto civile. Fra le azioni infamanti della prima categoria annovera egli furto o adulterio, giacchè tali delitti non si possono immaginare senza intenzione dolosa [86]). Ma se un tutore si è reso sospetto per modo, da dovere essere deposto dal suo ufficio, non è questa una tale mancanza, cui il diritto di natura dichiari infamante; sono le leggi civili che vi hanno apposta l'ingnominia [87]).

---

82) Si cfr. WALCH *ad* ECKHARDI, *Hermeneut. iuris* lib. I cap. IV § 145 pag. 275.

83) Lib. IX *Observat.* cap. 15. Appunto ciò fu confermato ancora con più esempii il FORNERIO, *Rerum quotidian.* lib. III c. 36.

84) *Opusc. de latinitate ICtorum vet.* pag. 116.

85) Giul. a BAYMA, *Commentar. in tit. Dig. de Verb. Sign.* [Leovardiae 1649 8] od h. L. 42 pag. 72.

86) Fr. 51 *Pro socio* [17, 2], fr. 43 *ad legem Iul. de adulter.* [48, 5].

87) Ger. NOODT, *Probabil. iur. civ.* lib. I cap. 13 crede che le parole « *sed more civitatis* » sieno un glossema; ma senza buone ragioni, quantunque Aut. SCHULTING, nelle *Enarr.* parte I Dig. h. t. § 8 gli vada dietro. L'intero contesto del frammento mostra che sono necessarie e che però devono essere mantenute. Anche ne' Basilici lib. II tit. I tom. I pag. 46 *a*) sono riconosciute genuine, come hanno già fatto valere contro il NOODT, il WAECHTER negli *Opuscul.* pag. 221 seg. — Abr. WIELING, *Lectiones iuris civ.* Lib. I cap. 10. — Christ. Enr. ECKHARDT, *Hermeneut. iuris* lib. I cap. VII § 286 e altri.

---

n. 3. — Il JOUSSERANDOT tuttavia (e pur troppo non è da stupirsene gran fatto) mantiene impavido l'erronea iscrizione: *Edit perpetuel* v. II p. 259 e 261 et alibi.

a) Forma il capo 40.° di questo titolo ed è preso dalla somma cirilliana. Nella

Giacchè secondo il diritto delle Pandette non era assolutamente necessario che il tutore avesse di proposito fraudato il pupillo; ma una grave negligenza veniva in questo caso equiparata al dolo, come Giovanni VOLLENHOVE ha diffusamente mostrato [88]). Una cotale negligenza disonora il tutore *more civitatis* almeno per modo, ch'egli non può più essere eletto od altra tutela [89]). Il diritto naturale invece non stima che una mera trascuratezza [a]), senza cattiva

---

88) *Dissertatio de suspectis tutoribus et curatoribus* cap. VIII § 6 seg. [OELRICH, *Thes. nov. Diss. Belgic.* vol. I t. I p. 247 et seg.]. Si cfr. col fr. 1 h. t. il fr. 7 § 1 *De susp. tutor.* [26, 10] e il fr. ult. *Ubi pupillus educari debest* [27, 2]. — Cfr. anche il VOET, *Comment. ad h. tit.* § 2. — Gerolamo DE OROZ, *de apicibus iuris civ.* [Lugd. 1661 f.] lib. V cap. 5 nr. 4 pag. 362. Si può tuttavia conchiudere dal § 2 *De poena temere litig.* [4, 16] con sufficiente chiarezza che nell'azione di tutela allora soltanto la colpa lata veniva equiparata al dolo, quando il tutore, invece di risarcire al pupillo il danno cagionatogli, cominciava un processo contro di lui, giacchè GIUSTINIANO pone l'*infamia* tra le altre pene del temerario litigare « si quis tutelae fuerit damnatus ». Tanto è ad ogni modo sicuro, che secondo il nuovo diritto romano solo una frode, che si possa dimostrare, infama il tutore: c. 1 2 4 6 e specialmente 9 *De suspect. tutor.* [5 43]; c. 2 *De tutor. vel curator. qui satis non ded.* [5 42]. — Cfr. EV. OTTONE nel *Comment.* ad § 6. *De susp. tut.* [1 26].

89) Gio. JENSEN, *Stricturae ad rom. iur. Pandect. et Codicem* pag. 518.

---

ediz. heimbachiana si trova vol. I p. 44. Nello scolio però Μὴ ἐντεῦθεν ad. Bas. 22 5 30 ed. Heimb. II 555 [schol. p. ed. FABR. III 179] è indicato questo capo come il quadragesimo secondo. Ivi si trovano le stesse parole ed è certo che di qui ricostruì il FABROT quel capo de' Basilici. Siccome lo scolio testè accennato appartiene ai recenziori e si riferisce perciò al corpo dei Basilici rimane certa la sua origine cirilliana, chè la somma di *Cirillo,* ebbero per gli ultimi dieci libri nelle loro mani i compilatori.

a) Io stimo che veramente il « tutelae damnari » in questo passo ulpianeo si riferisca alla *remotio suspecti tutoris.* Giacchè solo questo caso, che era venuto sempre più avvicinandosi al campo del diritto punitivo [« *postulatio* suspecti tutoris » D. 26 10 1 5 8 — fr. 3 § 3 4 5 eod. C. 5 43 7 — « *delictum* » fr. 3 § 5 h. t. — « suspecti « *crimen* » fr. 1 § 1-2 h. t. fr. 3 § 3 7] offriva un *probrum,* che si poteva mettere a confronto cogli altri nel frammento citati. L'azione contro il tutore sospetto (avente scopo essenzialmente preventivo, talchè poteva esperirsi anche prima che s'incominciasse l'amministrazione) era una vera azione di *polizia,* aventi luogo *extra ordinem* [così in sostanza anche il VOIGT l. c. p. 427]: è quindi naturale che non vi si esigesse il *dolo*] vedi i passi in RUDORFF. Il *diritto della tutela* (ted.°) vol. III p. 192]. — Se il fatto costituiva altrimenti delitto o se il dolo assumeva nella fattispecie una peculiare gravità, il reo veniva sotto l'impero mandato al *Praef. urbi* per un vero e proprio processo penale [I 1 26 10], secondo l'ordine consueto a tenersi, quando in un'azione di polizia si manifestavano gli estremi di un vero reato e però di un

intenzione, sia cosa tanto disonorante da infamare chi n'è colpevole; sendo che talvolta anche un uomo del resto onesto e leale [homo idoneus] si può rendere imputabile di una grave negligenza. La maggior parte degli interpetri è però unanime nel riconoscere che l'espressione *tutelae damnari* va riferita non solo al dolo, ma anche e in questo caso principalmente alla colpa lata, poichè se un tutore defrauda scientemente il suo pupillo, questa è senza dubbio un'azione infamante anche pel diritto naturale, nè un uomo onesto potrà mai commetterla. S'è invece in disaccordo sul vero senso delle parole « more civitatis ». Parecchi giuristi [90]) vogliono intendere non tanto il diritto civile, quanto piuttosto il giudizio comune dei cittadini, i quali di ordinario sono abituati a pensare più male che possono e, per conseguenza, stimano senz'altro come persona disonorata colui che è stato deposto dall'amministrazione di una tutela, quasi ch'egli avesse Dio sa quali frodi ordito. Ma io non posso accettare questa spiegazione. Non poteva ULPIANO, che in questo luogo voleva mostrare quali « probra » sono tali per *natura* e quali *civitatis*, accogliere un fallace giudizio popolare; è invece noto come nelle nostre fonti le espressioni *civiliter* e *more civitatis* indicano ciò che è stato introdotto dal diritto civile o che è ad esso conforme [91]). Nè è facile scoprire la ragione per cui ULPIANO distingua fra *probra natu-*

90) DONELLO, *Commentar. iur. civ.* lib. VIII cap. 8 pag. 1027. — Abr. WIELING, *Lection. iur. civ.* c. 1. pag. 57. — Gius. FINESTRES *in Hermogeniano: ad L. 5 de Inst. et Iure* [I 1] Exercit. XII § 33 pag. 207 in f. e seg.

91) Fr. 1 § 1 *Si mens. fals. mod. dix.* [11 6]; fr. 14 *de oblig. et act.* [44 7]; fr. ult. *Rem pupilli salv. fore* [46 6]; fr. 8 *De adquir. et omitt. hered.* [29 2]; fr. 34 § 1 *De contrah. empt.* [18 1]; fr. 7 *De supell. leg.* [33 10]; fr. ult. § 27 *De muner. et honor.* [50 4]. — Cfr. BRISSON, *De verborum signif.* v. « mos » e « civiliter ».

---

vero procedimento penale. Cfr. pure un altro esempio in BUCCELLATI, *Istituzioni di diritto penale*, § 1000 p. 525. — Come io avevo già notato presso B. l. c., la distinzione tra i *probra natura turpia* o *civiliter turpia* contiene in germe quella fra *delitto* e *contravvenzione*, quale la scienza oggidì la propone. Il *probrum* va qui preso in un senso affatto obbiettivo, sia pure come contenuto di diffamazione od altra ingiuria verbale. Ma che il passo non si riferisca punto all'infamia naturale e civile appare anche da ciò, che l'*infamia* non ha luogo se il *damnatus* è « vir idoneus ». Se poi in ULPIANO stesse originariamente anzichè « tutelae damnari » — « a tutela remoneri » o simile, non si può naturalmente decidere,

ralia e *civilia,* se la sua intenzione era quella di spiegare l'editto del pretore intorno alle ingiurie verbali. Io non voglio qui ricercare se abbiano indovinato veramente l'animo del giureconsulto coloro che, come GODDEO [92]) e POTHIER [93]), affermano consistere la ragione di quella distinzione fra due categorie di *probra* in ciò, che il rinfacciare un'azione già per sè stessa naturalmente infamante sia sempre un ingiuria: non invece, quando taluno imputa ad altri un' azione, che rende infame solo *civiliter* e *more civitatis* [a]). A me basta avere dimostrato che la distinzione qui esposta dal nostro autore tra infamia naturale e infamia civile non è punto sconosciuta alle fonti del diritto romano.

§ 376.

Concetto più esatto dell' infamia naturale. *Distinzione della ignominia in* infamia iuris *o* facti.

Secondo la dottrina ulpianea v'ha dunque una ignominia naturale, che scaturisce da quelle azioni, che sono per loro stessa natura disonoranti. Perchè questa abbia ad esercitare una influenza sui diritti e i rapporti civili, occorre che la legge civile la confermi. Chè i precipui effetti, che l'onore civile apporta con sè, sono appunto dovuti allo Stato ed alla legislazione positiva. Solo lo Stato può prescrivere le condizioni, colle quali esso intende concedere ai cittadini i privilegi derivanti da una buona fama; egli può dunque negare e togliere questi vantaggi a coloro, i quali se ne sono resi indegni con azioni, che contrastano col bene dello Stato. Sotto questo

---

92) Commentar. in tit. 16 lib. 50 Pand. *De verb. Signif.* ad L. 42 cit. nr. 12 pag. 510.

93) *Pandect. Iustinianeae* tom. III tit. *De verb. Signif.* nr. CLXXVIII not. *e* pag. 682.

---

a) Che tale spiegazione non possa accogliersi, è appena d'uopo avvertirlo per chi conosca i principii del diritto romano intorno a questo delitto. — Piuttosto avrà voluto dire ULPIANO che quando si narri un fatto che possa intaccare il decoro o la rettitudine altrui, non è necessario perchè vi sia ingiuria, che il fatto sia tale da costituire un vero delitto.

rapporto si può dire con ragione, che fuori dello Stato non v'ha *infamia* in senso proprio [94]). Non può invero negarsi che un uomo il quale s'è permesso di invadere i diritti de' suoi simili, non può pretendere neppure fuori dello Stato buona fama ed onore. Un uomo, che non tiene parola e fede, che si fa un piacere nell'offendere e danneggiare gli altri, che esercita ingiustizie, che toglie altrui senz'avere alcun diritto la proprietà loro; finalmente uomo che si dà alle passioni, alla dissolutezza, all' ubbriachezza, perderebbe il suo credito anche fuori dello stato sociale, diventerebbe abbominevole agli occhi della gente onorata e leale. Ma per ciò che un uomo s'è fatto disonorevole con azioni naturalmente infamanti, non gli si pônno togliere senz'altro i diritti civili, giacchè il buon nome non ha certo fuori dello Stato tutte quelle conseguenze, che gli annettono lo Stato e la legislazione positiva. Sotto questo riguardo dice benissimo il nostro autore, che non tutte le azioni, che secondo il diritto razionale debbono ritenersi per infamanti, infamano anche nel consorzio civile, benchè certamente l'esempio da lui scelto non appartenga a tale questione. Infatti coloro che dolosamente falliscono [*fraudulenti decoctores*], che mediante la loro prodigalità si sono messi nella condizione di non poter pagare i proprii debiti, contraggono non solo un' infamia naturale, ma anche le leggi positive, tanto romane [95]), quanto tedesche [96]), li dichiarano infami. Ma chi vorrebbe negare che lo sleale, l'invidioso, l'avaro, colui che non sa tenere il segreto, il mentitore, meritino anche fuori dello Stato il giusto dispregio di ogni onesta persona? Eppure le leggi

---

94) Si confronti specialmente il Cons. KLEINSCHROD, *Svolgimento sistematico de' concetti e principii fondamentali del diritto penale* parte 3.ª § 73 e 74, p. 123 seg.

95) Si vegga Gugl. FORNERIO, *Selection.* lib. II cap. 27 [Theasaur. Otto. tom. II col. 77] e Giac. GOTOFREDO, *Comment. ad Tit. Pandectar. de divers. Reg. iur.:* ad L. 144 h. t. pag. 603.

96) Le leggi imperiali tedesche ordinano che i falliti dolosi, al pari che i ladri, non vengano ammessi ad alcun ufficio, onore o carica; che non abbiano alcun diritto a indulti e moratorii, che del resto sogliono accordarsi ai debitori sfortunati. Si confronti l'*Ordinamento di polizia dell'Impero* del 1548 tit. 22 § 1 e quello del 1577 tit. 23 § 2, e QUISTORP, *Contributo all'esplicazione di varii argomenti di diritto* nr. XIII.

positive non dichiarano sempre per infami tali persone. In una parola: l'ignominia naturale può solo intanto avere efficacia anche nella società civile, in quanto essa è stata riconosciuta dalle leggi positive e può così produrre conseguenze giuridiche. Rimane adunque il principio che ogni infamia per poter produrre effetti civili dev'essere confermata dalle leggi civili. Quando però le leggi positive annettono adun'azione già naturalmente infamante la perdita dell'onore civile per la ragione ch'essa contrasta col bene del civile consorzio, questo può avvenire in più modi e però l'ignominia positiva ha gradi diversi. Si possono specialmente immaginare due casi: O la legge positiva determina in modo espresso una certa azione ed ordina che colui, che la commette sia infame o sia dichiarato tale, — per esempio, chi commette un furto od un adulterio dev'essere dichiarato infame; — o la legge positiva, senza punire in modo speciale coll'ignominia un'azione determinata, ordina solo in generale che chi non adempie i doveri di un onesto cittadino e commette invece azioni che recano con sè un'ignominia naturale e sono nel contempo dannose al benessere comune del consorzio civile, non possa godere pienamente i diritti derivanti dall'onore civile. Per esempio, non è conforme ai doveri di un onesto cittadino l'abbandonarsi all'ubbriachezza. Poichè che cosa può fare pel bene della società civile un tal uomo, che di rado è in senno? Come gli si può affidare un pubblico ufficio? Come gli si può prestare piena fede, quando si tratti di rendere una testimonianza? Benchè dunque le leggi positive non annettano espressamente l'infamia a chi ha il vizio dell'ubbriacarsi, esse tuttavia confermano il disprezzo meritato da tal gente colla loro condotta ributtante e contraria al bene dello Stato e non permettono ch'essi abbiano a godere quei vantaggi di una fama intemerata, dei quali esse ritengono degni soltanto i buoni ed onesti cittadini. Di qui sorge una duplice categoria dell'infamia riconosciuta dalle leggi; l'una affatto diversa dall'altra nella sua efficacia giuridica. L'infamia della prima specie si dice ordinariamente *infamia iuris,* quella dell'altra *infamia facti.* Io so benissimo che parecchi giuristi, tanto antichi che recenti [97]), ripudiano questa distin-

[97]) Fra i più antichi giuristi eran già di tale avviso il NIELLI, lib. II.

zione, dicendo essere ogni infamia una pena, che il giudice non può riconoscere prima che le leggi glielo consentano espressamente. Ancor meno potrebbero venire assoggettati all'arbitraria opinione del pubblico l'onore e il disonore nel consorzio civile ed i rapporti giuridici, che ne scaturiscono. Ma, quantunque quelle dominazioni non appaiano nelle Fonti, la cosa stessa, che con esse si vuole indicare, è certamente fondata in esse, come hanno già bastantemente dimostrato altri giureconsulti [98]). È vero: la così detta *infamia facti* non ha quelle dannose conseguenze, che sono annesse alla *infamia iuris;* questa può venir meno facilmente abolita che non quella. È perciò che soltanto quella ignominia, cui i giureconsulti chiamano *infamia iuris,* porta il nome proprio di *infamia* nelle Fonti. Che però i testi

---

Disputat. feud. Thes. 6 lit. D. — PACIO, *Isagoge Digestor.* h. t. — WISSENBACH, *Exercit. ad Pand.* Disp. XI § 13. — DONELLO, *Commentar. iur. civ.* lib. XVIII cap. 6 pag. 1023 seg. — Pietro BELLOI, *Varior. iuris civ.* lib. I c. 6 [tom. IV del *Thesaur.* di MEERMANN p. 677 seg.] e Pietro DE GREVE, *Exercit. ad Pandectar. loca difficiliora* Exerc. IV § 10 pag. 97, i quali non accolgono il concetto dell'*infamia facti.* Fra' moderni meritano essere citati STRECKER, *Dissertatio de non ente civili infamia facti* Erf. 1736. — De SELCHOW, *Selecta capita doctrinae de infamia,* Göttingen 1770 sect. I § 3. — Cr. Gottl. EINERT, *Exercit. iur. qua praeter unam mediatam iuris infamiam nullam existere infamiae speciem def.* Lipsia 1777. — RUNDE, *Elementi del diritto privato generale tedesco* § 301 e 302. — DANZ, *Manuale dell'odierno diritto privato tedesco* [ted.°] vol. 3 § 301, e KLEINSCHROD, *Svolgimento sistematico de' principii fondamentali del diritto penale* [ted.°] parte 3.ª § 85.

98) Fra' più vecchi giuristi ha già confutato vigorosamente il DONELLO, lo AMAYA, *Commentar. in tres posterior. libros Cod. Iustin.* [Lugd. 1639 fol.] tom. I lib. X tit. 57 nr. 7-15 pag. 566 seg. Fra' più recenti cita a preferenza Luc. VAN DE POLL, *De exheredatione et praeteritione* [Ultraiect. 1712 4] cap. LXII § 17 p. 452 seg. — Ant. SCHULTING, *Enarrat. part. prim. Dig.* h. t. § 2. — Carlo Adolfo BRAUN, *Dell'infamia facti* [ted.°] negli *Annunzi eruditi di Erlangen* dell'anno 1749 n. 33 38 e 50. — Sam. COCCEIO, *Ius civil. controvers.* h. t. Qu. 9. — Gio. Ern. Bern. EMMINGHAUS, *ad Eundem* l. c. not. *n.* *a*).

---

a) L'*infamia* così detta *facti* è generalmente ammessa dai romanisti odierni e per vero essa si fonda sulla natura stessa delle cose [Cfr. anche il BRUNS, nella *Rechtsencyel,* di HOLTZENDORFF p. 410, che dà anche la vera ragione delle conseguenze giuridiche dell'infamia]. Solo si disputa se si debbano ammettere ad essa tutte le conseguenze, che s'annettono alla *infamia iuris* [WENING, *Lezioni di diritto civile comune* (ted.°) § 96. MACKELDEY, *Manuel de droit romain* trad. BEVING, § 123 2 p. 88] o se

romani ciononostante, oltre l'*infamia iuris,* ossia quella detta in senso proprio *infamia,* ammettano anche un'altra specie di ignominia, che sorge da un contegno disonorevole e dannoso al comune benessere, e che ad essa attribuiscano efficacia giuridica, quantunque non la indichino precisamente col nome di *infamia facti,* si può dimostrare con molti passi del *Corpus iuris.* GIULIANO [99]), parlando di coloro, che, convenuti con un'azione di dolo o d'ingiurie, hanno litigato per mezzo di un procuratore, dice: « *licet verbis Edicti non habeantur infames ita condemnati,* re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam ». La costituzione di COSTANTINO il Grande [100]): « *neque famosis neque notatis et* quos scelus aut vitae turpitudo inquinat *et quos infamia ab honestorum coetu segregat dignitatis portae patebunt* » conterrebbe una stranissima tautologia, se si dovesse interpetrare soltanto di coloro, che sono colpiti da una *infamia iuris.* Precisamente questo imperatore distingue altrove [1]) *infamia* e *turpitudo* l'una dall'altra, apponendo all'ultima l'efficacia, che se una persona macchiata di essa venisse in un testamento preferita al fratello del defunto, competa al fratello non beneficato la querela d'inofficioso contro un tale testamento. Similmente distinguono le Fonti tra quelle azioni che apportano *infamia* in senso vero, e quelle, « *quibus pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari* » [2]) o come vogliono anche esprimersi, *quae pudorem tantum sugillant* [3]). V'hanno poi anche dei testi, i quali provano come il diritto romano, anco in que' casi in cui non ha espressamente ordinato l'infamia, non disapprovi almeno quel disprezzo meritato secondo il giudizio della gente buona ed onesta da coloro, che con azioni per loro natura disonorevoli si sono resi indegni della stima dei

99) Fr. 2 *De obseq. parent. et patron. praestand.* [37 13].
100) C. 2 *De dignitatibus* [12 1].
1) C. 27 *De inoff. testam.* [3 28].
2) Fr. 20 h. t. [3 2].
3) Fr. 10 § 12 *De in ius vocando* [2 4].

la sola contenuta nella legge costantiniana C. 3 28 27 [HAIMBERGER, *Diritto romano puro* (ted.º) § 67]. È a mio avviso innegabile non potersi ammettere gli infami di tale specie al godimento di que' diritti, l'esercizio de' quali esige l'*onoratezza* [Cfr. D. 22 5 3 pr. ecc.].

cittadini e dei vantaggi, che ne sogliono derivare. Gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO [4]) rescrivono nel modo seguente: « *Etsi libidine intemperatae cupiditatis ex actorum lectione exarsisse te cognitum est; tamen, cum ancillas compressisse, non liberas stuprasse detectum sit, ex huiusmodi sententia* gravatam potius opinionem tuam, *quam* infamia adflictam esse *manifestum est* ». — E l'imperatore ALESSANDRO [5]) dice: « *Ea, quae pater testamento suo filios increpans scripsit, infames quidem filios iure non faciunt,* sed apud bonos et graves opinionem eius, qui patri displicuit, onerant ». Finalmente insegna anche CALLISTRATO [6]) che, dovendosi giudicare dell'attendibilità di un testimonio, si deva specialmente considerare « *an* honestae et inculpatae vitae, *an vero* notatus quis, *et* reprehensibilis sit ». Non è dunque possibile chiamare *homines integrae existimationis* coloro, *quos vitae turpitudo inquinat et quorum opinis apud bonos honestosque gravata est viros* e che pure sono nelle Fonti distinti da quelli, *qui infames iure habentur.* Eppure si dovrebbero tenere per tali, se l'*infamia iuris* fosse l'unico modo di ignominia. Se poi d'altra parte tali uomini non godono in fatto i pieni diritti e vantaggi derivanti da un buon nome, venendo essi a tenore delle surriferite leggi esclusi dalle cariche onorifiche [7]), nè

---

4) C. 25 *Ad legem Iuliam de adult.* [9 9] *a*).

5) C. 13 *Ex quibus causis infamia inrog.* [2 11].

6) Fr. 3 pr. *De testibus* [22 5].

7) Si suole comunemente opporre a questa affermazione il fr. 12 *De decurionibus* [50, 2] in cui si dice che anche coloro che per una contravvenzione di polizia sono stati flagellati per ordine degli edili, non possano tuttavia venire esclusi dal decurionato e dalle altre cariche municipali. Ma nel passo citato si dice espressamente: *inhonestum tamen esse huiusmodi personas ictibus subiectas in ordinem recipi et maxime in iis civitatibus, quae copiam virorum*

---

a) L'indice di TEODORO [Bas. 60 37 64] dice: « ἡ ὑπόληψις τοῦ τοιούτου μειοῦται, οὐ μὴν ἀτιμοῦται » — « opinio huiusmodi viri minuitur, non tamen ipse infamis fit. Il κατὰ πόδας taleleano sch. Εἰ καὶ Bas. ed. Heimb. V 750: « ἐκ τῆς τοιαύτης ἀτοφάσεως βαρυτέραν μᾶλλον τὴν ὑπόληψιν τὴν σὴν. ἥπερ τῇ ἀτιμίᾳ συντριβεῖσαν φανερόν ἐστιν. Lo HEIMBACH propone βαρυνθεῖσαν; forse cadde avanti il μᾶλλον la voce γενέσθαι. — Lo scol. recenziore Ζήτει ibid. [sch. o VII 671 ed FABR.] rimanda a' Bas. 21 3 12. — C. 2 11 13 citato anche dal nostro Autore. Il commento taleleano a questa costituzione intende in tal caso per « increpationes » paterne: ἁμαρτήματα ... ἅτινα ἀτιμοποιοὺς αἰτίας περιέχει. E come ciò intenda appare dagli esempi che reca. Lo stupendo scolio di Giovanni [Sifilino] parla degli effetti di tale « gravata opinio »; Ἰωάννου Bas. Heimb. II 457 [sch. x FABR., II 648].

potendo essere preferiti nei testamenti ai fratelli del defunto, e non potendo deporre alcuna testimonianza pienamente valida, bisognerà concedere che vi sia un'altra forma di ignominia oltre la *infamia iuris;* e tale è appunto quella, cui i giuristi sogliono chiamare *infamia facti.* Se questa consistesse solo nella oscillante opinione pubblica e non avesse realmente alcun effetto giuridico, come affermano coloro, che la ripudiano; io non dubiterei di accogliere il loro avviso. Ma qui appunto sta l'errore: si è costituita un'idea della *infamia facti* ben diversa da quella, che dalle Fonti risulta. In nessun modo si trova nelle Fonti assoggettato il giudizio di quella *turpitudo,* che i giuristi chiamano *infamia facti,* all'arbitraria opinione del pubblico. No: finchè i Romani ebbero i censori [a]), si lasciò ad essi il giudizio, quali vizii de' cittadini meritassero di essere puniti con pubblico rimprovero e colla nota [b]). A cotale *potestas* si eleva-

---

honestorum habent. Era poi anche necessario di fare una eccezione riguardo al decurionato ed altre cariche municipali. Chè tali cariche erano esageratamente onerose, talchè niuno vi aspirava, tranne che dovesse assumere cotale carica o che volesse per tal via raggiungere qualche vantaggio. Per cui la strada a tali posti si aprì anco ai plebei, agli ebrei, agli idioti. Per tale riguardo non si dovevano escludere coloro, che non erano stati formalmente pronunciati infami, ma che s'erano soltanto attirati il dispregio pubblico per la fustigazione sofferta, quando almeno non s'avesse un soggetto migliore per coprire tale ufficio, come si può intendere chiaramente anco dallo stesso fr. 12 « *nam paucitas eorum, qui muneribus publicis* [scil. *in municipiis*] *fungi debeant, necessario etiam hos* [scil. *flagellis caesos*] *ad dignitatem municipalem si facultates habeant, invitet* ». Si cfr. SCHILTER nella *Praxis. iur. rom.* Exercit. X § 3 — Gio. WUNDERLICH, *Liber. sing. de legitimatione per oblationem curiae* [Jena 1759 4] § 4, e Andr. Gugl. CRAMER, *Dispunct. iur. civ.* (Schw. e Weismar 1792 8) cap. I pag. 5 [c]).

---

a) JARCKE, *Esposizione del diritto punitivo censorio* [ted.°] Bonn. 1824. — MOLITOR, *De minuta existimatione*, cap. I. — I. A. C. ROVERS, *De censorum apud Rom. auctoritate et existimatione ex veterum rerum publicarum cond. explicanda*, Strasburgo 1825. Cfr. anco i recenti trattati di diritto pubblico romano.

b) Come invece l'opinione pubblica determinasse sovente il giudizio del censore, appare, a tacer d'altro, da CICERONE, *pro Cluentio* 47 120.

c) L'Autore avrebbe fatto molto più presto e avrebbe meglio convinto, osservando semplicemente che una pena di polizia non solo non rende infami, ma nemmeno produce quella *turpitudo,* che i moderni chiamano *infamia facti.* E benchè in una scelta relativa anche un tal fatto possa venire in considerazione, assolutamente non può costituire impedimento veruno.

vano solo i personaggi più consumati nell'esperienza e più ricchi di virtù. Benchè una tale *nota censoria* non avesse tutti gli effetti dell'*infamia iuris,* nè si considerasse, come dice CICERONE [8]), quale *res iudicata,* e però potesse anche revocarsi da' medesimi censori, non per questo erano gli effetti meno gravi per coloro ch'erano stati notati dal censore. Un senatore perdeva seggio e voto in senato; un cavaliere il suo cavallo, che aveva ricevuto dallo Stato. Agli spettacoli il notato doveva assidersi fra la plebe, per quanto egli appartenesse ad un ceto distinto. Niuno gli affidava la tutela de' proprii figli. Talora il notato veniva dichiarato *aerarius*, cioè si stimava il suo patrimonio più alto, di quello che doveva essere o lo si costringeva così a pagare un tributo maggiore; talvolta lo si trasferiva da una tribù in un'altra, così che rimaneva degradato; talvolta anche lo si riferiva nelle *tabulae Caeritum,* privandolo così del suo diritto di voto ne'comizii [a]), e s'aggiungano tutte quelle altre conseguenze, a proposito delle quali possono consultarsi GUNDLING [9]), BRAUN [10]) ed ALESSANDRO ADAM [11]). L'ufficio de' censori venne più tardi abolito; ma non perciò rimase soggetto al vacillante criterio del pubblico il decidere quali azioni dovessero diminuire

---

8) Orat. *pro Cluentio,* 42 [b]).

9) *De' magistrati del censo e de' costumi in Roma, ossia de' censori* [ted.°] *ne' Gundlingiana* F. XVI nr. 1.

10) *Intorno alla magistratura de' costumi in Roma* e sulla *ignominia che ne dipendeva* [ted.°] negli *Annunzi eruditi di Erlangen* anno 1749 num. XXXVIII.

11) *Manuale delle antichità romane,* versione dall'inglese di H. M. MEYER, vol. I (Erlangen 1794 8) p. 238 seg.

---

a) *Tribu movere, inter aerarios referre,* o *in tabulas Caeritum* significa, come ormai è riconosciuto, la cosa medesima. I così detti *aerari*, che comprendevano altre categorie di persone oltre quelle notate dal Censore, non stavano nelle liste generali del censo, ma veniva loro ad arbitrio del Censore ingiunto una speciale imposta *pro capite.* — Che l'effetto di tal pena fosse passeggiero, venendo essa ordinariamente abolita dal successivo Censore, appare da CICERONE, *pro Cluent.* 33. — PSEUDO-ASCON, in CIC., *Divin.*, p. 103 [ed. Orell.]. — L'ineleggibilità poi alla tutela, ricordata dal nostro Autore fra gli effetti della nota censoria, riposa su erronei apprezzamenti.

b) Cfr. CICERONE, *De rep.* 4 6: *censoris iudicium nil fere damnato, nisi ruborem adfert. itaque, ut omnis ea iudicatio versatur tantummodo in nomine, animadversio illa ignominia dicta est.* — Cfr. PERNICE, *Labeo* I 24

il buon nome, e trarre con sè il disprezzo [a]). No: le leggi richiedono tali *facta turpis*, che — come s'esprime l'imperatore ALESSANDRO [12]) — *apud bonos et graves viros existimationem onerant.* Il giudice deve quindi decidere, quando il fatto venga in giudizio, se alcuno ha avuto un contegno tanto indecoroso, da doverlo ritenere indegno di quei vantaggi dipendenti da un buon nome, di cui appunto si faccia questione. In tal modo si può benissimo difendere il concetto della *infamia facti*, come di una specie di ignominia distinta dall'*infamia iuris*, secondo l'opinione della maggioranza dei giureconsulti [13]). Essa si distingue dalla *infamia iuris* specialmente in questo, ch'essa non colpisce col disonore un fatto specifico, quanto piuttosto in genere tutti quegli atti, che pur essendo per natura loro vituperevoli, contrastano colle esigenze del pubblico vantaggio e diminuiscono la stima de' cittadini. Essa ha pertanto sempre a fondamento suo una *naturalis infamia* riconosciuta in genere dalle leggi positive; mentre una *infamia iuris* può colpire anche quelle azioni, che per loro natura non sono disonoranti; quando, per esempio, una vedova senza

---

12) C. 13 *Ex quib. caus. inf. iur.* [2 11].

13) Oltre i giureconsulti sopra citati, l'*infamia facti* vien accolta da' seguenti: Gio. SCHILTER, *Praxis iur. rom.* Exerc. X § 25. — STRAUCH, *Dissertatio ad ius Iustinian.* Dis. XXIX § 29. — STRUV, *Syntagma iur. civ.* Exercit. VII Th. 17. — MUELLER, *ad Eundem* l. c. not. *a*. — BACHOVIO *ad* TREUTLERUM, t. I Disp. VIII Th. IV Lit. A. — VOET, *Comment. ad Pand.* h. t. § 3. — G. E. BÖHMER, *Introduct. ad ius Digestor.* h. t. § 8. — Gio. Ort. WESTENBERG, *Princip. iuris sec. ord. Digest.* h. t. § 3 e 47. — HOFACKER, *Princip. iuris civ. rom. germ.* tom. I § 319. — HOEPFNER, *Commentario sulle Istituzioni* [ted.°] § 62 not. 13, e Lud. G. MADIHN, *Principia iur. rom.* parte V § 35 *b*).

---

a) Non la *infamia facti* sola, ma anco la *infamia iuris* sembra che tranne per pochi casi determinati [per esempio, la diniegata testimonianza] non si regolasse che dopo cessata la magistratura censoria. Almeno i casi cominciarono dopo ad essere meglio precisati da' consoli e da' pretori. Cfr. specialmente il PERNICE, *M. A. Labeo* I 243. — Sulla *cura* o *praefectura morum* assunta dagli imperatori, come pure su' tentativi di richiamare in vita la censura cessata non è qui il luogo di diffonderci; la *praefectura morum* non ebbe del resto, giuridicamente, alcuna importanza.

b) S'è già visto come questo concetto è stato accolto da quasi tutti gli scrittori attuali; riputiamo quindi inutili continuarne la bibliografia. Cfr. quelli sopra citati.

dispensa passa prima che termini l'anno di lutto ad un secondo matrimonio. Finalmente l'*infamia facti* arreca conseguenze meno dannose, che non l'*infamia iuris.*

§ 377.

Fino a che punto la pena rende infami? Spiegazione del fr. 22 *h. t.* [32] *combinato col fr.* 10, § 2, De poenis [48 19].

Dalle cose suesposte si ricava: 1.° che una fallace opinione pubblica non può togliere a veruno l'onore civile, quando non si tratti di tali azioni illecite, che per legge naturale o positiva traggano seco l'infamia. Altrettanto certo è: 2.° che non è la pena come tale, quanto piuttosto la sua causa, il delitto che rende infame [a]). *Ictus fustiam* — dice il fr. 22 h. t. (3 2) — *infamiam non importat, sed causa, propter quam id pati mervit, si ea fuit, quae infamiam damnato inrogat* *). *in ceteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est.* A commento di questo passo bisogna ch'io osservi che nell'iscrizione esso viene attribuito a MARCELLO, dal cui lib. II *Publicorum* (scil. *iudiciorum*) sarebbe stato preso. Ma poichè altrove non v'ha alcuna parola di questi libri *publicorum* di MARCELLO, e non vengono pur mentovati nell'Indice Fiorentino delle *Pandette,* l'iscrizione di questo fr. 22 non deve stimarsi corretta Io sono inclinato ad attribuire con MEINARDO TYDEMANN [14]) questo frammento ad EMILIO MACRO,

*) Con ciò combina la c. 14 *Ex quib. caus. inf. iur.* [2 11].

14) *Dissertatio de Lucii Ulpii Marcelli ICti vita et scriptis,* Strasburgo 1762 Sect. II cap. II § 2 [Ger. OELRICH, *Thesaurus novus Dissert. iurid. Belgicar.* vol. I tom. I pag. 73 seg.].

a) Nelle nostre leggi attuali è tolta ogni infamia derivante da reato o da pena. Ma rimangono sempre gli effetti della condanna a pene criminali od anche a pene correzionali per delitti specialmente disonoranti, che non permettono il godimento de' diritti politici e di taluni diritti civili. Sulla natura poi più o meno turpe e *infamante* de' singoli reati acquista ne' nostri progetti di codice penale una somma importanza; poichè secondo la maggiore o la minore turpitudine dell'impulso criminoso si verranno a costituire due categorie parallele di pene; cfr. *Discussioni sul libro I del codice penale*, Roma 1877, p. 45 90 cet. — Sul quale argomento sono a vedersi le argute osservazioni di BUCCELLATI, *Propedeutica all'esame del Progetto di codice penale Zanardelli,* fasc. II p. 1 seg.

di cui nell'Indice Fiorentino dei *Digesti* si citano Publicῶν βιβλία δύο. Questo è altamente verosimile, poichè si trovano nelle *Pandette* molti frammenti presi dal *secondo libro Publicorum* di EMILIO MACRO, che trattano della infamia [15]) e perchè non è cosa punto straordinaria che MACRO venga confuso con MARCELLO [16]). Si trova anzi ne' frammenti tolti dal *secondo libro* dei *Publico* di EMILIO MACRO uno — cioè il fr. 10 *De poenis* (48 19), — col quale il nostro fr. 22 h. t. sembra avere una connessione immediata, talchè pare che entrambi in origine fossero congiunti. Il fr. 10 § 2 cit. suona nel modo seguente: *In personis tam plebeiorum quam decurionum illud constitutum est, ut qui maiori poena adficitur, quam legibus statuta est, infamis non fiat: ergo et si opere temporario quis mulctatus sit vel tantum fustibus caesus, licet in actione famosa, veluti furti, dicendum erit infamem non esse, quia et solus fustium ictus gravior est, quam pecuniaria damnatio.* Se si combina con questo passo il fr. 22, ne risulta il senso seguente affatto corretto. Egli è — dice MACRO — tanto pe'

---

15) Si confrontino: fr. 63 *De furtis* [47 2]; fr. 40 *De iniur.* [47 10]; fr. 4 *De prevaricat.* [47 15]; fr. 7 *De public. iud.* [48 1]; fr. 7 *De accusat.* [48 2], e fr. 10 *De poenis* [48 19] in Alb. WIELING, *Iurisprud. restituta,* pag. 97 *a*).

16) Così, per esempio, nell'edizione alcandrina il fr. 8 *De sepulcro violato* [47 12] viene attribuito affatto erroneamente a MARCELLO, mentre è pur tolto dal libro I *Iudiciorum publicorum* di EMILIO MACRO. Parimenti scorretta è la lezione della edizione di Pietro ab AREA BAUDOZA CESTIO, che nell'iscrizione del fr. 10 *De poenis* [48 19] suona « MARCELLUS *lib.* 2 *de publicis iudiciis* ». Specialmente ne' libri Basilici occorre frequente la confusione dei due nomi MACRO e MARCELLO, come ha mostrato Gio. VAN NISPEN nella *Dissertatio de sepulcro violato* cap. XXVI § 5 nr, 13. Ulteriori esempi di tale confusione di nomi si trova in TYDEMANN, Dissert. cit. Sect. I cap. VIII § 5.

---

a) Che MARCELLO non abbia scritto *De publicis iudiciis* è ormai da tutti ammesso [per esempio, RUDORFF, *Storia del diritto romano* (ted.°) I p. 186]. — Al passo citato i BASILICI, 21 2 22 hanno Μαρκέλλου, almeno secondo le edizioni: HEIMB. II 450. Ma, oltrechè è verissima l'osservazione di TYDEMANN riferita dall'Autore alla nota 16, ricordo che nell'Indice di STEFANO, riferito negli scolii a' Basilici ad 22 5 13 [D. 12 2 13 6] — 'Ερώτ. — HEIMB., II 542. sch. h. — FABR., III 161 questo passo è attribuito a MARCIANO, « φθάσας γάρ ο Μαρκιανός ἐν τῷ γ βιβ · τῶν διγ. τιτ. β, διγ. πβ εἰπε · μὴ ἀτιμούσθαι τὸν ῥοπάλοις τυφθέντα κτλ. » — Non può quindi una lezione così oscillante far prova alcuna.

decurioni quanto pe' plebei nei municipii regola speciale, che se sono stati puniti per un'azione infamante più gravemente di quello, che la legge vuole, si debba loro condonare la meritata infamia. Si supponga pertanto che un tal magistrato municipale sia stato per ordine del preside flagellato in causa di un furto commesso, mentre egli secondo le regole di diritto avrebbe dovuto essere punito solo con una pena pecuniaria; egli non diventerà infame [a]). Perchè? *Prima:* per la ragione che il reato che arrecava l'infamia non esiste ormai più dal momento che il delinquente è stato punito più gravemente di quello che meritava e ch'egli ha ormai tanto sofferto, quanto importano le conseguenze della infamia. *Secondariamente,* perchè la pena in sè, e nemmeno la fustigazione, non rende infame ma piuttosto la causa di essa, cioè il delitto, in forza del quale uno ha meritato la pena. Dal momento quindi che uno fu più gravemente punito di quello che meritava, manca la ragione della infamia; essa dunque non può dirsi scaturire dalla pena [17]). V'ha dunque fra' due frammenti il più stretto rapporto [b]); esso però non ci autorizza ad

---

17) Se si spiega in tal modo il fr. 22 h. t. in correlazione al fr. 10 § 2 *De poenis* [48, 19], risulta, che tal passo fu affatto a sproposito interpretato dal CORASIUS, *Miscellanea iuris* lib. I cap. XVI § 5, dove dice: che secondo il fr. 22 la fustigazione allora infama, quando taluno l'ha subìta in forza d'un reato infamante, per esempio, se taluno è stato flagellato per un furto. Tale spiegazione è in contrasto col fr. 10 § 2 cit. Vanno considerate specialmente le parole: « *causa, propter quam id pati* MERVIT, che dal CORASIO non sono state sufficientemente ponderate. Tali parole indicano che il delitto dev'essere tale, *cui fustium poena per leges est praestituta.* Un tal delitto non è però il furto secondo il diritto romano.

---

a) Qui si deve intendere una fustigazione di speciale gravità; non l'ordinaria usata per le contravvenzioni degli *humiliores.* Ciò mi paiono indicare i Basilici [TALELEO?] 60 51 10 [HEIMB. V 859]: Ὁ μείζονα τοῦ ὡρισμένου τιμωρίαν ὑποστὰς ἐπὶ ἀτιμοποιῷ ἀγωγῇ οὐκ ἀτιμοτοιοῦται, ὡς ἐπί τοῦ βασανιζομένου ἢ προσκαίρως εἰς ἔργον ἐπὶ κλοπῇ καταδικαζομένου. — Lo scolio Ὡς ἐκ ibid [sch. *d* FABR. VII 853] spiega benissimo come, a proposito del furto, potessero avvenire tali errori ne' giudicati, ricordando le pene di qualche specie qualificata. — Notevole si è che qui pure il fr. è intestato Μαρκ. [HEIMB., l. c. emenda Μακ.]; Μάρκελλος è indicato come autore di questo passo anco nell'Indice di STEFANO, riferito ad Bas. 21 2 13 [Ὁ βαρυτέραν HEIMB., II 446 sch. k. FABR., II 626].

b) La massima qui sancita degli imperatori [cfr. sp. fr. 13 § 7 h. t.] è un'applicazione di quella più generale che « un male sofferto uguale o comparabile alla pena viene *impropriamente* ed *in certo modo* considerato come motivo di lenire o togliere

ammettere come assioma quanto ne vuol dedurre il nostro Autore: « *quod scilicet* — per usare le sue parole nella nota 1 — *poena corporalis iusto gravior famam alicui conservet, quasi hac ratione de fama esset transactum* ». Io so benissimo essere questa la comune opinione de' giureconsulti, che viene affermata da moltissimi; quasi che fosse in potere del giudice rimettere l'infamia meritata dal delinquente, pronunziando invece una pena più grave di quella statuita dalla legge [18]). A tal uopo s'invocano, oltre quel fr. 10 *De poenis,* che ho già spiegato, ancor altri testi delle Fonti romane, in cui si dice che la condanna ad una pena più grave e lo sconto di essa deva considerarsi quasi come una transazione conchiusa fra il giudice ed il delinquente a risparmio dell'onore civile [19]). Ma tale opinione non

---

18) Fed. Crist HARPPRECHT, *Dissertatio de infamiae dispensatione, quae fit per poenae aggravationem* [Id. *Dissertation. academ.* vol. I disp. XI pag. 402 seg.]. — DONAUER, *Dissertatio de transactione legis cum delictorum reis de existimatione, quae sit per aggravationem poenae,* Altdorf 1697. — Ant. MATTHAEUS, *De criminibus* lib. XLVIII tit. XVIII cap. 3 num. 12. — VOET, *Comment. ad Pand.* h. t. § 5. — Giac. LECTIUS, *ad* AEMILIUM MACRUM *de publicis iudiciis* [Ev. OTTO, *Thes. iuris Rom.* tom. I pag. 95]. — QUISTORP, *Elementi di diritto penale* [ted.°] parte I § 100). — KOCH, *Institut. iur. crim.* § 176. — WESTPHAL, *Diritto criminale* [ted.°] Oss. 28 § 4. — PÜTTMANN, *Elem. iuris crim.* § 76. — HOFACKER, *Princ. iur. civ. Rom. Germ.* tom. I § 324. — DANZ, *Manuale del diritto privato germanico attuale* vol. 3 § 303 [ted.°] e altri.

19) Fr. 13 § 7 h. t.: « *Poena gravior ultra legem imposita existimationem conservat, ut et constitutum est et responsum; utputa, si eum, qui parte bonorum multari debuit, praeses relegaverit, dicendum erit:* duriori sententia cum eo transactum de existimatione eius, idcircoque nones se infamem » *a*). — Fr. 15 pr. *Ad municipalem* [50, 1]: *Ordine decurionum ad tempus motus et in ordinem regressus ad honorem exemplo relegati tanto tempore non admittitur, quanto dignitate caruit. sed in utroque placuit examinari, quo crimine damnati sen-*

---

la pena stessa », sulla quale cfr. ABEGG negli *Annali* (nuovi) *del diritto criminale* [ted.°] XIV p. 166 seg. — WACHTER, *Trattato di diritto penale romano-germanico* 1 p. 239 seg. — REIN, *Diritto criminale de' Romani,* p. 237 seg. — Cfr. esempi d'altre applicazioni in Dig. 48 19 25. Cod. 9 47 23. — Cod. Theod. 9 40 22. — Cfr. il WACHTER. l. c. p. 206. — REIN. l. c. p. 238 n. *).

a) I Basilici e i loro scolii [II 446-7 Heimb.] contengono di questo passo le versioni dell'Anonimo, di Stefano (co' commenti), di Cirillo, oltrechè le notevoli osservazioni dell'Enantiofane e di Niceo. S'avverta spiccata in costoro la tendenza di togliere al giudice la facoltà di aggravare la pena per risparmiare l'infamia.

si può teoricamente giustificare. Poichè: 1.° tutte le leggi addotte non parlano manifestamente di un diritto del giudice, per cui egli possa pronunciare una pena più grave della sanzione legale o con

---

tentiam eiusmodi merverunt; durioribus etenim poenis adfectos, ignominia velut transacto negotio, postea liberari ». — Fr. 5 *De decurionibus* [50, 2]: « Ad tempus ordine motos ex crimine, quod ignominiam importat, in perpetuum moveri placuit; *ad tempus autem exulare iussos ex crimine leviore, velut transacto negotio, non esse inter infames habentos* ». — C. 4 *Ex quibus causis infam. inrog.* [2, 11]: « *Si Posidonium in tempus anni relegatum sententiam non excessisse proconsulis probaveris, quinque annis exilio temporali damnandum, inter infames haberi non oportet;* quoniam sententiae severitas cum ceteris damnis transigere videtur ». — Quest'ultimo passo è alquanto oscuro. Si crede ordinariamente che invece di « relegatum » s'abbia a leggere « relegandum » e invece di « damnandum » s'abbia a leggere « damnatum ». Così leggono ACCURSIO, CUIACCIO, ad c. 1 *De his, qui in exil.* — DONELLO, *Commentar. iur. civ.* lib. XVIII cap. VIII. — BACHOVIO, *ad τὰ πρῶτα*, pag. 764. — Nic. ANTONIO, *De exilio* lib. II c. 2 § 5 (nel tomo III del *Tesoro* di MEERMANN). — WISSENBACH, *Exercit. ad Pand.*, Disput. XI § 27. — Ant. SCHULTING, *Enarr. part. primae Dig.* h. t. § 9. — TYDEMANN, diss. cit. Sect. II cap. 2 § 2 not. 5 e più altri. Ma ben a ragione fu tale emendazione ripudiata dal CRAMER nelle *Dispunct. iur. civ.* liber sing. cap. I pag. 8 seg. La fattispecie, quale TALELEO nello scolio *ad dictam* L. 4 Cod. adduce da'commentarii dell'*eroe* PATRICIO [a]), offre la spiegazione migliore [cfr. sch. θαλελαίου ed. HEIMB. II 454] [b]). — POSIDONIO, un decurione, era stato condannato in forza d'un delitto infamante, forse per una ingiuria [c]), alla relegazione per un anno, anzichè ad una pena pecuniaria. POSIDONIO si rifiutò a subire l'esecuzione della sentenza e non abbandonò la provincia, nonostante che lo volesse la sentenza. Il proconsolo fece rapporto dell'avvenuto all'imperatore, come solevasi fare in tali casi [fr. 27 § 1 *De poenis* (48, 19)] e nel tempo stesso domandò come si dovesse regolare a proposito della meritata infamia. Gli imperatori SEVERO e ANTONINO rescrissero, che POSIDONIO dovesse ora relegarsi in pena della sua contumacia per un quinquennio anzichè per un anno; dal momento però che veniva a subire una pena ben più grave dell'ordinaria, che avrebbe dovuto consistere in una multa, gli si dovesse rimettere l'infamia, in cui sarebbe incorso altrimenti.

---

a) Diversamente aveva interpretato questa costituzione l'altro maestro beritese EUDOSSIO, il quale aveva trovato l'eccesso nel *quinquennio* (invece d'un *biennio*) irrogato come pena della inobbedienza.

b) Vedi le acute osservazioni dello ZACHARIAE v. L. [Rivista della Fondazione Savigny, ted.°] VI, p. 47-8.

c) PATRICIO non pone punto in dubbio che si trattasse d'una ingiuria « οὗτος ὁ Πέτρος [questo nome fu dai raffazzonatori degli scoli sostituito a quello di Ποσειδόνιος] τῇ iniuriarum ἐνήχθη τὴν ἀρχήν ».

ciò rimettere al delinquente la meritata infamia; ma esse determinano soltanto quale regola di diritto debba seguirsi nel caso, in cui il giudice abbia punito il colpevole più gravemente di quello che la legge impone. In tal caso esse vogliono che per riparare l'errore del giudice si consideri il fatto avvenuto quasi come una transazione [a]), e poichè il delinquente ha già sofferto più di quanto meritava, deve esserne risarcito, ottenendo la remissione dell'infamia, che il commesso reato avrebbe dovuto produrre [20]); 2.° queste leggi non contengono poi una regola generale; ma parlano semplicemente del proconsole o del preside di una provincia, che abbia punito un decurione o altro cittadino municipale più gravemente di quello che la legge comanda. V'era in proposito una ragione peculiare di rimettere a tali persone in forza della pena più severa, che avevano sofferto, l'infamia, in cui sarebbero altrimenti incorsi; e tale ragione stava nella particolare condizione delle pubbliche cariche nei municipii. Dal momento che tali cariche per i numerosi oneri, che sopra ci gravavano, non potevano facilmente trovare chi le ricoprisse, si dovette procurare di risparmiare più che si potesse l'onore dei decurioni, quand'anche essi avessero commesso qualche azione, che li avrebbe infamati e questo era necessario anche per quelli fra' plebei, che mostrassero aspirazioni o capacità pel decurionato; potendo anche i plebei pervenire a tali cariche [21]). Ciò però non si riferisce ad altri cittadini romani, che a quelli viventi nei municipii, nè ad altri magistrati, fuorchè ai proconsoli ed ai presidi delle provincie [22]) e non può pertanto essere più applicato al giorno d'oggi ai giudici nostri; tanto più che nemmeno un preside romano (tranne quell'unico caso che gli veniva concesso per salvare l'onore dei decurioni) era autorizzato a rimettere l'infamia, la quale

---

20) Si confronti specialmente KLEINSCHROD, *Svolgimento sistematico de' principii fondamentali del diritto penale* parte 2.ª § 129.

21) Si confronti la nota 7 al paragrafo antecedente.

22) Confronta in ispecie le citate *Disputationes iuris civ.* del prof. CRAMER, cap. I.

---

a) Si noti il modo eminentemente corretto, con cui s'esprime TALELEO [Bas. 21, 3, 4]: δοκεῖ γὰρ ὥςπερ διάλυσις γίνεσθαι, βαρυνομένου μὲν τοῦ κατακρίτου ἐν τῇ αὐξήσει τῆς τιμωρίας ὠφελομένου δέ αὐτοῦ ἐν τῷ κουφισμῷ τῆς ἀτιμίας.

scaturisce dal commesso delitto [23]). Ciò nondimeno la pratica, appoggiata alla glossa, accoglie quell'erronea opinione, perchè: 1.° trova equo che si cerchi di conservare ad un uomo — per quanto è possibile — l'onore civile, e poi 2.° perchè la ragione data nella legge è affatto generale « *quod scilicet duriori sententia quasi transactum sit de existimatione* » [24]). In queste leggi poi si richiede espressamente che la pena più grave irrogata non sia *una pena pecuniaria* [25]), e così

---

23) Fr. 63 *De furtis* [47 2]: « *Non poterit praeses efficere, ut furti damnatum non sequatur infamiam* [a]). Anche questo passo appartiene al libro II dei *Publica iudicia* di MACRO, e va quindi combinato col fr. 10 *De poenis* [48 19]. Si vegga Ger. NOODT, *Comment. ad Pand.* h. t. (*Opp.* tom. II pag. 78). — Giac. LECTIUS, *ad Aemilium Macrum de publicis iudiciis* h. L. (tom. I *Thes.* OTTONIS, pag. 94 seg.) e POTHIER, *Pandect. Iustinian.* h. t. nr. XIII pag. 99.

24) Tale prassi è attestata da COCCEIO tom. III Resp. 50 nr. 5. Consil. Tubingens. vol. IV Cons. 224 nr. 12 seg. — BERGER, *Oeconom. iuris* lib. I tit. II Th. 14 pag. 53 (edit. WINCKLER). — STRYCK, *Usus mod. Pandectar.* h. t. § 12. — WERNHER, *Select. Observat. for.* tom. I part. V Observat. 151 n. 3 seg. pag. 1066 e STRUBEN, ne' *Dubbii giuridici* [ted.°] parte III D. 22 p. 107 seg.

25) Così dice fra gli altri il fr. 13 § 7 i. f. h. t. [3, 2]: « *Sed si in causa furti nec manifesti in quadruplum iudex condemnavit, oneratum quidem reum poena aucta* (*nam ex furto non manifesto in duplum conveniri debuit*); *verum hanc rem existimationem ei non conservasse,* quamvis, si poena non pecuniaria eum onerasset, transactum cum eo videtur ».

---

a) Anche ai Bizantini era venuto il sospetto che questa legge contrastasse con quella sopra accennata o almeno la limitasse, e ci viene tramandato che ENANTIOFANE aveva sciolto lucidamente anche qui l'apparente antinomia [sch. Οὐ δύναται Bas. HEIMB. V 516 sch. f. FABR. VII 358] — E tale spiegazione enantiofanea è pur quella conservataci in τοῦ Ἐναντιοφανοῦς HEIMB. II 447 sch. k. FABR. II 627: il Preside non può arbitrariamente prosciogliere nessuno dall'infamia; ove però sia stata per errore irrogata una pena maggiore, s'avvera la compensazione. Tale spiegazione è ineccepibile; mentre non possono assolutamente accogliersi le osservazioni del nostro autore. I commentatori beritesi e costantinopolitani, che pur vivevano ne'tempi della massima decadenza del decurionato, che pur ritornano così di frequente su questa efficacia della pena maggiore a distrugger l'infamia, non sanno *nulla* di questa restrizione a' decurioni e in genere ai municipali. Che i rescritti sieno diretti a magistrati provinciali, nulla prova — chè tale è ben il caso dell'infinita maggioranza de' rescritti imperiali —; che non di rado si tratti tal questione a proposito de' decurioni, prova anche meno. Infatti la quistione se uno avesse o meno incorso l'infamia, allora doveva trattarsi quando si controvertevano gli effetti giuridici di essa, fra i quali uno de' precipui (fatto valere probabilmente degli *eleggibili* stessi) era quello della ineleggibilità alle cariche municipali. — La ragione per cui ULPIANO nel fr. 13 § 7 h. t., anzichè come in tutto il resto del frammento del *Praetor*, parla del *Praeses* è troppo chiara; a' suoi

si comprende benissimo, come il nostro Autore dica: *poena corporalis iusto gravior famam conservat.* Ma dal momento che que' testi parlano solo di quella pena pecuniaria privata, che secondo il diritto romano [a]), andava a beneficio dell'attore ed in forza della quale non veniva allo Stato [26]) verun compenso, la prassi ha creduto di potersi sbarazzare anche di questa limitazione legale, tanto più, che oggidì non hanno più luogo simili pene private, quali vengono presupposte nei testi accennati.

Se dunque EMILIO MACRO, per tornare una volta ancora su tale argomento, dice che non la pena come tale, ma la cagione di essa, ovvero il delitto, che è stato da quella pena colpito, rende infame e che tale principio vale non solo della fustigazione, ma di tutti gli altri generi di pena [27]); sembra però che CALLISTRATO gli contraddica, nominando nel fr. 5 § 2 *De extraord. cognit.* [50 13] e dicendo che *in forza di esse* s'incorre nell'infamia. Ma quest'antinomia non è difficile a togliersi; non ne segue infatti che le pene accennate da CALLISTRATO già per sè stesse arrechino l'infamia; no: quelle parole del giurista vanno intese per modo che fra le altre cause dell'infamia si debbano annoverare pur que' delitti, che traggono seco le pene da lui nominate [28]).

---

26) Cfr. DONELLO, *Comment. iur. civ.* lib. XVIII cap. 8 p. 1032 e Franc. de AMAYA, *Commentar. in tres poster. libros Codicis* t. I lib. X tit. 57 n. 25 p. 569.

27) Ant. FABRO, *Rational.* ad fr. 22 h. t. vuole che le parole « *in ceteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est* » debbansi considerare come un emblema di TRIBONIANO: ma senza argomenti probabili, come ha già osservato contro il FABRO il BACHOVIO nel *Comm. ad τὰ πρῶτα* pag. 764.

28) Giul. PACIO Ἐναντιοφανῶν s. *Legum conciliatar.* Centur. II Qu. 29 e Cons. KLEINSCHROD nel citato *Svolgimento sistematico de' principii fondamentali del diritto penale* parte 3 § 83 p. 145.

---

tempi non avrebbe certo avuto il pretore autorità di *relegare* alcuno, mentre nel governatore di provincia era anche la potestà punitiva. S'avverta ad ogni modo come il giurista s'esprime nel modo più generale.

a) Ne' *delicta privata* la infamia rimaneva l'unica affermazione dell'offesa recata al corpo sociale, essendo la pena direttamente preordinata a vantaggio dell'offeso. È quindi tanto più naturale che, convertita in tal caso la pena privata in una pubblica, l'*infamia* si rimettesse. Ma l'errore commesso condannando il reo ad un eccesso di pena pecuniaria, siccome non giova per quell'affermazione del pubblico interesse violato, non può nemmeno purgare l'infamia; come non la purgherebbe il patto che intercedesse fra l'offeso e l'offensore [Ed. Praet. in D. fr. 1 h. t.].

Nell'impero tedesco valgono invece principii diversi [29]). Secondo questi, l'infamia può essere anche conseguenza della pena subìta. Giacchè al giorno d'oggi arrecano l'infamia tutte le pene criminali, che vengono eseguite per mano del carnefice sulla persona stessa del delinquente o sulla sua effigie. A queste appartiene oggidì anche la frusta, venendo essa applicata dal manigoldo del giudice criminale [30]). La ragione sta principalmente nel fatto che i tedeschi erano troppo rozzi e materiali per derivare l'infamia ed il disonore dallo stesso reato; essi ammettevano perdita dell'onore solo nel caso che mediante pubblica pena venissero in maniera affatto esteriore persuasi che il delinquente avesse perduto davvero il proprio onore [31]). In conseguenza di ciò s'afferma dai pratici, che se taluno in seguito a un tale delitto, che di regola trae seco di diritto l'infamia, venga punito non con una pena corporale infamante; ma colla prigione od anco colla multa, non debba punto ritenersi infame [32]).

§ 378.

*Distinzione fra l'*infamia mediata *e* immediata.

Secondo il diritto romano l'*infamia iuris* si suddivide a sua volta in due categorie: infamia *mediata* e *immediata*. Se la legge ha con-

---

29) SELP, *Sulla differenza fra le pene infamanti del diritto romano e quelle del diritto tedesco* [ted.°]. — LACRETELLE, *Sulle pene infamanti* [ted.°]. — RUNDEN, *Elementi di diritto privato comune germanico* [ted.°] § 303.

30) VON QUISTORP, *Elementi di diritto penale tedesco* parte I § 77 not. *f*. — KLEIN, *Elementi di diritto penale* § 87 not. *a*. — STELZER, *Trattato di diritto criminale* § 191.

31) Cfr. KLEINSCHROD, *Svolgimento sistematico de' principii fondamentali del diritto penale* parte 3.ª § 78.

32) Si confr. THOMASIO, *Dissertatio an poenae viventium eos infamantes sint absurdae et abrogandae* § 37 e § 45-7. — REINHARTH, *Select. observat. ad* CRISTIANEUM vol. I Obs. 8 pag. 13. — BÖHMER, *Meditation. ad Art. CX Const. crim. Carolinae* § 3. — G. Lud. BÖHMER, *Dissertatio de querela inofficiosae donationis fratrum*, Gottinga 1751 § 8 pag. 14 e QUISTORP, *Elementi di diritto penale* [ted.°] parte I § 77 not. *i*. — Si confronti però ciò che hanno osservato in contrario STRYCK, *Usus mod. Pandect.* h. t. § 13. — COCCEIO, *Ius civile controv.* h. t. Qu. 4 ed EMMINGHAUS, *ad Eundem* not. *k*.

nesso l'infamia così intimamente con una determinata azione, da ordinare che subito ne devano aver luogo gli effetti appena che l'azione sia stata recata a compimento, senza che a tal uopo si richiegga sentenza di giudice (o in modo almeno che l'efficacia di questa venga retrotratta al momento, in cui fu eseguita l'azione), l'infamia si chiama *immediata,* se invece l'infamia, con cui le leggi hanno colpito una determinata azione secondo la disposizione di esse non può avere efficacia, che quando l'autore di essa è stato condannato alla meritata pena da sentenza del competente giudice o che quando si possa provare, essere egli venuto in proposito a dei patti ed avere dato danaro od oggetti di valore per isfuggire al processo, una tale infamia si dice *mediata.* Questa distinzione, che viene accolta dai più rinomati civilisti [33]), secondo alcuni giureconsulti recenti dovrebbe essere ripudiata [34]). Essi ritengono che non si dia un'infamia immediata; ma che sia sempre necessaria una sentenza giudiziaria, perchè taluno venga riputato infame. Ma i loro argomenti non mi persuadono che sia infondata questa distinzione. Poichè: 1.° Gl'imperatori VALERIANO e GALLIENO c'insegnano ben chia-

---

33) Cfr. DONELLO, *Commentar. iur. civ.* lib. XVIII cap. 7 e 8. — Franc. DE AMAYA, *Comment. ad* lib. X Cod. tit. *De infamibus* nr. 26 seg. pag. 569. — Ant. MATTHAEUS, *De criminibus.* lib. XLVIII tit. 18 cap. 3 n. 6. — Gio. FRANTZKE, *Commentar. ad Pand.* h. t. n. 6 7 e 8. — VOET, h. t. § 1. — Ant. SCHULTING, *Enarr. part. prim. Dig.* h. t. § 3 seg. — WESTENBERG, *Digesta* h. t. § 25 seg. — G. Lud. BÖHMER, *Dissertatio de querela inofficiosae donationis fratrum* § 7 e 8 e altri.

34) KLEINSCHROD, *Sistematico svolgimento de' principii fondamentali del diritto penale* parte 3.ª § 84. — EINERT, *Dissertatio praeter unam mediatam iuris infamiam nullam existere infamiae speciem* § 7 e DANZ, *Manuale del diritto privato tedesco attuale* vol. 3 § 301 p. 60 *a*).

---

a) La distinzione tra infamia *immediata* e *mediata* s'ammette oggidì generalmente dai romanisti. Il VOIGT anzi ha creduto di potervi comparare la distinzione delle censure del diritto canonico in *latae sententiae* e *ferendae sententiae.* Cfr. anche JOUSSERANDOT, *Édit perpetuel,* vol. I p. 56: il quale però osserva che « l'infamie frappant un individu, sans qu'un jugement la prononce semblerait de nos jours et serait tout à la fois une hérésie et une iniquité ». — Dal momento però che a certi vituperevoli professioni aderisce naturalmente una nota infamante, non si vede perchè in alcuni casi non ne possano e debbano provenire anche *ipso iure* delle conseguenze giuridiche.

ramente che secondo il diritto romano non si richiede sempre una *sentenza giudiziale*, perchè abbiano ad avverarsi gli effetti dell'infamia, dicendo [35]: *Non damnatos quidem dumtaxat iniuriae, sed et pactos quoque perpetuum Edictum infamat* [36]. *Verum pactos eos demum, qui ullos adversariis nummos pro mala conscientia ex transactione numerassent, in hac causa placuit intellegi* [37] *ceterum simplex eius rei gratia* [38] *integram pacti* [39] *existimationem illibatamque conservat.* Secondo questa costituzione non devono essere infami soltanto coloro, che sono stati condannati per una azione infamante; ma anche quelli, che sono venuti in proposito a transazione stragiudiziale, dando cioè danaro a fine di evitare il processo. Chè si riputava aver essi conchiuso tale patto, poichè si sentivano colpevoli e si dichiaravano quindi confessi e convinti [40]. Non si riteneva quindi necessario in tal caso una sentenza di tribunale; tanto più, che, come PAOLO s'esprime [41], il confesso è già condannato dal suo stesso giudizio. 2.° Non può essere punto cosa indifferente che le Fonti in alcuni casi dicano molto chiaramente che il fatto solo non possa bastare a costituire infame,

35) C. 18 *Ex quibus causis infamia inrog.* [2 11].

36) Si confronti il fr. 4 § 5 h. t. [3 2].

37) Così anche ULPIANO fr. 6 § 3 h. t.

38) *Simpler gratia* dicesi qui la remissione gratuita *a*). ULPIANO dice nel luogo citato: « *Si quis precibus impetravit, ne secum ageretur,* non diventa infame, *quia alioquin nulla erit veniae ratio,* quod est inhumanum ».

39) *Pacti* id est: *eius, qui pactus est.* Cfr. POTHIER, *Pandect. Iustinian.* h. t. nr. XI not. *n* pag. 98.

40) Fr. 5 h. t.

41) Fr. 1 *De confessis* [42 2] *b*).

a) ἁπλῶς διαλυόμενος χωρὶς χρημάτων, dice l'Indice di TALELEO. Bas. 21, 3, 17.

b) Tale principio va accolto per la procedura civile; non però per la procedura penale, come ha dimostrato specialmente il GEIB nel suo Programma « *De confessionis effectu in processu criminali romanorum* » e nella sua *Procedura penale romana* [ted.°] p. 274 e seg. — Si citano in contrario lo PSEUDO-ASCONIO, *In Verr.* 1, 2. SALLUSTIO, *Catilin.*, 52 « *de confessis* sicut *de manifestis* rerum capitalium more maiorum supplicium sumendum »; *Liv.* 39, 7 « *fassique* de se nullam moram iudicio fuerunt ». Sul valore di questi passi cfr. in ispecie il GEIB l. c., il quale pur molti ne addusse in contrario [p. 279]. — Cfr. pure contro l'EINECCIO, *Antiquitates iur. rom.* 4, 18, 19 e lo ZUMPT, *Diritto criminale della repubblica romana* [vol. I parte II p. 170 seg.] e altri, fra cui lo HERZOG, *Storia e sistema della costituzione romana* [ted.°] vol. I p. 1089 e recentemente anco il FADDA, *L'appello penale romano,* p. 33-34 (Dal Digesto italiano). —

se il colpevole non è stato anche per esso condannato e invece in altri casi connettano l'infamia addirittura coll'azione medesima, senza far cenno alcuno della sentenza del giudice ed anzi dicano senza ambagi che il fatto, non la sentenza, renda infame. Così, per esempio, le Fonti dichiarano essere infame « *qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit* » [42]), ed ULPIANO [43]) osserva in proposito che colui, il quale, assumendo l'accusa di un reato, s'è reso colpevole d'una calunnia o d'una prevaricazione, allora solo deve stimarsi infame « *si fuerit calumniae causa damnatus; neque enim sufficit calumniatum* ». Invece le Fonti dicono semplicemente che colui che tiene postribolo (*qui lenocinium fecit*) debba ritenersi infame [44]), ed ULPIANO, che in quel caso di una commessa prevaricazione così esattamente stabiliva quando cominciasse ad avere la sua efficacia l'infamia, qui nel suo commentario non fa punto menzione di sentenza giudiziale, come non ne fa il testo edittale, ma dichiara soltanto l'espressione *lenocinium facere* [45]): solo il fatto dunque gl'importa, che la legge colpisce colla ignominia. Anzi ULPIANO distingue in un altro passo [46]) espressamente la donna, « *quae est adulterii damnata* » e quella « *quae in adulterio deprehensa quidem,* damnata autem non sit », e dice la prima essere infame « *quia publico iudicio damnata est* », e dichiara essere tale anche la seconda, *quae in adulterio deprehensa tantum sit* nè potersi per conseguenza al pari della prima maritarsi con un senatore nè con altro cittadino romano ingenuo [47]) in forza della legge *Giulia* e *Papia Poppea* [a]). E perchè? *quia* — soggiunge ULPIANO —

---

42) Fr. 1 h. t.
43) Fr. 4 § 4 h. t.
44) Fr. 1 h. t.
45) Fr. 4 § 2 h. t.
46) Fr. 43 § 12 *De ritu nuptiarum* [23 2].
47) ULPIANO, *Fragment.* tit. XII § 1. — [SCHULTING, *Iurisprud. anteiust.* pag. 607].

---

a) Cfr. anche il RUDORFF, *Storia del diritto romano* [ted.°] vol. II, p. 415 seg., il quale saviamente avverte come ne' casi, in cui aveva luogo l'infamia immediata poteva aver luogo tuttavia un processo, ma avente solo lo scopo *pregiudiziale* di ottenere una *pronuntiatio,* che constatasse l'esistenza del fatto infamante. Cfr. a proposito

factum lex non sententiam notaverit. Ben manifesto argomento che una femmina, ch'è stata colta in adulterio, *ipso iure* diveniva infame senza che fosse a tal uopo necessaria una sentenza giudiziale [48]. Un validissimo motivo poi si può addurre: 3.° perchè alcune azioni debbano infamare *ipso iure,* altre invece richiedano una sentenza giudiziale, affinchè l'infamia possa spiegare i proprii effetti. Chè quelle azioni con cui le leggi stesse connettono immediatamente l'ignominia, senza fare in proposito menzione di sentenza giudiziale sono di tal natura, che o per la loro notorietà ed evidenza non abbisognano di veruna inquisizione, perchè, per esempio, avvengono pubblicamente sotto gli occhi di tutti, com'era il caso de' gladiatori e degli istrioni appo i Romani e di quelli, che tenevano pubbliche case di tolleranza sotto la sorveglianza degli edili [49]; ovvero perchè già il fatto illecito come tale si reputava essere sufficiente argomento di tale mancanza di lealtà, da ben meritare l'ignominia che vi si connetteva; com'è, per esempio, il caso di un tutore, che abbia sposato la propria pupilla prima della resa dei conti: o infine si tratta di tali azioni, per cui non ha luogo nè un'azione penale, nè una *actio famosa,* com'è, per esempio, il caso della illecita usura repressa, com'è noto, appo i Romani coll'infamia [50])

---

48) Cfr. Gio. Gottl. EINECCIO, *Commentarium ad legem Iuliam et Pap. Poppaeam* lib. II cap. I § 13 pag. 134.

49) Cfr. Gio. Gottl. EINECCIO, *Ad edictum aedilicium florum sparsio* cap. I § 13.

50) C. 20 *Ex quib. caus. infam.* [2 11] *a*).

---

dell'orazione di CICERONE, *pro Quintio* il KELLER, *Semestria ad M. Tullium* I p. 100 seg. — Ad un dipresso la stessa distinzione di casi, in cui la nota ignominiosa s'incorre *ipso iure* ed altri, in cui s'incorre in forza di una sentenza si trova anco nella *lex Iulia Municipalis,* c. 25 l. 107 seg., in cui si determinano quali vengano esclusi dalle cariche municipali pel loro contegno vituperevole. Cfr., per esempio, « queiue lege Plaetoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit, queive depugnandei caussa auctoratus est erit fuit fuerit .... quemve k(alumniae) praevaricationis caussa accusasse fecisseve quod indicatum est erit; quoive apud exercitum ignominia caussa ordo ademptus est erit; quemve imperator ignominiae caussa ab exercitu decedere iusit iuserit; queive ob caput c(iuis) R(omanei) referundum pecuniam praemium aliudve quid cepit ceperit; queive corpore quaestum fecit fecerit cet » [l. 112-113. — 120-122].

a) Cfr. il commento notevolissimo di TALELEO a questa costituzione: Θαλελαίου Bas. HEIMB. II 462 sch. *n.* FABR. II 654. « σημείωσαι δὲ ὅτι οὐχ ἡ ἐπερώτησις εὐθέως

quantunque al debitore competa all'uopo una *condictio,* giacchè le *condictiones* non rendono infame « *quamvis ex famosis causis pendeant* » [52]). Se poi 4.° si vuole opporre contro la distinzione da noi sostenuta, che niuna pena può succedere *immediatamente* ad un fatto; ma dover sempre prima il giudice determinare quale pena è stata meritata, si può rispondere non essere punto ignoti al diritto romano taluni casi, in cui la pena succede *immediatamente* al delitto. Si pensi, per esempio, ai casi, in cui ha immediatamente luogo la confisca, che può essere esercitata anche contro gli eredi del delinquente, ancorchè costui non sia stato condannato in vita [53]).

Finalmente non sta contro alla nostra distinzione il fatto, che secondo una costituzione degli imperatori CARINO e NUMERIANO [54]) non dovrebbe infamare neppure l'interlocuto del giudice; poichè ivi si tratta di un tal caso, in cui per espressa disposizione delle leggi non deve l'infamia effettiva dipendere che da una sentenza definitiva del giudice. Ecco le stesse parole: « *Interlocutio praesidis, quae indicta est, infamem eundem, de quo quaeris, fecisse non videtur,* cum non SPECIALITER ob iniuriam vel admissam vim condemnatus sit, *sed ita praesidis verbis gravatus et admonitus,* ut ad melioris vitae frugem se reformet ». — Ciò si riferisce certo alle parole dell'editto pretorio: *infamia notatur, qui furti, in bonorum raptorum,* INIURIARUM... *suo nomine* DAMNATUS ERIT [55]).

---

52) Fr. 36 *De obligat. et action.* [44 7].

53) Fr. 14 *De publican. et vectigal.* [39 4]: « *Commissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur.* nam quod commissum est statim desinit eius esse, qui crimen contraxit: dominiumque rei vectigali adquiritur ». Aggiungi fr. 21 *De senatusconsulto silaniano* [29 5], tutto il titolo delle Pandette « *De his quae ut indignis auferuntur* » [34 9]; tutto il titolo « *Si quis aliquem testari prohib.* » [D. 29 6]; fr. 9 *De iure fisci* [49 14].

54) C. 19 *Ex quib. caus. infam.* [2 11].

55) Fr. 1 h. t. Poichè questo fr. 1 contiene le parole dell'editto pretorio sull'infamia ed io dovrò in seguito richiamarmivi di frequente, farò qui solo l'osservazione generale che l'iscrizione di questo frammento « IULIANUS *libro primo ad Edictum* », è indubbiamente corrotta. Poichè non è noto che

---

ἐπιφέρει τὴν ἀτιμίαν, ἀλλ' ἡ ἀπαίτησις » — « animadverte autem non ipsam stipulationem illico infamiam adferre, sed exactionem »; secondo la quale giustissima avvertenza va modificato quanto si legge nel testo. — Cfr. anco il testo Bas. 21, 3, 19. —

§ 379.

Casi di infamia immediata secondo il diritto romano e germanico.

Le leggi romane colpiscono d'infamia immediata:

1.° *Gladiatori* e *istrioni*. I primi però, soltanto quando hanno combattuto per mercede. Poichè chi senza patteggiare mercede fosse entrato in un anfiteatro per dare al popolo un saggio della propria abilità e pratica nel combattere, non diveniva infame; purchè più tardi, invece di accontentarsi della palma non avesse ricevuto l'ordinario premio del combattimento [56]) (*auctoramentum*) [a]). Un tale non

---

GIULIANO abbia scritto dei libri *ad Edictum*. Probabilmente questo passo, come i frammenti seguenti di questo titolo, è tolto dal libro sesto di ULPIANO, *ad Edictum*, come hanno già osservato Giac. LABITT, *Usus indicis Pandectar.* cap. VI § 6. — Abr. WIELING, *Iurisprud. restituta* pars. II pag. 230. — Ant. SCHULTING, ad πρῶτα h. t. § 3. — Pietro BONDAM, *Specim. animadversion. crit.* cap. 13 [in OELRICH, *Thes. nov. diss. belgicar.* vol. II t. II pag. 224) e Gio. Bern. KÖHLER, *Interpret. et emend. iur. rom.* lib. II cap. 8 pag. 43 [b]).

56) Così vanno interpretate le parole del fr. 1 § 6 *De postulando* [3 1],

---

a) La *lex Julia municipalis* esclude dalle cariche municipali fra le altre persone disonorate: *queive depugnandei caussa auctoratus est erit fuit fuerit* [l. 112-113] e « *queire lanistaturam artemve ludicram fecit fecerit* » [1 123] vedi BRUNS, *Fontes*, p. 101-102. Sull'opinione popolare sparge non poca luce la iscrizione seguente [*Corpus Inscriptionum latinarum*, I n. 1418]: « *Horatius Balbus municipibus suis incolcisque loca sepulturae... dat, extra* AUCTORATEIS *et quei sibi laqueo manus attulissent et quaei quaestum spurcum professi essent* ». L'Editto invece non contiene una disposizione relativa ai gladiatori, benchè il RUDORFF, *Edictum perpetuum* li abbia ritenuti compresi fra quelli « qui artem ludicram faciunt » [p. 50]. — Non deve però ritenersi, che — come è inclinato a pensare il PERNICE, *M. A. Labeo*, I 245 — a ciò abbia contribuito « la « condotta che riguardo ai ludi gladiatorii tennero le classi più elevate e gli stessi « imperatori ». Giacchè non mancano, come il PERNICE stesso confessa, molte traccie di un'altra disuguaglianza fra la posizione di fatto e quella di diritto de' gladiatori. Più probabile si è che, dopo l'abolizione dei ludi gladiatorii a' tempi di ONORIO, ogni vestigio, che ad essi si riferisse, venisse tolto da' compilatori delle Pandette. Di tale opinione è decisamente il LENEL, *Edictum perpetuum*, p. 64. Il PERNICE, riferisce a' gladiatori « *eos, qui quaestus causa in certamina descendunt* » e ne trae anzi un argomento per ritenere che non fossero mentovati nell'Editto [D. 3 2 2 5]. « Questa interpetra- « zione estensiva — dic'egli l. c. p. 245 n. 21 — sarebbe affatto impossibile a spie- « garsi, se l'editto avesse nominato accanto alla *ars ludicra* anco i gladiatori ». — Ma quelle parole non si riferiscono a' gladiatori, bensì agli altri che per mercede scendevano a gara nel circo [Cfr. lo PSEUDO-TEOFILO II 18 § 1 ed il libro siriaco di diritto romano § 9]. Niuna meraviglia pertanto che i compilatori abbiano qui, come altrove, abolita ogni memoria dei gladiatori e dei lanisti.

b) La fallacia dell'iscrizione fu ben vista dal nostro Autore. — Io non crederei

sfuggiva all'infamia. Per quanto infatti fossero accetti ai Romani i ludi gladiatorii [57]), altrettanto erano dispregiati i *gladiatori* stessi ed in ispecial modo i *bestiarii*, poichè in origine non si destinavano a tale mestiere che schiavi e malfattori condannati [58]) [a]). Era quindi per un romano ingenuo cosa sconveniente ed anzi vergognosa esporre la propria vita a pericolo in un combattimento con altri uomini o con animali feroci per mera cupidità di una tenue mercede [59]). Si

---

in cui ULPIANO, dice: « *Eos, qui virtutis ostendendae causa hoc faciunt* (scil. *ut cum bestiis depugnarent*), *sine mercede non teneri aiunt veteres*, nisi in arena passi sunt se HONORARI: *cos enim puto notam non evadere* ». Chè « *honorari se pati* » non significa altro, se non che « in arena honorarium seu largitionem accipere », come hanno dimostrato specialmente Cesare COSTA, *Var. ambiguitat iuris* lib. I cap. 28. — Cr. Enrico TROTZ, *Memoria propagata* lib. I cap. 6. — Franc. Carlo CONRADI, Prog. *honoris in arena se honorari passos infamantis veram rationem exquir.*, Hamstadt 1714 coll'aiuto de' Basilici e del Nomocanone di FOZIO, tit. XIII cap. 21 [b]).

57) CIC., *Pro Sextio* c. 59.

58) Er. 1 § 1 i. f. *De aedilicio edicto* [21 1]; fr. 31 *De poenis* [48 19]. Tali delinquenti venivano prima esercitati per un certo tempo a tali combattimenti colle fiere e però si diceva di essi ch'erano condannati « *ad ludum venatorium* »: fr. 8 § 11 *De poenis* [48 19]. Si vegga BRANCHU, *Observation. iuris rom.* Dec. I cap. 5.

59) MANILIO, *Astronom.* lib. IV v. 314 dice de' gladiatori: « caput in mortem vendunt et funus arenae » e SENECA, Epistul. 7 fa una spaventevole descrizione della crudeltà di questi combattimenti. Del resto trattano molto diffusamente de' *ludi gladiatori:* LIPSIO, *De amphitheatro;* ADAM, *Manuale delle antichità romane* parte II p. 610 seg. e MEYER nelle note illustrative al medesimo [ted.°] p. 622 seg.

---

però che dessa si sia in seguito corrotta; più probabile mi sembra che i compilatori stessi riferendo qui il testo dell'Editto abbiano fabbricata questa iscrizione, togliendo dal resto quel medesimo testo alla rubrica « De postulando », giacchè l'Editto non conteneva una generale disposizione sull'infamia. Di questo avviso è pure il LENEL, *Edictum perpetuum*, p. 62. — Il perchè poi i compilatori abbiano al nudo testo dell'Editto premessa una tale iscrizione, non è difficile indovinare. A GIULIANO, apparteneva la recensione ultima dell'Editto stesso ed alla *prima parte* di esso Editto [*liber primus*] quel testo.

a) « Iam meliores bestiarios vidi » dice un tale appo PETRONIO, per indicare la miseria di alcuni gladiatori. — Cfr. PERNICE, l. c. Su' bestiari vedi ancora D. 22 5 3 5. I bestiarii erano annoverati nell'Editto e furono mantenuti da' compilatori. In origine probabilmente anche *gladiatori* e *lanisti* erano ricordati in questo luogo, non come taluno crede, vicino agli esercenti un'arte *ludiera*. — Cfr. poi in genere l'opera di FRIEDLAENDER, *Storia de' costumi di Roma* [ted.°], II 231 seg.

b) Cfr. *Basil.* 21 2 1. — Il *Nomocanone* qui citato non appartiene, come ora la critica ha stabilito e noi pure altrove avvertiamo, al patriarca FOZIO.

riteneva ciò tanto disonorante, che ad attirarsi l'infamia bastava l'essersi fatto iscrivere per un combattimento colle fiere, senz'avere poi anche effettivamente combattuto [60]). Non più stimati erano appo i Romani gli attori, i quali *artis ludicrae causa* comparivano sulla scena, onde divertire il pubblico con commedie e pantomime e guadagnare a questo modo. *Pantomime* si dicevano alcune rappresentazioni mute, in cui gli attori (detti anche *pantomimi* dal loro mestiere) senza parlare esprimevano tutto danzando e gesticolando. I *mimi* invece non erano rappresentazioni mute; ma gli attori, chiamati alla lor volta parimenti *mimi*, cercavano colla voce e le parole di rappresentare ogni sorta di tipi umani in modo comico e spesse volte poco decente [61]). Queste rappresentazioni teatrali o *ludi scenici* non sono un'invenzione dei Romani, ma furono nell'anno 340 dalla fondazione di Roma introdotti dall'*Etruria* [62]) [a]). Per ciò si chiamarono *histriones* i personaggi dalla parola etrusca « hister », cioè *ludio*. Venivano annoverati alla classe più bassa della popolazione, giacchè tali attori si reclutavano ordinariamente tra i forestieri, i liberti, gli schiavi e le donne di mal affare. Niuna meraviglia pertanto se il pretore li dichiarava infami [63]). Le farse da loro rappresentate erano spesso così indecenti, così piene di scon-

---

60) Fr. 1 § 6 *De postul.* [3 1]: « Qui locavit solus notatur, sine depugnaverit, sine non ». Aggiungi il fr. 3 § 5 *De testibus* [22 5] e confronta Pietro FABRO, *Semestr.* lib. II cap. 12 pag. 183 seg.

61) Si vegga Ott. FERRARIO, *Dissertatio de pantomimis et mimis.* — Franc. DE AMAYA, *Observationes iuris* lib. III cap. 5 n. 6 seg. — NOODT, *Commentar. ad Dig.* h. t. — EINECCIO, *Commentar. ad leg. Iul. et Pap. Poppaeam* lib. II cap. I § 7 pag. 122 seg. e ADAM, *Manuale* citato vol. II pag. 635 seg.

62) VALERIO MASSIMO, lib. VII cap. 7 § 6.

63) Le parole del pretore nel fr. 1 h. t.: « *qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scenam prodierit* » si spiegano da ciò che io ho detto a proposito de' mimi e delle pantomime. S'aggiunga ancora il fr. 2 § 5 h. t. e il fr. 4 *De accusat.* [48 2]. Si vegga ancora Giac. GOTOFREDO nel Commento *ad L. un. Cod. Theodos. De usu sellarum* tom. V pag. 456.

---

a) Agli antichi versi fescennini successero più tardi le atellane che precorsero i mimi. A queste furono trasferite le norme giuridiche vigenti pe' primi; in ispecie il divieto decemvirale della *occentatio* (VOIGT, *Le dodici tavole* [ted.°], II 523-25). — A rettificazione poi delle cose dette nel testo vedi il MOMMSEN, *Storia romana*, vers. it. vol. 2 p. 412 seg.

cezze, che perfino sotto l'impero scostumato di TIBERIO venne vietato a' senatori di recarsi alle case degli attori ed a' cavalieri di accompagnarsi ad essi per le pubbliche vie [64]). Notevole si è tuttavia che non veniva ancora dichiarato infame colui che si era lasciato condurre come attore, senza però avere dopo di fatto calcata la scena. « *Haec enim res* — dice GAIO [65]) — *non est adeo turpis, ut etiam consilium puniri debeat* ». A' nostri giorni si potrebbero in un certo senso paragonare agli istrioni romani i marionettisti ambulanti, i saltatori di corda, i conduttori di scimmie e d'orsi e simili girovaghi, detti nello *Specchio sassone* [66]) « Spielleute » (giocolieri). Tuttavia il disprezzo, in cui cadono simili vagabondi, è piuttosto un discredito, che una vera e propria infamia [67]). In nessun modo poi la disposizione romana può applicarsi alle odierne compagnie teatrali ordinarie e privilegiate [68]). Al giorno d'oggi sono affatto sconosciuti i ludi gladiatorii; essi furono aboliti già sotto gl'imperatori cristiani per la loro crudeltà, e cioè prima da COSTANTINO [69]), ma solo in

---

64) TACITO, *Annali* lib. I cap. 77. Chi voglia poi farsi un concetto della mimica indecente degli attori romani, legga LATTANZIO, *De vero cultu* lib. VI cap. 20 *a*).

65) Fr. 3 h. t. [3 2].

66) Lib. I art. 37. Questo passo è benissimo illustrato da Fil. Lud. HUTH, *Specim. iur. germ. de his, qui notantur infamia* § 10.

67) DANZ, *Manuale del diritto privato germanico attuale* vol. 3 § 301 p. 63 [ted.°].

68) STRYCK, *Us. mod. Pandect.* h. t. § 7 e 8. — RUNDEN, *Elementi del diritto privato generale germanico* [ted.°] § 310. — HOFACKER, *Princip. iuris civ. Rom. germ.* t. I § 321.

69) C. un. *De gladiator. penitus tollend.* [9 15]. — Nic. Fern. DE CASTRO, *Praelect. solcum. an L. an. Cod. de gladiatoribus pen. tollend.* [*Tesoro* di MEERMANN, t. 2 pag. 369 seg.] *b*).

---

a) Su questo argomento torna spesso TERTULLIANO, e non solo nel suo scritto sugli *Spettacoli*. — Cfr., per esempio, anche l'*Apologetico* 15 51: « *Cetera lasciviae ingenia etiam voluptatibus vestris per deorum dedecus operantur.... sed et histrionum litterae omnem foeditatem eorum designant* ». E nel § 52 ib. dice che tali rappresentazioni amministrano « *argumenta et historias noxiis* ». — I *Captivi* di PLAUTO terminano con un epilogo che sparge anche troppa luce su questo argomento:

Spectatores ad pudicos mores facta haec fabulast...
huiusmodi paucas poetae reperiunt comoedias
ubi boni meliores fiant: nunc vos, si vobis placet...
quod pudicitiae esse voltis praemium, plausum date [versi 1029-1036].

b) Vedi per tutto questo l'opuscolo del CARRARA, *Un abolizionista dimenticato*. Lucca 1878, il quale però giunge a conclusioni eccessive e inaccettabili.

Oriente e poi anche da ONORIO [70]) in Occidente e principalmente in Roma. Un'altra categoria di combattenti prezzolati era in uso appo i Tedeschi nel medio evo e ne viene fatta pure menzione nello *Specchio sassone* [71]). Questi combattenti erano propriamente uomini che per denaro si battevano in luogo di altri, i quali secondo il diritto di que' tempi venivano sfidati ad un duello giudiziario [72]). Li si chiamava anche *Campiones* [73]). Essi erano gente screditata, come i così detti *Katzenritter* (cavalieri dei gatti), che avevano maggiore analogia cogli arenarii romani [74]) e già la *Glossa dello Specchio sassone* [75]) ha osservato che tali combattimenti anche presso i Tedeschi erano già da tempo aboliti.

2.° *Pubbliche meretrici,* che s'abbandonavano senza scelta alla passione di ciascuno o per avidità di lucro, od anco senza mercede per animalesca libidine [76]) e parimenti coloro che tenevano *postriboli,* vale a dire che mantenevano donne mercenarie per l'uso del pubblico [77]). Entrambe queste categorie di persone non erano soggette

---

70) TEODORETO, lib. V cap. 26. — Giac. GOTOFREDO, nel Commento ad *L. un. Cod. Theodos. de gladiatoribus,* tom. V pag. 451 seg.

71) L. c.

72) *Glossa dello Specchio sassone* libro I art. 39: « I *campioni* sono uomini, che si battono per danaro; e per questo spregevoli e disonorati ». — Così la *Glossa* del *Territorio sassone* cap. 35 nr. 5. « I *campioni* sono coloro che per denaro si battono per altri. Invece può essere ben onorevole il combattimento, quando le parti si battono pel proprio onore medesimo ». Si confronti ancora lo *Specchio sassone* libro I art. 48 ed il *Diritto degli Svevi* capo 174. Diversi da costoro erano i *Katzenritter* o cavalieri de' gatti, che per denaro lottavano pubblicamente con cani, gatti ed altri animali. Di entrambe le categorie discorre con molta erudizione lo HUTH nella dissertazione citata § 9.

73) DU FRESNE, *Glossario,* vedi *Campio.*

74) *Specchio sassone* libro I art. 37.

75) Ad art. 39 lib. I.

76) Fr. 43 pr. § 1 2 3 *De ritu nuptiarum* [23 2].

77) Fr. 4 § 2 h. t. [3 2]; fr. 43 § 7 8 e 9 *De ritu nuptiarum* [25 3]. La voce *leno* ha tuttavia acquistato anche altri significati, de' quali parla il consigliere intimo KLEIN negli *Elementi di diritto penale* [ted.°] § 418 *a*)

---

a) Il flagello invase Roma specialmente dopo le guerre asiatiche. Il governo che si vide incapace a reprimere la prostituzione, dovette regolarla, ordinando che gli Edili tenessero lista delle singole meretrici e che ognuna di esse dovesse chiedere spe-

a pena, purchè esercitassero l'industria loro coll'autorizzazione e sotto la sorveglianza degli edili [78]). Giacchè ad impedire mali maggiori, tolleravano i Romani i postriboli con certe restrizioni [79]). Ma le leggi romane tutti costoro dichiarano infami [80]). Le pubbliche meretrici

---

[78]) TACITO, *Annali* lib. II c. 85 racconta: « *Vestiliam praetoria familia genitam licentiam stupri apud aediles vulgasse,* more inter veteres recepto, *qui satis poenarum adversus impudicas* in ipsa professione flagitii *censebant* ».

[79]) Fr. 27 § 1 *De heredit. petit.* [5 3]. Qui si riferisce anco quello che dice ULPIANO, fr. 4 § 3 *De condict. ob turpem caus.* [12 5]: « *illam turpiter quidam facere quod sit meretrix,* sed non turpiter accipere (scil. *mercedem*), *cum sit meretrix* ». Cfr. Em. MERILLIO, *Observation.* lib. II cap. 12. — Gio. Gottl. EINECCIO, *ad leg. Iul. et Pap. Poppaeam* lib. II cap. I § 11. — RIVINUS, *Dissertatio de muliere quaestuaria,* Vittemberga 1733.

[80]) Fr. 43 § 4 *De ritu nuptiarum* [23 2]: « *Non solum ea quae facit* [scil. *palam quaestum*], *verum ea quoque, quae fecit, etsi facere desiit* lege notatur: *neque enim aboletur turpitudo, quae postea intermissa est...* ». § 6: « Lenocinium facere *non minus est, quam corpore quaestum exercere* ». Agg. fr. 1 h. t. fr. 3 § 5 *De testibus* [22 5] fr. 4 *De accusatoribus* [48 2] *a*).

---

ciale autorizzazione [licentia stupri]. — A' giorni nostri non è mancato chi desiderasse di revocare in vigore le disposizioni romane, privando i lenoni almeno de' diritti politici. Il JOUSSERANDOT, per esempio, *Edit perpetuel,* vol. I p. 59 scrive: « Aujourd'hui ceux qui exploitent ces malheureuses jouissent de tous les droits civils et politiques et un honnête homme en se rendant à l'urne électorale est exposé à coudoyer le directeur d'une maison dite de tolérance, ou le propriétaire qui lui loue son immeuble. Ceux qui s'occupent des moyens de combattre la prostitution devraient penser à l'Edit du Préteur ».

Che del resto qui l'Editto del Pretore non menzioni espressamente le pubbliche meretrici, non è cosa di cui ci dobbiamo meravigliare. Questo Editto non si riferiva originariamente alla *infamia;* ma al divieto di *postulare.* Ora era affatto inutile entrare in disposizioni speciali relativamente alle donne, a cui in genere era vietato di *postulare.* È così che si concilia benissimo il silenzio dell'Editto [il PERNICE, *Labeo* I p. 246 dimostra benissimo che nulla avrebbero in proposito potuto cancellare i compilatori, cfr. D. 3 2 24] colle risultanze accettabili del KARLOWA (*Rivista della storia del diritto* IX 214 seg.), che insegnano essere stato questo caso d'infamia in uso « ab immemorabili » in Roma. — Diversa e mal riuscita spiegazione ha tentato il MAREZOLL, o. c. p. 182 seg. — Alla vera si era quasi inconsapevolmente avvicinato il SAVIGNY, *Sistema,* vol. II p. 554-555.

a) Non solo nella *lex Iulia et Papia,* ma anco nell'Editto del Pretore, in cui almeno fra gli incapaci a *postulare* [cfr. LENEL E. P., 62] si annovera « qui lenocinium fecerit ». — La *lex Iulia municipalis,* rimuove dalle cariche municipali « quei corpore quaestum fecit fecerit... queive lenocinium faciet » l. 122-123. — Già più sopra riportammo l'iscrizione C. I. L. 1 n. 1418 [p. 263], che si legge anco nel BRUNS, *Fontes* 4.ª ediz. p. 242.

dovevano distinguersi con un vestimento speciale, che ULPIANO [81]) chiama *veste meretricia,* dalle altre donne onorate, e SVETONIO [82]) dice che erano « *iure et dignitate matronali exsolutae* ». Specialmente poi i lenoni erano tanto sprezzati da' Romani, che di uno che si facesse vedere a trattare con loro, benchè non facesse nulla di disonesto, si diceva « eum rem fidemque perdere » come PLAUTO [83]) s'esprime. Siccome poi la castità era una delle quattro virtù principali, in cui s'esercitavano i nostri maggiori, non dobbiamo maravigliarci che nelle leggi imperiali tedesche tanto le pubbliche meretrici, quanto i direttori e le direttrici di case innominabili vengano dichiarati *infami* [84]).

3.° *Tutori e curatori,* che o prendono in moglie la loro pupilla o la danno in moglie al proprio figlio prima della resa de' conti o prima che sia trascorso il tempo stabilito per chiedere la restituzione in intero, senza una speciale autorizzazione [85]). Tali tutori e

---

81) Fr. 15 § 15 *De iniuriis* [47 10].

82) In *Tiberio,* cap. 32.

83) *Curculio* Act. IV Sc. 2 v. 16 seg. — Si vegga anche l'EINECCIO, loc. cit. § 12.

84) *Ordinamento di polizia dell'impero* del 1577, tit. 10. *Ordinamento de' giudizii penali di Carlo V* art. 122. Si vegga specialmente EISENHART, *Elementi del diritto germanico in proverbi* [ted.°] Sez. 2 n. III p. 85 seg. — RUNDEN, *Elementi del diritto privato generale tedesco* [ted.°] § 305 e DANZ, *Manuale del diritto privato tedesco,* parte 3.ª § 301 p. 62 e § 305 p. 72.

85) Fr. 66 pr. *De ritu nuptiarum* [23 2] *a*): « *Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum non desponsam a patre nec testamento destinatam ducat uxorem vel eam filio suo iungat,* quo facto uterque infamatur *et pro dignitate pupillae extra ordinem coercetur. nec interest filius sui iuris, an in patris potestate sit* ». Questa disposizione deriva da un senatoconsulto fatto in seguito ad una *oratio* degli imperatori MARCO e ANTONINO, come risulta dal fr. 59 e dalla *iscrizione* del fr. 60 eod. [23 2]. Nel passo citato si legge « *intra vicesimum et sextum annum* », e questo si riferisce a ciò, che nel diritto romano antico la restituzione in intero doveva venire domandata *intra annum utilem* e questo periodo cominciava solo a scorrere coll'iniziarsi del ventesimo sesto anno. Si può vedere ciò anche più

---

a) Di tale disposizione nulla sanno ancora l'Editto e la legge Giulia municipale. — Intorno a questo divieto vedi D. 23 2 36 fr. 59 fr. 60 pr. § 7 fr. 62 § 2 fr. 64 § 12 fr. 66 fr. 67 pr. § 1 2, e cod. 5 6 5 e 6. — Se il pupillo però sposa la figlia del tutore o curatore, nè la sposa nè il padre suo cadono sotto questa sanzione.

curatori secondo il diritto romano, vengono ritenuti infami, perchè si crede, che essi non abbiano stretto il matrimonio colla loro pu-

---

chiaramente nella c. 6 *de interdicto matrim. inter pupill. et tutor.* [5 6]. Dal momento però che GIUSTINIANO nella c. ult. *De tempor. in int. restitut.* [2 52] ha sostituito all'anno utile un « quadriennium continuum », ne segue che in forza di questa nuova disposizione il tutore non potesse prendere in moglie la sua pupilla prima, che questa compiesse i ventinove anni, benchè già avesse reso i conti. Si vegga Gio. WESTENBERG, *Divus Marcus* Diss. XLV § 24 [*Opere,* tom. III p. 392] *a*). Finalmente osservo che le parole « *quo facto uterque infamatur* » non si riferiscono al tutore ed al suo figlio, ma piuttosto al *tutore ed al curatore,* de' quali prima si discorre. Il figlio che, ubbidendo al proprio padre, contrae un matrimonio vietato, viene da ULPIANO scusato in un caso molto analogo: fr. 11 § ult. *De his qui not. infam.* [3 2], con una ragione affatto generale: « *nam et qui optemperavit venia dignus est et qui passus est ducere, notari debet ignominia* ». Anche gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO dichiarano nella c. 7 *De interdicto matrim. inter pup. et tut. seu curat.* [5 6] soltanto il tutore per infame, per un motivo che non è applicabile al figlio del medesimo. Concorda con queste idee Ant. FABRO nella *Iurisprudentia Papinian.,* Lione 1697 tit. IX Princip. I Illat. 11 pagina 348 seg. Del resto va qui ancora citato Gius. Lud. Ern. PÜTTMANN, *Progr. ad orationem divi* MARCI, *de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda,* Lipsia 1783 *b*).

---

a) Così appunto l'ANONIMO, la cui versione forma qui il testo de'*Basilici* 28 5 9 2: Κἂν ἀποδῷ τοὺς λόγους ὁ ἐπίτροπος τῷ κουρατόρι, την ἐπιτροπευθεῖσαν ὑπ' αὐτοῦ ου δύναται λαβεῖν, ἕως οὗ γένηται κέ ἐτῶν καὶ ὁ τῆς ἀποκαταστάσεως τετραετὴς χρόνος παραδραμῇ, ossia: « quamvis rationes reddiderit tutor curatori, illam, cuius administravit tutelam uxorem ducere non potest, donec viginti quinque annorum fiat et restitutionis in integrum QUADRIENNIUM excesserit ». — E così c. 32 cod. « Ἐὰν ἔσω τοῦ κε ἐνιαυτοῦ καὶ τοῦ τετραετοῦς χρόνου τῆς ἀποκαταστάσεως » — « si intra vicesimum quintum annum et quadriennium restitutionis » cet.

b) Difficilmente può accogliersi tale spiegazione. L'*uterque* significa « e l'uno e l'altro insieme », com'è appunto secondo la comune opinione il caso che il figlio del tutore sposi prima del tempo legale la pupilla. La comune opinione poi si giustifica assai bene, pensando che, come si presume la frode nel tutore che prenda in moglie la pupilla, così si presume e non a torto l'accordo e la complicità in essa frode nel figlio del tutore, che faccia lo stesso. L'opinione dominante ha con sè anche l'autorità de' Greci; cfr. la paragrafe all'Anonimo sch. τοῦ Ἀνωνύμου Bas. Hb. III 211: sch. *f.* Fabr. IV 305 [il quale ricorda pure il fr. 11 § ult. *De his qui not.*, ma non si lascia da quell'analogia fuorviare. Del resto anche ammettendo che si possa applicare tale analogia, non risulta che negli altri casi il figlio si debba scusare]. Che poi il divieto [e perciò la sanzione conseguente] si diriga *personalmente* anche contro il figlio del tutore appare in modo chiarissimo da Dig. 23 2 67. — L'opinione qui esposta nel testo fu accolta anco dal MAREZOLL, op. cit. p. 159 seg., ma non ebbe molta fortuna; cfr. anche VANGEROW, *Pandette,* 6.ª ediz. vol. I p. 103 seg.

pilla per altro motivo, che per evitare il rendimento de' conti e per nascondere così le infedeltà da loro commesse [86]). Non si stimava necessario ricorrere a prove ulteriori in proposito. Il solo fatto di un tale matrimonio pareva già solo sufficiente ai legislatori romani onde trattare il tutore quale confesso e convinto [87]). Al giorno d'oggi tuttavia, secondo l'opinione de'più competenti giureconsulti [88]), non si ha più verun riguardo a tale infamia. Dal momento infatti che i tutori ed i curatori sono appo noi soggetti ad una sorveglianza molto più stretta dell'autorità, che non presso i Romani, e debbono rendere i conti ogni anno e possono venire a ciò costretti per via d'ufficio, così si deve ritenere che oggidì più non sussista la ragione di quel sospetto, che i legislatori romani nutrivano contro il matrimonio del tutore colla pupilla prima del rendimento dei conti. S'aggiunge che un tutore, secondo il diritto attuale, non diventa infame neppure per essere stato condannato nel giudizio di tutela, qualora almeno non sia stato condannato per una frode manifesta. Tanto meno dunque si potrebbe ritenerlo infame per una confessione soltanto finta nelle leggi [8]).

4.° *Coloro, i quali contraggono nel contempo matrimonio con più persone, od anco semplicemente sponsali.* Anche questi sono *ipso facto*

---

86) Fr. 67 § 3 *De ritu nuptiarum* [23 2]: « *quasi propter hoc interponatur, ut actio tutelae reddendae exhibeatur,* quam causam prohibitionis nuptiarum contrahendarum oratio Divi Marci continet ». Altri motivi ancora arrecano WESTENBERG, l. c. § 17 e PÜTTMANN, l. c.

87) C. 7 *De interdicto matrim. inter pup. et tutor.* [5 6]: « *Si tutor vel curator pupillam vel adultam quondam suam sibi vel filio suo, nullo divino impetrato beneficio, in matrimonio collocaverit, manet infamia contra eum, veluti* CONFESSUM DE TUTELA: *quia huius modi coniunctione* fraudem administrationis *tegere laboravit* ». Si confronti su questa legge specialmente il BÖHMER, *Dissertatio de querela inofficiosae donationis fratrum* § 9.

88) STRYCK, *Us. mod. Pandect.* tit. *De ritu nupt.* § 10. — LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract. Pandectar.* h. t. § 14 in fin. — VON PUFFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. II Obs. 94 § 8. — HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.* vol. I Obs. 210 Reg. 7 n. 322 e Observat. 211 voce *Tutor* pag. 370. — Giorgio Lud. BOEHMER, diss. cit. § 9. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* t. I § 321. — HOEPFNER, *Commentario sulle istituzioni* [ted.°] § 126. — DANZ, *Manuale del diritto privato tedesco attuale* [ted.°] vol. 3 § 307 p. 75 seg.

89) Si vegga specialmente il BOEHMER, diss. cit. § 9.

infami per l'Editto del Pretore [90]). Ma in Germania non si dà più infamia per tale motivo [91]): ma a proposito della bigamia occorre osservare secondo il principio ricevuto nella prassi e già sopra addotto (§ 377) soltanto se la pena da infliggersi per essa infama *come tale*. Per i *bina sponsalia* poi ha già il diritto canonico abolita l'infamia [92]) ed oggi si suole reprimere con una pena arbitraria, che consiste ordinariamente in una multa misurata o nel carcere [93]) [a]). Parimenti:

5.° le *vedove*, che durante l'anno di lutto si rimaritano senz'avere ottenuto dispensa e così pure coloro, che scientemente e volontariamente contraggono matrimonio con esse, diventano *infami* pel diritto romano [94]). Si riteneva sempre in questo caso possibile, che la ve-

---

90) Fr. 1 h. t. [3 2]. Notevole è ciò che dice ULPIANO, fr. 13 § 4 eod.: « *Cum* factum *notetur, etiamsi cum ea qui nuptias vel sponsalia constituat, quam uxorem vel ducere non potest, vel fas non est, erit notatus* » [b]).

91) Cfr. HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.* vol. I Obs. 211 voce *Bigamus*. Lo STESSO, *Epitome sacre iuris* cap. LIII § 44 e SCHOTT, *Introduzione al diritto matrimoniale* § 152 not. ***) p. 315.

92) Cap. 1 e 31 *X De sponsal.*

93) Vedi QUISTORP, *Elementi del diritto penale tedesco* [ted.°] parte I § 472 not. **) p. 714.

94) Nel fr. 1 h. t., in cui s'arrecano le parole stesse dell'editto si discorre solamente del padre, che marita la propria figlia vedova, che si trova tuttora nella patria potestà, prima che trascorra l'anno legale di lutto e parimenti di colui, che senza esservi astretto dalla potestà del padre, contrae scientemente matrimonio con una tal vedova ancora in lutto pel suo marito. Invece non si menziona espressamente l'infamia della vedova stessa, che

---

a) I doppi sponsali non costituiscono più, come tali, uno speciale reato.

b) L'Indice di STEFANO [sch. 'Εὰν γὰρ Bas. Hb. II 445 sch. *f* Fabr. II 625] rende il testo così: κἂν τοιαύτη ἐστὶν ἡ κατὰ δευτέραν τάξιν μνηστὴ ἢ γαμετὴ, πρὸς ἣν ὁ γάμος ἢ κατὰ φύσιν ἢ κατὰ νόμον κεκώλυται ... ὅμως ἐπειδὴ αὐτο τὸ φάκτον ἤτοι τὴν ἐπεχείρησιν τιμωρεῖται ὁ πραίτωρ, ἀτιμοῦται ὁ τοῦτο πεποιηκώς κτλ. — « licet talis sit posterior sponsa seu uxor, cum qua nuptiae vel natura vel iure prohibeantur... cum tamen factum ipsum idest conatum praetor coerceat, qui id fecerit infamis fit cet ». — Bisogna però osservare: I.° che quanto si dice nel testo si riferisce anche al caso d'invalidità delle prime nozze o de' primi sponsali, II.° che a torto quì i Greci introducono la nozione del tentativo affatto estranea al testo. Questo non dice che si punisca il conato [τὴν ἐπιχείρησιν], ma che si punisce il fatto *come tale;* vale a dire che uno, prima che si sciolgano altri sponsali o altre nozze valide o invalide, faccia altre proposte e contragga altri vincoli della stessa natura, tiene per ciò solo (e non in ordine ad un futuro delitto) un contegno così riprovevole moralmente, da meritarsi tal nota infamante.

dova si trovasse incinta del suo defunto marito e si temeva pertanto, come dice ULPIANO [95]), una *turbatio sanguinis* in causa del

---

passi a marito durante l'anno di lutto. Ma TRIBONIANO ha probabilmente tralasciato le parole relative dell'editto, perchè credeva che ciò fosse già noto e che si potesse già capire da tutto il contesto [a]). Che poi il pretore abbia nel suo editto colpito d'infamia anco la vedova stessa, è chiaro dal fr. 11 § 3 h. t. c. 15 *Ex quibus caus. infam. irrog.* [2 11 (12)] c. 1 e 2 *De secundio nuptiis* [5 9] e nov. XXII cap. 22. Del resto Gio. Corr. RÜCKER, *Observation.* cap. I vuole nel fr. 1 h. t. dopo le parole « cum eum mortuum esse sciret » cancellare la virgola e congiungere con esse senz'alcun segno d'interpunzione le parole seguenti « intra id tempus, quo elugere virum moris est », poichè altrimenti non solo le parole successive « antequam virum elugeret » conterrebbero un'inutile tautologia, ma s'avrebbe anco la manifesta inconcinnità, che il padre dovrebbe andare esente da ogni nota, qualora avesse rimaritato la figlia, senza sapere che le fosse morto il marito. Ma già Gius. Lud. Ern. PÜTTMANN, ha in contrario osservato nella *Interpretat. et Observat. iur. rom.* cap. 33 § 2 essere simili tautologie non infrequenti ne' frammenti de' Digesti e non esistere punto l'accennata inconcinnità, qualora si pensi (come ammette in proposito anche Scipione GENTILE, *De secundis nuptiis* cap. 18 pag. 138), che il padre potrebbe essere stato indotto da probabili argomenti a ritenere essere morto il suo genero, tanto più che secondo il diritto delle *Pandette* un matrimonio può venire sciolto anche per *morte civile*, ossia mediante prigionia o deportazione fr. 1 *De divortiis* [24/ 2] fr. 56 *De sol. matrim.* [24 3]. Un tale errore scusabile, in cui il padre potrebbe trovarsi circa la morte del proprio genero, escludeva naturalmente ogni nota d'infamia e con ragione dice a tal riguardo il pretore dovere il padre solo allora diventare infame, *quando avesse saputo che il suo genero era morto* e ch'egli ciononostante, prima che fosse trascorso il tempo legale del lutto, avesse dato in matrimonio ad un altro la sua figlia così rimasta vedova. Non è quindi punto necessario di aggiungere col RÜCKER nel fr. 8 h. t., ove si dice « GENERO MORTUO, *merito adiecit* praetor: cum eum mortuum esse sciret, *ne ignorantia puniatur* », dopo le parole « cum eum mortuum esse sciret » le altre: « *intra id tempus, quo elugere virum moris est* » e d'interpretare questa ignoranza, che deve servire di scusa al padre, con Francesco DE AMAYA, della sola ignoranza « *riguardo al tempo della morte del suo genero* », come se il padre allora soltanto meriti scusa, quando ha creduto per un errore scusabile che fosse già trascorso l'anno di lutto allora ch'egli rimarita la propria figlia. Tuttavia Gio. Bern. KOEHLER, ha cessato nelle *Interpretat. et Emendat. iur. rom.* lib. II cap. 8 pag. 44 seg. di difendere RÜCKER e PÜTTMANN.

95) Fr. 11 § 1 h. t. (3 2).

---

a) TRIBONIANO, ha nulla ommesso e sarebbe stato veramente curioso se avesse ommessa questa disposizione per la ragione addotta qui dall'Autore. Il vero si è, che,

precedente matrimonio, o, come GIUSTINIANO [96]) s'esprime, una *incertitudo generationis* o *seminis*. Non si può con fondamento negare che il timore di questa incertezza a riguardo del parto [a]), che sor-

96) C. 53 § ult. *De episcop. et cler.*

come omai s'è già dovuto ripetere più volte, che questo Editto non si riferiva in origine a coloro « qui notantur infamia »; ma a coloro, che non possono « postulare ». Ora le donne essendo escluse dal diritto di postulare *pro aliis* da una generale disposizione dello Editto, era precisamente inutile comprenderle in altre particolari disposizioni. Tal'è vero che in un altro catalogo speciale di persone disonorate (quello, a cui l'Editto vieta di dare cognitore) il pretore s'esprime così (fragm. vatic. § 320):

« et qui eam, quam in potestate habet, genero mortus, cum eum mortuum esse sciret, in matrimonium conlocaverit, eamve sciens uxorem duxerit, et qui eum, quem in potestate habent, earum quam uxorem ducere passus fuerit, quaeve virum parentem liberosue suos, uti moris est, non eluxerit; QUAEVE CUM IN PARENTIS POTESTATE NON ESSET, VIRO MORTUO, CUM EUM MORTUUM ESSE SCIRET, INTRA ID TEMPUS, QUO ELUGERE VIRUM MORIS EST, NUPSERIT ».

Sulle quali parole strane osservazioni ha il RUDORFF, *Rivista per la storia del diritto*, IV p. 53 seg.*). Cfr. invece il KARLOWA, l. c. p. 227 seg., al quale appartiene anche il merito d'aver mostrato il vero posto di questa Editto. Ora anche il LENEL, *Ed. perp.*, p. 73. — Il SAVIGNY, senza quasi saperlo, s'era avvicinato al giusto concetto (*Sistema del diritto romano attuale*, vol. II p. 516 521); ma fu poi fuorviato dal suo pregiudizio che l'infamia non fosse in origine applicabile alle donne e dalla falsa intelligenza tanto dell'Editto in D. 3 2 1, quanto di quello ne' *Framm. vaticani* or citato (Cfr. anche p. 537 538). — In quanto poi alla spiegazione del RÜCKER, qui avanti ripudiata dal nostro Autore, è noto che fu più tardi ripigliata e difesa: WENCK, *Praefatio* agli *Opuscula* dello HAUBOLD, p. XXXIV-XXXVI e SAVIGNY, *Sistema, ecc.*, vol. II p. 548-550 (Appendice VII num. X). A me pure sembra incontrastabilmente la vera. Quella data dall'Autore è forzata e confusa e difficilmente si può adattare alle parole dell'Editto, mentre la rueckeriana si adatta senza troppi sforzi. Nè il testo dato ne' frammenti vaticani vi ripugna: le parole « cum eum mortuum esse sciret » vanno intese come una breviloquenza, qualora non si preferisca ammettere un'ommissione (e non sarebbe la prima) di quell'amanuense.

a) È verissimo che questo fu il motivo almeno predominante nel diritto classico; ma è un errore attribuire questo punto di vista anche al diritto antico. Fu questo il matrimonio della vedova durante l'anno di lutto (l'antico anno di dieci mesi conservatosi poi immutato) era vietato per ragioni religiose; com'era vietato conchiudere matrimonio in un giorno religioso [Cfr. ROSSBACH, *Il matrimonio romano* (ted.°). p. 264 seg.], o quando si manifestasse un funesto augurio [ROSSBACH, op. cit. p. 115 300]. Tant'è vero che in caso di divorzio, non c'era alcun termine da osservarsi in origine prima di procedere ad un altro matrimonio; ma verificatosi se la vedova fosse o no incinta e nell'un caso e nell'altro questo era valido. Cfr. DIONE CASSIO, XLVIII 44. — REIN, *Il diritto privato de' Romani* (ted.°), 2.ª ediz. p. 458. — VOIGT, *Le Dodici tavole* (ted.°), v. II p. 681. Con tali limitazioni vanno intese le cose che più avanti si dicono nel testo.

*) Cfr. però già il WENCK praef. ad HAUBOLDI, *Opuscula*, vol I, p. XXXII-XXXIII, citato dal SAVIGNY, *Sistema ecc.*, vol. II, p. 542, n. 6.

gerebbe col maritarsi della vedova subito dopo la morte del marito, se cioè il figlio che nasce dal secondo matrimonio sia del primo o del secondo consorte, debba tenersi per il motivo originario ed indubbiamente pel principale di quella disposizione romana [97]), qualora si consideri: 1.° che la vedova originariamente non manteneva che per dieci mesi il lutto del marito, nonostante che l'anno del calendario romano già dopo NUMA POMPILIO [a]) constasse di dodici mesi, perchè già ne' più antichi tempi — anzi — come GELLIO [98]) insegna — già nelle leggi delle Dodici tavole fu elevato a principio aver luogo la nascita dell'uomo al più tardi dieci mesi dopo la sua concezione [99]); 2.° che la vedova dovesse osservare in ogni caso il

---

97) Si veggano in proposito specialmente: Em. MERILLIO, *Observation.* lib. V cap. 30. — Corn. VAN BYNCKERSHOEK, *Observat. iur. rom.* lib. V cap. 12. — Greg. MAIANSIO, *Dissertatio de viduarum luctu* § 18 (nelle sue *Disputat. iuris civilis* tom. II disput. XLVII pag. 178 seg.). — Gio. Bern. KOEHLER, *Interpretat. et Emendat. iuris rom.* lib. II cap. 8 pag. 46 seg. — Gio. Ern. Bern. EMMINGHAUS *ad* COCCEI, *Ius civil. controv.* h. t. Qu. 3 not. *h* tom. I pag. 291.

98) *Noct. Atticae* lib. III cap. 16 « quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem scripsissent ».

99) Questo intende OVIDIO, nel libro I de' *Fasti,* quando scrive:

Tempora digereret cum conditor urbis, in anno
constituit menses quinque bis esse suo.
scilicet arma magis, quam sidera, Romule, noras
curaque finitimos vincere maior erat.
est tamen et ratio, Caesar, quae moverit illum·
erroremque suum, quo tueatur, habet.
quod satis est utero matris dum prodeat infans
hoc anno statuit temporis esse satis.
per totidem menses a funere coniugis uxor
sustinet in vidua tristia signa domo.
hoc igitur vidit trabeati cura Quirini,
cum rudibus populis annua iura daret.

---

a) Non entra nel proposito nostro insistere sulla inesattezza di queste idee, ormai abbandonate dalla critica. Giovi però accennare come assai dubbia sia la natura di quell'antico anno così detto « romuleo » : se non fosse cioè un vero anno, ma semplicemente un periodo di dieci mesi *lunari* [MOMMSEN, *Cronologia romana* (ted.°). p. 52], ovvero se, pur corrispondendo ad un dipresso all'anno attuale per la durata. constasse di dieci assai rozze divisioni del tempo intercedente fra due primavere [IDELER, *Manuale della cronologia matematica e tecnica* (ted.°), vol. II p. 28]. Assoluta incertezza regna poi sull'aggiunta di due mesi lunari alle antiche divisioni, la stessa leggenda è incerta ed ora l'attribuisce a NUMA, ora invece a TARQUINIO; cfr. specialmente A. ROLANDO, *Delle êre principali come fondamento della cronologia storica*, p. 30.

periodo legale di lutto, ancorchè il marito in forza di qualche reato da lui commesso fosse un tale, *quem more maiorum lugeri non oportet* [100]) e che: 3.° allora soltanto le era permesso di maritarsi prima che scadesse l'anno di lutto, se essa dopo la morte del proprio marito si fosse in quel frattempo sgravata e perciò non rimaneva più a temersi alcuna *confusio sanguinis* [1]) [a]). In seguito s'aggiunse tuttavia un altro motivo ancora, col quale i legislatori cercarono di giustificare il rigore di quella pena, che era immediata conseguenza di un matrimonio contratto durante l'anno di lutto. Si considerava cioè un tale anticipato matrimonio anche come un'offesa della pubblica morale e di quell'onore, che una vedova è tenuta a dimostrare al suo defunto marito [2]). Per tale ragione l'imperatore TEODOSIO il Grande commutò il periodo de' dieci mesi di lutto della vedova in un intero anno [3]), ed aggiunse espressamente che una vedova che non abbia osservato l'anno di lutto merita l'infamia già per questo

100) Fr. 11 § 1 3 h. t.

1) Fr. 11 § 2 eod.

2) CUIACIO, *Observation.* lib. VI cap. 32. — Franc. DE AMAYA, *Observat.* lib. I cap. 2 nr. 13. — Scip. GENTILE, *De secundi nuptiis* cap. 18 pag. 125 seg. — Ant. SCHULTING, ad πρώτα *Pandect.* h. t. § 4. — Gio. NOODT, *ad Digesta* h. t. (*Operum* tom. II pag. 80). — Gio. KIRCHMANN, *De funeribus romanorum* lib. IV cap. 10 pag. 413 seg. — Gio. Corr. RÜCKER, *Observation.* cap. 1. — Greg. MAIANSIO, *Disputat. iuris civ.* tom. II disp. XLVII § 18 in fin. e sopra tutti PÜTTMANN, *Interpretat. et observat. iuris rom.* cap. 33 pag. 166.

3) C. 2 *De secund. nuptiis* [5 9]. È dunque un errore se Scip. GENTILE, *De secundis nuptiis* cap. 18 pag. 124. — HÖPFNER, *Commentario sulle Istituzioni* (ted.°) § 111, not. 3 e più altri vogliono ascrivere all'imperatore GIUSTINIANO, il mutamento del periodo di dieci mesi in un intero anno di lutto: cfr. Gio. REVARDO, *Varia* lib. I cap. 20 *b*).

a) Il motivo di evitare la *turbatio sanguinis* fu invece l'unico, al quale s'ispirò il nostro legislatore, prescrivendo che: « Non può contrarre nuovo matrimonio la donna se non decorsi dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente » [codice civile, art. 57]. Infatti è detto espressamente che tale divieto cessa dal giorno, che la donna abbia partorito [art. 57 capov. 1], ed è parimenti detto espressamente come questo impedimento non abbia luogo, quando l'annullamento del precedente matrimonio sia stato cagionato dall'impotenza dell'altro coniuge manifesta e perpetua ed anteriore al matrimonio stesso [codice civile, art. 57 107].

b) La ragione di questo riapparire dell'antico motivo religioso-morale per questa proibizione si deve cercare in tutto quel complesso di idee, che determinò l'avversione del legislatore per le seconde nozze in genere.

motivo, *quod religionem priori viro nuptiarum festinatione haud praestiterit,* sia che dessa si trovi o no incinta del primo marito [4]). Con tale disposizione è in pieno accordo anche GIUSTINIANO, quando egli parlando di una tal vedova, che prima della fine dell'anno di lutto passi ad un secondo matrimonio, dice « *cum neglegere mariti memoriam* » e meritare già « *propter solam honestatem* » la pena legale [5]). Invece non era proibito ad una vedova di contrarre validi sponsali durante l'anno di lutto [6]). Anzi non si riteneva difficile ottenere dal principe una dispensa per poter passare anche ad un secondo matrimonio; bisognava naturalmente che non fosse da presumersi la gravidanza della vedova [7]). Siccome del resto nessuno di questi motivi si può applicare al vedovo, così era a questi pel diritto romano libero [8]) di ammogliarsi nuovamente anche subito dopo la morte

---

4) C. 1 *De sec. nupt.* [5 9] c. 4 *ad SCtum Tertull.* [6 56].

5) Nov. XXII cap. 40.

6) Fr. 10 § 1 h. t.: *quae virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse non nocet.* Si vegga anche PÜTTMANN, *Adversaria iuris univ.* lib. I cap. 10.

7) Fr. 10 pr. h. t.: *Solet a principe impetrari, ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat.* Del resto gli esempi, che ha radunato il GENTILE, *De secundis nuptiis* cap. 18 pag. 141, provano come gl'imperatori romani abbiano talora concesso tale dispensa anche ad una *vedova in istato di gravidanza.* — Talora soleva per vero anche il senato permettere per ragioni speciali alle vedove di deporre prima del tempo gli abiti di lutto; ma questo permesso non dava ancora alle vedove veruna facoltà di procedere ad un secondo matrimonio, come appare dalla c. 15: *Ex quibus caus. infam. iur.* [3 11 (12)]. — Cfr. Greg. MAIANSIO cit. diss. § 19 e 20 [*Dissertat. iur. civ.* tom. II pag. 123 seg.] e POTHIER nelle *Pandect. Iustinian.* t. I h. t. nr. XIX not. 1 [a]).

8) Fr. 9 h. t. nov. XXII cap. 22. Qui va citato anche SENECA, *Epistula* 63, ove dice: *Annum* [scil. *romuleum*] *feminis ad lugendum constituere maiores; viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum* [b]).

---

a) Naturalmente al tempo della repubblica il Senato, come dalle altre, così poteva dispensare anco da questa legge ed abbiamo infatti il notissimo esempio di Ottavia sorella di Cesare, che, pur essendo ancora incinta del suo primo marito Marcello, chiese ed ottenne dal Senato la dispensa onde potersi maritare di nuovo con Antonio. — Cfr. PLUTARCO, *Anton.*, cap. 31.

b) Veramente altra cosa è il lutto ed altra il divieto del rimaritarsi. Il testo dell'Editto sopra citato e conservatosi nei frammenti vaticani dimostra a tutta evidenza come erano due divieti paralleli, quello de' conviti e de' vestimenti sontuosi e quello delle nozze. — Cfr. anche il SAVIGNY, nell'Appendice VII già più volte citata nel

della moglie, senza attendere un periodo determinato di lutto. Il diritto canonico però ha non solo condonato alla vedova la pena dell'infamia; ma ha pure abolito lo stesso anno di lutto [9]). È vero che l'apostolo Paolo [10]) citato nella costituzione non ha avuto propriamente l'intenzione di contrastare addirittura quel divieto [11]); ma, dal momento che il diritto canonico è stato ricevuto in Germania, come ha già osservato anche lo STRUBEN [12]), noi non dobbiamo guardare tanto alle ragioni addotte, quanto piuttosto a ciò che i legislatori hanno voluto ordinare [a]). Siccome poi non può dubitarsi che essi permettono espressamente alle vedove di contrarre altro matrimonio durante l'anno di lutto, rimane così abolito il divieto romano del matrimonio [13]). Si deve quindi indubbiamente

---

9) Can. 7 Caus. II Quaest. 3: « *Non fiunt infames lege canonum omnes, quos leges saeculi infames pronuntiant... quod etiam de ea fateri cogimur,* quae intra annum luctus nubit, *cum matrimonia hodie regantur iure poli, non iure fori et* iure poli, mortuo viro, soluta est a lege viri, *ut nubat cui vult* ». — Cap. 4 *X* « *De secund. nupt. Super illa quaestione, qua quaesitum est, an mulier possit sine infamia nubere intra annum luctus, respondemus, quod, cum Apostolus dicat*: mulier viro suo mortuo, soluta est a lege viri sui et in Domino nubat cui voluerit, *per licentiam atque auctoritatem Apostoli* eius infamia aboletur ». — Cap. 5 *X cod.* « *Cum secundum Apostolum, mulier, mortuo viro suo, ab eius sit lege soluta et nubendi cui vult tantum in Domino, liberam habeat facultatem,* non debet legalis infamiae sustinere iacturam, *quae licet post viri obitum intra tempus luctus, scilicet unius anni spatium, nubat, concessa sibi tamen ab Apostolo utitur potestate, cum in his praesertim saeculares leges non dedignentur sacros canones imitari* ».

10) 1 *Corinth.* VII v. 39. — *Roman.* VII v. 3.

11) Giacchè ne' due passi citati l'Apostolo rigetta solamente l'errore de' suoi contemporanei che ritenevano senz'altro illecite le seconde nozze. — Cfr. GENTILE, *De secund. nupt.* cap. 18 p. 142 e KOEHLER, *Interpretat. et Emendat. iur. rom.* lib. II cap. 8 pag. 57.

12) *Dubbii di diritto* (ted.°) parte 3.ª D. 16 p. 92.

13) Il compianto consigliere aulico SCHOTT, nell'*Introduzione al diritto matrimoniale* [ted.°] § 106 afferma che il diritto canonico ha introdotto la sco-

---

2.° volume del suo *Sistema di diritto romano attuale.* — Le *vacationes* finalmente delle leggi Giulia e Papia qui confuse da taluni scrittori non hanno che una relazione indiretta con questo argomento.

a) Che non vi sia il disaccordo fra le ragioni addotte e la disposizione della legge mi par manifesto. Dal testo citato appare non esistere per sè l'impedimento del lutto, tranne che osti di fatto quello della iniziata gravidanza.

all'autorità del diritto canonico, se oggidì quella pena dell'infamia non è più in uso nè presso i cattolici, nè presso i protestanti, e se nella maggior parte della Germania le vedove non osservano più l'anno di lutto; ma o possono passare subito dopo essersi sgravate ad un secondo matrimonio o tutt'al più, per evitare ogni incertezza riguardo alla generazione, devono attendere per lo spazio di nove mesi [14]). Giacchè fin tanto che si può temere che la vedova sia incinta, non si può permetterle nemmeno oggigiorno un altro matrimonio subito dopo la morte del marito, tanto più che tali nozze offenderebbero il dovere naturale dell'onestà e della morale e la *incertitudo sobolis*, che ne deriverebbe avrebbe conseguenze dannose per lo Stato, ne' rapporti specialmente delle successioni. Per tali ragioni tanto i giureconsulti cattolici, quanto i protestanti sono d'accordo che non s'estenda a questo caso la disposizione del diritto canonico [15]), e la maggior parte delle leggi tedesche [16]) ha fissato a tale riguardo un certo tempo, che consiste in un numero maggiore o mi-

---

munica invece della pena della infamia comminata nel diritto romano senza togliere il divieto. Così pure il prof. DABELOW negli *Elementi del diritto matrimoniale universale* § 292. Ma i passi del diritto canonico citati nella nota 9 nulla contengono su questa scomunica. Sarebbe anzi una vera contraddizione ordinare questa pena e nel contempo dire essere la vedova dopo la morte di suo marito interamente libera « a lege viri sui », ed avere pertanto in forza della sacra scrittura il permesso di rimaritarsi durante l'anno di lutto. Dal mio avviso sono Bern. VAN ESPEN, *Ius Eccles. univ.* parte II Sect. I tit. 15 cap. 3 § 10 11 e 12. — Paol. Gius. VON RIEGGER, *Institut. iurispr. eccles.* tom. IV § 236 e sovratutti E. L. E. PÜTTMANN, *Probabil. iuris civ.* lib. I cap. 17.

14) VOET, *Comm. in Pandect.* tom. II. — Tit. *De ritu nuptiar.* § 98 e VON SELCHOW, *Select. capita doctrinae de infamia* Sect. II § 7.

15) Si vegga specialmente Carlo Sebastiano BERARDI, *Commentar. in ius ecclesiast. univers.* (Venezia 1778 4) tom. III disp. IV cap. 7 pag. 141. — COCCEIO, *Ius civ. controvers.* h. t. Qu. 3 e KOEHLER, *Interpretat. et Emendat. iur. rom.* lib. II cap. 8 pag. 54.

16) Secondo il *Codice generale per gli Stati prussiani,* parte II tit. I § 19 e 20 le vedove, che si trovano notoriamente o per loro confessione incinte del matrimonio antecedente, non ponno rimaritarsi prima d'essersi sgravate; le altre non prima che sieno trascorsi nove mesi dallo scioglimento del matrimonio precedente. Anche il *vedovo* deve per ragioni di convenienza osservare un periodo di lutto, che però, secondo il § 24 del citato titolo, consiste solamente nel decorso di *sei settimane.*

nore di mesi, ma che ben di rado giunge ad un anno, che la vedova deve osservare prima di procedere ad un secondo matrimonio sotto pena di una pena arbitraria o pecuniaria o del carcere[17]) [a]). Dal momento pertanto che la pena della infamia è stata oggidì abolita per le vedove, non può più per analogia applicarsi nemmeno contro colui, che scientemente ha preso in moglie una vedova prima che spirasse l'anno del lutto, quantunque il diritto canonico non faccia di questo caso espressa menzione.

Oltre quelli, che il Pretore ha nel suo Editto colpiti d'infamia immediata, sono infami per le leggi civili romane le seguenti persone:

6. *Quelli che sono stati colti in adulterio*[18]), i quali oggidì vengono ritenuti infami nel senso, che vengono per ciò condannati ad una pena infamante[19]) [b]).

7. *Coloro che hanno pubblicamente esercitato l'usura*[20]). Ma non è punto dubbio che l'infamia ordinata a tale scopo nel diritto romano oggidì non sia in uso nella pratica nostra forense[21]).

---

17) LAUTERBACH, *Collegium theorico-practicum Pandectarum* h. t. § 12 ea HOPFNER, *Commentario* § 111.

18) Fr. 43 § penult. *De ritu nuptiarum* [23 2]. La legge parla invero soltanto di una *femina in adulterio deprehensa;* che però valga lo stesso anche per lo *adultero,* dimostra LAUTERBACH nel *Colleg. th. pract. Pand.* h. t. § 14.

19) G. L. BOEHMER, *Dissertatio de querela inoff. donationis fratrum* § 8.

20) C. 20 *Ex quib. caus. infam. irrog.* (3 11 [12]). — Cfr. DONELLO, *Commentar. iuris civ.* lib. XVIII cap. 7. — WISSENBACH, *Commentar. in Cod.* lib. II. tit. XII § ult. e FROMMAN, *Dissertatio de anatocismo* Th. 38 e 39.

21) Vedi BOEHMER, *Observat. select. ad* CARPZOVIUM Quaest. XCII Obs. 4 e VON QUISTORP, *Contributo alla dichiarazione di varie materie giuridiche,* parte II nr. IX p. 164 (o nr. XVIII della nuova edizione).

---

a) Codice civile, art. 128: « La donna, che contragga matrimonio contro il divieto dell'art. 57 (che è appunto quello che si riferisce alla presente questione), l'uffiziale che lo abbia celebrato e l'altro coniuge incorrono nella multa di lire trecento estensibile a lire mille. La donna decade da ogni donazione, lucro dotale e successione, che provengano dal primo marito. — L'applicazione di tali pene è promossa dal pubblico ministero avanti il tribunale correzionale » [art. 129]. — Il nostro diritto non conosce alcun periodo di lutto da osservarsi dal vedovo.

b) Veramente sembra che la *lex Iulia* non parlasse che della donna; cfr. però lo PSEUDO-TEOFILO. 2 18 pr. (ove non è del tutto certa la lezione ἐγνωσμένοι, cfr. FERRINI ad h. l.) ed il libro siriaco di diritto romano § 9. — Alle sole donne pensa, per esempio, anche il VANGEROW, *Pandette* 6.ª ediz. (ted.°) I p. 102 num. 6.

8. *I giudici*, che si sono *lasciati corrompere* o che hanno per *consapevole partigianeria* [22]) proceduto con manifesta ingiustizia [23]). Tuttavia oggidì sono in uso altri principii per la punizione di tali giudici [24]). Finalmente:

9. le nostre leggi imperiali tedesche dichiararono infami quei *giudici* e que' *notai, che accolgono o confermano una cessione di crediti fatta da un ebreo ad un cristiano* [25]). Ma l'uso de' tribunali nostri non segue nemmeno in questa parte la severità del diritto [26]).

§ 380.

Casi di infamia mediata.

L'*infamia mediata* richiede invece, per estrinsecare la sua efficacia, la sentenza d'un magistrato, e secondo il diritto romano ha luogo:

1. *In seguito ad un reato pubblico commesso con proposito* [27]). Bisogna tuttavia osservare, come non tutti i reati, per cui era stabilita una pena pubblica, infamavano secondo il diritto romano; ma solo i *delicta publica* in senso stretto [a]): quelli cioè, che solevano anche

---

22) C. 41 *De transaction.* [4 33].

23) C. 2 *De poena iud. male iudic.* [7 49].

24) Von Quistorp, *Elementi del diritto penale tedesco* parte I § 424.

25) *Congedo degli Stati* dell'anno 1551 § 80: « Inoltre vogliamo e comandiamo che niuna autorità e niun notaio accetti o compia tali contratti, in cui un ebreo vende ad un cristiano il credito verso un altro cristiano. Quando alcuna autorità o notaio trasgrediscano simile divieto, *debbono essere privati del loro onore e dei loro uffici* ».

26) Danz, *Manuale del diritto privato tedesco attuale* vol. 3 § 307 nr. 6 p. 76.

27) Fr. 7 *De publicis iudiciis* [48 1].

---

a) *Delicta publica* diconsi quelli, che una volta venivano giudicati dal popolo ne' comizi oppure dalle *quaestiones publicae*, o corti criminali di giurati. — È certo che i giuristi romani classici considerano come infamante ogni condanna per un *delictum publicum* [D. 48 19 7 — 23 2 43 12]. — Notevole specialmente è Ulpiano, che in D. 47 20 2 contrappone addirittura « *extraordinaria coercitio* » e « *iudicium famosum* ». — Ma gli è certo che non fu sempre così, ed anzi che questa opinione non s'è stabilita che relativamente tardi. L'Editto del pretore nel catalogo delle persone disonorate rimosse dal *postulare pro aliis* comprende solo: « QUI IN IUDICIO PUBLICO CALUMNIAE

dirsi *delicta publica ordinaria,* per cui cioè v'era una legge comiziale, per esempio, *la lex Cornelia de sicariis, lex Pompeia de parricidiis, lex Iulia maiestatis, lex Iulia de adulteriis,* che statuiva la pubblica pena[28]). A' delitti di questa categoria apparteneva indubbiamente lo *stupro,* la pena del quale era determinata nella *lex Iulia de adulteriis*[29]). Se un tale reato abbia anche oggidì la conseguenza della infamia, è controverso fra' giuristi pratici. Parecchi affermano che in seguito alla generale recezione delle leggi romane anche oggidì ad uno stupro commesso debba pure succedere l'infamia con tutte le sue conseguenze giuridiche[30]). Ma l'uso de' nostri tribunali non concorda con tali affermazioni[31]).

---

28) Fr. 1 *De public. iud.* [48 1], in cui MACRO dice: « *non omnia indicia, in quibus crimen vertitur, publica sunt; sed ea tantum,* quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt ». Si confronti pure Giorgio Lud. BOEHMER, *Comment. de abigeatu et furto equorum* cap. I § 3 seg.

29) § 4 I. *De publicis iud.* [4 18] c. 25 *ad leg. Iul. de adulter.* [9 9]. — Cfr. Gio. Gugl. HOFFMANN, *ad legem Iuliam de adulteriis coercendis* lib. sing. cap. IV § 11. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand.* h. t. § 15 nr. 1.

30) LAUTERBACH, h. t. § 15. — CARPZOV, lib. VI Resp. C. n. 9 seg. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. I Specim. LII med. 2 Specim. DLXXXII med. 5 e 6. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. Rom. Germ.* parte I § 322 not. *a.*

31) REINHARTH, *Observat. select. ad* CHRISTIANAEUM, vol. I Obs. 8. — Vedi PUFFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. II Obs. 18. — HOMMEL, *Rhapsod. quaestion. for.* vol. I Obs. 211 voce *Meretrix* pag. 359 vol. II Obs. 359. — Vedi CRAMER, *Observat. iur. univ.* tom. IV Obs. 1137. — VON QUISTORP, *Contributi per la dichiarazione di varie materie giuridiche* nr. XVIII p. 296 seg.

PRAEVARICATIONISVE CAUSA QUID FECISSE IUDICATUS ERIT ». Il modo con cui s'arrivò a quel principio generale è ben mostrato [Cfr. PERNICE, *M. A. Labeone* I 252-3] dal paradigma della *lex Iulia de vi privata.* Nella legge stessa, di cui MARCIANO dà il testo [48 7 1] la voce *infamia* non è usata; il condannato è soltanto privato dell'esercizio di talune cariche e funzioni per l'avvenire. Un senatoconsulto posteriore lo dichiara invece incapace di qualsiasi onore « quasi infamis ». Un tardo giurista, MODESTINO, dice senz'altro infamante questo reato (oppure cfr. ULP., D. 48 19 32). Probabilmente le diverse *leges iudiciorum publicorum* oltre l'*interdictio* contenevano pe' singoli reati diversi effetti per l'onore del condannato [cfr. D. 22 5 3 5]; nè par difficile che queste pene secondarie rimanessero assorbite e mutate nell'infamia, come la stessa *interdictio* passò nella pena più grave della *deportazione.* Che per la *lex Iulia municipalis* l. 117-118 sia rimosso dalle cariche municipali « quei iudicio publico Romae condemnatus est erit, quo circa eum in Italia esse non licet, neque in integrum restitutus est erit », si capisce benissimo; ma ciò non costituisce ancora infame.

Dal momento che a' nostri giorni lo stupro non viene punito che con una pena pecuniaria e con pochi mesi di carcere, risulta da questo stesso, che almeno di regola i precetti del diritto romano intorno a' delitti pubblici ed alla infamia, che ne deriva, non sono applicabili per lo stupro avanti i tribunali tedeschi [32]). Si può quindi accogliere, secondo l'opinione de'più sperimentati giureconsulti, come principio generale, che l'avere commesso uno stupro non arrechi di regola la infamia con sè [33]); tranne che per circostanze aggravanti, che s'accompagnino al reato, sia da pronunciarsi una vera pena criminale avente già per sè medesima come conseguenza la infamia [34]), e tranne che si tratti di un vero meretricio, di cui taluna persona faccia professione, chè allora, almeno finchè si continua così vituperoso modo di vivere, avrà luogo un'*infamia facti* [35]). Dai *delicta publica ordinaria* venivano distinti gli *extraordinaria*. Sotto tale denominazione s'intendevano [a]) que' reati, che erano invero colpiti da una pubblica pena, ma ch'erano stati disciplinati non da una legge comiziale; ma da un senatoconsulto o da una costituzione imperiale [36]). Di questi solo alcuni sono infamanti: quelli cioè, per cui è ordinata espressamente la pena dell'infamia [37]). Tali sono il *crimen praevaricationis* [38]) [b]), il *crimen expilatae hereditatis* [39]) e quello *sepulcri*

---

32) Vedi QUISTORP, *Elementi di diritto penale tedesco* parte I § 478. — MÜLLER, *Observat. pract. ad* LEYSERUM, tom. I fasc. II Obs. 173.

33) KRESS, *Commentar. ad Art. CX Const. Crim. Car.* § 1 not. 3. — BOEHMER *ad* CARPZOVIUM Qu. LXIX Obs. 1 e *Meditat. ad Const. Crim. Car. Art.* CXX § 22. — BERGER, *Oecon. iuris* lib. I tit. II Th. 13 not. 4. — Gio. Giac. Fed. MEISTER, *Princip. iur. crim.* § 266 e KLEIN, *Elementi di diritto penale* § 371 not. *a*.

34) Vedi QUISTORP, *Elementi di diritto penale tedesco* § 477.

35) KRESS, l. c. QUISTORP, ne' *Contributi* citati.

36) BOHMER, *Comm. cit.* § 4 seg.

37) Ant. SCHULTING, h. t. § 7.

38) Fr. 3 § 2, fr. 4 *De prevaricat.* [47 15].

39) C. 12 *Ex quib. caus. infam. irrog.* [3 11 (12)].

---

a) *Crimen extraordinarium* è quello che, pur essendo colpito di pena pubblica, viene giudicato non dal popolo ne' comizi, nè da una *quaestio publica;* ma in via amministrativa dal magistrato, assistito dal suo consiglio, il quale però non ha che un voto consultivo.

b) Veramente l'Editto dice: « *qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve*

violati[40]). Se anche il *crimen stellionatus* sia infamante, è dubbio. Si intende per stellionato in genere un falso, che non sia già compreso nella *lex Cornelia de falsis* e sopratutto la frode ne' contratti[41]). ULPIANO dice in un luogo[42]): *crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est iudicium.* In un altro luogo invece nega ciò espressamente, dicendo: *stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed coercitionem extraordinariam habet*[43]). Per togliere questa contraddizione vogliono alcuni cancellare la negazione nell'ultimo passo[44]); altri[45]) invece intendono questa particella « non » nel senso di « non solum » e la seguente « sed » nel senso di « sed etiam »; altri ancora[46]) intendono il passo per σπιχώρησιν, quasi che

---

40) Fr. 1 *De sepulcr. viol.* [47 12].

41) SEGER, *Dissertatio de crimine stellionatus,* Lipsia 1770. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. VIII Specim. DLVII p. 416. — QUISTORP, *Elementi di diritto penale* [ted.°] parte I § 405.

42) Fr. 13 § ult. h. t. [3 2].

43) Fr. 2 *De stellionatu* [47 20].

44) Ant. FABER, *Rational. in Pandect. ad L. 13 § ult. D. h. t.* e *Coniectur. iur. civ.* lib. IV c. 2.

45) Marc. LYKLAMA, *Membran.* lib. I Eclog. X § 3.

46) Gio. Giac. WISSENBACH, *Exercitat. ad Pand.* Disputat. XI § 33.

---

causa quid fecisse iudicatus erit ». La *lex Iulia municipalis* invece dice: « *quem calumniae praevaricationis causa accusasse fecisve quid iudicatum est* ». La differenza non è senza importanza [cfr. PERNICE, *M. A. Labeone* I 250-252; non sufficiente attenzione vi pose il RASPE, nel suo libro sulla « calunnia » p. 63 seg.]. La *praevaricatio* è certamente estranea nel diritto classico al processo civile e soltanto si riferisce al penale; ma questa restrizione (cfr. D. 47 15 1 pr. e 3 2 4 4) non risale oltre il principio dell'impero. Vedi anche la *lex agraria* l. 38 [C. I. L. I p. 81 BRUNS, *Fontes*[4], p. 75]. Verosimilmente la restrizione della infamia alla condanna per prevaricazione in un giudizio pubblico risale al senatoconsulto Turpiliano; cfr. D. 30 2 6 3: « qui iudicii publici quaestionem citra veniam abolitionis deseruerunt decurionum honore decorari non possunt, *cum ex Turpiliano senatusconsulto notentur ignominia,* veluti calumniae causa iudicio publico damnati ».

Cfr. D. 48 2 4. — MAREZOLL, *L'onore civile* p. 137 seg. vorrebbe che la prevaricazione in questo caso rendesse infame, perchè essa medesima un *delitto pubblico.* Ma ciò non viene punto confortato dalle Fonti; cfr., per esempio, D. 23 2 43 11 — PAUL., R. S. 1 5 2. — VANGEROW, *Pandette* 6.ª ediz. I p. 93. — Vedi pure RUDORFF, *Storia del diritto romano* [ted.°] vol II p. 461-462. — Vedi finalmente anche il testimonio di TACITO negli *Annali* lib. XIV c. 41: *additur senatusconsulto* [Turpiliano] *qui talem operam emptitasset vendidissetve, perinde poena teneretur acsi publico iudicio calumniae condemnatus.*

ULPIANO dicesse: dato anche che lo stellionato non renda infame, trae però sempre con sè una pena straordinaria. Ma la maggioranza dei giureconsulti [47]) [a]), a cui accede anche il nostro autore, cercano di congiungere i due passi in modo, che ne risulti lo stellionato non infamare come tale, ma potere avere allora l'infamia come conseguenza, quando concorra con un reato infamante o con un'azione famosa [48]). Se dunque, per esempio, taluno avesse commesso un tale stellionato, per cui abbia luogo l'*actio doli*, può venire pronunziata l'infamia, avendo già l'*actio doli* tale efficacia. Se invece il debitore

---

47) CUIACIO, *Observat.* lib. X cap. 26. — DONELLO, *Commentar. iur. civ.* lib. XVIII cap. 8. — Franc. DUARENO, *Disputat. anniversar.* lib. I cap. 42. — Gar. NOODT, *Commentar. ad Pandect.* h. t. [Oper. t. II pag. 77]. — LO STESSO, *De forma emendandi doli mali* cap. 12. — Ant. SCHULTING, *ad πρῶτα Pandectar.* h. t. § 7. — WESTENBERG, *in Digest.* h. t. § 45. — POTHIER, in *Pandect. Iustin.* h. t. nr. XII not. *q* ecc.

48) Ger. NOODT, l. c. intende quindi le parole « *infamiam irrogat* » del fr. 13 § ult. D. h. t. così « *infamiam irrogare potest* ». Cfr. anche Giulio PACIO, *Legum conciliatar.* Centur. II Qu. 27.

---

a) L'ENANTIOFANE, non sempre felice nelle sue conciliazioni, dice che lo stellionato non è famoso nelle cause di minor momento (ὅπερ δεῖ νοεῖν ἐπὶ ἐλαφρᾶς ὑπερθέσεως) sch. τοῦ Ἐναντιοφανοῦς Bas. Hb. II 447 seg. — Sch. *l.* FABR., II 628 seg.; — cfr. sch. « Ὅτε Hb. V 665. — Sch. *b* FABR., VII 535. — La interpetrazione qui proposta nel testo è indubbiamente la vera; ma non risale soltanto a CUIACIO, come ordinariamente si crede e come parrebbe dalla nota 47, bensì fino alla *Glossa*, la quale aveva opportunamente ricordato il passo di MACRO, D. 48 1 7 « ex eo crimine, quod iudicii publici non fuit, damnatum infamia non sequetur, nisi *id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato iudicio infamiam condemnato importat* ». Cfr. PERNICE, *M. A. Labeone* 252 n. 46. — Un'altra spiegazione ha proposto il MAREZOLL, *Onore civile*, p. 135 seg., a cui si accosta il VANGEROW, *Pandette* 6.ª ediz. I p. 98-99. Essi intendono « famosum iudicium » in D. 47 20 2 nel senso di « publicum iudicium », talchè questo frammento verrebbe a dire così: « Lo stellionato non appartiene a' reati, che di regola sono infamanti, cioè ai delitti pubblici; ma viene punito *extra ordinem*. Esso infama però sempre [fr. 13 § 8 h. t.] ». — E per confermare tale interpetrazione secondo cui il crimine di stellionato sarebbe sempre infamante, si ricorre al passo D. 47 20 3 1: « quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio ». Ma queste parole non vogliono far altro, che statuire un parallelo fra la *sussidiarietà* del crimine di stellionato e dell'azione di dolo (benissimo i Greci, cfr. sch. Ἐν ἐρημίᾳ e Ὁπουδήποτε Bas. Hb. V 665 — Sch. *c. d* FABR. VII 535]. — A noi basti poi avvertire come sarebbe davvero strano questo identificare « famosum iudicium » e « publicum iudicium » (identificazione che si troverebbe in un solo testo delle Pandette e proprio là dov'essa può generare grave confusione). L'antica spiegazione è, checchè dice il VANGEROW, ben preferibile.

avesse scientemente dato in pegno una cosa altrui al suo creditore, questo stellionato non rende infame, giacchè il creditore ha a tal uopo un'*actio pignoraticia contraria*. Una infamia mediata sorge inoltre pel diritto romano:

2. *Da alcuni delitti privati,* cioè dal furto, dalla rapina [a]) e dalla ingiuria [49]). Se oggidì da ogni furto scaturisca la infamia, è controverso fra i giureconsulti. Alcuni affermano che l'infamia non si possa applicare almeno a' piccoli furti, per cui non ha luogo una vera pena [50]). La maggior parte invece de' giureconsulti ritiene che regolarmente anche oggidì scaturisca l'infamia da ogni furto commesso [51]), benchè si soglia affine di evitarla in caso di piccoli furti inasprire relativamente la pena per mantenere così al condannato il suo onore [52]). Riguardo alle ingiurie si applica oggidì l'infamia soltanto alle gravissime, per cui l'ingiuriante è condannato a pene

---

49) Fr. 1 fr. 4 § 5 h. t. [3 2], fr. 63 *De furtis* [47 2]; fr. 7 *De publicis iudiciis* [48 1]; c. 8 *Ex quib. caus. inf. irr.* [3 11 (12)].

50) KRESS, *Commentar. ad art.* 162 C. C. C. § 1 not. 4. — BYNCKERSHOECK, *Observat. iur. rom.* lib. I cap. 3.

51) LEYSER, *Meditat. ad Pandect.* vol. I Specim. LII med. 4 e vol. VIII Specim. DXXXVII med. 7. — STRUBEN, *Dubbii giuridici* parte I D. 22 ecc.

52) VON QUISTORP, *Elementi di diritto penale* (ted.°) parte I § 360 p. 545. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. rom. germ.* t. I § 324 i. fin. — DANZ, *Manuale del diritto privato tedesco attuale* (ted.°) vol. 3 § 303 p. 68.

---

a) L'Editto contiene l'*actio bonorum raptorum* fra le infamanti; invece la *lex Iulia municipalis* fra gli esclusi dalle cariche municipali non arreca i condannati per rapina a fianco a quelli condannati per furto ed ingiuria [1 110 111]. Il vero si è che quest'azione non divenne infamante che sotto l'impero (Cfr. PERNICE, *Labeo* I 249 seg.). L'Editto infatti del pretore Lucullo [76/678] si riferiva espressamente agli atti di violenza commessi al tempo delle guerre civili, per la massima parte da gente altolocata. La comune opinione non considerava come disonoranti le private inimicizie in occasione di torbidi politici. S'aggiunge che l'elemento de' *bona rapta* non fu aggiunto che più tardi; il danno arrecato alla cosa altrui, anche scientemente, per sè non era nell'opinione de' Romani disonorante, nè mai fu infamante la azione *ex lege Aquilia.* Se sia fondata l'ipotesi di LENEL [*Edictum perpetuum* p. 318] che sotto l'impero s'avessero due azioni distinte, l'una per la rapina in proprio senso, l'altra per violento danneggiamento delle cose altrui, non è qui il luogo di esaminare; qualora essa fosse da ammettersi, si dovrebbe confessare che l'infamia aderente nel diritto classico alla vera rapina, da questa azione più frequente di molto si riversasse ancora sull'altra.

criminali [53]). Si afferma pertanto non senza fondamento che neppure la ritrattazione per sè stessa renda infame, quando almeno non sia aggravata da circostanze disonoranti [54]), benchè ordinariamente quasi per superfluo si usi di riserbare espressamente l'onore dell'ingiuriante [55]). Finalmente anche

3. la mancanza di fede in taluni contratti, cioè ne' contratti di società, deposito e mandato [a]), e così pure la trasgressione de' proprii doveri da parte del tutore sogliono arrecare l'infamia [56]). Alcuni invero sostengono che in que' contratti infami già la semplice negligenza [57]); ma almeno nella prassi [58]) quell'opinione non s'è fatta

---

53) WESTPHAL, *Diritto criminale* not. 85 § 3. — VOET, h. t. § ult.

54) WEBER, *Sulle ingiurie e i libelli famosi* [ted.°] parte II p. 40 seg.

55) MEVIO, parte III Decis. 32. — QUISTORP, *Elementi* citati parte I § 326. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* c. I.

56) Fr. 1, fr. 6 § 5 6 h. t. Nel deposito non solo il depositario, ma anco il deponente diventa infame in conseguenza della frode; cfr. HOEPFNER, *Commentario sulle istituzioni* (ted.°) § 756.

57) DONELLO, *Comm. iur. civ.* lib. XVIII cap. 8. — VOET, h. t. § 2. — COCCEIO, *Ius civ. controv.* h. t. Qu. 2 e 5.

58) COCCEIO, cit. confessa questo fatto; si vegga anche EMMINGHAUS *ad* COCCEIUM, h. t. Qu. 2 not. *g.* ed HOFACKER, *Princip. iur. civ. rom. germ.* t. I § 322. Che questa opinione non sia anche fondata in teoria, mostrano Ant. SCHULTING, *Enarr. part. prim. Digestor.* h. t. § 8. — NOODT, *Commentar. ad Pand.* h. t. Verb. « *Sed apparet* ». Opp. tom. II pag. 79.

---

a) Ora cfr. GAIO, 4 182: *quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiant, veluti... pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi.* Naturalmente dell'*actio fiduciae* non si fa più menzione nel testo edittale, come ora si legge nelle Pandette. È singolare che l'*actio depositi* non venga ricordata nella *lex Iulia municipalis* [l. 111 « quive iudicio fiduciae pro socio tutelae mandatei — condemnatus est erit »]; se noi confrontiamo questa omissione con alcuni testi di CICERONE [*de off.* 3 70 *Pro Roscio* com. 17] verremo facilmente alla conchiusione che tale azione non si concepisse in origine come infamante. — E nell'Editto invece e nella legge Giulia non viene annoverata l'*actio commodati*, che pure ha tanta affinità con quella di mandato. La ragione è data acutamente dal PERNICE, l. c. p. 249. Colui che veramente assume il dovere derivante dalla *fides*, non è *chi* riceve, ma chi dà in prestito la cosa; non quello adunque, contro il quale l'*actio comodati directa* si volge. — Del resto anche il limite posto generalmente (e qui taciuto dal nostro Autore), che cioè di tali contratti è infamante la sola azione diretta, va inteso con certa restrizione. Nel fr. 6 § 5 è certamente un'*actio mandati contraria*, che si concepisce come infamante, poichè ivi eccezionalmente anche il mandante deve prestare la *fides* [DONELLO, 18 8. — VANGEROW, I p. 100. — PERNICE, l. c. I p. 449 e *ibid.* le note].

strada: questa esige che nella sentenza si faccia espressa menzione della provata mala fede, onde abbia luogo l'infamia, che v'è annessa [a]). Altrimenti la sentenza s'intende, *salva existimatione* [59]). In generale non s'è oggidì così facili ad irrogare l'infamia, come lo erano i legislatori romani, e si vuole giudicare in proposito più secondo il diritto tedesco, che non secondo il romano; in conformità a quel noto adagio: *è meglio proclamare onorate dieci persone, che infame una sola,* si cerca di risparmiare più che si possa l'onore dei cittadini [60]).

---

59) Fr. 4 § 1 e 2 *De suspect. tutor.* [27 10]. — G. L. BOEHMER, *Dissertatio de querela inoff. donat. fratr.* § 8. Diversi giureconsulti vogliono anzi sostenere che oggidì non abbia più luogo alcuna infamia per una frode commessa in tali contratti amichevoli, come VOET, h. t. § 9 e SCHILTER, *Praxis iur. rom.* Exercit. X § 35 36. Ma questo non si può dimostrare, come ha provato il prof. EMMINGHAUS *ad* COCCEIUM, l. c.

60) Cfr. HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.* vol. I Obs. 210 Reg. 7 pag. 322 seg. — EISENHART, *Elementi del diritto tedesco in proverbii,* sez. 2.ª nr. 3 p. 81. — QUISTORP, *Elementi del diritto penale tedesco* parte I § 77 nota *i* p. 100. — KIND, *Quaestion. for.* Lipsia 1792 cap. 81. — RUNDEN, *Elementi del diritto privato generale tedesco* § 307 e DANZ, *Manuale,* vol. 3 § 303.

---

a) In contrario MAREZOLL, *L'onore civile* p. 149 seg. — Il VANGEROW, l. c. stima oziosa la questione, perchè dolo v'ha sempre, secondo lui, quando il convenuto prosegue la lite fino alla sentenza, senza soddisfare al dover suo, e questo [?] sarebbe il motivo per cui l'Editto non fa menzione del dolo. — Il PERNICE, è d'avviso che in principio non si facesse alcuna distinzione fra il dolo e la colpa [op. cit. I p. 248], benchè non sia alieno dall'ammettere la probabilità almeno di una contraria tendenza nel diritto classico. Osserva però come ULPIANO, a proposito dell'*actio tutelae* e COSTANTINO, a proposito dell'*actio mandati* [D. 50 16 42, — C. 4 35 21] « stieno del tutto ancora all'antico punto di vista ». Sul primo passo s'è già altrove discorso. La costituzione costantiniana parrebbe veramente accontentarsi della colpa del mandatario, per irrogargli l'infamia, trovando abbastanza disonorevole l'occuparsi con poca premura degli affari altrui volontariamente assunti. Così almeno l'hanno intesa i *Greci*; cfr. la nota di TALELEO, : ἡ μανδάτι ἀτιμοποιός ἐστι καὶ ἀπαιτεῖ δόλον καὶ κοῦλπαν ἐκ τοῦ γενικοῦ προκουράτορος : « mandati actio famosa est, requiritque [i. e. plectit] tam dolum quam culpam generalis procuratoris » [Sch. Θαλελαίου Bas. Hb. II 149 sch. *r.* FABR. II 193]. — A me tuttavia s'impone il riflesso che l'infamia è in questi casi concepita come conseguenza della *perfidia* [fr. 6 § 7 h. t. e i Greci *ibid.*], e che non è possibile considerare la semplice negligenza come *perfidia*. La costituzione costantiniana si può forse interpetrare in modo, che non ne discenda la conseguenza voluta dal PERNICE, non osservando cioè tanto le singole parole, quanto il concetto generale, che sarebbe semplicemente questo: Chi s'assume l'incarico di amministrare gli affari

§ 381.

Fino a che punto la transazione su un'azione infamante apporta l'infamia?

Ad una sentenza giudiziale viene, in rapporto alla conseguenza della infamia parificata in diritto romano, la *transazione stragiudiziale*, quando essa sia stata conchiusa per modo sopra un delitto confessato, che s'è dato ad un altro denaro o equivalente per trattenerlo dallo intentare l'azione [61]). Una tale transazione danneggiava tanto l'onore, come se la persona fosse stata convinta del misfatto e dal giudice condannata [62]). Poichè si credeva che dessa fosse avvenuta per l'intimo senso della malvagia coscienza e si dichiarava senz'altro un tale transigente come confesso [63]). Non simile efficacia aveva però una transazione, che fosse stata conchiusa [64]) in seguito a frodi commesse in un contratto, per cui avrebbe dovuto pronunciarsi l'infamia. Chè tale transazione non si riteneva, per così dire, disonorante come in quel caso, perchè qui l'obbligazione non scaturisce da un delitto [a]), ma, a propriamente parlare, da un contratto [65]). Non si poteva quindi in tal caso presumere una confessione tacita,

---

61) Fr. 4 § ult. fr. 6 § 3 h. t.
62) C. 18 *Ex quib. caus. infamia irrog.* [3 11 (12)].
63) Fr. 5 h. t.
64) § 2 *De poena temere lit.* [4 16] fr. 7 h. t.
65) Ant. FABRO, *Rational.* ad fr. 7 h. t.

---

altrui si obbliga ad osservare la più scrupolosa diligenza, da ciò deriva che, s'egli manca a' suoi doveri, non solo s'espone ad essere condannato al risarcimento; ma ben anche al pericolo dell'infamia (quando cioè si trovi in lui il malo proposito).

a) L'Editto dice: « qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusque erit »; dalle quali parole si scorge essere meno esatto o completo quanto dice GAIO, 4 182. La *lex Iulia municipalis* esclude dalle cariche del municipio « quei furtei, quod ipse fecit fecerit, *condemnatus* PACTUSQUE est erit » ed invece l. 111 « queive iudicio..., iniuriarum deve d(olo) m(alo) *condemnatus* est erit ». La quale diversità merita considerazione. — Cfr. del resto l'autore de' libri ad ERENNIO, 4 27 37: « *quod iniuriarum satisfecisti T. Labeoni, nihil ad rem pertinere puto* ». Ivi l'*iniuriarum satisfacere* è addotto come cosa gravemente disonorante.

come nel caso, in cui si fosse transatto sopra un delitto [66]). Benchè varii giureconsulti difendano l'uso odierno di tali principii coll'argomento che non s'abbia traccia alcuna di una modificazione intervenuta [67]), pure è certo che la consuetudine forense non appoggia tale opinione, giacchè secondo essa, come già sopra fu osservato (§ 353), da una transazione conchiusa intorno ad un reato, non risulta ancora una tacita confessione. Colui pertanto, il quale abbia conchiuso tale transazione, non può oggidì ritenersi per questo infame [68]). Da ciò si comprende che, secondo l'odierna consuetudine forense, l'infamia mediata altrimenti non s'incontri, che per sentenza giudiziale ed anzi, perchè tale conseguenza si verifichi occorre: 1.° che la sentenza sia stata pronunziata da un giudice competente e non per avventura da un semplice arbitro [69]); 2.° che sia diretta contro quella stessa persona [70]), che ha commesso l'azione infamata, non contro il suo procuratore od il suo erede [71]); 3.° che sia passata in giudicato [72]) [a]). Siccome del resto il giudice non è che un ministro delle leggi, egli non può pronunziare sull'onore od il disonore de' cittadini, che in quanto le leggi gli accordano tale autorità. Per

---

66) Ger. NOODT, *Commentar. ad Pandect.* h. t. verb. « Porro ait. praetor » tom. II *Oper.* pag. 79.

67) COCCEIO, *Ius civile controv.* h. t. Qu. 8. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pandect.* § 17 18 e 19. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. I § 323.

68) SCHAUMBURG, *Compend. iur. Digest.* lib. II tit. 15 § 7 in fin. — HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.* vol. I Obs. 211 voc. *Transigens.* pag. 369 e vol. IV Obs. 794. — QUISTORP, *Diritto penale* parte I § 103.

69) Fr. 13 § 5 h. t.

70) Fr. 4 § ult. h. t.

71) Fr. 6 § 2 h. t.

72) Se contro la sentenza giudiziaria s'è fatto uso di qualche rimedio giuridico, l'efficacia dell'infamia comincia solo dal tempo, in cui la sentenza di prima istanza è stata confermata dal giudice superiore; fr. 6 § 1 h. t. — VOET, h. t. § 6.

---

a) Il VANGEROW, *Pandette* I p. 101 aggiunge un altro requisito, che cioè la sentenza giudiziale sia pronunziata non per incidente, ma in via principale e previa la *causae cognitio*. Cfr. il fr. 13 § 6 h. t. che nell'Indice dello STEFANO, è assai bene spiegato sch. Ἀρχῶν Bas. Hb. II 440 (Sch. *i* FABR., II 626; cfr. τοῦ Ἀνωνύμου *cod.*) e la c. 17 h. t., a proposito della quale è notevole il κατὰ πόδας taleleano. Bas. 21 3 16 colle relative annotazioni. Cfr. spec. sch. Οὐδὲ γὰρ Bas. Hb. II 459. sch. *f* FABR. II 650.

tale motivo: 1.° esso non ha potere di conservare nella sua sentenza l'onore al condannato, se la legge ha espressamente ordinato per quella specie l'infamia [73]) o quando questa sia necessaria conseguenza della pena [74]). Si afferma veramente nella pratica, come più sopra (§ 377) s'è avvertito, che il giudice possa rimettere al condannato la meritata infamia, pronunciando contro di lui una pena più grave di quella dalle leggi stabilita. Ma al luogo citato io ho già dimostrato non essere tale opinione propriamente conforme alle leggi. Se invece: 2.° sia contrario all'intenzione del legislatore che taluno venga tenuto per infame, e la pena inflitta non abbia tale efficacia, ma sia da temersi che il pubblico intenda in modo troppo rigido la sentenza e ammetta l'infamia, là dov'essa non deve aver luogo, è allora dovere del giudice di riserbare espressamente nella sentenza l'onore al condannato, il quale altrimenti resterebbe facilmente macchiato [75]).

§ 382.

*Differenza fra l'*infamia iuris *e l'*infamia facti 1.° *in rapporto alla loro durata.*

La differenza tra le due precipue categorie d'infamia finora illustrate, cioè la *infamia iuris et facti* si manifesta in parecchi modi:

I. Quando si tratti la questione: *Quando e come cessa l'infamia?*

a) L'*infamia iuris* non può di regola venire abolita altrimenti che colla restituzione dell'onore civile che all'infame faccia colui, al quale compete il diritto di grazia [76]). Questa restituzione dell'o-

---

73) Marciano, fr. 1 § 6 *ad SCtum Turpil.* [48 16] dice: «*facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis,* poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, *sed legis auctoritati reservatur* ». Si vegga anche lo Stryck, *Us. mod. Pand.* h. t. § 14.

74) Fr. 63 *De furtis* [47 2]. — Ant. Matteo, *De criminibus* lib. XLVIII t. 18 cap. 3 num. 15 e specialmente Kleinschrod, *Svolgimento sistematico de' concetti fondamentali e de' principii del diritto penale* parte 3.ª § 90.

75) Kleinschrod, l. c. p. 159.

76) Kleinschrod, l. c. § 90 p. 158. — Runden, *Elementi di diritto privato tedesco* (ted.°) § 304.

nore perduto è un privilegio del reggente, che spetta in Germania al solo imperatore rispetto a que' sudditi, che sono all'impero immediatamente soggetti ed a' singoli sovrani territoriali per que' sudditi che solo per loro mezzo sono soggetti all'impero, con piena efficacia negli Stati singoli [77]; sia che l'infamia si fondi in diritto comune o in diritto particolare [78]. Il reggente non restituisce però sempre *espressamente* l'onore con un rescritto impartito all'uopo; ma egli può anche *tacitamente* far questo restituendo, per esempio, l'infamato nella sua carica o attribuendogli qualsiasi altro onorevole ufficio [79]. Qualche volta l'onore civile perduto può ricuperarsi anche col decorrere di un tempo determinato, se cioè la pena dell'infamia era stata inflitta nella sentenza giudiziale espressamente per un tempo determinato [80]. Se ciò non avvenne in modo espresso, non cessano, a propriamente parlare, le conseguenze dell'infamia per ciò solo che è cessata la pena, che la produsse; ma anche in questo caso si richiede una *restitutio in factum*. Questo non è solo conforme a principii del diritto romano [81], secondo il quale, come a suo tempo abbiamo avvertito (§ 377), l'infamia non scaturisce dalla pena, ma dal reato, la cui esistenza non può certo venire annientata; ma si può affermare anche in relazione a' principii del diritto tedesco, epperò deve venire applicata anche al giorno d'oggi [82]. Giacchè per le consuetudini germaniche viene ritenuto infame colui, che è stato una volta in mano del manigoldo. Anche questo non è un fatto che,

---

77) Mich. Enr. GRIEBNER, *Dissertatio de iure principum imperii restituendi famam* [*Opuscul. iuris publ.* tom. I pag. 76]. Consigl. aulico SCHNAUBERT, *Dissertazione sulla questione fino a che punto il diritto di restituire l'onore ad un suddito mediato sia un diritto riservato dell'imperatore od appartenga a' sovrani territoriali* [ted.°] ne' suoi *Contributi al diritto pubblico ed ecclesiastico* parte I num. IX p. 90 seg.

78) DANZ, *Manuale di diritto privato tedesco* (ted.°) parte 3 § 304.

79) VOET, *ad Pandect. ad* h. t. § 7. — LEYSER, *Meditat. ad Pandect.* vol. I spec. LII Coroll. I. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. rom. germ.* tom. I § 326.

80) Fr. 3 § 1 *De decurion.* [50 2], fr. 8 *De postul.* [3 1], c. 3 *Ex quib. caus. infam. irrogat.* [2 11 (12)]. — LAUTERBACH, Colleg. Pandect. h. t. § 23.

81) C. 6 h. t. [2 11 (12)].

82) COCCEIO, *Ius civ. controvers.* h. t. Qu. 7.

avvenuto, possa distruggersi, e però il fondamento e la fonte della ignominia perdura, finchè non l'abolisca il reggente [83]).

b) L'*infamia facti*, per contrario, può cessare anche senza restituzione da parte del reggente per l'emendazione della condotta [84]); benchè in tali casi, quando la *infamia facti* è raffermata anche da una sentenza giudiziale [85]), affine di togliere interamente questa efficacia, debba cercarsi parimenti la reintegrazione dell'onore da parte del principe [86]).

§ 383.

2.° *Differenza tra l'*infamia iuris *e* facti *in rapporto ai loro effetti giuridici.*

Benchè l'efficacia dell'infamia in generale consista nella perdita di tutti quei diritti e vantaggi, che nella società civile sogliono congiungersi ad un buon nome, pure, se noi analizziamo sottilmente le conseguenze giuridiche dell'infamia, troviamo:

II. una differenza non lieve fra l'*infamia iuris* e l'*infamia facti*:

a) In quanto concerne gli effetti giuridici dell'*infamia iuris*, questi consistono:

1. nella perdita fatta dallo infame di tutte le dignità e gli ufficii, ch'esso finora rivestiva nello Stato e diventa incapace per l'avvenire alle cariche onorifiche [87]);

2. l'operaio che s'è attirata una *infamia iuris* può essere

---

83) Gio. Tob. Richter, *Selectior. iuris princip. ad ord. Digestor. exposit.* Disput. VI § 14 e Kleinschrod, l. c. § 90 p. 158.

84) Schilter, *Prax. iur. civ. rom.* Exercit. X i. § 26 fin. — Hofacker, *Princip. iur. civ. rom. germ.* t. I § 329. Si vuole da taluni che questa emendazione debba aver cominciato almeno da tre anni. — Berger, *Oecon. iuris* lib. I tit. II th. 14 vedi fin.

85) Fr. 2 *De obseq. parent. et patron. praest.* [37 15], fr. 1 § 43 *De vi et vi armata* [43, 11]. — Schilter *ad* Ludovici, *Usum pract. distinction. iurid.* h. t. not. *a* pag. 94.

86) Hofacker, l. c.

87) C. 2 e 12 *De dignitat.* [12 1], c. 8 *De decurion.* [10 32].

espulso dalla gilda o società [88]) ed il commerciante che è divenuto infame per bancarotta fraudolenta non può più partecipare alla borsa [89]);

3. uno così infame è anche, almeno per diritto canonico [90]), assolutamente incapace a deporre un valido testimonio. Il diritto romano non esclude assolutamente dal diritto di far testimonianza gli infami; ma lascia al criterio del giudice di misurare qual fede debba egli dare alla testimonianza loro [91]). Ma la prassi si regola secondo i principii del diritto canonico [92]), la quale è stata anche confermata in molti statuti [93]). A questi effetti alcuni giureconsulti attuali aggiungono pur quello

4. della perdita di un'onorevole sepoltura e della facoltà di fare testamento [94]) [a]). Ma secondo il diritto canonico queste conse-

---

88) KLEINSCHROD, parte 3.ª § 90 p. 157.

89) RUNDE, *Elementi di diritto privato tedesco generale* § 306.

90) Cap. 7 13 54 56 X *De testib.* cap. 1 X *de Except.* — G. Lud. BOEHMER, *Princip. iuris canon.* § 786.

91) Fr. 3 pr. § 5 *De testibus* [22 5], fr. 13 *eod.* — Franc. DUARENO, *Disputation. anniversar.* lib. II cap. 23. — BACHOVIO *ad* TREUTLERUM, vol. II Disp. 5 th. 8 lit. *B.* — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* t. I § 325. D'altra opinione è tuttavia COCCEIO, *Ius. civ. controv.* h. t. Qu. 6.

92) Cfr. Giust. En. BOEHMER, *Ius eccles.* t. I lib. II tit. 20 § 10. — STRYCK, *Us. mod. Pandect.* lib. XXII tit. 5 § 2. — Gio. Sam. Fed. de BOEHMER, *Observat. select. ad* CARPZOVIUM, Qu. 114 Obs. 4 e PUFFENDORF, *Observ. iur. univ.* tom. II Obs. 18. D'altra opinione sono però QUISTORP, *Elementi di diritto penale* parte 2.ª § 691 not. *y* e KIND, *Quaest. for.* cap. 81 p. 318.

93) LAUTERBACH, *Colleg. Pandect. th. pract.* h. t. § 22 nr. 4.

94) RUNDE, *Elementi* citati § 306. — DANZ, *Manuale del diritto privato tedesco,* vol. 3 § 306 nr. 4.

---

a) La comminazione della *intestabilità* (ossia della *incapacità a rendere testimonianza:* PERNICE, *Labeo* I 241. — MAREZOLL, *Onore civile* p. 86 seg. — REIN, *Diritto privato romano* 2.ª ediz. p. 132 seg.) fu anzi il primo passo che le leggi romane fecero per questa via. Cfr. le Dodici tavole XII 8 22 [Schoell.] e A. GELL. N. A. 15 13 11 [« improbus intestabilisque esto »; cfr. anche ORAZIO, *Sermoni* 2 3 181 « intestabilis sacer esto »]. Cfr. pure la tavola bantina (parte latina): « neive is testumon]ium deicito neve quis mag(istratus) testumonium poplice ei de[ferri neive den]untiari [sinito... Mag(istratus) queicomque comitia conciliumve habebit, eum sufragium ferre nei sinito ecc. [l 3-5 C. I. L. I p. 45. — BRUNS, *Fontes* p. 50-51]. — Soltanto più tardi la voce « intestabilis » fu assunta nel senso, che nemmeno a favore di tal persona si potesse prestare testimonianza (ciò che nel diritto antico avrebbe significato

guenze [95]) devono solo aver luogo per colui, che è divenuto infame per manifesto esercizio dell'usura. Essi non ponno quindi venir considerati come effetti comuni dell'infamia [96]), e del resto oggidì non vengono applicati nemmeno pei colpevoli d'illecita usura [97]). Riguardo poi

b) agli effetti dell'*infamia facti,* questa è certo d'impedimento all'acquisto di cariche e dignità pubbliche, ma una deposizione ha soltanto allora luogo, quando colui, che s'è attirato così cattivo nome colla sua riprovevole condotta, o per il pubblico scandalo dato o pel totale obblio de' suoi doveri d'ufficio e per l'inefficacia delle avvenute esortazioni si sia fatto assolutamente incapace a continuare in esso ufficio [98]). Tale infamia indebolisce inoltre la credibilità di un testimonio, quantunque non generi un'assoluta incapacità a fare testimonianza. Il testimonio di un tal uomo è considerato come sospetto [99]) [a]).

---

95) Cap. 3 X *De usur.;* cap. 2 *de usur.* in-6.to.

96) KLEINSCHROD, l. c. § 90 not. *i.*

97) QUISTORP, *Elementi del diritto penale tedesco* (ted.°) parte I § 449 p. 677. — Lud. Got. MADIHN, *Princip. iur. rom. de successionibus* § 104. In Sassonia trova luogo ancora la pena del diritto canonico per l'illecita usura, cfr. WIESAND, *Opuscula* pag. 120.

98) SCHAUMBURG, *Compend. iuris Digestor.* h. t. § 9. — BOEHMER, *Introductio in ius Digest.* h. t. § 9. — LUDOVICI, *Us. pract. Distinction. iuridicar.* h. t. Dist. I pag. 96. Altri affermano tuttavia che tanto l'*infamia facti,* come l'*infamia iuris* tragga dietro a sè la perdita delle cariche e degli onori. Cfr. LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pandectar.* h. t. § 30. — VOET, h. t. § 4. — CARPZOV, *Respons.* lib. II Resp. 100. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. I § 328.

99) Fr. 3 pr. *De testibus* [22 5]. — CARPZOV, parte I Const. 16 Definit. 71 num. 7. — E. BOEHMER, l. c. — LAUTERBACH, h. t. § 30. — BERGER, *Oecon. iur.* lib. IV tit. XXIV Th. 3 not. 2. — HOFACKER, l. c.

---

perdita assoluta del *commercium;* DANZ, *Storia del diritto romano* 2.ª ediz. II 107. — PERNICE, l. c.); e tale fu il significato ordinario dato a tale voce nel diritto classico [GAI., D 28 1 26 e ULP., fr. 18 § 1 *eod.* — [PSEUDO-TEOFILO, *Parafr.* 2 10 6]: vedi anche il VOIGT. *Le Dodici tavole* I 267-268 n. Immediata conseguenza di ciò fu la negata capacità di fare testamento. Tale « intestabilità » oltre che dalle citate leggi decemvirali fu comminata dalla *lex Cornelia iniuriarum* [SC. Augusti de famosis libellis] e della *lex Iulia de adult.* [SC. Tiberii ad l. Iul.].

a) In contrario WENING-INGENHEIM, *Lezioni di diritto civile* (ted.°) § 96.

§ 384.

L'infamia dà luogo alla querela d'inofficiosità.

In ciò hanno però ambo le specie di infamia pari efficacia, che gl'infami, sieno colpiti dalla infamia *iuris* o dalla infamia *facti*, appartengono alla categoria delle *persone turpi,* contro le quali compete a' fratelli e alle sorelle del defunto la *querella inofficiosi testamenti* od *inofficiosae donationis,* qualora tali persone sieno state preferite nel testamento o per altra via sieno stati loro donati i beni del defunto [100]). Non deve però avere avuto luogo una *restitutio famae* durante la vita del defunto [1]), nè essere stato già il fratello stesso trapassato macchiato d'infamia [2]). Chè nell'uno e nell'altro caso non si può esperire la querela di testamento inofficioso.

§ 385.

Sulla levis notae macula *e sulla* macchia della fama *secondo il diritto romano ed il tedesco.*

Già sopra (§ 374) si è osservato come oltre la vera e propria infamia, della quale s'è finora discorso, vi sia un altro stato riconosciuto come spregevole dal diritto e chiamato *levis notae macula* o macchia della fama [3]). La *levis notae macula* che si trova nella

---

100) C. 27 *De inoff. testam.* [3 28]; c. ult. *De inoff. donat.* [3 29]. — LAUTERBACH, h. t. § 22 e 29. — HOFACKER, t. I § 325 e 328. — G. Lud. BOEHMER, *Dissertatio de querela inofficiosae donationis fratrum.* — Crist. RAU, *Dissertatio de querela inofficiosae donationis,* Lipsia 1775 § 5. — KLEINSCHROD, l. c. § 90 p. 157.

1) BOEHMER, diss. cit. § 10.

2) BERGER, *Oecon. iuris* lib. II tit. IV § 17 nota 8. — COCCEIO, *Ius civ. controvers.* lib. V tit. 2 Qu. 12 ed HOFACKER, *Princip. iur. civ.* t. II § 1693 not. 1.

3) Gio. Andr. FROMANN, *Dissertatio de levis notae macula,* Tubinga 1672. — BERGER, nella sua dissertazione sullo stesso argomento. Secondo il diritto romano, questa materia è stata elaborata meglio di tutti dallo EINECCIO,

c. 27 *De inoff. testam.* [3 28] [4]) distinta dalla *infamia* e dalla *turpitudo* è pur senza dubbio un tribonianismo, come appare dal confronto delle c. 1 e 3 del *Codice teodosiano* [a]), ond'essa è scaturita. Ma questa non è una ragione per affermare che la cosa sia una mera invenzione de' giuristi, che non ha fondamento alcuno nelle Fonti. Giacchè l'imperatore COSTANTINO il Grande distingue nella citata cost. 3 del titolo *de inofficioso testamento* nel codice teodosiano la *turpitudo* espressamente dalla *levis nota* [5]) e lo EINECCIO [6]) non ha poi tutti i torti, quando afferma che COSTANTINO ha avuto principalmente riguardo alla *lex Papia Poppaea* o che per le persone, le quali non possono *propter levem notam* ritenere l'eredità, da cui il testatore abbia esclusi fratelli o sorelle, abbia specialmente inteso quelle, colle quali la legge *Papia* aveva interdetto il matrimonio tanto ai

---

nella dissertazione citata dal nostro autore. Secondo il diritto tedesco invece, essa è stata trattata egregiamente da Giov. Feder. PLITT, la cui dissertazione « *de levis notae macula secundum ius germanicum* » non è apparsa a *Rinteln* nel 1785, ma bensì a *Marburgo* nel 1784.

4) Le parole di questa costituzione, che si riferiscono a questo argomento, suonano così: « *consanguinei autem-contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso querellam movere possunt,* si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur ».

5) « *Unde claret* — dice COSTANTINO nello stesso luogo — *actionem inofficiosi fratribus relaxatam, quum* infamiae *adspergitur vitiis is, qui heres extitit omniaque fratribus tradi; quae* per turpitudinem *aut* aliquam levem notam *capere non potest institutus* ».

6) *Dissertatio de levis notae macula* § 16 e § 20 seg. — G. E. BOEHMER aveva invero elevato diverse obbiezioni contro l'opinione di EINECCIO nella *Dissertatio de querela inofficiosi fratrum consanguineorum,* Halle 1721 rist. 1738 § 16; ma EINECCIO ha risposto in modo perentorio alle obbiezioni boehmeriane nella Prefazione premessa alla *Opusculorum variorum Sylloge,* Halle 1735 pag. 14 seg.

---

a) Come osserva benissimo il MACKELDEY, *Manuel du droit romain* [trad. BEVING), p. 88, la frase *lex notae macula* è stata arbitrariamente creata dagli interpreti; nella c. 27 cit. *macula* si riferisce tanto a *levis nota*, quanto ad *infamia* e *turpitudo*. Alla *levis nota* della c. 3 C. Th. h. t. (2 19) si contrappone nella c. 1 ibid. la *nota detestabilis turpitudinis*. Nel testo de' Basilici 39 1 52 si parla di « καὶ οἱανδήποτε κουφοτάτην ἀτιμίαν »; il commento taleleano [Sch. *i* FABR V 266: sch. Κἂν Hb. IV 37] interpetra nel senso più lato queste parole. La versione taleleana è conservata invece negli scolii alla Sinopsi maggiore.

senatori quanto ai loro figli [7]). Da queste bisognava distinguere quelle, *quae per turpitudinem capere non poterant hereditatem,* colle quali neppure un plebeo ingenuo avrebbe potuto convivere in matrimonio legale [8]). Oggidì però la *levis notae macula* va giudicata principalmente secondo le leggi germaniche. Essa può scaturire da una triplice fonte:

1. dal *disonore della nascita* o della *discendenza.* In conseguenza

a) erano affetti da tale macchia in diritto romano i *figli di quei genitori,* che furono colpiti d'*infamia,* per esempio, i figli degli istrioni e de' pantomimi [9]). Con costoro nè un senatore, nè alcun altro che discendesse da sangue senatorio poteva conchiudere matrimonio [10]). Nè si poteva preferirli in un testamento a'propri fratelli e sorelle [11]). Parimenti così macchiati in conseguenza della loro origine, almeno fino a' tempi di GIUSTINIANO

b) i *liberti.* Per costoro la *macula pristinae servitutis* (come dice MODESTINO) [12]) poteva essere astersa colla *restitutio natalium.* Qui pure appartenevano

c) secondo gli antichi diritti germanici anche i *figli* de'cosidetti *scorticatori* e « Wasenmeister » [13]). Questa macchia rimase però abolita dall'ultimo *Congedo degli Stati* del 1772 concernente l'abrogazione degli abusi delle arti manuali, art. 5, in cui fu ordinato che tali figli, qualora nè abbiano esercitato essi stessi il mestiere riprovevole de' loro padri, nè abbiano intenzione di esercitarlo, non debbano venire esclusi dalle corporazioni d'arti e dalle altre società e unioni onorate; ma che senza bisogno d'una speciale legittimazione *ad hoc,* possano come tutti i figli delle persone onorate essere assunti

---

7) Esse vengono enumerate nel fr. 44 *De ritu nuptiarum* [23 2].

8) Si vegga in proposito il fr. 43 *eod.* ed in generale SELCHOW, *Selecta capita doctrinae de infamia* § 5.

9) Fr. 44 pr. *De ritu nuptiar.* [23 2]. — EINECCIO, diss. cit. § 24.

10) ULPIANO, Framm. tit. 13 § 1 e 2. — EINECCIO, *Comment. ad lex Iul. et Pap. Poppaeam* lib. II cap. 1 § 2 seg.

11) C. 27 *De inoff. test.* [3 28].

12) Fr. 5 *De natal. restit.* [40 11]. — EINECCIO, diss. cit. § 25.

13) *Ordinanza imperiale* del 1731 concernente i rimedii contro gli abusi degli artefici, art. 4. — nella *Nuova raccolta de' Congedi degli Stati imperiali,* parte IV p. 379.

senza difficoltà fra' discenti o riguardati come capaci di esercitare l'arte e d'assumere la maestranza [14]). Finalmente appartengono a questa prima categoria

d) coloro che provengono da *illecita unione*. È per vero disputato fra' giureconsulti se gli *spurii* fossero nel diritto romano affetti da una macchia. Alcuni riputati giuristi [15]) lo vogliono affermare; ma tale opinione fu con validi argomenti confutata dal PÜTTMANN [16]) [17]) *a*). Pel diritto germanico non vi ha però dubbio che i nati fuori di matrimonio siano aspersi di una macchia disonorante, come io ho già altrove [18]) mostrato. Nè si può sostenere che tale condizione de'figli illegittimi sia stata abrogata colle ordinanze imperiali del 1731 e 1772, essa anzi è confermata nella prima [19]) in modo tutt'altro che oscuro mediante la disposizione che non si debba fare alcuna distinzione riguardo all'ammissione alle arti tra' figli legittimi e gli illegittimi, ma legittimati [20]). Per tale ragione i nati fuori di matrimonio non vengono fino al giorno d'oggi accolti nelle gilde ed arti senza previa legittimazione. Anzi anche dopo la legittimazione

---

14) SCHEIDEMANTEL, *Repertorio di diritto pubblico e feudale* parte II p. 409. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* t. I § 331. — DANZ, *Manuale* vol. 3 § 309 p. 93.

15) Giac. GOTOFREDO, *Commentar. ad L. 3 Cod. Theod. de inoffic. testam.* tom. I pag. 203 seg.—Ant. SCHULTING, *Enarrat. part. I Digest.* h. t. § 14. — Gio. WESTENBERG, *Dissertatio II de portione legitima* cap. 4 § 5. — Eg. GRAFLAND, *Diss. ad L. 27 Cod. de inoff. test.*, Leida 1751 cap. II § 6.

16) *Dissertatio de querela inofficiosi testamenti fratribus atque sororibus contra spurios haud competente*, Lipsia 1772. Si confronti anche VOET, *Comment. ad tit. de inoff. test.* § 10 e G. Stef. WIESAND, *Opuscula* pag. 266 seg.

17) Fr. 3 § 2; fr. 6 *De decur.* [50 2] Can. 4 e 5 Dist. LVI. Riguardo all'ammissione delle cariche onorifiche gli *spurii* venivano posposti, qualora si presentasse alcun altro di pari capacità ma di nascita legittima fr. 3 § 2 *cod.*

18) Parte 2.ª § 116 p. 86 [del testo].

19) *Decisione imperiale* del 1731 § 11.

20) GERSTLACHER, *Manuale delle leggi imperiali germaniche* parte X p. 2030 e 2067. — Vedi SELCHOW, *Dissertatio selecta capita doctrin. de infamia cont.* § 13. — PLITT, diss. cit. § 20 e 21. — DANZ, *Manuale* parte 3.ª § 308.

---

a) Tale opinione è però quella oggidì (ed io penso a buon diritto) universalmente diffusa.

vengono esclusi da molti posti onorifici, per esempio, dall'assessorato nel giudizio camerale dell'impero e dal grado di consigliere aulico imperiale [21]). La stessa esclusione ha luogo in molti paesi anche dagli ufficii giudiziarii e perfino dal diritto della cittadinanza in alcune città [22]). Anche il diritto canonico dichiara irregolari i nati fuori del matrimonio e li esclude dagli ordini ecclesiastici [23]). Finalmente i nati fuori di matrimonio in forza delle leggi feudali lombarde e germaniche, sono incapaci alla successione ne' feudi, ancorchè siano stati legittimati [24]). All'incontrario il testimonio di tali persone non può essere nè ripudiato, nè ritenuto sospetto [25]); nè i fratelli del defunto hanno la *querella inofficiosi testamenti,* quando uno *spurius* sia stato istituito erede [26]). Del resto questa macchia che incombe a' nati fuori di matrimonio non s'estende in nessun modo ai loro legittimi discendenti [27]); tanto più che oggigiorno in generale i figli stessi di que'parenti, che sono stati realmente colpiti d'infamia, non vengono più ritenuti persone disonorate [28]).

2. Un'altra fonte di questa condizione è la *professione indecorosa.* Per tal motivo il *carnifex* era appo i Romani affetto da una *levis nota* [29]). Lo si adoperava specialmente per la tortura e le esecuzioni

---

21) *Ordinamento della camera imperiale* parte I tit. 3 § 2. *Ordinamento del consiglio aulico imperiale* tit. 1 § 1. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* t. I § 331.

22) Vedi SELCHOW, diss. cit. § 13. — PLITT, diss. cit. § 20 in fin.

23) Cap. 13 *X qui filii sint legitimi* cap. 14 et 18 *X de filiis presbyt.*

24) Si confronti ciò che a questo proposito fu già detto nella 2.ª parte § 146 not. 1.

25) HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.* vol. 1 obs. 211 1, v. *Levis notae macula* pag. 157. — WIESAND, *De condicione spuriorum recte aestimanda* negli *Opuscula* pag. 270. — EMMINGHAUS, *ad Cocceii ius civ. controv.* h. t. Qu. X not. *o* pag. 297.

26) Gottl. STURM, *Dissertatio de spurio herede instituto querelam inofficiosi testamenti fratri excluso non procreante,* Wittemb. 1733. — HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.* vol. V obs 615. — WIESAND, l. c. pag. 269 e specialmente PÜTTMANN, nella dissertazione sopra citata. D'altra opinione è tuttavia COCCEIO, nella *Ius civ. controv.* tit. *De inoff. test.* Qu. XII n. 1.

27) HOFACKER, *Princip. iur. civ.* t. I § 331. — CARPZOV, lib. II Decis. 111.

28) Fr. 26 *De poenis* [48 19]; c. 22 *eod.* [9 47]. — STRYCK, *Us. mod. Pandect.* h. t. § 6. — LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract. Pandect.* h. t. § 32. — WIESAND, l. c. p. 273.

29) CICERO, *Pro Rabirio* cap. 5.

sulla persona degli schiavi [30]). Giacchè riguardo alle libere persone, le sentenze capitali venivano fatte eseguire mediante littori o soldati [31]). Il carnefice non poteva essere cittadino e veniva escluso da comizii e dalle altre pubbliche società e riunioni dei cittadini romani; doveva abitare fuori di città e distinguersi da tutte le altre persone onorate col portare un piccolo campanello [32]). Ma oggidì si distingue fra il *giudice esecutore* e il *manigoldo, carnefice* [33]). Quest'ultimo non solo eseguisce di propria mano le pene corporali e capitali infamanti; ma è destinato a compiere altre basse azioni, di cui si vergogna anche l'uomo d'infima condizione: scorticare e seppellire gli animali morti, ammazzare i cani arrabbiati, ecc. Questi soltanto contrae la nota disonorante in forza della decisione imperiale del 1731 § 4, e viene escluso dalle arti e dalle altre corporazioni onorate. Invece il *giudice esecutore* non si può parificare assolutamente al manigoldo. Infatti esso, come tale, non prende parte diretta in quelle azioni inonorate, ma il suo proprio ufficio consiste regolarmente in questo, ch'egli compie la pena della decapitazione; riguardo invece alla tortura, all'impiccagione ed alle altre pene infamanti corporali e capitali non ha altro che la sorveglianza ed in generale non pone mai direttamente le mani addosso ai colpevoli. L'ufficio del giudice esecutore non è quindi, come tale, colpito da macchia veruna; anzi nella citata decisione imperiale del 1731 è dichiarato esente da ogni nota ignominiosa, essendosi in essa fatta espressa menzione del solo manigoldo [34]). Secondo l'uso forense pertanto non si vieta ad un giudice esecutore di abitare nella città, di acquistare una propria casa, ed anco di ottenere il diritto di cittadinanza [35]).

---

30) Sigonio, *De iure civili rom.* lib. I cap. 15.

31) Pietro Fabro, *Semestrio* lib. II cap. 9.

32) Eineccio, *Dissertatio de levis notae macula* § 33 e Boehmer, *Dissertatio de executionibus poenarum capitalium honestate* § 16 seg.

33) Danz, *Manuale* vol. 3 § 309.

34) Abr. Kaestner, *Dissertatio de carnifice fam non laborante* Lipsia 1745. — Vedi Selchow, *Selecta capita doctrinae de infamia* § 11 e specialmente Plitt, diss. cit. § 10-20.

35) Von Quistorp, *Contributo alla dichiarazione di varie materie giuridiche* Fasc. IV num. V p. 90 o N. L. della nuova edizione [Rostock e Lipsia 1787]. — Wernher, *Observat. for.* t. III parte II Obs. 429 e Hommel, *Rhapsod. quaest. for.* vol. 1 Obs. 151.

Diverso sarebbe il caso, se il giudice esecutore fosse nel contempo manigoldo e ne esercitasse personalmente l'ufficio [36]). Chè non sarebbe certo da mettersi in dubbio l'applicabilità della citata decisione imperiale, che dichiara disonorato il carnefice, a quel giudice esecutore che nel tempo stesso coprisse l'ufficio di manigoldo. Soltanto con tale modificazione può giustificarsi quindi l'opinione del compianto consigliere aulico MEISTER [37]), che vorrebbe ritenere disonorante anche il giudice esecutore.

A questa seconda classe di persone inonorate vanno annoverate pur quelle, che in forza della loro carriera spregevole non hanno un domicilio stabile, come zingari ambulanti, conduttori di orsi, mercatori, danzatori di corda, marionettisti e così via [38]), benchè alcuni recenti giureconsulti vogliano ritenere tutta codesta gente esente da ogni macchia [39]). Tanto è ad ogni modo fuori di dubbio che essi non appartengono certo *ad honestae et inculpatae vitae homines*, e poichè questo è il punto precipuo da esaminarsi, trattandosi dell'attendibilità di un testimonio [40]), non si può certo accordare alla testimonianza di simil gente piena credibilità [41]). E non mi pare nemmeno contrario all'equità il concedere in tal caso la querela di testamento inofficioso, quando taluno abbia preferito tali persone a'proprii fratelli o alle proprie sorelle, poichè l'offesa per costoro preteriti è sempre uguale a quella, che s'avrebbe qualora il testatore avesse loro preferito il carnefice, nel qual caso si suole pure ammettere la querela d'inofficioso testamento [42]). È controverso fra' giureconsulti

---

36) QUISTORP, *Elementi di diritto penale* parte 2.ª § 553.

37) *Introduzione completa alla giurisprudenza penale in Germania*, parte I Sez. I cap. 6 § 11.

38) *Ordinanza di polizia dell'impero* dell'anno 1577, tit. 28-31. Nella *Decisione imperiale* del 1731 § 4 non è stato cambiato niente in proposito, chè in essa si parla di quelle professioni e mestieri, che vengono esercitati dagli abitanti del paese; fra questi non si considerano come disonorati altri fuori de' manigoldi. Cfr. RUNDE, *Elementi di diritto privato tedesco* § 310.

39) PLITT, diss. cit. § 22. — DANZ, *Manuale* vol. 3 § 310.

40) Fr. 3 pr. *De testibus* [22 5].

41) Tr. TOMASIO, *Dissertatio de probatione per testes levis notae macula laborantes* Lipsia 1726. — RUNDE, l. c. § 311.

42) COCCEIO, *Ius civ. controv.* lib. V tit. 2 Qu. 12. — LAUTERBACH,

se il dispregio, in cui suol essere tenuta la condizione del carnefice, diminuisca la credibilità della sua testimonianza. LEYSER [43]) non vorrebbe ammetterlo come testimone pienamente sicuro. Altri invece contraddicono a questa opinione pel motivo che secondo le leggi non una professione *come tale*, ma il malo modo di esercitarla rende sospetto [44]). Tanto è ad ogni modo indubitato che il testimonio de' manigoldi in quelle cose, che concernono il loro ufficio, merita piena fede [45]); se, per esempio, si tratta dell'esame di un animale malato o morto.

Finalmente gli effetti di tale macchia all'onore possono nascere in terzo luogo da un'*udienza articolata* o da una *speciale inquisizione* intrapresa; poichè questa ha notoriamente l'efficacia che l'inquisito durante l'istruzione è sospeso da' pubblici ufficii e da'convegni delle corporazioni e dalle altre onorate società e nemmeno viene ammesso ad altri posti onorifici, finchè non sia fatta palese la sua innocenza o l'inquisizione siasi terminata con una assoluzione [46]). Prima che questo avvenga, il testimonio di un tale inquisito non fa prova sufficiente [47]) ed il signore può rifiutare l'investitura del feudo [48]).

Del resto non si può mai trascurare come questa *lieve nota* non è una vera *infamia*. Essa non apporta pertanto, al pari di questa, la perdita dell'intera somma di que' diritti, che dipendono dall'onore civile; ma le vanno attribuite solamente quelle conseguenze, che le leggi hanno espressamente determinate [49]).

Colleg. Pandect. h. t. § 34. — DANZ, *Manuale* vol. 3 § 311 nr. 3 p. 99. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* t. I § 330.

43) *Meditat ad Pand.* vol. 1 Specim. LII meditat. 8.

44) MULLER, *Observat. pract. ad* LEYSERUM, tom. I Fasc. II Obs. 175. — PLITT, diss. cit. § 28. — DANZ, l. c. nr. 4. Si vegga anche EMMINGHAUS *ad* COCCEII, *Ius civ. controv.* h. t. Qu. X not. *o* in fin. e G. E. BOEHMER, *Introduct. ad ius Digest.* h. t. § 11.

45) FROMMANN, *Dissertatio de levis notae macula* § 55.

46) C. un. *De reis postul.* [10 60]. — VON QUISTORP, *Elementi di diritto penale tedesco* [ted.°] parte 2.ª § 674.

47) Cap. 56 *X De testib.* cap. 10 *X De purgat. canon.* — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. VIII Specim. DLX medit. 18 pag. 462.

48) *Diritto feudale sassone* cap. 4. *Diritto feudale svevo* cap. 1 § 4. *Vet. auct. de beneficiis* cap. 1 § 4.

49) PLITT, § 24. — DAPP, § 311.

TITOLO III.

De procuratoribus et defensoribus.

---

§ 386 e 387.

Definizione e distinzioni diverse de' procuratori.
Se abbia luogo un mandato tacito anco nelle cose forensi.

Procurator [a]) « rappresentante, incaricato » è in generale colui, il quale amministra affari altrui per incarico avutone dal proprie-

---

a) Cfr. oltre i trattati sulla procedura romana, specialmente l'opera di WLASSAK, « *Sulla storia della* negotiorum gestio » [ted.°] e quella di EISELE, *Cognitura e procura* [ted.°], 1881. — Qui il nostro Autore non parla punto del *cognitore,* che certo non esiste più nel diritto giustinianeo; ma che ebbe grande importanza nel diritto giustinianeo. Ora possediamo notizie abbastanza precise su questo antico istituto della *cognitura* pe' frammenti vaticani e le Istituzioni gaiane. Noi qui non esporremo i suoi caratteri, potendo ognuno agevolmente prenderne cognizione. Solo accenneremo alla tesi audace del WLASSAK, che vorrebbe più antico l'istituto del « procuratore » che non quello del « cognitore » [ma a torto: ch'egli dovesse essere costituito *per certa verba* e senza condizione prova che la sua costituzione apparteneva appunto agli antichi *actus legitimi*]. Egli si vale de' fr. vat. 319 (*etiam graecis verbis cognitorem dari posse inter omnes constat* — le quali parole però come EISELE, op. cit. p. 14 opportunamente avvisa valgono più *contro* che non *a favore* della sua tesi) — come pure dell'inverosimiglianza di una rappresentanza diretta già nelle antiche *legis actiones* (ma tale la cognitura non era; cfr. EISELE, p 78 seg.) o che ad un istituto più perfetto succedesse più tardi uno meno perfetto (anche tale argomento dipende dal volere giudicare assolutamente di ciò che invece lo dev'essere in modo relativo). Finalmente tutori e curatori erano trattati processualmente in modo analogo a' procuratori e ciò mostrerebbe pel WLASSAK, la più alta antichità della procura. Ma qui pure va tenuto conto della posizione speciale di queste persone rispetto alla parte da loro rappresentata. Ma non fu più felice lo EISELE nel voler sostenere che se la cognitura è un antico istituto di diritto civile o data già dal tempo della *legis actiones*, in quest'antico periodo dovesse ben altrimenti essere conformata che non in quello del processo formulare. Gli argomenti acutamente da lui radunati a tal fine non provano certamente la tesi assunta. GAI, 4 82 va inteso in modo restrittivo, accogliendo la giusta integrazione di KRUEGER e STUDEMUND, cfr. auct. ad *Herenn.*, 2 13 20, la cui autorità non è certo diminuita dalle Istituzioni imperiali [4 10 pr.]. L'argomento poi tratto dal passo di CICERONE, nell'orazione *pro Roscio com.* 13 35. « *Nam iste cum eo litem contestatam habebat* » riposa *tout simplement* sopra una cattiva traduzione, che

tario [50]). Si deve distinguerlo tanto dal *defensor*, quanto dal *negotiorum gestor*. Entrambi costoro amministrano affari altrui; ma senza mandato: quello affari giudiziali, questo stragiudiziali. De'*negotiorum gestores* ci tratteremo più a lungo più sotto al titolo V. Riguardo ai *defensores*, mi limito ad osservare come, secondo il genuino significato di questa parola, vengan così chiamati solamente coloro, che rappresentano in giudizio il convenuto senza avere ottenuto da esso un mandato a tal fine [51]). Costoro vengono ammessi, ancorchè senza procura, *quia publice utile est* — come ULPIANO [52]) dice — *absentes a quibuscumque defendi*. Naturalmente essi debbono prestare cauzione per l'adempimento della sentenza passata in giudicato se questa avesse a riuscire contraria al loro principale: *nemo enim alienae litis idoneus defensor sine satisdatione intellegitur* [53]). Da quest'obbligo poi di dare cauzione non esonera nè la ricchezza, nè la posizione onorata [54]). Una speciale cauzione per l'approvazione dell'operato da parte del principale non è necessaria, tranne che l'azione istituita sia un'*actio in rem* [55]). Posto infatti che il difensore abbia restituito

---

50) Fr. I pr. h. t. [3 3] *Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat.* I frammenti di questo titolo delle Pandette, come pure del titolo *De procuratoribus* nel Codice lib. 2 titolo 13 sono stati commentati assai bene da Ub. GIFANIO nelle sue *Lectiones Altorfin.* [Francof. 1605 4] pag. 1 seg. Inoltre vanno consultati: Crist. Gotofr. HOFFMANN, *Dissertatio de origine et condicione procuratorum iure rom. et canonico nec non eorum progressu in forum germanicum* Halle 1716. — Fed. Ulr. PESTEL, *Dissertatio illustrans varias controversias circa materiam de procuratoribus* Rintalen 1743. — Rud. Crist. HENNE, *Dissertatio sist. selecta quaedam de procuratoribus capita* Erfurt. 1763. — Lud. Ferd. DAPP, *Saggio sulla dottrina della legittimazione processuale* [ted.°] Francoforte sul Meno 1789 8.

51) Fr. 51 § 1 h. t. fr. 76 eod. c. un. in fin. *De satisdando* [2 56]. — GIFANIO, ad h. t. pag. 9 e WESTENBERG, *in Digest.* h. t. § 42.

52) Fr. 33 § 2 h. t.

53) Fr. 46 § 1 h. t.

54) Fr. 51 § 2, fr. 52, fr. 53 h. t.

55) Fr. 40 § 2 h. t. — COCCEIO, *Ius civ. controv.* h. t. Qu. 17.

---

snatura il senso ovvio di questa frase: FESTO, voce *Reus*, D. 12 2 9 3 ecc. — Le idee dell'EISELE, sono state confutate da parecchi romanisti, da niuno però — ch'io mi sappia — meglio che dal LENEL nella *Rivista della Fondazione Savigny* [ted.°] IV p. 149-154.

anche la cosa all'attore in conformità al giudicato, potrebbe pur sempre il principale, che non è legato dalla sentenza passata in giudicato, rivendicare di nuovo la cosa ed il precedente attore non avrebbe alcun regresso senza una *cautio rati* [a]). Invece nelle azioni personali non si richiede questa cauzione della ratificazione del convenuto assente [56]). Chè qui l'attore s'attiene senz'altro alla propria cauzione e può convenire il difensore od i suoi fideiussori. Qui infatti non si ripete più il pagato [57]).

I procuratori sono di diversa qualità:

1. Rispetto al *proprietario,* di cui amministrano gli affari, essi sono *syndici* o *procuratori* in senso stretto, secondo che sono stati costituiti da una società di persone o da persone singole. Dei primi parla il titolo IV; qui discorriamo degli ultimi.

2. Rispetto agli *affari,* che essi amministrano, sono essi o *giudiziarii* od *estragiudiziarii,* secondo che sono stati costituiti ad amministrare affari giudiziarii od estragiudiziarii. I primi si dicono amministratori o *procuratori* in senso stretto. Di essi si fa specialmente parola in questo titolo; degli *stragiudiziali* invece nel titolo *mandati.* Della differenza fra procuratori giudiziarii e stragiudiziarii tratterò io al § 390.

3. Se si tien conto della persona, a cui vantaggio il procuratore

---

56) V'hanno però eccezioni. Si vegga il fr. 39 § ult. h. t., ed il fr. 6 *ratam rem dom. habit.* [46 8] che fu ben spiegato da GAIO. — FINESTRES nello « Hermogenianus » p. 310 seg.

57) Fr. 45 § ult. h. t. — GIFANIO, loc. cit. pag. 44. — NOODT, *Comment. ad Digesta* h. t. pag. 89 seg. a verb.: « *vult igitur praetor cet.* ». — SCHULTING *ad* πρῶτα *Dig.* h. t. § 17 e LAUTERBACH, *Coll. Pand.* h. t. § 71.

---

a) È anche notevole come, nel caso che fosse assente il possessore d'un fondo rivendicato e il difensore richiedesse l'intervento del venditore, questi avesse parimenti diritto a chiedere la cauzione *ratam rem:* GIULIANO, fr. 75 h. t.: « *quia, si fundum agenti restituerit, nihil prohibet dominum* (così è chiamato il compratore del fondo in contrapposto al proprio *defensor*) *rem petere et cogi venditorem rursus defendere.* — Su' vari modi d'interpetrazione di questo passo difficile, che rimontano non pure a' glossatori, ma a' Greci medesimi, si confrontino i *Basilici* 8 2 71 cogli scolii [ed. Heimb. 1 p. 398]. Vedi anche lo ZACHARIAE VON LINGENTHAL, « Le dissensioni de' giureconsulti coevi a Giustiniano » nella « Rivista della fondazione Savigny per la storia del diritto; Parte romanistica » vol. VI p. 3 seg.

amministra i negozii affidatigli, esso può essere o *procurator in rem suam* o *procurator in rem alienam*, secondo che tratta l'affare affidatogli in proprio vantaggio o per l'utile del proprietario, che glielo ha affidato. Di ciò più a lungo al § 396.

4. Secondo la misura del loro potere i procuratori sono generali o speciali, secondo che la loro facoltà s'estende a tutti gli affari e a tutte le relazioni giuridiche de' loro padroni, o soltanto ad un singolo negozio [58]). Finalmente:

5. Secondo al fondamento della loro costituzione, essi sono *veri* o *presunti* procuratori, secondo che agiscono in forza d'un mandato effettivamente ricevuto od in forza di uno semplicemente presunto. I veri rappresentanti vengono quindi costituiti con una procura, per cui s'intende quel contratto consensuale, in forza del quale alcuno si obbliga a trattare un affare altrui non illecito, in nome e secondo le istruzioni date dal principale. Dal momento che questo contratto può, come qualsiasi altra convenzione, conchiudersi tanto *espressamente*, quanto *tacitamente* [59]), sorge la questione se *possa avere luogo anche negli affari forensi una conchiusione tacita del contratto di procura?* Bisogna a proposito distinguere due quesiti:

a) Può venire *impartito* tacitamente un mandato in affari giudiziarii *dalla parte in causa?* Varii giuristi pratici [60]) lo negano assolutamente, perchè secondo l'uso ordinario del foro un procuratore *ad litem* deve conseguare agli atti una procura in iscritto. Altri

---

[58]) Fr. 1 § 1 h. t., fr. 12 *De poetis* [2 14], fr. 17 § ult. *De iureiur.* [12 2], fr. 12 *De solut.* [46 3], fr. 3 § 2 *iudic. solvi* [46 7]. — Ger. NOODT, *De pactis et transactionib.* cap. 27.

[59]) Fr. 6 § 2, fr. 18 *Mandati* [17 1], fr. 60 *De regulis iuris* [50 17], c. 6 *Mandati* [4 35]. In questi passi si parla a dir vero del caso, in cui lo scientemente lascio che taluno presti cauzione per me; il mio silenzio deve qui interpretarsi come s'io avessi impartito altrui l'incarico d'assumere la fideiussione. Ma con ragione s'applica questa massima anche ad altri negozii, che taluno intraprende colla scienza e senza l'opposizione del principale. — Cfr. Gio. Ortov. WESTENBERG, *Princip. iuris sec. ord. Digest.* h. t. § 11. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. rom. germ.* t. III § 2011. — HOEPFNER, *Commentario sulle Istituzioni* [ted.°] § 920.

[60]) Gio. BRUNNEMANN, *Comment. ad L. 8 D. h. t. nr. 5.* — STRYCK, *Us. mod. Pandectar.* h. t. § 28. — Mich. Gotofr. WERNHER, *Lectiss. Commentat. ad Pandect.* lib. XVII tit. 1 § 2 ecc.

invece [61]) hanno ripudiato a ragione questa massima ed affermato al contrario con fondamento maggiore non essere assolutamente necessario che il mandato, il quale per essere perfetto non esige che il reciproco consenso venga steso in iscritto; ma farsi ciò solo a scopo di prova in mancanza d'altri mezzi. Poichè quantunque, secondo la procedura speciale di alcuni paesi, sia espressamente ordinato che un procuratore giudiziario debba legittimarsi mediante una procura *ad litem* per iscritto, ciò appartiene manifestamente più alla forma che non alla sostanza della procura e può quindi certamente esserne imposta dal giudice l'osservanza tanto alla parte, quanto al rappresentante; ma non sorgerebbe senz'altro dall'ommissione di tale formalità la nullità di tutto quello che è stato trattato in tribunale dal procuratore in forza del mandato tacito, quando sia stato pienamente approvato dal principale [62]). Ora un mandato *tacito* ha luogo:

I. quando una parte è personalmente presente in giudizio e permette che taluno in qualità di suo procuratore agisca ivi per lei senza fare opposizione [63]). Non bisogna però mai estendere un tale mandato tacito a tutta quanta la lite, ma si deve, secondo la natura sua, restringere a quegli atti, a cui realmente è stata presente la parte [64]). In seguito pertanto non può un tale procuratore fare altra cosa, che non sia una immediata ed inscindibile conseguenza di ciò, a cui lo ha già autorizzato il silenzio del principale [65]);

II. quando una parte consegna ad alcuno documenti pertinenti alla sua causa nell'intenzione (da provarsi certamente a richiesta di caso in caso) che la tratti in giudizio [66]).

---

61) LEYSER, *Meditat. ad Pand.* Spec. LIII med. II. — SCHAUMBURG, *Princip. prax. iudic.* cap. gen. II § 22 not. *). — DAPP, *Sulla legittimazione ad litem* [ted.°] § 236-239. — DANZ, *Elementi di procedura civile ordinaria comune* § 130 e specialmente Gio. Ern. Bern. EMMINGHAUS, *Progr. de mandatu tacito eiusque praesertim tacita susceptione* [Erlangen 1796 4] § 4.

62) MANTICE, *De tacitis et ambig. conventionibus* lib. VII tit. 3 nr. 25.

63) § 1 *De iis per quos agere possum* [4 10], fr. 6 § 2 *Mandati* [17 1], c. 6 *cod.* [4 35]. — VOET, *Comm. ad Pandect.* h. t. § 9. — LEYSER, loc. cit. Medit. 11. — DAPP, l. c. § 236.

64) Cap. 12 X h. t.

65) LEYSER, loc. cit. Medit. 12 vol. I pag. 585 e DANZ, l. c. § 130.

66) Arg. c. 11 *De pact. convent.* [5 14]. — DANZ, l. c.

b) L'altra questione è se anco *da parte del rappresentante* possa aver luogo la *tacita assunzione di una procura.* È certamente fuori d'ogni dubbio che colui, il quale non s'è punto dichiarato rispetto ad un mandato impartitogli per iscritto od a voce, non ha certo col suo silenzio confermato tale mandato. Poichè il silenzio deve qui tanto più ritenersi come indifferente, quanto meno la cosa in generale concerne il nostro proprio interesse, e tanto più ancora, quando si pensi che l'amministrazione di affari altrui, specialmente forensi, per cui bisogna rispondere anco della più lieve negligenza, va considerata come qualche cosa di oneroso, cui si vedrebbe più volontieri di evitare, che non si brami di assumere. Per cui anche ULPIANO considera il silenzio di chi non s'è dichiarato in proposito ad un mandato offertogli, come indicante un rifiuto di assumerlo. *Invitus procurator* — dic'egli — *non solet dari; invitum autem accipere debemus non eum tantum, qui contradicit, verum eum quoque, qui consensisse non probatur.* Non si può però affermare, che si richieda assolutamente il consenso espresso del procuratore per assumere il mandato in cose forensi; come insegnano GIFANIO [68]) e WESTENBERG [69]); ma il silenzio del procuratore può avere effetto anche qui, qualora almeno all'offerta del mandato s'aggiunga una speciale circostanza che non ammetta (secondo i principii giuridici) che si possa conchiudere al rifiuto dal mero silenzio [70]), qui appartiene il caso che taluno non solo non si sia opposto ad una procura fatta in suo nome a di lui saputa e nella debita forma; ma abbia anche lasciato che il suo principale prestasse per lui la cauzione dovuta [71]). È questo un caso, in cui il silenzio obbliga il procuratore, il quale non può più rifiutare il mandato offertogli, senza esporsi ad un'azione di risarcimento [72]).

---

68) *Lectur. Altorphin.* pag. 18 imit.

69) *Princip. iur. sec. ord. Digest.* h. t. § 12.

70) EMMINGHAUS, cit. *Commentat.* § 6.

71) Questo non è solo conforme al diritto pontificio; Clem. 1 *De procurator.* ma è pur anche consono a' principii del diritto romano, come si vede dal fr. 8 § 3 e dal fr. 15 h. t.

72) G. E. BOEHMER, *Ius eccles. potest.* lib. I tit. 38 § 17.

§ 388.

Persone che vengono ammesse quali procuratori presunti.

Que' procuratori, i quali non hanno ricevuto dal loro principale un mandato tacito, nè uno espresso, ma per cui si presume solamente in conformità alle leggi una procura in forza del rapporto, in che essi stanno alla parte rappresentata, si dicono « *procuratori presunti* » [« procuratores praesumpti » o « quasi procuratores »] [73]).

In forza di tal presunto mandato vengono ammessi come rappresentanti:

I. I *congiunti* di quella parte, di cui si tratta la causa in giudizio, tanto in linea diretta, quanto in linea laterale [74]). È però necessario:

a) che sieno veri *congiunti laterali.* Vanno quindi escluse quelle persone, che mediante l'adozione sono entrate nel rapporto di una parentela puramente civile e legalmente supposta, dal diritto di trattare in giudizio in forza d'un presunto mandato [75]). Inoltre:

---

73) Se Ulpiano nel fr. 3 § 3 *Iudicatum solvi* [46 7] dice: « *Quod eis agere permittitur edicto praetoris,* non facit eos procuratores », ciò vuol dire solamente che essi non sono *procuratori* in senso vero. Essi non possono quindi farsi prestare dall'avversario della loro parte con efficacia una cauzione *De iudicale solvendo,* o devono inoltre prestare una *cautio de rato,* dalla quale sono dispensati i veri procuratori. Si confronti Ant. Fabro ne' *Rationalia* ad fr. 35 h. t. — De' rappresentanti presunti discorrono del resto Gio. Bern. Frieste, Disp. *De postulantibus pro aliis sine mandato* Jena 1699. — Volfango ad Lauterbach, *Disquis. de cautione rati a coniunctis praestari solita* Tubinga 1663. — Gio. Giac. Berger, *Dissertatio de mandato iudiciali praesumpto* Lipsia 1764. — Rad. Crist. Henne, *Dissertatio de personis ex mandato praesumpto in iudiciis agentibus* Erfurt. 1768 e Dapp, nel *Saggio* già citato *sulla dottrina della legittimazione a stare in giudizio* [ted.°] Sez. II § 386-466.

74) Fr. 35 pr. h. t.: « sed et hae personae procuratorum debebunt defendere quibus sine mandatu agere licet, utputa liberi, licet sint in potestate, item parentes et fratres ».

75) Ciò si vede specialmente, combinando i fr. 54 e 56 § 1 *De Verborum Signif.* [50, 16], i quali, come dimostra Cuiacio, nel Commento a' fr. 50 51 e 52 *De Verb. Sign.* [50, 16] ed afferma anche il Pothier, nelle *Pandectae Iustinianeae* h. t. nr. XXX not. *i,* appartengono specialmente a questa ma-

b) devono essere *parenti legittimi*. Se pertanto la parentela è sorta da illecita unione, non si presume di regola il mandato, tranne che pe' congiunti soltanto naturali di linea materna, purchè anche qui la cognazione non abbia origine da un *coitus damnatus*, cioè adulterio od incesto. Infatti i diritti civili della parentela hanno luogo per tali congiunti soltanto naturali di linea materna nel modo stesso che pe' legittimi discendenti di linea paterna [76]). Riguardo poi

c) ai congiunti in linea retta, non si distingue punto a che grado appartengano [77]), nè se i figli sieno o meno nella patria potestà [78]). Nè si fa distinzione se questi congiunti sieno stati sempre fin dalla origine legittimi o se lo sieno divenuti solo più tardi mediante la piena legittimazione [79]). Infine:

d) *in quanto riguarda i parenti di linea collaterale*, questi non vengono ammessi come procuratori presunti che fino al secondo grado secondo il modo civile di computazione. Chè la legge [80]) contempla espressamente i soli fratelli senza punto distinguere tuttavia se sono bilaterali (germani) od unilaterali, e se questi ultimi sono tali per via di padre (consanguinei) o di madre (uterini) [81]). Almeno dunque

---

teria e dove le voci « parentes » e « liberi » vengono dichiarate in modo, da non comprendervi i genitori ed i figli adottivi. Nè vi ha altro passo, in cui s'attribuisca all'adozione l'efficacia di questa procura presuntiva. Si vegga inoltre LAUTERBACH, diss. cit. § 8. — FRIESE, diss. cit. Th. 12 e sopratutto DAPP, nel *Saggio* citato § 399 p. 280 seg.

76) Fr. 2 e 8 *Unde cognati* [38 8]. — LAUTERBACH, *Disquisit.* cit. § 10 e DAPP, § 394 e 395.

77) Chè ULPIANO nel citato fr. 35 pr. h. t. parla in genere di « parentes » e « liberi ». Sotto la voce « parentes » s'intendono tutti i parenti in linea ascendentale, fr. 51 *De Verb. Sign.* [50 16], come la denominazione « liberi » comprende tutti i parenti in linea discendente, fr. 220 *De Verb. Signif.* [50 16], fr. 10 § 9 *De in ius voc.* [2 4]. Riguardo però agli affari forensi, ordinariamente si ammettono come procuratori presunti soltanto ascendenti e discendenti di genere mascolino. V'hanno alcune poche eccezioni, in cui la figlia può trattare la causa pe' genitori e la madre pe' figli fr. 41 h. t., fr. 1 § fin. *De appellat. recipiend.* [49 5]. Cfr. WERNHER, *Observat. for.* t. II parte IX obs. 81. — HENNE, diss. cit. § 3 e 5 e BREUNING, diss. cit. § 4.

78) Fr. 35 h. t., fr. 56 § 1 *De verb. signif.* [50 16].

79) DAPP, § 403.

80) Fr. 35 pr. h. t.

81) Arg. fr. 10 § 13 *De gradibus* [38 10]. — LAUTERBACH, Diss. cit. § 11 — DAPP, l. c. § 410.

per diritto romano non possono nè figli di fratelli, nè più lontani parenti collaterali essere ammessi in giudizio come presunti procuratori, benchè varii giureconsulti sieno di diversa opinione [82]), poichè qui si tratta di un diritto singolare, per cui non si può concedere una interpretazione estensiva [83]). Del resto bisogna ancora osservare che, quando concorrono più fratelli dello stesso genere, va preferito il migliore, quando invece concorrono fratelli di diverso genere, va preferito quello bilaterale per il doppio vincolo, con cui è congiunto colla parte in causa al fratello unilaterale, in quanto almeno per le speciali circostanze del caso concreto il giudice nella sua equità non trovi conveniente fare un'eccezione [84]). Pel contrario riguardo ai parenti in linea retta si bada alla prossimità del grado e, quando sieno più dello stesso grado, quale il giudice secondo il criterio suo reputa il migliore per la trattazione giudiziaria della causa. A' procuratori presunti appartengono pure:

2. Gli *affini* della parte, di cui ULPIANO [85]) fa espressa menzione. Soltanto vi ha controversia fra' giureconsulti pratici fin a qual punto s'estenda questa presunzione di mandato. Alcuni la vogliono restringere a quegli affini, che sono reciprocamente in luogo di genitori e di figli [86]). Ma più corretta sembra essere l'opinione di coloro, che affermano doversi le persone affini ammettersi come presunti procuratori nello stesso grado de' parenti, sicchè possono in linea retta senza distinzione di grado, in linea poi collaterale fino al secondo grado secondo il computo del diritto romano, agire reciprocamente gli uni per gli altri in giudizio [87]). Si presuppone però naturalmente

---

82) CARPZOV, *Iurisprud. for.* parte I Const. II Def. 29. — STRYCK, *Adnotat. ad Compend. Lauterbachii* h. t. pag. 133. — BERLICH, parte I Conclus. XIV nr. 38. Secondo l'*Ordinamento giudiziario sassone* tit. 7 § 2 i parenti laterali vengono ammessi come presunti procuratori fino al terzo grado; secondo il *Codice württembergese* parte I tit. 16 fino al quarto grado.

83) LAUTERBACH, diss. cit. § 13. — HENNE, diss. cit. § 4. — BREUNING, diss. cit. § 5 e DAPP, § 412.

84) LAUTERBACH, *Disquisit.* cit. § 14. — DAPP, § 411. — DANZ, *Elementi di procedura civile ordinaria* [ted.°] § 140 not. *c.*

85) LAUTERBACH, § 9. — DAPP, § 407. — DANZ, § 140.

86) Fr. 35 pr. h. t.

87) STRYCK, *Us. mod. Pandectar.* h. t. § 46. — BERLICH, parte I Conclus. XIV n. 49 seg.

a) che l'affinità sia sorta da un legittimo matrimonio [88]) e che questo

b) continui tuttavia [89]). Poichè se è stato rotto o per morte della moglie o per altro modo, cessa il mandato presunto con tutti gli altri effetti giuridici di esso [90]).

3. Anche il *coniuge* appartiene in certo modo a' rappresentanti presuntivi riguardo alle contingenze giuridiche della sua moglie. Il processo può concernere tanto la *persona,* quanto il *patrimonio* della moglie. Nel primo caso può il marito comparire senza mandato [91]) per la sua moglie e non ha bisogno d'invocare la presunzione di mandato poichè egli ha il dovere di rappresentare la propria consorte e di difenderla in giudizio. Nell'ultimo caso invece bisogna nuovamente distinguere se il processo concerne i *beni dotali* della moglie o piuttosto il *patrimonio parafernale* di essa. Nel primo caso il marito non ha punto necessità di rifugiarsi nella presunzione d'un mandato, chè egli agisce rispetto a' beni dotali della propria moglie in forza di un diritto civile di dominio [a]) che gli compete su di essi e per-

---

88) Berger, *Oecon. iuris* lib. IV tit. IX Th. 2 not. 7. — Lauterbach, *Disquisit.* cit. § 16. — Friese, diss. cit. Th. 45. — Henne, diss. cit. § 7. — Dapp, § 424 e Danz, ne' citati *Elementi* § 140.

89) Arg. fr. 35 *De testib.* [22, 5] e fr. 4 § 8 *De grad. et affin.* [38 10]. — Lauterbach, § 19.

90) Fr. 3 § 1 *De postul.* [3 1], fr. 43 in fin. h. t. c. 3 i. f. *De donat. inter vir. et uxor.* [24 1]. — Bachovio *ad Treutlerum* vol. I Disp. VIII lit. D. — Lauterbach, *Disquis.* cit. § 17. — Stryck, *Us. mod. Pandect.* h. t. § 47. — Wernher, *Observat for.* tom. I Pars. II Obs. 381. — Henne, diss. cit. § 8. — Dapp, § 417. — Danz, § 140.

91) Fr. 1 § 3 et ult. *De iniuriis* [47 10].

---

a] Queste denominazioni di *proprietà naturale* della moglie e *proprietà civile* del marito si trovano frequentissime appo gli antichi romanisti e dipendono dalla costituzione 30 *De iure dotium* [5 12], ove, parlandosi della rivendicazione degli enti dotali concesse alla moglie dopo lo scioglimento del matrimonio, si dice: « *cum eadem res et ab initio uxeris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio* ». Contro queste denominazioni si pronunciò specialmente il Löhr, nel *Magazzino* di Hugo, IV 1 p. 57-77 e d'allora in poi si può dire che furono quasi onninamente abbandonate. — La questione del resto a chi appartenga la proprietà della dote durante il matrimonio è tuttora oggidì molto controversa; l'opinione però prevalente e meglio fondata è quella che dessa spetti al marito. Il Brinz e lo Scheurl fanno della dote

tanto agisce in proprio nome, tanto più che la donna non può durante il matrimonio fare alcun uso del diritto naturale di proprietà che le spetta e quindi non può nemmeno agire in persona [92]). Nell'ultimo caso invece, in cui la lite concerne i *beni parafernali* della moglie, secondo il diritto romano il marito non può agire altrimenti, che mediante un presunto mandato e deve pertanto prestare la *cautio rati* [93]). Poichè su tali beni al marito non competeva, secondo il diritto romano, propriamente parlando, diritto veruno e se la moglie gli lasciava amministrare il suo patrimonio parafernale, egli non ne conservava l'amministrazione, che fin quando avesse voluto la moglie, la quale gli poteva ritogliere la gestione a suo piacimento [94]). Solo un caso era eccettuato nelle Fonti; quello cioè in cui i beni parafernali della moglie consistessero in crediti di mutui (*nomina*), che nel contratto di matrimonio fossero stati affidati in amministrazione al marito, nel qual caso questi, senza bisogno di prestare speciale cauzione, veniva ammesso ad agire in proprio nome [95]). Ma secondo il diritto attuale tutto si riduce a vedere se, stando alle speciali leggi di un paese, competa al marito non solo l'amministrazione, ma anco l'usufrutto de' beni parafernali della moglie [come, per esempio, in Sassonia] o no. Nel primo caso il marito agisce in giudizio per sua moglie come *legale rappresentante,* senz'aver bisogno d'invocare un mandato presunto [96]). Nell'altro caso invece o la moglie ha concesso al marito l'amministrazione de' suoi beni parafernali o se ha riserbata piena disposizione. In quel caso il marito

---

92) Fr. 24 *De act. rer. amotar.* [25 2], fr. 13 § 2 *De fundo dot.* [23 5], fr. 7 § 3 *De iure dot.* [23 3], C. 5 C. 11 C. 23 e 30 *eodem* [5 12], c. 9 *De rei vindicat.* [3, 32]. — Dapp, § 419.

93) C. 21 *De procurat.* [2 12].

94) C. 8 *De pact. convent.* [5 14]. — Henne, diss. cit. § 10. — Dapp, § 420-423.

95) C. ult. *De pact. convent.* [5 14]. — Gifanio *ad L. 21 Cod. de procurat.* num 8 nelle *Lectur. Altorfin.* pag. 93.

96) Henne, diss. cit. § 11. — Dapp, § 424.

---

un patrimonio famigliare ed un'idea non del tutto diversa si trova nel Cogliolo, *Quaestiones vexatae de dotibus in iure romano* [ital.°]: *Archivio Giuridico* vol. XXIX p. 177-185.

agisce in rapporto a questi beni come *rappresentante costituito*, in questo al contrario in forza di un *mandato presunto* [97]). A'procuratori presunti appartengono:

4. Anche i partecipi ad una lite (*consortes litis*), vale a dire coloro, i quali agiscono avanti il medesimo magistrato per il medesimo motivo di diritto, oppure vengono convenuti [98]): i quali pertanto sono insieme interessati all'oggetto della controversia, o, come s'esprime CUIACIO [99]), « *quorum communis est res in iudicium deducta* ». Non basta quindi a rigore di diritto per il litisconsorzio, che una parte possa per avventura aspettarsi dall'esito della controversia qualsiasi vantaggio o temere qualsiasi danno; ma si richiede, come dicono le Fonti, un *negotium commune*, ossia una comune controversia [100]). È questo il senso che ha la parola *negotium* anco in altri passi del *corpus iuris* [1]). È tale il caso di più coeredi o di più fideiussori o di più socii [2]). Coloro invece, che intervengono volontariamente in una lite allo scopo di assistere l'una o l'altra parte nella persecuzione del suo diritto (*accessorie intervenientes*), non ponno considerarsi come litisconsorti perchè fra loro e la parte principale in causa, ch'essi cercano di rappresentare, non esiste rispetto all'obbietto del diritto comunione veruna, ma fra loro ha piuttosto luogo grande diversità di posizione giuridica [3]); quantunque WERNHER [4]) sia d'altra opinione. Si disputa fra' giureconsulti se, qualora venga coin-

---

97) LAUTERBACH, *Colleg. Pandectar.* h. t. § 23. — LEYSER, *Meditat. ad Pandect.* vol. V Specim. CCCII med. 1 e 2. — ESTOR, *Elementi di procedura comune e dell'impero* [ted.°] § 45 not. *ll* e § 2153 nn. — DANZ, § 140. Alcuni però ripudiano questa distinzione ed affermano che riguardo ai beni parafernali ed allo spillatico della moglie il marito debba essere realmente autorizzato ad agire, vedi PUFFENDORF, tom. I Obs. 12 e CLAPROTH, *Introduzione alla procedura civile ordinaria* [ted.°] § 84 not. *e*.

98) C. 2 *De consort. eiusd. lit.* [3 40].

99) *Paratilla Cod.* h. t.

100) C. 2 cit.

1) C. 3 *De in litem dando tutor.* [5 44], c. 3 *De fruct. et lit. expens.* [7 51].

2) Fr. 5 § 1 *Iudicatum solvi* [46 7].

3) Eb. Cristof. CANZ, *Dissertatio de uno ex pluribus litis consortibus suo, non simul alieno nomine agente* Tubinga 1706 § 4. — HENNE, diss. cit. § 14. — DAPP, § 430 e 431.

4) *Observat. for.* tom. II parte VI Obs. 261.

volta in un processo una comunità, i singoli membri di essa come partecipi alla controversia possano agire in giudizio per la comunità come presunti procuratori. Alcuni li ammettono [5]; altri invece [6] no. La più corretta opinione accolta anche dal nostro autore alla nota *a*, è senza dubbio veruno quella, che distingue se il diritto della comunità, su cui si agita la controversia, è tale, che ne competa ad ogni singolo membro di essa il comune godimento o s'esso non si riferisce che all'*universitas*, come tale, nel suo complesso. Nel primo caso, quando, per esempio, si litighi su un comune diritto di pascolo, i singoli membri, come *litis consortes*, si debbono certamente ammettere ad agire: nel secondo caso invece ciò non può farsi senza procura, come, per esempio, quando la controversia concerne la giurisdizione competente all'*universitas*, o un diritto di patronato e così via [7]. Dal momento adunque che si permette a' partecipi in una lite di agire in giudizio a nome degli altri in forza d'un presunto mandato, sorge spontanea la domanda se i *consortes litis* possano ammettersi anche prima della contestazione di lite o soltanto dopo di essa. I pareri sono in proposito molto divergenti. La maggior parte afferma la seconda alternativa e dichiara le parole « *post litem legitime ordinatam* », che occorrono nella c. 2 *De consortib. eiusd. litis* [3, 40], riferendole alla *litis contestatio* [8]. Tutto dipende dalla inter-

---

5) Per esempio CARPZOV, *Decis.* 205, *Processus* tit. V art. 6 num. 62 e BRUNNEMANN, *Comm. ad rubr. tit. D. quod cuiusq. universitat. nom.*

6) BERGER, *Resolut. Lauterbach,* pag. 90 num. 3. — KLOCK, vol. III Consil. CLIII num. 89. — SCHILTER, *Praxis iur. rom.* Exercitat. X § 56. — MENCKEN, *Ius controvers.* Decad. I Controv. 2 ecc.

7) Fr. 7 § 1 *Quod cuiusq. univers. nomine* [3 4]. — STRYCK, *Us. mod. Pandect.* lib. III tit. IV § 7. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* Specim. X med. 1. — RIVINO, *Specim. exception. for.* cap. VII num. 30. *Enunciat. iuris* tit. VII Enunc. 13. — BERGER, *Oeconom. iur.* lib. IV tit. IX Th. 2 not. 7 e specialmente HENNE, diss. cit. § 14.

8) VULTEIO, *Tr. de iudiciis* lib. II cap. 7 num. 437 seg. — LAUTERBACH, *Dissertatio de cautione rati a coniunctis praestari solita* § 29-32. — VOET, *Comm. ad Pandect.* h. t. § 11. — BERGER, *Oecon. iuris* lib. IV tit. IX Th. 2 not. 7. — ESTOR, negli *Elementi di procedura comune e dell'impero* parte I § 45 not. 1 num. 4. — Fratelli BECMANN, *Consil. et decision.* Pars. II Decis. 78 num. 6 pag. 328. — DAPP, *Della legittimazione processuale* [ted.°] § 433-443.

pretazione di queste parole, tanto più che nella costituzione originale degli imperatori VALENTINIANO e VALENTE [9]) non si trovano, ma sono state appositamente aggiunte da TRIBONIANO [10]). Non si può tuttavia negare che nelle Fonti si distingue la *lis ordinata* dalla *lis contestata* [11]), chè l'*ordinatio* o, come viene anco chiamata, la *praeparatio litis* [12]) consisteva propriamente nel fare tutto quello ch'era necessario per regolare la persona delle parti in causa e per assicurare esse e l'esito della lite, e insomma in tutto ciò che doveva farsi prima di contestare la lite [13]). Per tal motivo parecchi giureconsulti affermano [14]) che precisamente questo significato deve mettersi a base dell'interpretazione della citata cost. 2 *De consortibus eiusdem litis*, e vogliono pertanto ammettere i partecipi alla causa anche prima della contestazione di lite come reciproci procuratori presunti, tanto più che la cauzione *de rato*, che devono prestare i

— CLAPROTH, *Introduzione alla procedura civile* [ted.°] parte I § 84 num. 3. — DANZ, *Elementi della procedura civile comune ord.* [ted.°] § 141 ecc.

9) La costituzione originaria è la seconda del Cod. Theod. *De cognitoribus et procurat.* [2 12], che suona così: « *commune negotium et quibusdam absentibus agi potest, si praesentes* rem ratam dominum habiturum *cavere parati sunt, vel, si quod ab his petitur,* iudicatum solvi *satisdatione firmaverint.*

10) Cfr. Giac. GOTOFREDO, *Commentar. ad L. 2 cit. Cod. Theodos. de cognitor. et procurator.* tom. I pag. 163.

11) Fr. 8 et § 1 *De inoff. testam.* [5 2], fr. 7 § 5, fr. 24 e 25 *De liber. causa* [40 12], c. 1 *Qui dari tut.* [5 31], c. 4 *ne de statu defunct.* [7 21], c. 14 *De liber. causa* [7 16] e FESTO, *De Verb. Signif.* voce « contestari », il quale dice espressamente che la *litis contestatio* viene solo dopo « *ordinato iudicio* » [a]).

12) Fr. 7 in fin. *De liber. causa* [40 12].

13) Giac. CUIACIO, *Observat.* lib. XVIII cap. 23. — Car. Got. WINCKLER, *Dissertatio de discrimine inter litis contestationem iure veteri ac hodierno et utriusque effectibus* Lipsia 1751 Sect. I § 5.

14) CUIACIO, Paratill. Cod. *De consortibus eiusdem litis.* — PEREZ, *Praelect. in Cod. eod.* tit. § 2. — GOTOFREDO, *Comm. ad* L. 2 Cod. Theodos. *De cognitor. et procurator.* — WISSENBACH, Comment. in libr. VII Cod. Iustin. lib. III tit. 40 pag. 206. — BERLICH, parte I Conclus. XIV nr. 54. — WERNHER, *Observat. for.* t. I parte I Observat. 305 num. 82 e 83. — HENNE, diss. cit. § 15 e BREUNING, § 9.

a) Veramente questa voce non è conservata che nella *Epitome* di PAOLO DIACONO, ove si trova a p. 57 dall'edizione muelleriana.

rappresentanti presunti, dev'essere porta prima della contestazione della lite [15]). Quando però si ponderi che la *satisdatio ratihabitionis* e *de iudicato solvendo* appartiene alla *ordinatio iudicii* nel senso accennato e che ciò non ostante vien detto nella nostra legge che i litisconsorti vengono ammessi, data quella cauzione, soltanto *post litem ordinatam;* se poi si pensa che se avesse dovuto valere la norma medesima tanto prima che dopo la contestazione di lite e se un litisconsorte avesse potuto venire ammesso come mandatario presunto tanto prima, quanto dopo di essa, non sarebbe stato necessario di aggiungere alla costituzione le parole « post litem legitime ordinatam », che mancano nell'originale, com'è già stato osservato, quando essa è stata inscritta nel Codice. La seconda opinione merita quindi di essere preferita alla prima tanto più che allora soltanto può dirsi di una causa che sia veramente « legitime ordinata » in tutte le sue parti, quando è avvenuta la contestazione di lite [16]). Finalmente si sogliono annoverare ai procuratori presunti

5. anche coloro, i quali hanno nelle mani i *documenti* appartenenti ad una controversia giuridica [17]). Ma pel diritto romano non ha luogo per costoro alcun mandato presunto e l'ordinamento giudiziario della Camera imperiale [18]) ordina espressamente che colui, che abbia nelle mani documenti pertinenti alla decisione della causa, debba ammettersi *solamente alla parte preparatoria del processo* e sotto *condizione*, ch'egli arrechi un mandato formale per quegli atti, che risguardano la cosa principale, in cui nel contempo s'approvi anche quello ch'è stato da lui fatto antecedentemente; al contrario un procuratore presunto è ammesso secondo il diritto romano non solo

---

15) Fr. 40 § 3 *De procurator.* [3 3].

16) VULTEIO, *Tract. de iudiciis* lib. II cap. 7 num. 441 seg.

17) BRUNNEMANN, Comment. ad L. 1 Cod. *De procurat.* — MEVIO, parte III Decis. 23. — GAIL, lib. I Observ. 138 num. 4. — LAUTERBACH, *Colleg. Pandect.* h. t. § 25. — LEYSER, *Specimen.* LIII medit. 3. — BOEHMER, *Introd. in ius Digest.* h. t. § 9. — ESTOR, *Elementi di procedura civile comune ed imperiale* [ted.°] § 45 not. *l,* num. 5. — CLAPROTH, *Introduzione alla procedura civile ordinaria* parte I § 84. — HENNE, diss. cit. § 16 e BREUNING, diss. cit. § 10.

18) Parte I cap. 21 § 1 (nella *Nuova Collezione de' Congedi degli Stati imperiali* [ted.°] parte 3 p. 60).

nel principio della causa, ma anche più tardi, dietro una cauzione *ratam rem dominum habiturum,* senza ch'egli debba per ciò recare un formale mandato [19]).

Finalmente rimane ad osservarsi:

I. che quella parte in causa, in nome della quale il mandatario presunto dev'essere capace a costituire un procuratore giudiziario [20]). Dipende dalla stessa natura delle cose, che non si possa presumere l'impartizione del mandato da parte di colui, ch'è incapace a costituire un procuratore. Un procuratore presunto non si ammette quindi per un pazzo, un demente od un impubere. Non si può nemmeno attendere da tali persone quella ratifica, per la quale il procuratore presunto deve pure prestare cauzione [21]).

II. Si richiede poi che colui, di cui il procuratore presunto vuole amministrare gli affari giudiziali, non abbia dichiarato una contraria volontà; ciò che può avvenire anche tacitamente, qualora, per esempio, egli abbia autorizzato un altro procuratore. Poichè sebbene un procuratore presunto non debba dimostrare la volontà di colui, pel quale egli si fa innanzi, non può però ad ogni modo farsi innanzi *contro* la sua volontà. Se pertanto vi è una fondata prescrizione contraria, non si può ammettere in caso veruno colui, che del resto avrebbe una presunta procura, nemmeno qualora voglia prestare una cauzione per la ratifica [22]).

III. La causa stessa, di cui il procuratore presunto vuole occu-

---

19) Fr. 35 pr. e fr. 40 § 4 h. t. — Dapp, *Saggi* citati § 413-450.

20) Lauterbach, *Colleg. Pandect.* h. t. § 26. — Stryck, *Us. mod. Pandect.* t. III lib. XLVI tit. 8 § 4. — Ludovici, *Doctr. Pandect.* h. t. § 16. — Hert, Decis. 578. — Rivino, *Enunciat. iuris* tit. VII En. 14. — Willenberg, *Selecta iurisprud. civ.* parte II Exercitat. XLV § 11 e Dapp, § 467 p. 324. Si vegga pure specialmente i notevoli responsi della facoltà giuridica di Halle raccolti dal consigliere intimo Klein, vol. I (Berlino e Stettino 1796 8) nr. XLI § 25 p. 332.

21) Il contrario sostengono Wernher, tom. II parte VI Obs. 353. — Knorr, *Introduzione alla procedura giudiziale* [ted.°] vol. I sez. IV § 7. — Schaumburg, *Princip. prax. iudic.* lib. I sec. I Membr. 2 cap. II § 7. — Henne, diss. cit. § 20. — Danz, *Elementi di procedura civile comune ordinaria* [ted.°] § 142.

22) Fr. 40 § ult. h. t. — Henne, § 18. — Dapp, § 469. — Danz, § 141 in fine.

parsi, deve poi essere in genere di tal natura, che ammetta un procuratore. Finalmente

IV. Un mandato presunto non s'estende che a quelle azioni, che non richiedono una speciale procura [23]). Così, per esempio, non può un procuratore presunto deferire il giuramento alla parte avversaria a quella ch'egli sostiene o riconoscerne i documenti [24]).

§ 389 e 390.

Differenza fra i procuratori giudiziali e stragiudiziali in rapporto al dominium litis.

Effetti ed uso odierno di essa. — Differenza tra procuratori *ed* avvocati.

Più sopra (§ 386) abbiamo distinto i procuratori riguardo agli affari ch'essi amministrano, in *giudiziali* e *stragiudiziali*. La differenza precipua fra essi, secondo il diritto romano, consiste in questo, che il procuratore giudiziale per mezzo d'una finzione giuridica si considera come proprietario della lite; mentre per i procuratori stragiudiziali non ha luogo cotesto finto diritto di dominio rispetto all'affare loro affidato [25]). Secondo il diritto romano più antico non era ammesso alcun procuratore in giudizio; ma ognuna delle parti in causa, tanto l'attore quanto il convenuto, dovevano comparire in persona e trattare esse medesime [26]) la loro controversia forense. La ragione di ciò stava nella peculiare natura dell'an-

---

23) Fr. 26, fr. 27 pr. *De minor.* [1 4]. — Henne, § 19. — Claproth, *Introduzione alla procedura civile ordinaria* parte I § 84 p. 353. — Dapp, § 514 e seg.

24) Wernher, tom. I parte I Observat. 313, tom. I parte IV Obs. 416. — Rivino, *Specim. except. for.* cap. VII num. 16 e 18.

25) Altro avviso manifesta il Wesenbeck *ad Pandect.* h. t. num. 8, al quale aderisce lo Hahn nelle note all'opera di quello. Ma tale opinione è già stata da lungo confutata dallo Schilter nella *Praxis. iur. rom.* Exercitat. X Th. 51. — Gio. Enr. Berger, *Dissertatio de dominio litis* Wittemb. 1696 § 9. — Giust. Enr. Boehmer, *Dissertatio de dominio litis* Halle 1709 cap. I § 28 e Dapp, *Legittimazione processuale* [ted.°] § 63 not. *v* p. 41.

26) Pr. Inst. *De iis per quos agere poss.* [4 7], fr. 123 *De regulis iuris* [50 16].

tico processo romano [27]). Poichè questo era affatto formulare ed anzi erano le formule delle azioni e delle eccezioni così concepite, che rendevano assolutamente indispensabile l'intervento e la presenza delle parti [28]). Solo pochi casi erano eccettuati, ne' quali non era possibile che la parte comparisse in persona [a]). Tale era il caso,

---

27) Fr. 2 § 6 *De origine iuris* [1 2].

28) Per esempio, nelle azioni reali l'attore si vale della formula: « *Hunc* ego *hominem ex iure Quiritium* meum *esse* aio », — ovvero « aio *ius* mihi *esse ire* [*agere*] *per fundum* tuum », — ovvero « aio tibi *ius non esse tignum immissum habere* ». — Il convenuto risponde: « *immo* meum *esse* aio », ovvero « *immo ius* mihi *esse* aio ». — Nelle azioni personali l'attore diceva al convenuto: « *aio* te mihi *dare oportere* », o « aio te mihi *centum debere ex mutuo* ». Cfr. BRISSON, *De formulis* lib. V [b]).

---

a) GAIO, 4 82 dice: « cum olim, que tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certi causis ». Col passo di GAIO, si mette in opportuna relazione quello dell'autore de' libri *ad Herennium* 2 13 20: « ut maior annis LX et cui morbus causa sit cognitorem det » [Cfr. LENEL, *Rivista della Fondazione Savigny* P. R. 4 151: di contrario avviso l'EISELE, *Sulla storia della cognitura* cit. p. 18 seg.]. — Ormai non s'è molto inclinati a dar fede al passo delle Istituzioni addotte nel testo, che probabilmente riposa su di un malinteso. Per le diverse opinioni cfr. ZIMMEN, *Storia del diritto privato romano* III § 155. — RUDORFF, II § 26 n. 6. — BEKKER, *Le azioni* [ted.°] I p. 39 seg. — KARLOWA, *Il processo civile romano al tempo delle legis actiones* [ted.°] p. 354 seg. — PERNICE, *M. A. Labeo* I p. 489 seg. — KELLER, *Processo civile* 6.ª ediz. di WACH [ted.°] p. 257-259. In ispecial modo è dubbia che cosa voglia significare l'« agere pro tutela ». La spiegazione data dallo PSEUDO-TEOFILO, 4 10 pr. non si può accettare: rimane il dubbio « se si tratta di una notizia addirittura assurda o d'una notizia vera male adoperata ». — KELLER, l. c. n. 631.

b) Qui non si tengono distinte le *legis actiones*, in cui le formule pronunciate delle parti erano concepite in prima persona dalla procedura detta in senso proprio *formulare*, in cui non v'era già l'uso della prima persona nelle formule (ch'erano istruzioni impartite dal magistrato al giudice); ma le due parti erano designate col loro nome: per esempio, *Si paret fundum Cornelianum Auli Agerii esse*, ovvero *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare oportere*, ecc. Mentre la *intentio* della formula si riferiva alla persona del principale, la *condemnatio* si riferiva a quella del rappresentante:

Si paret Num Num P. Maevio hs. X m. dare oportere, iudex Num Num L. Titio [*procuratori*] *hs. X m. condemna, s. n. p. a.*

Quod Aus Aus de P. Maevio hominem Stichum emit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem P. Maevium Ao Ao dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, L. Titium [*procuratorem*] *Ao condemna, s. n. p. a.*

S'è poi già avvertito come il diritto romano classico conoscesse due categorie di rappresentanti: il *cognitor* ed il *procurator* e come il primo fosse il più antico e

qualora il processo si riferiva all'intero popolo, alla libertà di un uomo od a una controversia concernente una tutela. In tal caso era ammesso un rappresentante [29]). Siccome però non era per le parti un lieve inconveniente quello di non potersi valere di alcun procuratore e di dovere agire in persona ed in persona difendersi, si dovette alla perfine ammettere de' procuratori, ricorrendo a tal uopo ad una finzione, per mezzo della quale si ammetteva che il procuratore stesso fosse proprietario della causa, il quale pertanto non agiva in nome altrui, ma in nome proprio. In origine però sembra che fosse lecito valersi di un rappresentante solamente nel caso, che una delle parti per infermità, vecchiezza od assenza, fosse impedita dallo agire personalmente in giudizio [30]). Ma in seguito divenne l'uso de' procuratori nelle cause civili così generale, che formava una vera eccezione alla regola il caso che una cosa non potesse trattarsi per mezzo di rappresentante [31]). Siccome però per acquistare la proprietà di una cosa si richiede un legittimo motivo di acquistare (*iustus titulus*) ed un motivo d'acquisto a ciò opportuno (*modus adquirendi*) [32]) , così riguardo al *dominium litis* serviva come titolo giuridico il mandato impartito dalla parte in causa al suo procuratore e la contestazione di lite come modo di acquisto o quasi tradizione [33]). Invece pel *defensor* la mancanza di mandato veniva compensata dalla *satisdatio rati* o *de iudicato solvendo,* che doveva per conseguenza prestarsi prima della *contestatio litis* [34]). Gli effetti del *dominium litis* erano pel diritto romano i seguenti:

I. Il procuratore aveva il diritto di sostituire al proprio posto un rappresentante [35]).

---

29) Pr. I *De iis per quos agere* [4, 7].
30) Princ. cit.
31) C. 2 e 26 h. t. — Boehmer, diss. cit. cap. 1 § 20-22.
32) Fr. 31 *De adquir. rer. dom.* [41 1], c. 20 *De pactis* [2 3].
33) C. 22 *De procurator.* [2 12]. — Boehmer, diss. cit. cap. I § 26.
34) Fr. 40 § 3 h. t. — Boehmer, l. c. § 27.
35) C. 23 h. t.

---

probabilmente datasse già dal tempo delle *legis actiones* [cfr. sopra ; per un richiamo elementare della dottrina servirà opportunamente il Keller, *Processo civile romano* § 52-54].

II. Colla morte del principale non si spegneva la procura; ma il procuratore poteva continuare il processo anche dopo la morte del principale [36]).

III. Il principale non poteva più, dopo iniziato il processo, intraprendere nulla concernente la causa da solo senza il consenso del procuratore [37]).

IV. La procura non poteva revocarsi altrimenti che per gravi ragioni e dopo previa inchiesta del principale [38]).

V. La sentenza si concepiva in nome del procuratore [39]).

VI. Onde in un'*actio famosa* non aveva luogo la conseguenza dell'infamia [40]).

VII. L'*actio iudicati* poteva essere esperita tanto dal procuratore, quanto contro di lui [41]).

Il diritto pontificio ha confermato questi principii [42]) ed anco le leggi imperiali parlano in diversi luoghi [43]) di questa proprietà della lite. Per cui parecchi giureconsulti sostengono l'uso odierno [44]) di questo concetto. Ma l'uso forense non si accorda con questa opinione e non ha più al giorno d'oggi alcun riguardo agli effetti del *dominium litis* [45]).

---

36) C. 23 h. t.

37) C. 22 h. t.

38) Fr. 17 h. t.

39) C. un. *De satisdat.* [2 56], c. 1 *De sentent. et interlocut.* [7 45].

40) Fr. 6 § 2 *De his qui not. infam.* [3 2].

41) Fr. 28 h. t. Se però il procuratore intentava l'*actio iudicati,* gli poteva venire opposta l'eccezione di dolo, se non era un *procurator in rem suam,* fr. 28 h. t. e GIFANIO, *in hanc legem.*

42) Cap. I *De procurator.* in 6.to.

43) *Congedo degli Stati* del 1507, tit. 35 § 6. *Congedo de' Deput.* del 1600 § 73. *Ordinamento giudiziario della Camera imperiale* parte I tit. 32 § 9 e 10.

44) STRYCK, *Us. mod. Pand.* h. t. § 38. — CARPZOV, parte I Const. I Definit. 22 num. 2. — BERGER, *Dissertatio de dominio litis* § 31 e 35. — WERNHER, *Observat. for.* tom. I parte I Obs. 230. — Fed. Gugl. PESTEL, *Dissertatio de procuratoribus* § 4 ecc.

45) G. E. BOEHMER, diss. cit. cap. III § 3 seg. — HOFFMANN, *Dissertatio de origine et condit. procurator.* cap. IV § 11-13. — REINHARTH, *Select. Observat. ad Christianaei Decisiones* vol. I Obs. 58. — WINCKLER, *Dissertatio de discrim. litis contestationis vet. et hod.* Sect. III § 6. — CLAPROTH, *Introduzione alla procedura civile ordinaria* parte I § 86. — HOEPFNER, *Commentario*

Del resto si deduce parimenti dalle cose esposte come *procuratori* ed *avvocati* si debbano l'un dall'altro distinguere [46]). Un avvocato non rappresenta il suo cliente, come il procuratore rappresenta il suo principale; egli non riceve quindi una vera procura, ma o istruisce il suo cliente con consiglio orale o gli compone le scritture da presentarsi in giudizio (359). L'avvocato deve quindi essere un giureconsulto, ciò che non è invece assolutamente necessario per un procuratore giudiziario [47]). Poichè anche un ignorante può consegnare uno scritto forense od ascoltare la pubblicazione di una sentenza e così via. Un avvocato non presta inoltre cauzione alcuna [48]), nè diventa, come il procuratore, proprietario della lite [49]); per tacere di ulteriori differenze [50]).

§ 391.

Differenza fra procuratori *ed* attori.

Il procuratore giudiziale deve poi essere distinto anche dall'*attore*. Un procuratore non può essere costituito da altri all'infuori di colui, che è il proprietario della controversia che si agita. Colui invece che non è costituito dal proprietario medesimo, ma da chi ha la facoltà di amministrare il patrimonio per dare esito a' negozii forensi che si riferiscono al suo ufficio, si chiama *attore* e la procura impartita a un tale rappresentante « actorium ». I tutori, per esempio, nelle cause de' loro pupilli non possono nominare veri procuratori; ma bensì *attori* [51]). Il diritto romano fa veramente un'eccezione

---

sulle Istituzioni [ted.°] § 1178. — DANZ, *Elementi della procedura civile ordinaria* § 63.

46) Molto diffusamente tratta di questo punto il GIFANIO, *Lecturae Altorphin.* pag. 3 seg.

47) C. 11 *De advocat. diversor. iudic.* [2 7].

48) Tit. Inst. *De satisdationibus* [4 11]

49) C. 1 *De error. advocator.* [2 9].

50) DONELLO, *Commentar. iuris civ.* lib. XVIII cap. 3 pag. 1016

51) C. 11 h. t. Nel fr. 24 pr. *De administr. et peric. tut.* [26 7] si esige però anche un *decretum praetoris.*

per quei tutori, che da principio hanno trattato in persona in giudizio la causa del loro pupillo ed hanno contestato la lite [52]). Poichè siccome tali tutori hanno mediante la contestazione di lite ottenuto il dominio della lite stessa e però il diritto [53]) legale di sostituzione, così deve loro necessariamente competere dopo la contestazione di lite la facoltà di nominarsi un procuratore. Ma poichè gli effetti del *dominium litis* oggidì non hanno generalmente più luogo (§ 390), non possono nemmeno avverarsi pei tutori, in quanto nel tutorio o curatorio non sia stata concessa al tutore facoltà espressa di sostituirsi un altro procuratore [54]). Del resto bisogna avvertire ancora che l'attore nominato dal tutore deve recare a propria legittimazione non solo il mandato a suo carico (*actorium*), ma anche un certificato che colui, dal quale ha avuto tale mandato, è legittimo tutore o curatore (*tutorium* o *curatorium*) [55]), tranne che il tutore stesso sia stato nominato o confermato da quel medesimo giudizio, avanti il quale pende la causa affidata all'attore, nel quale caso il rappresentante costituito dal tutore è legittimato a sufficienza dall'*actorium* impartitogli, senza che si richiegga pure la presentazione di un tutorio o curatorio, poichè in tal caso la qualità del mandante deve essere senz'altro nota al tribunale [56]).

Può un padre costituire un vero e proprio procuratore nelle cause concernenti il patrimonio de' figli, che stanno ancora nella sua patria potestà o non può autorizzare che un *attore?* Bisogna distinguere i casi seguenti:

I. Se la causa concerne il peculio militare del figlio, che questi si è acquistato col servizio militare o con altri pubblici impieghi, il padre non ha diritto a costituire in essa un procuratore, poichè

---

52) C. 11 h. t. cit.

53) Fr. 11 pr. *De doli mali et met. except.* [44 4], fr. 4 § ult. *De appellat. et relat.* [49, 1], c. 23 h. t. — GIFANIO *ad* L. 11 C. h. t. nella *Lecturae Altorph.* pag. 89.

54) BOEHMER, *Dissertatio de dominio litis* cap. III § 10. D'altro avviso è però DAPP, nel citato *Saggio sulla legittimazione processuale* § 76, not. *f.*

55) VON HANZELY, *Continuazione degli elementi della prassi odierna del Consiglio imperiale* cap. 28 § 203 nelle note [ted.°]. — HOFFMANN, *Prassi giuridica tedesca* [ted.°] parte I § 207.

56) GAIL, lib. II Observat. 107 num. 5. — DAPP, *Saggio* citato § 78.

è il figlio stesso che deve impartire il mandato per la condotta di tale negozio forense [57]). Chè in tutte le cose, che riguardano questi beni, il figlio ha i diritti di un *pater familias sui iuris* [58]) e può pertanto agire in tali cause anche contro la volontà del padre [59]) ed anco essere personalmente convenuto [60]). Al padre invece non compete su questo patrimonio diritto veruno [61]).

II. Se invece il patrimonio del figlio deriva immediatamente o mediatamente dal padre (*peculium profecticium*), il padre vi ha piena proprietà e può quindi costituire in quanto ad esso un procuratore, se in proposito sorga qualche lite [62]).

III. Riguardo poi al *peculium adventicium*, che non deriva dal padre, ma da qualsiasi altra fonte, bisogna distinguere se il padre ne ha l'usufrutto [*peculium adventicium ordinarium. s. regulare*] o non lo ha [*peculium adventicium irregulare s. extraordinarium*]. Nel primo caso il padre, oltre l'usufrutto, ha pure la facoltà legale di amministrare tale patrimonio dei suoi figli [63]) e può quindi non solo trattare personalmente in giudizio le liti, che possono sorgere riguardo ad esso [64]); ma anche costituire un procuratore (e non soltanto un attore) tanto prima, che dopo la contestazione di lite [65]). Infatti l'amministrazione competente per legge al padre su questo peculio in forza della potestà patria, non è un'amministrazione ordinaria, quale, per esempio, spetterebbe al tutore od a qualsiasi altro amministratore; ma consiste piuttosto in un *exercitium vicarium* del dominio competente su tali beni al padre [66]). Se però il figlio [a]) ha già

---

57) Fr. 8 pr. h. t.
58) Fr. 2 *De Scto Macedon.* [14 6].
59) Fr. 4 § 1 *De castrensi pec.* [49 17].
60) Fr. 39 *De oblig. et act.* [44 7], fr. 37 *De iudic.* [5 1].
61) Fr. 10 *De castr. pec.* [49 17], c. 3 in fin. *eodem* [12 36].
62) § 1 I *Per quas pers. cuique adquir.* [2 9].
63) C. 1 *De bonis matern.* [6 60], c. 6 § 2 *De bonis quae liberis* [6 61].
64) C. 8 § 3 *De bon. quae liber.* [6 61].
65) C. 1 *De bon. matern.* [6 60]. — LEYSER, *Meditat. ad Pandect.* vol. III Specim. CLXIV med. 2. — Enr. Lud. HOMBERGK, *Note* a VACH, *De diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate* Marburg 1753.
66) SCHAUMBURG, *Compend. Digestor.* lib. XV tit. I § 11 e 12.

---

a) È questa veramente l'opinione dominante. Bisogna però avvertire come per una

compiuto il quattordicesimo anno dell'età sua, il padre è tenuto prima di nominare un procuratore a chiederne al figlio stesso il consenso [67]). Inoltre non è neppure necessario che dica ch'egli compare a nome del figlio suo in giudizio [68]). Se invece il padre non ha l'usufrutto [a]) del peculio avventizio dei proprii figli, può certamente costituire un rappresentante in giudizio se egli ha assunto l'amministrazione di tali beni (ciò ch'egli può fare certamente, se i figli sono ancora minorenni e non è stato nominato un apposito curatore [69]), onde sbrigare una lite sorta rapporto ad essi. Ma un tale rappresentante, secondo le idee sottili del diritto romano, si deve chiamare piuttosto *actor*, che non *procurator*, giacchè al padre non compete l'amministrazione del peculio avventizio irregolare, che nella qualità di un tutore legittimo. Siccome però ne'tribunali nostri

---

67) C. 8 § 3 *De bon. quae lib.* [6 61].
68) LEYSER, loc. cit. — HOMBERGK, diss. cit. § 14.
69) C. 8 § 1 *De bon. quae liber.* [6 61). — DAPP, nel *Saggio* citato § 93.

---

classe di *beni avventizi* (più esatta espressione che non *peculio avventizio*), i *bona materna* COSTANTINO ha disposto precisamente il contrario C. 6 60 1: *litem inferentibus resistere atque omnia ita agere tanquam solidum perfectumque dominium ei adquisitum fuisset*. Ma anche per gli altri generi di avventizii questa esigenza del consenso del figlio mal si comporterebbe con quella *plenissima potestas utendi fruendi et gubernandi* che GIUSTINIANO concede al padre ed alla inibizione fatta dello stesso al figlio di *vetare patrem gubernare quomodo voluerit* [C. 6, 61, 6, 2]. S'arreca veramente la c. 8 § 3 *eod.*: « *adhibeatur etiam filiorum consensus, nisi adhuc in prima sunt aetate constituti vel longe absunt* ». Bisogna però riflettere che qui si parla di azioni ereditarie per le quali è molto facile spiegarsi la necessità che il figlio debba consentire, poichè tali azioni concernono l'attuarsi dello acquisto ed appartengono quindi in certo modo all'acquisto stesso della eredità. Niun dubbio infatti che per l'acquisto degli avventizii si richieda il consenso del figlio. Ma, come ognun vede, da tali processi non si ponno trarre conseguenze per quelli che concernono avventizii già acquisiti. Cfr. specialmente il VANGEROW, *Manuale delle Pandette* [ted.°] I p. 502-503,

a) Che ha proposito di questi beni il padre, qualora eserciti l'amministrazione, debba trattarsi nè più nè meno come ogni altro tutore, è pure oggidì fuori di dubbio nonostante il contrario parere di V WENING INGENHEIM, *Trattato di diritto civile comune* [ted.°] § 394, il quale è d'avviso che il padre debba trattarsi in tal caso, come quando amministri degli avventizii regolari. — Bisogna parimente avvertire, come qualche volta il padre non possa assolutamente assumere l'amministrazione degli avventizii irregolari, quando cioè questo è stato espressamente ordinato dal testatore o dal donante, da cui tali beni derivano. — Cfr. vedi BUCHHOLTZ, nella *Rivista di Giessen* [ted.°] vol. 14 p. 290 seg. — VANGEROW, *Pandette* I p. 508-509.

non si fa più differenza fra le facoltà di un attore e quelle di un procuratore, così non importa grandemente qual nome si dia al rappresentante [70]).

§ 392.

Distinzione de'procuratori in rappresentanti pubblici *e* privati.

Benchè l'ufficio di rappresentante in giudizio per sè non costituisca un pubblico incarico, tuttavia, avuto riguardo all'attitudine che si richiede per la trattazione degli affari forensi ed in ispecie processuali, sogliono tanto nelle Corti supreme, quanto anche nella maggior parte de' tribunali tedeschi costituirsi pubblicamente alcune persone atte a tale ufficio, le quali si obbligano a trattare, come procuratori, gli affari e le liti altrui in giudizio. Questi si chiamano *pubblici rappresentanti* « *publici procuratores* » [71]). Tali sono, per esempio, gli agenti della Corte imperiale, il cui numero per legge non può essere maggiore di trenta [72]). Chi deve trattare una causa avanti la Corte suprema dell'impero deve servirsi di uno di questi agenti riconosciuti dal quel supremo tribunale ed obbligati a tale ufficio. Solamente i principi elettori, i principi e gli Stati imperiali hanno il privilegio di valersi dei proprii rappresentanti per trattare i loro processi pendenti appo le Corti dell'impero [73]). Tali pubblici procuratori sono stabiliti anche presso i giudizii camerali dell'impero, il cui numero è stato parimenti dalle ultime leggi limitato a trenta [74]). Essi si chiamano « procuratori de' giudizii camerali » e devono essere scelti fra il collegio degli avvocati ed hanno quindi tutti que' doveri, che incombono agli avvocati [75]). Tutte le

---

70) Homberck, diss. cit. § 3.

71) Huber, *De procuratoribus publicis* nelle *Praelect. ad Pand.* h. t. — Hoffmann, diss. cit. cap. IV § 7.

72) Malblank, *Guida allo studio della costituzione de' giudizii imperiali e provinciali e della cancelleria* [ted.°] parte 3ª vol. 3 cap. 125 seg.

73) *Ordinamento del consiglio imperiale* tit. 7 § 9.

74) *Congedo degli Stati* del 1570 § 62. *Congedo* del 1713 § 99. — Dapp, § 162 seg.

75) Malblank, nella *Guida* citata parte I § 115, 117 e 118.

parti che debbono condurre processi avanti i giudizii camerali dell'impero devono regolarmente servirsi di essi. I soli principi, prelati, signori, le città dell'impero ed i cavalieri imperiali immediati hanno la facoltà di far trattare, se credono, i loro affari forensi da rappresentanti a ciò specialmente deputati [76]. Negli Stati prussiani tali rappresentati, che hanno ricevuto un pubblico incarico di servire a' cittadini come rappresentanti o patrocinatori si dicono *commissarii di giustizia* [77].

§ 393.

Chi può assumere l'ufficio di procuratore giudiziale e chi è escluso da tale ufficio?

Chiunque può in via generale assumere l'ufficio di procuratore giudiziale, purchè abbia la capacità di agire in giudizio, in quanto da leggi particolari non sieno state prescritte a tal uopo qualità speciali [78]. Per cui sono esclusi da tale ufficio *pazzi* e *dementi, prodighi* interdetti giudizialmente [79]; *sordi* e *muti, banditi* e le *donne* [80]. Queste però vengono eccezionalmente ammesse:

I. Se compaiono in giudizio pe' loro genitori, nel qual caso esse vengono ammesse solamente come rappresentanti:

a) se questi non sono in grado di accudire a' propri negozii forensi; se, per esempio, sono a ciò impediti da età o malattia

b) se non v'ha alcun altro che si curi di loro,

c) e se l'una o l'altra di queste condizioni sono state trovate vere in una previa inchiesta [81].

---

76) *Abbozzo dell'ordinamento de' giudizi camerali* parte I tit. 28. — Dapp, § 166.

77) *Ordinamento giudiziario generale per gli Stati prussiani* parte III tit. 7.

78) Pr. I *De iis per quos agere poss.* [4 7] cap. I *De procurat.* in 6.to. — Dapp, nel *Saggio* citato § 125 seg. — Danz, § 43 p. 114.

79) Fr. 40 *De reg. iur.* [50 17]. — Dapp, § 126.

80) Fr. 2 *De reg. iur.* [50 17], § 11 *De exception.* [4 12], fr. 54 h. t. [3 3], c. 18 *eodem.*

81) Fr. 41 h. t.: Una madre non può però agire in persona per il proprio figlio impubere, ma le è fatto obbligo dalle leggi di chiedere un tutore pel ragazzo, cfr. la c. 18 h. t.

II. Quando la lite concerna la libertà de' loro figli, genitori, fratelli o anche del loro marito, se non vi sia alcun altro, che voglia assumersi tale faccenda [82]).

III. Le leggi permettono alla madre di appellarsi a favore del proprio figlio contro una sentenza pregiudizievole ad esso [83]).

IV. Una donna può senza dubbio intraprendere una procura giudiziaria nel suo stesso interesse [84]).

Fuori di questi casi le persone di sesso femminile sono ancora oggidì escluse per regola dalla procura giudiziale [85]), poichè non si può dimostrare che riguardo a questa dottrina sia mai stato posto in non cale il diritto romano [86]). I *minorenni* non sembrano essere per diritto romano del tutto incapaci ad assumere una procura in affari giudiziarii, purchè essi abbiano già compiuto il diciassettesimo anno della età loro [87]). Poichè le leggi vietano solamente ch'essi vengano ammessi come difensori senza procura per la ragione che il minorenne dopo aver prestata la sua cauzione *de iudicato solvendo* può farsi restituire in integro e questa restituzione profitta anche a' suoi fideiussori, e così verrebbe ad essere inefficace l'intero processo [88]). Questo invece non è probabile che avvenga, quando il minorenne agisce in giudizio come procuratore per mezzo di una procura af-

---

82) Fr. 3 § 2 *De liberali causa* [40 12]. Nella prassi questa disposizione s'applica al caso in cui qualcuna delle citate persone sia in carcere e si tratti della sua liberazione. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pandect.* h. t. § 39.

83) Fr. 1 § 1 *De appellat. recip. vel non* [49 5].

84) C. 4 h. t.

85) WERNHER, *Observat. for.* tom. II Part. IX Observ. 81.

86) D'altro avviso è però Gio. Tob. CARIACI, nella diss. *De femina procuratrice ad litem* [Halle 1751] § 20 seg. Ma si vegga in contrario DAPP, nel *Saggio* citato § 151.

87) § 5 I. *Ex quib. caus. manumitt. non licet* [1 6], fr. 13 *De manumiss. vindict.* [40, 2]. — GIFANIO *ad* L. 51 F. h. t. *Lecturae Altorph.* pag. 63. — VOET, *Comm. ad Pandect.* h. t. § 6. — HUBER, *Praelection. ad Pandect.* h. t. § 2. — Giust. Enr. BOEHMER, *Ius Eccles. Protestant.* tom. I lib. I tit. XXXVIII § 13. — LAUTERBACH, *Colleg. Pand.* h. t. § 40 e 41 e specialmente Gio. Dan. GRUBER, *Dissertatio de minore procuratore* Halle 1723. D'altro avviso è però DAPP, § 129.

88) Fr. 51 pr. h. t. — GIFANIO *ad* h. L. num. 2 seg.

fidatagli, giacchè in tal caso l'*actio iudicati* si esperisce contro il suo principale [89]). Ad ogni modo, è almeno indubitato che i minorenni vengono dichiarati incapaci di assumere l'ufficio di procuratore giudiziario nel diritto canonico [90]), il quale riguardo alle norme processuali va preferito al diritto romano [91]), e ciò viene osservato come regola anche ai nostri giorni, come affermano i giureconsulti pratici [92]). Inoltre gli *infami* vengono esclusi non solo secondo il diritto pontificio [93]), ma anche secondo il diritto romano [94]). Veramente, secondo una costituzione dell'imperatore GIUSTINIANO [95]), non si dovrebbe avere alcun riguardo all'eccezione d'infanzia, se abbisogni una sì lunga inchiesta, da non potersi seguire l'ordinaria strada del processo principale, mentre si discuti sul fatto eccepito. Ma se è notoria l'ignominia eccepita o almeno di facile prova, non è dubbio che non solo la parte avversaria possa opporre a tale procuratore l'eccezione dell'infanzia, ma che anche possa egli venire respinto d'ufficio [96]). Così pure quelli che superano la parte avversa in potenza, ricchezza e autorità (*potentiores*) non debbono ammettersi come procuratori *ad litem* contro di essa [97]). Ancor meno ponno accettare mandati in cose giudiziali i soldati ancora in servizio; anzi essi devono respingersi d'ufficio, qualora la parte contraria non sollevi eccezione [98]). S'eccettua il caso che il mandato giovasse al loro inte-

---

89) fr. 4 *De re iudic.* [42 1].

90) Cap. 5 in fin. h. t. in 6.to.

91) CARPZOV, parte III Decis. 203. — RITTERSHUS, *Differentiae iuris civ. et canon.* lib. V cap. 12.

92) BOEHMER § 13 n. 2 p. 908. — BERGER, *El. disc. for.* § 2. — HOFFMANN, *De orig. et cond. proc.* 4 7 p. 43. — WIESAND, *Op. iur.* Sp. 9 1 p. 113.

83) C. 1 2 Caus. 3 9 7.

94) VOET, *Domm. ad P.* h. t. § 4. — COCCEIO, l. c. 9 8 h. t. — EMMINGHAUS, ib., *b.* — DAPP § 131.

95) § ult. *de Exc.* [4 12].

96) STRYCK, h. t. § 19.

97) Tit. Cod. « Ne liceat pot. » — WERNER, I p. I. obs. 283. — DAPP, § 153. Oggidì però si ammettono tali procuratori, se nulla si eccepisce contro la loro persona. — M. G. WERNER, *Lectiss. Comm.* h. t. § 6.

98) Fr. 8 § 2 54 h. t., § 11 *De exc.* [4 12], c. 5 *De cond. ob c.* [4 6]. Il motivo di questo divieto legale è certo quello, che facilmente soffrirebbe a danno dello Stato il servizio dell'esercizio di altrui negozii forensi. — DE

resse, ovvero che la cosa, di cui essi abbiano assunto la difesa in giudizio, concerna il loro reggimento o la loro compagnia [99]). Essi devono ammettersi solo in tal caso e non in altri: comparissero pure pe' loro genitori o la loro moglie [100]). Se però tale procuratore non venisse respinto coll'eccezione d'incapacità alla *litiscontestatio* nè venisse rimosso d'ufficio, il processo non deve stimarsi invalido [1]). Anco gli ecclesiastici non devono occuparsi in processo di affari mondani, ciò che non potrebb'essere senza detrimento de' loro ufficii spirituali [2]). In affari della lor chiesa, come pure per stretti parenti e persone miserabili vengono tuttavia ammessi: in tali casi è infatti loro concesso anco di postulare in giudizio (§ 363). Che del resto un procuratore stia ancora sotto la *patria potestas,* non impedisce la sua ammissione in giudizio [3]), poichè un *filiusfamilias* nelle cose estranee alla famiglia, in cui il padre nè concorre nè diventa responsabile, gode i diritti di un *paterfamilias* [4]).

§ 394.

Chi può costituire un procuratore?

Il diritto di costituire un procuratore appartiene a chiunque è interessato nella controversia, che si agita, sia come attore che come convenuto. Chi dunque o non può stare in giudizio o almeno non può trattarvi da solo le cause, non può o non può almeno da sè solo costituire un curatore. Tali sono:

GREVE, *Ex. ad Pand. loca diff.* IV § 13 p. 100. A' veterani invece è espressamente concesso, quand'abbiano, terminata la ferma, ottenuto il congedo, di presentarsi come procuratori in giudizio: fr. 8 § 2 h. t.

99) L. c.

100) § 11 cit. C. 7 *De proc* [2 12].

1) Fr. 8 § 2 cit.: « nisi hoc tempore litis contestatae quocumque casu praetermissum est ». — GIFANIO, *Lect. Alt.* p. 18 n. 18.

2) Nov. 123 6 cap. 2 4 X *Ne eccles. vel. mon. sec. nec.*

3) Fr. 8 pr. h t.: « Ipse quoque filius procurator deri potest et ad agendum et ad defendendum ».

4) Fr. 9 *De his, qui sui* [1 6].

I. Le persone viventi sotto tutela [5]). Fra queste:

A. Sono affatto incapaci a costituire un curatore i pazzi e i furiosi, che non abbian lucidi intervalli [6]), nonchè i fanciulli minori di sette anni. Per costoro agisce il tutore o curatore, ovvero si nomina un attore. I sordi e i muti appartengono a questa categoria solo in quanto non abbiano l'uso conveniente della ragione: altrimenti non è loro vietato di nominare un procuratore se appena abbiano modo di manifestare in alcuna guisa la loro volontà [7]). In tal maniera ponno essi infatti conchiudere contratti consensuali [8]) e però anche impartire mandato in affari giudiziali [9]).

B. Non ponno invece nominare un procuratore giudiziario senza consenso del tutore:

a) Impuberi e minorenni [10]). Chè tali persone non sono capaci di comparire in giudizio senza assistenza de' loro tutori o curatori [11]). Se però un minorenne avesse costituito un procuratore da solo e senza il suo curatore e la sentenza gli fosse quindi stata favorevole, non è dessa invalida e non potrebbe impugnarsi [12]) pel motivo che il procuratore del minorenne non sia stato costituito nel modo prescritto e però tutti i suoi atti debbano riputarsi nulli. Chè ciò sarebbe contro l'intenzione delle leggi, per cui i minorenni sono difesi contro danni incontrati per la leggerezza dell'età loro, non invece esclusi da quanto loro torna a profitto. Per tal motivo ciò si estende anco ai pupilli, che avessero senza consenso del tutore

---

5) Fr. 8 pr. cit., fr. 17 § 21 *De ini.* [47 10]. — VOET, h. t. § 2. — SCHULTING, h. t. § 4.

6) DAPP, § 103.

7) Fr. 43 pr. h. t : « Mutus et surdus per eum modum qui procedere potest » (cioè « suam potest de ea se declarare voluntatem » come dice POTHIER, h. t. 19 n. f.) « procuratorem dare non prohibetur ». — FABRO, *Rat.* h. l.

8) Fr. 4 § 1 *De p.* [2 14], fr. 48 *De O. et A.* [44 7], fr. 124 pr. *de R. I.* [50 17].

9) DAPP, § 134.

10) C. 11 h. t.

11) Tit. Cod. « Qui legit. pers. standi » § 2 *De cur.* [1 25] c. 6. *Quomodo et quando iud.* [7 42].

12) C. 24 h. t.

nominato un procuratore — caso tuttavia, che non può essere frequente [13]) *a*);

b) prodighi dichiarati tali con sentenza giudiziale [14]):

c) donne, ne' luoghi, in cui v'ha la tutela muliebre [15]). Per diritto romano le donne ponno nominarsi da sè un procuratore, come ponno agire e difendersi in persona [16]).

Riguardo poi:

II. A quelle persone, che sono ancora nella *patria potestas*, esse non ponno costituire un procuratore *ad litem* nelle materie attinenti al peculio profettizio o avventizio ordinario, fuorchè il padre sia assente o pazzo [17]), chè esse ponno agire solo in tal caso [18]): invece possono valersi di un procuratore a loro scelta, se debbono difendersi come convenuti in tali cose [19]). È pur certo che un *filiusfamilias* può costituire un procuratore [20]) nelle liti relative al suo peculio castrense, quasi castrense o avventizio irregolare, purchè abbia l'età occorrente all'amministrazione di tali beni, nè solo come convenuto, ma anco come attore: perocchè in tali cause può agire e difendersi anco personalmente [21]) *b*).

---

13) LAUTERBACH, h. t. § 35. — DAPP, § 106.
14) Fr. 1 *De cur. fur.* [27 10] c. 1 *eod* [5 70].
15) LAUTERBACH, § 36. — DAPP, § 108-113.
16) STRYCK, h. t. § 17. — DAPP, § 107.
17) Fr. 8 pr. h. t. — DAPP, § 120-1.
18) Fr. 18 § 1 *De iud.* [5 1]. — DAPP, § 28-9.
19) Fr. 8 pr. cit.: « ad defendendum quoque poterit filiusfamilias procuratorum dare ».
20) Fr. 8 pr. cit.
21) Ib. fr. 4 *De iud.* [5 1], fr. 52 § 6 *De furt.* [47 2]. — DAPP, § 30.

---

a) Allorchè un minore raggiunge la maggiorità pendente il giudizio, la procura spedita da chi lo rappresentava mantiene la sua efficacia finchè l'altra parte non abbia notificato la cessazione in esso della qualità, in virtù della quale si spedì la procura: cfr. Appello di Cagliari 23 novembre 1870, *Monitore de' Tribunali* 1872 p. 23.

b) Da noi vi hanno persone *assolutamente* incapaci a stare in giudizio e quindi a costituire un procuratore (minori non emancipati, codice civile art. 224 277; gl'interdetti giudizialmente, codice civile 329, codice procedura civile 136; i condannati a pene criminali durante la pena, codice penale 22: non però i commercianti falliti, vedi MATTIROLO, *Diritto giudiziario italiano* II 5) e persone *relativamente* incapaci, cioè bisognose di speciale autorizzazione (donne maritate per alcuni atti, codice civile 136;

§ 395.

Quid iuris ***se più procuratori sono stati costituiti per la stessa causa?***

Ponno venir nominati anche più procuratori per l'istessa causa. Anzitutto occorre vedere se tutti questi procuratori sono parificati e se uno deve fungere da principale e gli altri da sussidiarii e sostituti. In tal caso il sostituto non può immischiarsene, finchè sia cessato, per esempio, per morte il mandato del principale o questi sia altrimenti [22]) impedito dal comparire in giudizio. Se invece tutti son parificati, bisogna distinguere se furon nominati da più compartecipi alla stessa lite aventi un interesse distinto o se invece la nomina è fatta da un solo, a cui appartenga tutta la lite. Nella prima ipotesi è lecito a ogni partecipe di nominarsi il suo procuratore per la parte che lo riguarda, sicchè più procuratori potranno agire insieme in giudizio. Nella seconda invece bisognerà di nuovo distinguere se il mandato fu affidato contemporaneamente o in tempi diversi [23]). In tale ultimo caso il posteriore mandato di regola abolisce il primo [24]). Se invece il *dominus litis* ha nominato contemporaneamente varii procuratori tutti principali per l'intera causa, ciò non ha per diritto romano l'effetto ch'essi possano agire insieme e contemporaneamente in giudizio, ma uno solo fra essi vien ammesso in giudizio, quegli cioè che pel primo si assume l'affare, sia istituendo l'azione, sia iniziando la difesa, e gli altri restano esclusi [25]).

---

22) *Ultimo Congedo* del 1654 § 100.

23) Fr. 31 § 1 h. t.: « Unius litis plurium personarum plures dari procuratores non est prohibitum ». — GIFANIO, *Lect. Alt.* p. 27 5 seg.

24) Fr. 31 § 2 ib. c. 14 X h. t. Mediante il mandato dato a un secondo procuratore e l'accettazione di questo, si revoca tacitamente il mandato prima affidato: TOMASIO, *De revoc. tacita mandati iudicialis* § 26. — OBERHAUSER, *Prael. canon.* I 38 § 6.

25) Fr. 32 h. t.: « Pluribus procuratoribus in solidum simul datis occupantis

---

tutori, codice civile 296; minori emancipati e maggiori inabilitati, codice civile 318 339): sul *genitore* in esercizio della *patria potestas* e gl'immessi temporaneamente nei beni dell'assente, vedi MATTIROLO, l. c. p. 14-15.

Il motivo è che da una parte la causa può trattarsi meglio da un solo; tutti insieme s'impedirebbero a vicenda con danno del principale; d'altra parte poi parrebbe poco equo il gravare la condizione dell'avversario colla costituzione di più procuratori, coi quali tutti egli dovesse insieme lottare [26]. Pel motivo stesso si osserva la stessa cosa oggidì nelle Corti supreme, per cui nella prasi non si ponno nominare più procuratori principali per la stessa lite, ma bisogna restringere il mandato ad un solo procuratore principale [27]. Ma il diritto canonico [28] devia qui dal diritto romano, permettendo la contemporanea costituzione di parecchi procuratori principali e la loro azione comune in giudizio. Se però anco per diritto canonico uno deva escludere l'altro, dipende dal modo di costituzione. Questa può essere indeterminata o determinata. Nella prima ipotesi bisogna ammettere ch'essi sieno stati costituiti per la comune tutela degli interessi loro affidati: l'uno non può senza l'altro fare alcun passo [29], nemmeno coll'assenso della parte avversaria — poichè sarebbe a danno del principale [30]; a eccezione però di inevitabili impedimenti [31]. Se invece i varii procuratori sono stati nominati in modo determinato, ciò può essere o colla clausola « in solido » o coll'altra « si non omnes ». Nella prima specie tutti insieme, come uno per tutti possono curare l'adempimento del mandato ed anzi ha qui luogo una prevenzione. Se cioè uno precorre l'altro nell'assumersi la cosa, esso esclude l'altro finchè egli amministra e può amministrare la cosa. Solo nel caso che più non possa o voglia agire, l'altro può continuare la causa [32]. Nell'altra ipotesi invece non ha luogo prevenzione:

---

melior condicio erit, ut posterior non sit in eo quod prior petit procurator »: fr. 24 § 1 *De adm. et per.* [26 7].

26) Donello, 18 15. — Brunnemann ad fr. 32 h. t. — Wernher, *Lectiss. Comm. in P.* h. t. § 7. D'altro avviso Fabro ad fr. 32. Ma veggasi Stryck, h. t. § 25 e Cocceio, h. t. g. 6.

27) Stryck, § 27. — Hanzely, *Fortsetzung* (Continuazione delle linee fondamentali della odierna prassi della Corte imperiale) p. 115, n. — Dapp, § 290.

28) Cap. 6 *De proc.* in 6.to

29) G. 4. — Boehmer, § 714 *Princ. i. can.*

30) Dapp, § 255 2 p. 186.

31) Claproth, *Introduzione* cit. § 82 p. 347.

32) Id. l. c. — Berger, *Oec. iur.* 4 9 3. — Danz, *Elementi* cit. § 43 p. 115.

l'uno può agire solo e senza l'altro, se questi è impedito o non vuole partecipare alla cosa [33]). I principii del diritto canonico sono accettati, secondo la testimonianza di esperti giuristi, anco dall'uso forense attuale [34]). WERNHER [35]) invero stima che oggidì anche nel caso di una nomina in solido di più procuratori colla clausola « tutti o ciascuno » deva cadere la prevenzione e però quel procuratore che pel primo s'è accinto alla cosa più non possa escludere l'altro, perocchè tale precetto, sia nel diritto canonico, sia nel romano, si fondava sul *dominium litis,* di cui oggi son cessati gli effetti. Ma già altri hanno notato sorgere l'efficacia della prevenzione dal fatto che « uno fu costituito in luogo di tutti »: poter quindi essa aver luogo, anco senza ammettere una proprietà della lite [36]) [a]).

§ 396.

Del procurator in rem suam [b]).

L'incarico di condurre un processo può in varii casi concernere l'interesse stesso del procuratore. Un tal procuratore che viene in giudizio a nome altrui e a proprio vantaggio dicesi *procurator in rem suam.* Tale è il caso ch'io ceda altrui un credito, ch'egli esigerà

---

33) SCHILTER, *Prax. i. r.* X § 55: « Clausula in *solidum* in procuratibus divisionem et occupationem atque exlusionem insert: at clausula *coniunctim et singulatim* magis intendit coniunctionem et simultaneam admissionem, in eventum autem et divisionem admittit ».

34) BOEHMER, *Ius. eccl.* I 1 38 § 14. — LAUTERBACH, h. t. § 48. — STRYCK, h. t. § 27 39.

35) *Obs. for.* II 9 obs. 38.

36) BOEHMER, *De dominio litis* c. 3 § 7. — CLAPROTH, *Introd.* cit. I § 82 p. 349.

---

a) Le conclusioni, a cui l'A. perviene, sono pur quelle, che devonsi accogliere pel diritto attuale.

b) Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess* (La procedura civile del diritto comune) vol. II p. 448 seg. — Per la nostra giurisprudenza il procuratore legalmente esercente può stare in giudizio per sè stesso, senza bisogno dell'assistenza di altro procuratore (in senso contrario Appello Casale 31 gennaio 1868 e Appello Torino 24 maggio 1864).

in mio nome in giudizio, per tenersi però quanto gli pagherà il debitore. Secondo la sottigliezza del diritto romano i crediti personali non ponno scindersi interamente dalla persona del primo creditore, e però non ponno trasmettersi ad altri creditori in guisa, che questi possono esperire in proprio nome l'azione diretta contro il debitore del cedente. S'io quindi vendo altrui un credito o glielo cedo altrimenti, egli può esperire in suo nome un'azione utile[37]; ma per intentare l'azione diretta devo dargli un mandato perchè possa chiedere in giudizio la cosa in mio nome e come mio procuratore[38]. Il cessionario doventa così *procurator in rem suam.* Che se anche un tal procuratore si deve ritenere come principale in vista dell'efficacia del mandato, talchè egli può persino transigere col debitore ceduto[39], va tuttavia considerato come vero procuratore riguardo all'obbietto e al diritto, per cui viene in giudizio; poichè in tale doppio riguardo agisce in nome altrui[40]. Altro caso, in cui il *procurator in rem suam* agisce come attore, è quello di un minore che senza mandato assuma gli affari di un maggiorenne e lo danneggi con mala amministrazione. In tal caso il minorenne deve o cercare in persona la *restitutio in integrum* contro i proprii atti o cedere all'altro il suo diritto in guisa, che questi come *procurator in rem suam* cerchi in nome ed ex mandato del minore la restituzione in intero[41]. Ma vi sono pur cose in cui il *procurator i. r. s.* sta in luogo del convenuto. Si pensi al caso, in cui la condotta del processo è affidata ad uno, che è tenuto a rappresentare giuridicamente il principale e deve risarcirlo, se il processo si perde. Per esempio, il compratore ha costituito procuratore il venditore: il fideiussore ha costituito il debitore principale[42].

---

37) Fr. 55 h. t.

38) FINESTRES, *Herm.* II 460. — HOEPFNER, *Comm.* § 992.

39) Fr. 13 § 1 *de p.* [2 14], fr. 25 h. t. c. 9 eod.

40) LAUTERBACH, *De proc. in rem suam* § 7 seg. — GUNDLING, *Larva procuratori i. c. s. detracta* [*Gundlingiana* 6 2]. — CRAMER, *Obs. i. univ.* IV 767.

41) Fr. 24 pr. *De min.* [4 4].

42) Fr. 42 § 2 h. t.

§ 397.

Quali cose possano e quali no amministrarsi per mezzo di un procuratore [a].

Per nominare un procuratore non basta avere il diritto di farlo e neppure che il nominato accetti: occorre eziandio che la causa da trattarsi in giudizio sia di tal fatta da ammettere un procuratore. Per giudicare di ciò, bisogna distinguere fra cause civili e penali. Per le prime vale la regola che in tutte si ammette il procuratore (e ciò tanto per diritto romano che per l'attuale), purchè le leggi non statuiscano un'eccezione o il giudice per buone ragioni tolte

---

a) La nostra legislazione lascia libero alle parti di valersi o meno del ministero degli avvocati, ma esige invece che si faccia uso nella massima parte de' casi di quello de' procuratori: sistema questo che sembrò a molti contrario alla naturale libertà delle parti e, come disforme dal diritto comune, fu da varie odierne legislazioni riprovato. Ma vi sono, come fra molti avverte bene anche il MATTIROLO, l. c. II 125, ragioni di interesse pubblico e privato che consigliano questa deroga dai principii del diritto comune. I privati imperiti delle leggi e della prassi forense abbandonati a sè stessi cadrebbero in frequenti e gravi errori, una parte sarebbe facilmente vittima delle sorprese dell'altra più esperta e meglio consigliata: si pensi inoltre agli inevitabili ritardi, alle facili intrusioni e a' maneggi di *cupidi intriganti senza missione e senza responsabilità* [Relazione PISANELLI sul codice di procedura civile p. 74]. — In cassazione poi (Codice procedura civile 522 524 531 538) non è ammesso il procuratore: la parte è tenuta a valersi di un avvocato, che ad un tempo rappresenti il proprio cliente e ne difenda le ragioni.

Il ministero poi del procuratore non è necessario:

1. Ne' giudizii avanti i pretori e conciliatori, in cui le parti ponno tanto comparire personalmente, quanto farsi rappresentare da persona munita di mandato generale o speciale per ciascun giudizio: codice procedura civile art. 156.

2. Ne' giudizii avanti i tribunali di commercio. Se però la parte non vuole comparire in persona, dovrà farsi rappresentare da uno dei procuratori legalmente esercenti presso il tribunale civile o la Corte di appello, art. eod. capov. — E lo stesso deve secondo l'art. 231 del regolamento generale giudiziario dirsi del caso, che un tribunale civile eserciti le funzioni di tribunale di commercio.

3. In varie cause speciali di cui agli articoli codice civile 67, legge 20 marzo 1865, allegato A, 39 40 75 ecc.

4. In alcune pratiche e istanze speciali, cfr. codice procedura civile.

Le amministrazioni poi dello Stato, tanto attrici che convenute, possono essere rappresentate da' proprii funzionarii, senza bisogno del concorso o dell'assistenza di procuratori o di avvocati (MATTIROLO, l. c. II n. 25 26 141).

dalla natura e dalle circostanze della causa, che si agita, non esiga il personale intervento delle parti [43]).

A. Ne' seguenti casi non s'ammettono procuratori in giudizio per espressa eccezione di legge.

I. L'attore in un'*actio popularis* non poteva costituire procuratore [44]). Siccome ognuno fra il popolo poteva esperire tale azione, sembrava inopportuno lasciare che agisse come procuratore colui, che legalmente poteva agire in proprio nome [45]). Un'eccezione aveva luogo nel caso in cui al bene comune fosse unito anco il privato dell'attore: in tal caso però l'attore non avrebbe potuto valersi di procuratore senza [46]) previa inchiesta.

II. Anche nell'interdetto, con cui il padre ripete i proprii figli, non s'ammette procuratore, tranne che dietro opportuna indagine si constati essere il padre impedito da malattia o altra legittima ragione dal trattare personalmente in giudizio la cosa e inoltre il procuratore possa mostrare uno speciale mandato [47]).

III. Di regola ogni giuramento deve prestarsi personalmente dalla parte, a cui è riferito o deferito e non s'ammette procuratore, neppure con speciale mandato *ad hoc* [48]) [a]); tranne che v'acconsenta

---

43) C. 26 h. t.: « In pecuniaris controversiis, etsi specialiter hoc praecepti vel sententiae minime designat auctoritas, passim unicuique, si tamen ita maluerit, per procuratorem respondandi tribuimus facultatem: nisi forte quosdam, iustiores nonumquam ob causas, vehementior maximi iudicis vocalis auctoritas ». — GIFANIO, l. c. p. 95. — POTHIER, h. t. 15 *m* p. 105.

44) Fr. 5 *De pop. act.* [47 23].

45) VOET, h. t. § 16.

46) Fr. 42 45 § 1 h. t., fr. pen. *Ne quid in l. p.* [43 8], fr. 3 fin. e fr. 6 *De sep. viol.* [47 12].

47) Fr. 40 pr. h. t.

48) C. 12 § 4 *De R. Cr.* [4 1] n. 124 1, fr. 9 § 6 *De iur.* [12 2]. — MALBLANC, *De iureiur.* § 94. — CLAPROTH, *Intr.* cit. II § 332. — DAPP, *Sulla legitimatio ad litem* [ted.°] § 182-3. — PUETTMANN, *Electa* 4.

---

a) Cfr. art. 226 codice procedura civile. — L'art. 221 poi dispone che « il procuratore non può deferire, accettare, o riferire un giuramento decisorio, rivocare il giuramento deferito, o dispensare dal prestarlo senza mandato speciale per quest'oggetto, salvo che la parte sottoscriva la comparsa ». — Tale divieto riguarda solo quello decisorio e tale non è il giuramento che mira solo a determinare, per esempio, la cifra de'pagamenti fatti a sconto del debito formante obbietto della lite: vedi in questo senso l'Appello di Cagliari sentenza e luogo sopra citati. — Per opporre poi

la parte contraria o che il giuramento venga deferito fin dal principio al procuratore o che le leggi speciali o la consuetudine forense d'un paese ammettano la prestazione di giuramento per mezzo di procuratore[49] *a*).

B. Il giudice può esigere, oltre questi casi, la personale comparsa delle parti in giudizio, ogni volta che vi sia una sufficiente ragione[50]. Tali casi sarebbero i seguenti

I. Se la natura sommaria del processo richiede un dibattimento orale o se per altro motivo si rende necessaria la presenza d'una parte, per esempio:

a) Nel processo consistoriale, specialmente se si tratti di cose matrimoniali e del componimento delle parti dissenzienti[51] o se per gli speciali ordinamenti di un consorzio è necessario un procedimento orale[52];

b) Nel processo cambiario, in cui si proceda alla cattura del debitore in caso di mancato pagamento, previo riconoscimento avvenuto o ammesso come avvenuto de' documenti relativi all'azione cambiaria. Per tal motivo il debitore cambiario deve comparire assolutamente in persona, mentre il creditore può certamente valersi d'un procuratore[53];

c) Ne' tribunali militari, in cui (tranne che diversamente comporti l'importanza delle cose) non soglionsi ammettere procuratori[54].

---

49) Anche ne' supremi giudizii dell'Impero s'ammette la prestazione del giuramento per mezzo dei procuratori a ciò specialmente deputati. — TAFINGER, *Inst. iur. cam.* IV 1 § 822. — PUTTER, *Einleitungen* [Introd. ed esempi del diritto pubblico tedesco] I 4 num. 10 p. 457 39.

50) C. 1 *De iud.* in 6.to. — G. L. BOEHMER, *Princ. iur. can.* § 711. — MEISTER, *Practische Bem.* [Oss. pratiche di diritto civile e penale) II 273.

51) LEYSER, Sp. 53 m. 5. — BOEHMER, l. c. § 711 1 6.

52) MEISTER, l. c. II 26 10.

53) C. G. RICCIUS, *Ex. iur. camb.* 17 Sect. IV § 16. — PESTEL, *De proc.* § 7. — PUETMANN, *Grundsaetze* [Elem. del diritto cambiario] § 170 a. — DANZ, *Elem. della procedura sommaria*, § 45 c. *).

54) LEYSER, 53 1.

---

l'*inamissibilità di un giuramento decisorio* fu rettamente giudicato non occorrere un mandato speciale; tribunale di Catania 25 agosto 1870. *Monitore de' Tribunali* 1872 p. 465.

a) Su altri casi richiedenti il mandato speciale vedi codice procedura civile art. 299, 301, 344 e 522. Vedi più innanzi pag. 149, nota *a*.

d) Nelle materie di poca entità [55]).

II. Inoltre il giudice può esigere l'intervento personale della parte in giudizio, se una parte ha fondato diritto alla comparsa in persona dell'altra e ne reclama l'adempimento. Così in materia d'ingiurie, ove si tratti della revoca, della ritrattazione o della dichiarazione d'onore, per cui s'ammette un procuratore da parte dell'attore, che sia specialmente a ciò incaricato, ma il convenuto deve comparire in persona e compiere quell'atto, se vi venga condannato [56]) [a]). S'eccettua il caso che [57]) l'offeso accordi l'uso di un procuratore. Rispetto alle cause penali va fatta una distinzione fra il processo romano e l'odierno. Nel primo, non s'ammette procuratore nè da parte dell'attore, nè da parte dell'accusato [58]). Per l'attore l'ammissione d'un procuratore trovava ostacolo nella *inscriptio in crimen,* poichè l'accusatore doveva obbligarsi alla *poena talionis* [59]): da parte invece del convenuto non si concedeva un procuratore, perchè questi, secondo la procedura romana, sarebbe divenuto *dominus litis* e la sentenza sarebbe stata contro di lui pronunciata ed egli condannato alla pena: cosa naturalmente assurda e contraria alla regola *quod reatus suum teneat auctorem* [60]). Tuttavia a ognuno si concedeva di assumere la difesa dell'imputato, anco senza speciale rapporto con esso [61]), poichè un tal difensore non era tanto un procuratore dell'accusato,

---

55) Ib. m. 2.

56) Id. 543 2. — Quistorp, I § 326-7. — Weber, *Sulle ingiurie* cit. II p. 37.

57) Dapp, § 184 i.

58) Fr. 13 § 1 *De pu. iud.* [48 1] c. 11 i. f. *De ini.* [9 35]. — de Toullien, *Collect. iur. civ.* IV c. 1. — Boehmer, *De pot. procur. in caui. crim.* Halle 1726, 2.ª ediz. 1733. — Dapp, § 185-216.

59) Fr. 7 e c. ult. *De acc.* [9 8].

60) Boehmer, § 6.

61) Fr. 33 § 2 h. t. c. 5 *De acc.* [43 2].

---

a) L'intervento personale dell'imputato non si esige nella nostra legislazione in varii casi di giudizio penale avanti i pretori, i tribunali correzionali e le Corti d'appello. Avanti il pretore esso può anzi valersi di qualunque mandatario, mentre davanti i tribunali e le Corti ha obbligo di servirsi di uno speciale procuratore scelto fra quelli legalmente esercenti presso quel tribunale o quella Corte. Sulla rappresentanza della parte civile, vedi poi: codice procedura penale art. 277.

quanto piuttosto un difensore de' diritti dell'uomo [63]). Chè a tutta l'umanità deve premere che non venga condannato un innocente. Secondo l'attuale diritto penale s'ammette di regola che l'accusatore possa valersi d'un procuratore [64]), non essendovi in Germania il *vinculum inscriptionis in crimen* [65]), vanno però eccepiti naturalmente que' casi in cui per la speciale indole della causa si esiga necessariamente la presenza delle parti [66]). Rispetto invece all'imputato anche oggidì non s'ammette un procuratore nelle fasi precipue (sia che trattisi di processo accusatorio che d'inquisitorio), che non sogliono intraprendersi senza la presenza dell'imputato: per esempio, risposta a' quesiti d'accusa, prestazione del giuramento di purgazione, tortura, confronto, ecc., in cui s'esige che siavi l'imputato in persona [67]). Se poi si tratta di atti secondari e di materie che, senza scapito della giustizia, ponno compiersi anco da procuratore, dove non ci sono interrogatori, ma solo si tratta, per esempio, delle scuse per l'assenza, della richiesta d'un passaporto o d'un termine, ecc., non v'è dubbio che si ammetta anche un procuratore da parte dell'imputato [68]) [a]).

§ 398.

In quali casi le parti devono costituire un procuratore in materia giudiziale ed a quali atti possa venire obbligato un procuratore per la condotta d'un processo.

Se la causa è siffatta, da ammettere un procuratore, è per regola libero alle parti, ove sieno capaci, di attendervi personalmente an-

---

63) Fr. 6 *De appell.* [49 5]: « credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere »: e fr. 33 h. t.: « Publice enim utile est absentes e quocumque defendi, nam et in capitalibus iudiciis defensio datur ».

64) C. C. C. 12 14.

65) Boehmer, § 34.

66) Quistorp, III § 551.

67) Westphal, *Criminalr.* [Diritto criminale], n. 118. — Dapp, § 229.

68) Koch, *Inst. iur. cr.* § 704. — Quistorp, l. c. — Dapp, § 230.

---

a) Cfr. codice procedura penale art. 271.

zichè ricorrere al procuratore. Ma v' hanno anche casi, in cui le parti devono costituirle. Tali sono:

I. Pel diritto romano il caso, che le parti sieno persone illustri [69]). Bisogna sapere [a]) che al tempo dell'impero orientale le più alte dignità e funzioni dello Stato si distinguevano in tre classi diverse, che s'indicavano o col titolo di *illustres* o di *clarissimi* o di *spectabiles*. Agli illustri appartenevano specialmente il *praef. urbi*, i *praef. praetorio*, i consoli, i *magistri militum* — ai *clarissimi*, i *comites consistoriani*, i *rectores provinciarum*, i presidi e i *consulares* — agli *spectabiles* finalmente il prefetto augustale, i proconsoli, il conte d'oriente e *cuiuslibet tractus vicarii* [70]). Per la c. 25 h. t. non solo gl'illustri, ma puranco altri distinti funzionarii appartenenti alla categoria de' *chiarissimi* o degli *spettabili* devono far condurre i proprii affari giudiziarii per mezzo di procuratore. Da una parte infatti si credeva che coll'agire in persona ne sarebbe scapitata la loro alta dignità, dovendo come tutti gli altri stare davanti ai tribunali e dall'altra si temeva che il giudice della loro presenza venisse turbato in una spregiudicata disamina della cosa e da questa distolto [71]). Ma GIUSTINIANO restrinse poi questa legge ai *magnificentissimi illustres*, come li chiama [72]), mancando a parecchi, che pur si trovavano fra i chiarissimi o i conti, il patrimonio necessario per incontrare le spese che richiede la costituzione d'un procuratore. Donde si vede che queste leggi romane si riferiscono alla speciale costituzione di quello impero e non ne va fatto uso o almeno non si devono ordinare così i diritti delle persone illustri in Germania [73]).

II. I consorti di una lite devon nominare un procuratore co-

---

69) C. 25 h. t. n. 71 1.

70) GUTHERIUS, *De off. dom. aug.* I 4. — GOTOFREDO *ad Cod. Th.* I 335 [Ritter].

71) Tali ragioni adduce lo stesso GIUSTINIANO, Nov. 71 1. — Vedi GIFANIO, *Sect. alt.* ad c. 25 cit.

72) N. 71 cit.

73) RITTERSHUSIO, *Exp. Nov.* IX 9 15. — STRYK, h. t. § 13. — BEIER, *Pos. ad Pand.* h. t. 16. — WERNHER, h. t. § 8. D'altro avviso PESTEL, o. c. § 5.

---

a) Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, l. c. III p. 168.

mune: altrimenti l'insinuazione degli atti giudiziali, se dovesse farsi a ciascuno separatamente, apporterebbe lungaggini soverchie.

III. Se litigano collegi o comunità, che non possono per la loro natura intervenire in persona.

IV. Se taluno non ha domicilio nel luogo in cui si tratta la causa.

V. Se secondo l'ordinamento del giudizio, avanti cui pende la causa, è necessaria la costituzione d'un procuratore [74]).

Di regola non si può poi costringere un procuratore che non voglia saperne a prendersi cura di un processo altrui [75]). Si fa tuttavia eccezione:

I. Pe' procuratori pubblicamente ordinati, che non ponno ricusare il mandato in cose forensi senza rilevante motivo [76]).

II. Il procuratore che in nome dell'attore tratta una causa deve assumerne anche la difesa, se il convenuto agisce in riconvenzione [77]); a ciò anzi le leggi obbligano anche i procuratori presunti [78]). Anzi un *procurator in rem suam* è tenuto anche a difendere il cedente, nel cui nome agisce, se la cessione non avvenne *ex necessitate* — come dice ULPIANO [79]) — cioè, come di solito si spiega, *ex causa onerosa*, vale a dire in forza di una vendita [80]) o — secondo la spiegazione che altri giureconsulti [81]) ritengono più conforme a quelle parole [82]) —

---

74) NETTELBLADT, *Versuch* (Saggio d'una guida a tutta la giurisprudenza pratica) § 121. — MALBLANK, *Anleitung* (Guida allo studio dell'ordinamento del giudizio imperiale, ecc.) III § 65.

75) Fr. 8 § 1 c. 17 h. t.

76) Ordinamento del giudizio camerale I tit. 19 § 5. — HUBER, *Prael iur. civ.* h. t. § 10.

77) Fr. 33 § 3 4 h. t. Nè s'oppone la c. 17 h. t. Vedi COCCEIO h. t. 9 11. Che ciò valga tuttora, avendo la sua ragione nella natura del mandato e non nel *dominium litis*, mostra il BOEHMER, *De dominium litis* 3 § 16.

78) Fr. 35 h. t.

79) Fr. 33 § ult. h. t.: « Si quis in rem suam procurator interveniat, adhuc erit dicendum debere eum defendere [il principale] nisi forte *ex necessitate* fuerit factus ».

80) Così CUIACIO ad h. fr. — GIFANIO, l. c. p. 32. — BACHOVIO *ad Treult* IX 1 A. — POTHIER l. c. h. t. 35 a. — PACIO, *Leg. concil.* Cent. II 9 48. — COCCEIO, h. t. 9 12 ecc.

81) NOODT, h. t. *opp.* II 87. — FABRO, *Rat.* ad h. t. — VOET 5 1 § 84.

82) Per esempio, se il creditore potè accettare un credito del debitore in luogo

se il *procurator in rem suam* ha dovuto farsi cedere il credito in luogo di pagamento o se la cessione avvenne in seguito a un regresso [83]). In tali circostanze non si può pretendere che il procuratore debbasi assumere la difesa del principale in caso di riconvenzione [84]) [85]). Tale obbligo cade ancora se il procuratore in *rem suam* non agisce in nome del principale, ma — come è pur lecito — in proprio nome con un'*actio utilis*.

Chè a tal caso non si riferisce neppur l'Editto del Pretore, del quale ULPIANO [86]) ci ha conservato le parole, che presuppongono senz'altro che il *procurator in rem suam* esperisca l'azione cedutagli in nome del principale. La cessione deve naturalmente essere avvenuta senza dolo e non nell'ingiusta mira di rendere vana la riconvenzione, che potrebbe istituire il convenuto [a]).

---

di pagamento o se in una divisione ereditaria non fu altrimenti possibile il componimento fra' coeredi che dando ad uno in luogo della sua quota un capitale fr. 3 fam. herc. [10 3].

83) Se uno di più fideiussori, per esempio, che sia stato convenuto pel pagamento di tutto il debito si faccia cedere i diritti del creditore, onde avere il regresso contro i confidejussori.

84) Fr. 16 *De pact.* [2 14], fr. 55 *De proc.* [3 3].

85) Di tal caso parla certo il fr. 34 h. t.: « si quis in rem suam procuratorio nomine agat, velut emptor hereditatis, an debeat invicem venditorem defendere? et placet si bona fide et non in fraudem eorum qui invicem agere vellent gestum sit negotium, non oportere eum invicem defendere ». — FABRO, *C. iur. civ.* 12 10, vuole non senza ragione leggere « procurator proprio nomine » anzichè « procuratorio nomine ». Lo seguono in ciò il NOODT, l. c., lo SCHULTING, h. t. § 14, il REINOLD, *Varia* 18 e *Opusc.* [ediz. JUGLER] p. 140 seg. Altri invece intendono il fr. 34 di un *procurator in rem suam*, che istituisce l'azione diretta *ex cessione titulo oneroso facta:* DONELLO, C. I. C. 18 3 p. 1049. — VOET, l. c. — POTHIER, h. t. 33. — BECMANNI, I dec. XIV n. 6.

86) Fr. 33 § 3 h. t.

---

a) Le legislazioni moderne che sanciscono l'obbligo di valersi di un procuratore in linea generale si astengono dal richiedere un mandato espresso per il procuratore comparente, il che fu giustamente interpretato nel senso che appunto il procuratore non avesse bisogno di esserne munito e farne fede. Diversamente, nonostante molte obbiezioni (MATTIROLO, II p. 131 seg. — ALLARD, *Esame critico del codice di procedura civile italiano* p. 76 seg.), il nostro legislatore. Vedi Relazione PISANELLI, p. 76. Codice procedura civile art. 158 159. Il mandato dev'essere in forma autentica o per iscritto privato con autenticazione delle firme. Per le amministrazioni dello Stato,

§ 399 [a]).

Legittimazione del procuratore. Falso procuratore. Fino a che punto ponno ratiabirsi i suoi atti.

Il procuratore deve poter dimostrare tanto al giudice quanto alla parte contraria ch'egli è ammissibile a trattare in giudizio a nome altrui: ciò che dicesi « legittimazione al processo ». Essa appartiene

---

basta che il procuratore presenti una lettera sottoscritta dal capo nel circondario o provincia dell'amministrazione interessata e munita del sigillo d'ufficio. Per le cause avanti i tribunali di commercio il mandato può essere scritto in fine dell'originale o della copia dell'atto di citazione. Il mandato si deposita in cancelleria (o si consegna, secondo i casi, al cancelliere) insieme alla dichiarazione di residenza o elezione di domicilio ecc.

a) Crediamo utile, anzichè seguire passo per passo il testo, esporre qui unite alcune delle massime più importanti della nostra giurisprudenza.

I. Ogni mandato convenzionale o legale di promuovere un'azione in giudizio, ove non apparisca il contrario, autorizza il procuratore a proseguire anco in grado di Appello. Cassazione torinese 1869, 15 settembre.

II. Il mandato generale alle liti conferisce bensì al procuratore l'esercizio ufficiale dell'azione e della difesa, ma non la facoltà di disporne. Cassazione torinese 2 febbraio 1870.

III. Il mandato ad agire per tutto quanto il credito è utile per chiedere le rate del medesimo anche in giudizii diversi. Cassazione Firenze 18 marzo 1860.

IV. Il mandato anche scritto a pie' della citazione deve per le necessarie garanzie presentare la firma del committente, come rettamente (e nonostante pareri diversi, su cui *Monitore de' Tribunali* 1866 p. 140) ha sancito l'Appello di Cagliari 20 settembre 1870. — Per tali ragioni non basta un telegramma con cui taluno incarichi altro di rappresentarlo in giudizio; *ibid.*

V. Invece la prescrizione dell'art. 48 codice procedura civile, con cui si esige che il mandato conferito dal capo di una pubblica amministrazione deve contenere il sigillo d'ufficio, non è a pena di nullità. Cassazione di Napoli 22 settembre 1870.

VI. La disposizione che il mandato debba avere una data anteriore alla udienza non si riferisce a' giudizii sommarii. Appello Cagliari 22 novembre 1870.

VII. Costituito una volta il procuratore devesi fino a prova contraria presumere che continui a rappresentare la parte. Cassazione Torino 25 agosto 1874.

VIII. La parte che oppone al procuratore apparso per l'avversario il difetto di produzione del mandato, deve sollevare in proposito incidente speciale. Appello Milano 30 dicembre 1876.

IX. Il procuratore che rappresenta la parte nella causa principale, se si presenta all'udienza per la discussione di un incidente, non è tenuto a riprodurre il mandato.

X. Anche dopo la legge 8 giugno 1876 ogni cittadino godente de' diritti civili può assumere un mandato generale *ad lites* con espressa facoltà di sostituire senza distinzione o limitazione di luoghi o di cause.

all'essenza del processo ed è tanto necessaria, che la sua trascuranza apporta[87]) la nullità del processo intero. Onde non solo in ogni parte del processo ed anco durante l'esecuzione si può dalle parti instare per la legittimazione[88]); ma è ufficio del giudice rimediare alla mancanza, ove le parti non la rilevino[89]). La legittimazione del procuratore è però diversa secondo che egli agisce in forza d'un mandato vero o d'un mandato presunto: di ciò vedi il paragrafo segueto. Chi non può legittimarsi in modo veruno, ma si spaccia falsamente per procuratore, benchè non abbia mandato reale, nè presunto, dicesi *falso procuratore*[90]), benchè meriti tal nome anche chi dopo mandato legalmente estinto continui scientemente ad agire in giudizio, come se non fosse avvenuta revoca alcuna[91]). Un tal falso procuratore non solo è tenuto per tutti i danni e interessi[92]); ma i suoi atti sono nulli *ipso iure*[93]) e gli si può opporre in ogni fase del processo la *exceptio falsi procuratoris*[94]), qualora almeno la parte, di cui egli si è spacciato rappresentante, non confermi il suo operato[95]). Tale ratifica può sempre aver luogo finchè non sia stata emanata sentenza sulla causa; giacchè fino allora la lite è tuttavia pendente e pertanto niuna delle parti (stante l'incertezza dell'esito) ha già un diritto acquisito, che le possa venir tolto dalla ratifica dell'altra[96]). Ma se

---

87) Ultimo congedo § 121-122 c. 4 X *De proc.* — DAPP, § 2. — SCHMIDT, *Lehrbuch* (Trattato delle azioni ed eccezioni giudiziali), § 20 4.

88) C. 4 X h. t. — BOEHMER, *Ius eccl. prot.* I 38 § 17. — DAPP, § 5.

89) C. 12 X *De exc.* — WERNHER, *Obs. for.* II 6 obs. 37. — BECMANNI, *Cons. et decis.* p. I decis. 16 9. — DAPP, § 6.

90) Nelle Fonti si distingue fra *procurator falsus* e *non verus,* il primo è quello che sa di non aver mandato e falsamente simula di averlo: l'altro invece è quello che crede in buona fede di averlo, benchè erri. Vedi fr. 12 *De sol.* [46 3]. Un *procurator non verus* dicesi talora *falsus*; c. 8 *De cond. iud.* [4 5]. — DE NETES, *Opusc.* II 2 c. 4. — [MEERM, *Th.* IV 127], WALCH ad ECKHARD, *Herm.* I 5 § 178 pag. 346.

91) C. 4 X h. t. — BARDILI, *De falso proc.* c. 3 § 23. — BOEHMER, *Pr. iur. can.* § 717.

92) DANZ, § 127 d.

93) Fr. 27 pr. c. 24 h. t. c. 1 *Quib. res. iud.* [7 56].

94) C. 4 X cit. — BARDILI, l. c. 7 § 74. — BOEHMER, l. c. in fin.

95) SCHORCH, *De ratihab. gest.* Erfurt 1732.

96) Fr. 56 *De iud.* [6 1]. — VOET, h. t. § 10 i. f. — LAUTERBACH, h. t. § 28. — WESTENBERG, h. t. § 14. — COCCEIO, h. t. 9 5 r. ad obj. 2.

la ratifica vien dopo la sentenza del giudice, bisogna — stando alla dottrina prevalente — distinguere se questa è favorevole o sfavorevole alla parte rappresentata dal falso procuratore. Benchè nell'ultimo caso la ratifica possa aver certo luogo anche dopo la sentenza, dacchè con essa il principale non pregiudica ad altri, fuorchè [97]) a sè stesso, tuttavia nel primo caso si giudica universalmente che la ratifica non possa servire a convalidare la sentenza, avendo la parte contraria dal momento che fu pronunciato *pro falso procuratore* un diritto acquisito di impugnarla come nulla e questo diritto non le può venir tolto dalla ratifica compiuta a proprio vantaggio dal principale del falso procuratore [98]). S'eccettua però il caso che la parte avversa abbia avuto notizia che il procuratore non si poteva in alcuna guisa legittimare mediante un mandato di quella parte, per cui esso aveva agito in giudizio e tuttavia non abbia fatto opposizione. Poichè in tal caso essa dovrebbe attribuire a sè medesima se è rimasta senza opporsi in processo con lui e dal momento che avrebbe potuto chiedere la legittimazione, ha riconosciuto implicitamente i suoi atti col silenzio [99]). Tale opinione comune de' giuristi non è però indubitata; si pensi in fatto:

I. Che ULPIANO [100]) senza distinguere dice: *si quis cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta.*

II. Le Fonti dichiaravano *nulli* gli atti del falso procuratore solo a beneficio di colui, a cui appartengono i negozii da quello amministrati: in modo che questi non ha obbligo di riconoscere quanto quegli ha fatto in giudizio senza il suo consenso; sarebbe perciò una *exceptio de iure tertii,* se la parte avversa volesse in tal caso insistere per la nullità del processo, quando il principale del

---

97) Fr. 3 § ult. *Rem. ratam* [46 8], c. l. *Quib. res iud.* [7 56], c. 3 *Quom. et quando* [7 42]. — TRANTZKIUS *ad Dig.* h. t. 28.

98) LAUTERBACH, § 28 l. c. — HUBES, *Prael.* h. t. § 8. — PEREZ *in Cod.* h. t. n. 14. — STRUV, *Syntagma i. c.* 7 27. — ZOEZIO *ad Pand.* h. r. n. 17. — WERUHER, *Obs. for.* I 1 257 ecc.

99) COCCEIO, l. c. resp. 1 ad inf. 3. — EMM. ad l. c. *w.* D'altro avviso è però MÜLLER *ad Struvium* § 27 9.

100) Fr. 56 *De iud.* [5 1].

falso procuratore è disposto a ratificare gli atti compiuti da esso a proprio vantaggio. Ciò che è ordinato a favore di una parte non si deve interpretare a suo danno [1]). Del resto la ratifica può essere anco implicita, per esempio, il principale accetta un atto dipendente da quanto ha operato il falso procuratore od, essendo stata emanata una sentenza contraria [2]), interpone semplice appello alla istanza superiore senza chiedere la sua nullità.

§ 400.

Come avviene la legittimazione d'un procuratore? Concezione delle procure.

Riguardo al modo di fare la legittimazione di un procuratore, esso dipende dalla maniera con cui è stato costituito. Un procuratore può cioè trattare in giudizio in forza di un mandato vero o di un mandato presunto. Nell'ultimo caso la legittimazione consiste nel mostrare che faccia il procuratore di avere tale rapporto col principale, per cui comparisce, da potersi presumere il mandato a stregua delle leggi (§ 388), nonchè nella richiesta cauzione, di cui al § 404. Nel primo caso invece la legittimazione si fa presentando una regolare procura, che può venire impartita tanto oralmente, quanto in iscritto; la procura orale ha luogo se il principale fa mettere a protocollo in giudizio di avere costituito Caio suo procuratore nel processo contro Tizio e se questi parimenti fa mettere a registro il proprio assenso [3]). La procura può però farsi anche fuori di tribunale avanti a notaio e due testimoni: nel qual caso occorre però redigere [4]) un formale istrumento. Appo i Romani una parte soleva avvertire anche l'altra per iscritto della costituzione

---

1) Specialmente vedi Mevio I p. V dec. 98 II p. VI dec. 139. — Schorch, diss. cit. § 14 seg. — Weidler, *De negotiis a falso proc. gestis eorumque ratihab.* Vitt. 1737 c. 4 § 28.

2) Fr. 3 § 1 *Rem Ratam* [46 8]. — Voet, h. t. § 10. — Schorh, § 19.

3) Dapp, § 242 seg.

4) Dapp, § 247 seg.

di un procuratore, il che aveva per conseguenza di rendere superflua una ulteriore cauzione *de rato* [5]). — *Per iscritto* poi la procura avviene mediante redazione di un atto formale ed anco colla semplice forma d'uno schema. Quest'ultimo deve essere scritto o almeno sottoscritto dal principale e fatto in modo che ne appaja chiaramente l'intenzione di mandare [6]). Un tale schema non basta però alla piena legittimazione del procuretore se non è convenientemente riempito o se non si presta cauzione di apportare una regolare procura [7]). Una procura finalmente compiuta deve contenere le parti seguenti: 1.° Il nome, l'ufficio, l'impiego e la condizione, nonchè il domicilio del principale: e, se è un tutore che nomina un attore, anco il nome del pupillo. Se invece un minorenne nomina un procuratore, deve aggiungersi il nome del curatore [8]); 2.° L'obbietto della lite; 3.° Il tribunale, avanti cui si tratta; 4.° Il nome, la condizione, l'ufficio e il domicilio del procuratore costituito; 5.° Il nome della parte avversaria, condizione, ufficio edomicilio; 6.° La determinazione del mandato e ratifica del già operato, qualora il procuratore non abbia fino da principio presentata ratifica; 7.° Giorno, mese ed anno; 8.° Firma del principale [9]), e se nel costituire un procuratore era legato all'altrui consenso, anco la firma di questi; per esempio, del tutore di un costituente tuttora minorenne [10]). Non si richiede per diritto comune il suggello nè la firma

---

5) Fr. 5 h. t.

6) Per esempio: Schema per procura negli affari di mia spettanza contro N. N. concernenti un mutuo, al mio procuratore N. N. presso l'onorevolissimo tridunale di N. Erlangen il 27 dicembre 1797.

7) STRYCK, *Intr. ad pr. for.* 10 § 10. — DE DYNCKEN, *De formis procur.* 5 § 1. — CARPZOV, I c. 1 def. 28. — SCHAUMBURG, *Princ. prax. iur.* c. II gen. 22 n. *** — COCCEIO, *Ius. civ. contr.* h. t. 9 2. — HOFFMANN, *Teutsche Rechtspraxis* (Prassi del diritto tedesco) § 262. — ESTOR, II § 25. — CLAPROTH, § 85 pag. 358. — LEYSERT *Teutscher Reichsprozess* (Procedura dell'impero germanico) 3 § 6. — DANZ, § 133 *** pag. 228.

(8 DAPP, § 253.

(9 Se il principale non può scrivere, basta che avanti un notaio o un cancelliere e d'uno o due testimoni faccia tre croci, la cui autenticità sia validamente attestata dai presenti. DAPP, § 258.

10) DAPP, § 257. Lo stesso s'esige per le donne ne' paesi, in cui è introdotta la tutela muliebre: le procure da esse rilasciate devono, insieme alla loro firma portare anche quella del loro curatore. — DAPP, § 258 c.

del procuratore [11]). Ma non solo le leggi imperiali tedesche ordinano espressamente che la procura s'estenda anco per gli eredi del principale [12]); anco l'uso forense attuale lo esige [13]) [a]).

§ 401.

Procura generale e speciale [b]). *Poteri di un procuratore* cum libera.

La procura di un procuratore forense può, secondo la differenza del suo contenuto, essere generale o speciale. La differenza tra procura generale e speciale va dichiarata in più modi [14]). Stando al-

---

11) LUDOVICI, *Einleitung* (Introduzione alla procedura civile) c. 41 § 3. — DANZ, § 133 *).

12) *Ultimo Congedo* § 99. Secondo il diritto romano non occorre stendere la procura anco agli eredi del principale. Chè dal momento che il procuratore ha colla *litis contestatio* acquistato il dominio della lite, non poteva cessare il mandato giudiziario colla morte del principale, ma il procuratore poteva continuare la lite anche dopo la morte di esso e la sentenza poteva emanarsi in suo nome. — DAPP, § 270-1. Ma dal momento che tali effetti del dominio *litis* oggidì più non continuano, è chiaro che il mandato deva finire colla morte del mandante. Gli eredi dovrebbero quindi venir convocati alla riassunzione del processo per dichiarare se vogliano continuarlo. Ma siccome tali convocazioni *ad reassumendam litem* recavano non poco ritardo nella procedura, fu ordinato nell'*Ultimo Congedo,* che le procure si stendessero senz'altro anco agli eredi del principale: STRYCK, h. t. § 29 *De Lyncker* c. II § 7-8.

13) SCHAUMBURG, c. II § 24. — CLAPROTH, I § 85 1 p. 355. — DANZ, § 135.

14) Di tale distinzione parla diffusamente HENNE, *Selecta de proc. capita,* § 3-8 — NETTELBLADT, *Versuch* (Saggio) cit. § 119.

---

a) Accade talora che nel corso del giudizio occorra per la speciale importanza di qualche determinato atto un'apposita procura, relativa cioè, come si vedrà nel § 401, esclusivamente a quell'atto che si vuol compiere. Il legislatore suolsi in tal caso accontentare della sottoscrizione opposta dalla parte alla relativa comparsa: codice di procedura civile 221 299 301 344. — Cfr., per altri casi, MATTIROLO, l. c. II p. 134 in nota. — Per le Amministrazioni poi dello Stato, vedi regolamento 25 giugno 1865, articolo 7 e regolamento 16 gennaio 1876.

b) È mandato speciale quello che racchiude la facoltà di compiere un affare od un atto determinato della natura di quelli in esso contemplati. Vedi Appello di Milano, 24 maggio 1875.

l'obbietto, cioè alle liti da trattarsi, è generale [15]) la procura che concerne tutte le controversie presenti e future relative al principale; quella invece che si riferisce a una sola lite, *procura speciale* [16]). In questo primo senso cessano nella procura generale varii di quegli elementi, che si esigono per una procura speciale in iscritto giusta il paragrafo antecedente: cioè i n. 2, 4, 6. Inoltre dicesi procura generale pur quella, che si costituisce per la trattazione di una sola causa, ma per questa intera e non solo per questo o quell'atto di essa: invece procura particolare dicesi quella che si dà per un *singolo atto* d'una lite [17]). In questo senso un procuratore può avere una procura generale, se è costituito per l'intera lite: procura che, nel senso prima indicato, sarebbe speciale. Osservo poi che per diritto romano e canonico spetta alle parti se vogliono [18]) costituire un procuratore per tutta una lite o per alcuni atti di essa o in genere per tutte le controversie presenti e future. Ma nell'uso attuale del foro un procuratore non s'ammette per un singolo atto processuale: deve essere costituito per tutta la lite [19]): ove almeno non si tratti di tali atti, che di loro natura esigano un mandato speciale. Quindi

---

15) Di tale *mandatum generale exercendarum litium* va inteso il fr. 60 h. t. — Nood, *De pactis* c. 27 [Opp. 1 559]. Non si confonda quel mandato generale che s'estende tanto a' negozii forensi, che agli stragiudiziali [§ 387 n. IV]. Che tale *procurator universalis* può ricevere denaro pel suo principale, pagare per lui, permutare, transigere, deferire giuramento all'avversario, novare e insomma compiere tali atti, a cui del resto si richiede un mandato particolare, ove cioè lo esiga il vantaggio del proprietario e la natura del mandato impartito: fr. 58 59 h. t., fr. 12 *De p.* [2 14], fr. 17 § ult. *De iurei.* [12 2], fr. 20 § 1 *De nov.* [46 2], fr. 87 *De sol.* [46 3]. — Noodt, l. c. — Vandus, *Var. quaest. i. c.* 1 47. — Vinnio, *sel. iur. q.* 1 9. Tale facoltà non ha invece un *procurator generalis* nel senso suaccennato; vedi fr. 60 cit.

16) In tal senso ordina l'*Ultimo Congedo* che nelle Corti supreme tutte le procure sieno generali e si riferiscano a tutte le controversie del principale e che non si debbano ammettere *procuratoria specialia,* Dapp, § 283 seg.

17) G. L. Boehmer, *Pr. i. can.* § 716. Nelle Fonti un tal procuratore dicesi « ad unam speciem constitutus » se è autorizzato per un atto singolo: c. 10 h. t. c. 8 *Qui. pet. tut.* [5 31].

18) Fr. 1 § 1 3 40 pr. 63 h. t., fr. 17 § ult. *De iur.* [12 2], cap. pen. X h. t. — Dapp, § 284.

19) *Imp. ordinam. de' giud. camerali* III tit. 12 § 19. — Henne, § 8. — Estor, I § 48 1.

nella prassi dicesi a preferenza mandato speciale quello diretto a tali atti [20]), che non si potrebbero intraprendere dal procuratore senza mandato particolare del principale. Quali atti sieno questi non è detto chiaro nelle leggi: si arrecano qua e là taluni casi e s'osserva che non basta per essi il mandato relativo all'intero processo, ma occorre di più una speciale procura [21]). Tuttavia i giuristi han ricavato la regole che in tutti gli atti importanti e che posson recare grave danno al principale, non basti una procura generica, ma occorra che il procuratore, che il vuol compiere, si legittimi con un mandato apposito [22]). V'hanno però nel processo atti parecchi che ponno avere dannose conseguenze pel principale e tuttavia non esigono speciale mandato: per esempio, contestazione di lite, risposta alle posizioni [23]) e così via: sicchè quella regola va meglio determinata così: che gli atti che son di grave pregiudizio in tanto solo esigano una speciale procura, in quanto non s'intenda di per sè dalla natura del mandato generale, ch'esso si riferisce anche a loro [24]). Agli atti giudiziarii, che richiedono una procura apposita, appartengono le transazioni, il compromesso, la rinunzia a una lite pendente, la delazione del giuramento, la riscossione delle somme domandate, quitanze relative, domanda di restituzione in integro, ricusa del giudice e così via [25]).

Si ponno infine dividere le procure in generali e speciali anche dal punto di vista delle facoltà accordate al procuratore. In tal senso dicesi generale il mandato diretto in genere all'esercizio di una controversia, senza che sieno stati nominati in esso alcuni speciali

---

20) Henne, § 5.

21) Fr. 60 63 h. t., fr. 25 § 1 26 *De min.* [4 4], fr. 17 § 3 13 10 *De iur.* [12 2], fr. 65 § 7 *Pro socio* [17 2], c. 9 X *De arb.*

22) Griebner, *De mandato speciali et actibus, qui sine eo*, etc. Vitt. 1712. [*Opusc.* Halle 1722 4 5 192 seg.]. — Boehmer, *Ius. eccl.* 1 1 38 § 10. — Wernher, 1 5 105. — Estor, 1 § 50. — Dapp, § 515 516.

23) Varii giuristi richiedono uno speciale mandato anco per l'accettazione della lite: Dapp, § 519-521. Ma ciò non s'accorda coll'uso forense: Carpzov, 5 2 50. — Lyncker, 1 § 28. — Wernher, II 10 483. — Estor, I § 50 II.

24) Henne, § 10. — Nettelbladt, l. c. § 119.

25) Berger, 4 9 2 not. 13. — Boehmer, l. c. § 10. — Lyncker, 5 § 20 seg. — Cocceio, h. t. q. 10 e spec. — Dapp, § 517-538.

atti, che in tale esercizio dovranno occorrere: *speciale* invece quello, in cui sono specialmente determinati ed espressi gli atti occorrenti per la trattazione del processo [26]). La procura generale suole essere di due specie. Può cioè contenere la clausola: « Do al mio procuratore pieni e liberi poteri di fare in questa causa tutto quello che io stesso potrei o dovrei fare, se fossi presente »: e può anche non contenerla. Nel primo caso abbiamo un *mandatum generale cum libera;* nel secondo invece un *mandatum generale simpliciter tale* [27]). La differenza fra tali due sorte di procure suolsi porre in ciò, che chi ha ottenuto il mandato generale *cum libera* possa fare anche quegli atti, per cui di solito si esige un mandato speciale; mentre quel procuratore che ha un mandato generale senza questa clausola non li possa compiere senza un mandato particolare [28]). Ma se questa differenza sta certamente nel diritto pontificio (in cui anzi un procuratore, tuttochè non costituito *cum libera* [29]), può tuttavia nel caso. in cui la procura contenga alcuni di tali atti specialmente designati colla clausola « *e simili* », compiere anco altri di tali atti non nominati, purchè di minore o d'uguale importanza a quelli nominati); nell'uso odierno, secondo la testimonianza de'più esperti fra i pratici [30]), tale disposizione del diritto canonico non è più seguìta. L'uso forense attuale assume piuttosto come regola generale che la clausola *cum libera* non possa sostituire la mancanza di uno speciale mandato ne'casi accennati, sia ne' mandati per affari giudiziarii, sia per quelli estragiudiciali: richiedendosi la procura speciale per la natura stessa dell'atto da compiersi [31]). Del resto in un mandato generale inde-

---

26) NETTELBLADT, l. c.

27) HENNE, § 3 5. Anche un mandato speciale può però essere *cum* o *sine libera,* secondo che un procuratore abbia o no ricevuto liberissime facoltà per un affare singolo, che richiede una procura speciale: per esempio, per una transazione. — HENNE, § 7.

28) BOEHMER, *Pr. i. can.* § 716. — DAPP, § 265-268. — DANZ, § 136.

29) C. 4 5 *De proc.* in 6.to — *Clem.,* 2 h. t.

30) BOEHMER, *Ius. eccl.* 1 38 5. — BERGER, *Electae disc. for.* 253. — HENNE, § 8.

31) STRYCK, *De caut. contr.* II 11 § 4. — WERNHER, I 1 216. — LUDOVICI, *Us. pract. dist. iur.* h. t. dist. 5. — LYNCKER, 5 § 41. — ESTOR, 1 § 49 1. QUISTORP, *Ob ein sogenanntes* (se un così detto *mandatum cum libera* abbia

terminato, i limiti si stabiliscono in parte secondo l'utilità del principale, in parte secondo la natura del mandato impartito: come, pel contrario, in un mandato speciale i limiti sono imposti al procuratore, cui egli non può, senza incorrere in nullità, oltrepassare [32]): in quanto almeno non si tratti di tali atti, che o sieno impliciti in quelli nominati ovvero sieno con questi necessariamente connessi; nel qual caso certamente devesi supporre un tacito mandato [33]).

§ 402.

Doveri di un procuratore ad litem [a]).

A' doveri di un procuratore costituito nell'interesse del principale appartengono i seguenti:

---

l'efficacia di un mandato speciale) ne' suoi *Beiträge* (Contributi) II n. 11 o secondo l'ultima ediz. n. 27.

32) C. 10 h. t. fr. 49 eod.

33) LAUTERBACH, h. t. § 60. — GRIEBNER, *De mand. sp.* § 21. — SCHULTING, h. t. § 8.

---

a) Ecco le massime principali della nostra giurisprudenza:

I. Il procuratore alle liti può pregiudicare il cliente *in omittendo*, ma non in *committendo*. Cass. Torino 25 settembre 1879.

II. Un'eccezione ha luogo quando si tratti di un atto di prima deliberazione, che possa dirsi dal mandante stesso dettato. Cass. Torino 29 luglio 1872.

III. Al procuratore che riceve la somma spontaneamente e liberamente offertagli dal procuratore avversario e destinata a soddisfazione dell'avere del suo cliente non può imputarsi a colpa d'averla ritirata senza essere stato munito di speciale mandato a tal uopo. Cass. Torino 7 aprile 1875.

IV. Il procuratore *ad lites* è responsabile verso il suo cliente se per negligenza lasci cadere in perenzione l'appello. Appello di Catania 1 ottobre 1883. — Nè tale responsabilità, come la stessa Corte ha deciso, verrebbe attenuata dall'allegarsi di un apprezzamento giuridico del procuratore per una questione dalla giurisprudenza variamente risolta. E il principale non è tenuto alla prova che avrebbe vinto la causa, se si fosse appellato. — Rimanendo però sempre incerto quale sarebbe stato leso, l'obbligo del procuratore si limita naturalmente a quelle maggiori spese, a cui la sua negligenza ha dato luogo.

V. I procuratori *ad lites* sono tenuti pel dolo e pella colpa nella direzione della lite, ma non rispondono di quanto si attiene alla scelta dei mezzi per sostenere le ragioni del loro cliente e dell'attitudine loro nel propugnarle, qualunque ne sia il successo. Appello Torino 26 marzo 1878. Vedi soprattutto sulla facoltà di rinunziare, PIGEAU, *Comm. de proc. civ.* I p. 209 e le note nella *Legge* 1876 p. 1.ª 283 seg.

A. Egli deve trattare *personalmente* la causa in giudizio. Già per la stessa natura del mandato si comprende quanto deva importare al principale ch'egli non ceda ad altri la trattazione dell'affare, essendo egli la persona, in cui ha quegli riposto la sua fiducia. Un procuratore non è quindi di regola autorizzato a nominare un sostituto od un rappresentante, tranne che tale diritto gli sia stato espressamente concesso. Secondo il diritto romano può ogni procuratore dopo la contestazione di lite eleggere un sostituto, senza bisogno di uno speciale assenso del principale [34]), e ciò pure si dispone nel diritto canonico [35]). Ma la ragione di questo sta indubbiamente nel *dominium litis,* che si ottiene in forza della *litis contestatio:* oggidì invece tale efficacia più non ha luogo (§ 390) e quindi non si può fare più uso oggidì delle regole del diritto romano e del canonico, tanto più che l'ultimo congedo del 1654, § 100 ordina espressamente dovere le parti subito in principio della lite nominare un sostituto al procuratore pel caso, che esso muoia o per altro modo venga impedito dal continuare la lite. Con ciò l'efficacia del *dominium litis* è stata indubbiamente abolita [36]).

B. Egli deve porre ogni cura e diligenza nella trattazione dell'affare affidatogli, e compensare ogni danno per sua colpa recato [37]). Nè minore è il dovere di portare a termine l'affare affidatogli, finchè giunge il suo mandato: non può quindi rinunciare senza legittima cagione prima del termine del processo, ove tale intempestiva rinuncia possa riuscire dannosa [38]) al principale. E in generale non deve mai dimenticare i doveri di un galantuomo.

---

34) C. 11 23 h. t., fr. 4 § 5 *De app.* [49 5].

35) C. 1 h. t. in 6.to

36) Boehmer, *Ius. eccl.* I 1 38 § 50. — Henne, § 13-15. — Claproth, I § 86 n. 7. — Danz, § 135 n. *a* Varii giuristi affermano che la facoltà di nominare un sostituto competa oggidì tuttora ai procuratori dopo la contestazione di lite, per esempio, Lauterbach, *De proc. subst.* 3 § 10. — Stryck, h. t. § 39. — de Ludolff, *Obs. for.* II 223 6 p. 655. — Dapp, § 68 seg. ecc.

37) C. 13 21 *Mandati* [4 35]. — Pestel, *Var. contr. circa mat. de proc.*, Rintel 1743 § 10.

38) Wernher, II 6 obs. 345. — Mevio, I 4 dec. 248. — Lauterbach, h. t. § 60 i. f.

§ 403.

Delle varie clausole di una procura.

Si sogliono annettere ad una procura varie clausole, che si ponno benissimo [39]) distinguere in *necessarie, utili* e *superflue.* Alle clausole della prima specie, che sono prescritte dalle leggi per alcuni motivi opportuni, appartengono le seguenti:

a) La *clausola substituendi,* con cui il procuratore riceve la facoltà di nominare un sostituto [a]);

b) La *clausola heredum,* con cui la procura s'estende anco a favore degli eredi del principale.

Alle clausole della seconda specie appartengono:

a) La *clausola hypothecae bonorum,* con cui il procuratore riceve un diritto d'ipoteca sui beni del principale a garanzia di quanto a lui sarà dovuto per indennità;

b) La *clausola cum libera,* per cui il procuratore acquista libera facoltà di far tutto ciò, che farebbe il principale se fosse presente. Se il mandato *cum libera* di solito non può compensare la mancanza di un mandato speciale (§ 401), è però utile questa clausola in una procura speciale, perchè colui che ha ottenuto con essa un mandato particolare, per esempio, per conchiudere una certa transazione o per altro simile affare, non deve temere che gli si possa fare opposizione riguardo al modo e alla forma: nel caso infatti che il prin-

---

39) GMELIN, Prefaz. al DAPP.

---

a) Perchè un procuratore sostituito possa dirsi rappresentare regolarmente la parte in giudizio, non basta che il procuratore principale abbia nel mandato conferitogli dalla parte stessa la facoltà di sostituire, ma si richiede che di queste facoltà consti aver esso fatto uso e in capo del sostituto medesimo sia in ispecie che in genere nelle forme volute dalla legge 8 giugno 1874. Vedi l'Appello di Milano 4 giugno 1875. — Il procuratore esercente presso un tribunale non può nominarsi de' sostituti addetti ad altri tribunali. — Invece la invalidità della nomina del procuratore principale non coinvolge quella del sostituto fatta dal mandante nel medesimo atto. — Cfr. poi la lettera dell'avvocato G. B. OLIVA nel *Monitore de' Tribunali* 1877 p. 1124.

cipale gli abbia lasciato liberissima facoltà [40]), si deve intendere che abbia rimesso al suo criterio il modo di comportarsi nella condotta dell'affare. Finalmente appartengono alle clausole affatto superflue:

a) La clausola di giuramento, perchè la procura è già perfetta col consenso e i difetti eventuali non vengono col giuramento sanati;

b) La *clausola rati grati et indemnitatis,* che cioè il principale debba ratificare l'operato del procuratore e tenerlo indenne. Poichè sta nella natura della procura stessa che il principale deve riconoscere come proprio quanto fu operato in suo nome conformemente al mandato e che deve indennizzare il procuratore di tutte le spese avute nell'adempimento del mandato, mentre al contrario, anco essendovi questa clausola nella procura, esso non potrebbe venire obbligato da ciò che avvenne contro al mandato stesso;

c) La clausola « tutto fedelmente e senza dolo »: essa si sottintende.

La clausola « se fosse necessaria al mio procuratore una libertà d'azione più ampia di quella espressamente compresa nella procura, io gliela voglio impartire come se vi fosse espressamente autorizzato *in specie cum libera* ». Poichè nonostante tal clausola, il procuratore deve farsi autorizzare in modo speciale, se deve compiere uno di quegli atti, che esigono una procura particolare [41]).

§ 404.

Efficacia d'una procura difettosa o presunta.

Se una procura è difettosa, bisogna vedere se mancano requisiti essenziali, per esempio, la firma del principale o di quello, il cui assenso era necessario per il mandato (§ 100) ovvero se il difetto non si riferisce alla sostanza della procura, ma solo a que' requisiti e a quelle clausole, la cui ommissione non toglie la dovuta certezza dell'atto, ma solo pecca contro l'opportuno disposto delle leggi, per esempio, la *clausula heredum* e la *clausula substituendi.*

---

40) Quistorp, *Contrib.* cit. II 11 187 seg.

41) Boehmer, l. c. § 3 i. f. — Dapp, § 261. — Danz, § 134 i. f

Nel primo caso non si può rimediare al vizio con una cauzione *de rato:* il giudice deve d'ufficio ripudiare il procuratore e non può ammetterlo, finchè è stato rimediato al difetto per modo, da poter convincere pienamente il giudice della certezza della rilasciata procura. Un tal vizio può opporsi dalla parte avversaria in ogni tempo e fase del processo, giacchè esso arreca la nullità dell'intero procedimento [42]). Invece nell'ultimo caso tanto il giudice d'ufficio, quanto la parte avversaria può eccepire il difetto, fino a che può intervenire il caso di applicare tali clausole [43]); anzi l'eccezione competente alla parte contraria in forza di tali vizii non essenziali ha luogo di regola, come tutte le eccezioni dilatorie, solo prima della contestazione di lite [44]); nè la ommissione di tali clausole arreca mai una nullità assoluta [45]).

Riguardo poi al mandato presunto, bisogna sapere che un procuratore presunto non s'ammette mai senza prestazione della debita *cautio.* Questa consiste, nel caso che il procuratore presunto intervenga per la parte attrice, nella *cautio rati* (cioè che il principale attore, nel cui nome esso compare, approverà [46]) il suo operato). Pel diritto romano tale cauzione si può chiedere solo prima dell'inizio del processo [47]); ma oggidì secondo l'opinione di quasi tutti i pratici può chiedersi anche dopo la contestazione di lite e può anche imporsi d'ufficio al procuratore, come s'è già altrove osservato [48]). L'effetto di tale cauzione consiste in ciò, che il procuratore, ove la ratifica non avvenga, deve risarcire l'interesse [49]). Onde nella prassi

---

42) Gmelin, Pref. cit. pag. 21-3. — Danz, § 137.

43) Gmelin, pag. 19.

44) Claproth, I § 85 pag. 359.

45) Gmelin, pag. 17.

46) Fr. 40 § 3 h. t. c. 21 cod. — Dapp, § 475-505.

47) Fr. 40 § 3 cit.

48) Lib. II § 245 n. 59.

49) Fr. 13 19 *Rem. r.* [46 8]. — Henne, *De personis. ex mand. praes. in iud. agentibus* § 23. — Wernher, I 1 obs. 147. Siccome però il potere di un procuratore presunto non si estende mai agli atti esigenti mandato speciale, non può nemmeno per tali atti esser convenuto nell'interesse: Wernher, II 6 obs. 359: s'eccettua che abbia all'uopo prestato una speciale *cautio de rato:* fr. 26 pr. *de min.* [4 4], fr. 5 § 18 *De novi op.* [39 1], c. 1 h. t. — Rivinus, *En. iur.* 7 16. — Henne, § 12.

il giudice suole statuire da principio una certa somma, come rappresentante l'interesse; allo scopo di evitare alla fine una nuova lite [50]. — Se poi invece il procuratore presunto compare pel convenuto e l'azione è *reale,* bisogna, oltre la *cautio de ratio,* prestare quella della debita esecuzione del giudicato [51]; se invece l'azione è *personale,* non occorre prestare di regola *cautio de ratio:* basta la *cautio iudicatum solvi* [52].

Molti giuristi affermano avere il mandato [53] presunto la sola efficacia di fare ammettere il procuratore in principio della lite; ma dovere esso poi per la continuazione del processo presentare una vera procura che ratifichi anche l'operato antecedente. Ma tale avviso non è conforme al diritto romano, per cui un mandato presunto non solo è efficace in principio della lite, ma anche nel seguito degli atti processuali e non ha bisogno d'essere confermato colla presentazione d'una vera procura [54]. Solo per quelli che non possiedono mai i documenti necessarii al processo fa eccezione [55] l'ordinamento de' giudizii camerali [56] (§ 388) [a].

---

50) Henne, § 24. — Danz, § 137 i. f.
51) Fr. 40 § 2 46 h. t., fr. 53 eod. c. un *De satisd.* [2 56].
52) Fr. 45 § ult. h. t. — Dapp, § 505-507. — Danz, § 143.
53) Hoffmann, l. c. § 203. — Estor, § 2153. — Claproth, I § 84. - Danz, § 141.
54) Fr. 35 pr. 40 § 4 h. t., c. 12 h. t.
55) I tit. 21 § 2.
56) Dapp, § 450.

---

a) Essendo presso noi richiesto un espresso mandato, noi non abbiamo la necessità di ammettere i giudizii di disapprovazione della parte contro il suo procuratore, che ecceda i limiti del conferito mandato. Da noi sarà facile da' limiti posti nella procura, applicando le norme generali in argomento di mandato, statuire se il procuratore abbia o no commesso un eccesso di potere.

TITOLO IV.

Quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur.

---

§ 405.

Chi è un syndicus? [a]).

Le corporazioni e le comunità non ponno comparire personalmente in giudizio (§ 398, 3), ma devono nominare un comune procuratore, che le Fonti dicono *syndicus* o *actor universitatis* [1]). S'intende con tal nome un procuratore che è autorizzato a trattare una causa in nome di una comunità, per esempio, una città, un villaggio, un'accademia, una gilda, ecc. [2]).

---

[1]) Fr. 1 § 1 2 6, § 2-3 h. t. (3 4). Un *actor* si costituisce di regola solo per una singola lite già esistente: potevasi però nominare un *syndicus* « ad lites omnes praesentes et futures ». — LOSSAEUS, *De iure univ.* II 1 n. 35.

[2]) LAUTERBACH, *de synd.* Tud. 1656. — CHLANDEN, *Singularia quaedam de synd.* Vitt. 1757. — WINTER, *De diff. inter proc. et synd.* praes. — HENNE, Erfurt 1770.

---

a) In diritto romano va specialmente considerato l'*actor municipum*. A trattare una lite veniva o secondo i particolari statuti municipali o secondo l'ordinamento comunale generale (*lex Iulia municipalis*) nominato un procuratore [*actor*]: di regola a maggioranza su almeno due terzi dei decurioni. — Solo più tardi si ebbe, come ufficio stabile, quello di *syndicus* o *defensor* tanto per le città, come per le altre corporazioni. L'*actor* era obbligato ad assumere il suo ufficio come *munus* personale. Cfr. specialmente BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts* II p. 425 e seguenti.

§ 406.

Di chi è veramente procuratore il syndicus? *a*).

Un *syndicus* è solo procuratore della comunità, come persona morale; non anche procuratore de' singoli membri di essa [3]). Siccome la comunità rimane sempre la stessa, ancorchè si mutino tutti o in parte i suoi membri [4]), così non cessa l'ufficio di un *syndicus* se anco la maggior parte de' membri che lo hanno eletto o son morti o hanno rinunciato alla lite [5]). Onde segue che un *syndicus* non è tenuto a trattare le cause de' singoli membri [6]), ove non concernano cose, a' cui effetti l'intera comunità abbia interesse. Per esempio, il si-

---

3) Fr. 2 h. t.

4) Fr. 7 § 2 h. t.

5) BERGER, 4 10 5 not. 2. — WERNHER, III 1 Obs. 2 n. 10. — LEYSER, 54 13. — ENGEL, *De syndicatu*, Lipsia 1747 § 15 seg.

6) A ragione POTHIER, h. t. 5 not. *a*: « Non tenebitur singulos defendere syndicus, si riconveniatur ».

---

a) Nel diritto nostro il comune è rappresentato in giudizio, sia come attore, che come convenuto, dal suo sindaco, il quale però, di regola, deve aspettare previa deliberazione e autorizzazione del consiglio comunale, e in caso di azione relativa a diritti sopra beni stabili, anco l'autorizzazione della deputazione provinciale. — Il sindaco rappresenta pure le varie frazioni del comune: e se fra una di questo e il comune sorgesse conflitto d'interessi, bisognerà procedere alla nomina di speciali commissarii che la rappresentino in conformità all'art. 82 della legge comunale. — In caso di azioni possessorie basterà l'autorizzazione della Giunta comunale, la quale negli altri casi d'urgenza, prenderà sulla sua responsabilità anche quelle deliberazioni che spetterebbero al consiglio comunale, a cui dovrà riferirne nella prossima adunanza. — La provincia poi è rappresentata in giudizio dal Prefetto, come *presidente della deputazione provinciale* e quindi con previa deliberazione e autorizzazione del consiglio e, d'urgenza, della deputazione medesima. — Le opere pie sono rappresentate da' loro capi o rettori e da quegli altri amministratori, che siano designati nelle rispettive tavole di fondazione od anco ne' regolamenti o secondo le consuetudini: codice di procedura civile, art. 130; *legge sulle opere pie* 3 agosto 1862 art. 4. — Qui pure è necessario l'assenso dei rispettivi consigli di amministrazione. — Lo stesso finalmente dovrà pur dirsi degli altri stabilimenti pubblici, civili ed ecclesiastici. E qui pure si richiede il consenso del consiglio che sovraintenda all'amministrazione dell'istituto, non che dell'autorità amministrativa, a cui la tutela di esso istituto è affidata. — Sulla rappresentanza poi delle società commerciali e civili in giudizio sono da vedere le savie osservazioni del MATTIROLO, l. c. II 27, 28.

gnore d'un fondo esige alcune prestazioni dai singoli contadini, che sarebbero di peso anche agli altri comunisti del villaggio se quello spuntasse la lite. Qui è dovere del sindaco di assumere la causa di questi singoli membri della comunità [7]). Da tale premessa si vede che se più *litis consorti* non aventi i diritti di una comunità (benchè legati per fine e interesse comune e indicati con nome collettivo) possono costituire un comune procuratore, questi non sarà un sindaco, ma un semplice procuratore [8]): la procura si dovrà quindi firmare da tutti e non basterà che si firmi dalla maggioranza [9]).

§ 407.

Valgon pe' sindaci le stesse norme che pe' procuratori.

I sindaci sono del resto trattati quasi in tutto alla stregua de' procuratori: e vale per loro quanto s'è detto di questi nel titolo antecedente [10]). Un sindaco deve quindi, come ogni altro procuratore, munirsi d'una procura. Di solito è scritta e dicesi *sindacato.* Ma può anco, come osserva LEYSER [11]), costituirsi un sindaco mediante tacito mandato: quando, per esempio, alcuno in presenza e senza opposizione o della comunità stessa o de' suoi capi (che abbiano l'esclusiva amministrazione degli affari giuridici) tratta in giudizio come procuratore.

Qui vale quanto fu detto del tacito mandato pe' procuratori (§ 387). Che anche un sindaco talora venga ammesso in forza di un mandato presunto e possa quindi il difetto di un sindacato ripararsi con una *cautio rati,* s'è già detto altrove (§ 388). Varii giuristi lo negano [12])

---

7) CHLADEN, § 17-19.

8) LEYSER, 54 1-2. — BERGER, ib. th. 1 n. 3 e *Resol. leg. obstant.* h. t. p. 102.

9) WINTER, § 1.

10) Nel diritto canonico i *syndici* diconsi anche procuratori: c. 7 X *De proc.,* c. 9 eod., c. 2 X *De in int. rest.* — BOEHMER, I 1 39 § 3. — WINTER, § 3.

11) 54 8.

12) SCHILTER, *Prax. i. r.* 18 § 56. — BERGER, Resol. tit. III 3 p. 95. — LAUTERBACH, *De caut. rat.* th 22, *De synd.* § 80-81. — ENGEL, § 6.

affatto, perchè ULPIANO [13]) dice che ciò che si deve a una comunità non si deve ai singoli membri di essa e ciò che una comunità deve, non si può dai singoli membri di essa richiedere. Pertanto i singoli membri di una comunità involta in un processo non ponno ritenersi *litisconsorti*. Ma se il processo è tale da concernere il peculiare interesse di tutti e singoli i membri di una comunità; per esempio, se si litiga intorno al diritto di pascolo o di riparo, o al diritto della comunità di far legna, secondo la più corretta opinione de' pratici, anco un singolo membro può dietro *cautio rati* farsi avanti a nome della comunità [14].

Se sono parecchi i sindaci di una sola causa, valgon qui i principii medesimi che sono stati esposti nel titolo 3.°, § 395. Molti vogliono che la nomina di più sindaci deva sempre intendersi colla clausola « tutti e singoli », ancorchè non espressa [15]). Ma tale avviso, tuttochè accolto nella pratica, non si fonda ne' testi, i quali non fanno distinzione fra' sindaci e gli altri procuratori [16]) e come fu già visto da altri [17]).

§ 408.

Come va nominato il sindaco.

Nella nomina del sindaco importa sopratutto vedere la costituzione speciale di ogni comunità. Se è stata affidata esclusivamente ai capi la cura degli affari giuridici relativi, essi ponno pur sempre nominare sindaci anco senza convocare gli altri membri [18]). Se invece il

---

13) Fr. 7 § 1 h. t.

14) STRYCK, h. t. § 7. — BERGER, *Oec.* p. 714. — WINCKL e altri di cui § 388 n, 7. — WINTER, § 10.

15) SCHILTER, X th. 53-4. — CARPZOV, 1 26 7. — LAUTERBACH, *De synd.* II § 55. — WERNHER, I 5 obs. 160. — ZIEGLER *ad Lancelottum* 3 3 7. — HAHN *ad Wesenb.* h. t. 5. — LUDOVICI, h. t. § 5 ecc.

16) C. 6 *De proc.* in 6.to

17) BOEHMER, *Ius eccl.* I 1 39 § 4. — STRYCK, h. t. § 12. — BERGER, *El. disc.* 7 6 4. — BOEHMER, *Princ. i. can.* § 721. — WINTER, § 22.

18) Fr. 6 § 1 h. t. « parvi enim refert ipse ordo elegerit, an is cui ordo negotium dedit ». — BOEHMER, *Ius eccl.* I 39 1. — STRYCK, h. t. § 8.

sindaco è nominato dalla stessa comunità, devono: 1.° venir convocati tutti i membri aventi diritto di voto [19]) da chi ne ha la facoltà, e 2.° comparire almeno due terzi de' convocati e di questi i più convenire nella scelta [20]). Osserviamo ancora:

I. Se un membro della comunità è stato negletto o non fu regolarmente invitato all'elezione del sindaco, la scelta fatta senza il suo concorso non è valida e può oppugnarsi con diritto, specialmente qualora si potessero fare rilevanti obbiezioni contro la persona e la capacità del sindaco eletto [21]).

II. Anche i pupilli e i minori devono invitarsi co' loro tutori e curatori alla nomina, secondo il nostro autore e la maggior parte dei giuristi, per cui anco la legittimazione de' tutori e curatori va anzitutto fatta colla presentazione de' loro *tutoria* e *curatoria* [22]), ma ciò è più fondato nel diritto sassone [23]), che nel comune [24]).

III. Per calcolare se due terzi de' membri intervenne alla votazione, bisogna tener conto anco di quel membro che rimase poi eletto [25]).

IV. Nell'elezione sindacale il padre può dare il voto pel proprio figlio o viceversa [26]) senza che venga in considerazione il rapporto di *patria potestas* [27]). Se però un membro possa dare il voto a sè

---

19) C. 2 *De dec.* [10 32].

20) Fr. 3 h. t. fr. 19 *ad mun.* [50 1]. La maggioranza de' voti necessaria alla nomina d'un sindaco va giudicata secondo il numero de' presenti, non riguardo al numero di quelli, che hanno dato ad altri il proprio voto. Se quindi di nove votanti, per esempio, due hanno dato il proprio voto per A, tre per B e quattro per C, C ha la maggioranza dei voti in confronto di A e di B; ma la nomina non ha luogo, perchè la sua elezione non è stata accolta dalla « *maior pars praesentium* », come esigono le leggi: c. 48 50 55 X *De el.* — ALTAMIRANO, *ad l. I Quaest. Scaev.* tr. I (ad h. fr.) § 6. — *Thes.* di MEERMANN, II 386.

21) C. 28 pr. 34 X *de elect.* — LEYSER, 54 4.

22) BOEHMER, *Ius dig.* h. t. § 5. — SCHAUMBURG, II § 29. — DANZ, § 146.

23) CARPZOV, I 13 def. 8 4-5.

24) Fr. 2 § 1 *R. I.* [50 17]. — LAUTERBACH, h. t. § 17. — STRYCK, h. t. § 11. — ESTOR, I § 64.

25) Fr. 4 h. t.

26) Fr. 5 h. t.

27) Fr. 6 pr. h. t.

stesso e debba quindi venire eletto se a formare la maggioranza occorre anche tale suo voto, è controverso. Alcuni giuristi nulla hanno [28]) in contrario; ma i più sono di opposto avviso [29]), con maggiore armonia colla natura delle cose e coll'analogia d'altri casi. Le Fonti non ammettono infatti in altri casi che taluno voti per sè stesso [30]); e anzi non potrebbesi mai ne' collegi e nelle comunità venire a capo di una votazione, se ciascuno potesse dare il voto a sè stesso. Nè PAOLO dice punto nel passo [31]) citato dai sostenitori dell'opposta sentenza che debbasi computare anche il voto dell'eletto per formare la maggioranza, ma per avere i due terzi necessarii all'elezione. Anco per diritto canonico [32]) l'eletto non può contribuire alla maggioranza che nel caso, che in parità di voti, di cui una parte abbia scelto un membro, questi alla scelta consenta.

V. Se si controverte se l'elezione è proceduta regolarmente, bisogna distinguere se l'eccezione è sollevata dalla parte contraria o da un membro della comunità stessa; nel primo caso la prova spetta all'avversario, nel secondo caso al sindaco od alla comunità [33]).

§ 409.

Può taluno contro voglia venir costretto ad accettare il sindacato? [a])

Ognuno che può essere procuratore è di regola idoneo anco ad assumere il sindacato [34]); ma niuno vi può venire astretto contro

---

28) BERGER, *Oec.* h. t. q. I p. 103. — COCCEIO, h. t q. 1. — EMMINGH., *c. d.*

29) VOET, h. t. § 7. — NOODT, h. t. p 94. — SCHULTING, h. t. § 2. — LAUTERBACH, *De synd.* I 1 § 38-40 e h. t. § 12. — WESTENBERG, h. t. § 10. — BACH, *ad Bergeri Oec.* 4 10 2 n. 1.

30) Fr. ult. *De off. praet.* [1 14], fr. 5 *De off. pract.* [1 18], fr. 4 *De tut. et cur. dat.* [26 5]. Tit. C. *Ne quis in sua causa* [3 5].

31) Fr. 4 h. t.

32) C. 33 X *De el.*

33) LEYSER, 54 6. — SCHAUMBURG, II § 29. — LAUTERBACH, diss. cit. § 77 fr.

34) LAUTERBACH, h. t. § 23.

---

a) Si rammenti che l'accettazione dell'ufficio di *actor* era una volta obbligatoria nel diritto romano: cfr. nota *o*.

sua voglia. Quindi a costituire un sindaco occorre certo anco il consenso dell'eletto [35]). E benchè varii giuristi [36]) eccepiscano il caso che un membro della comunità venga nominato, dovendo un membro di essa portarne i pesi in quanto può e il bisogno lo richiede [37]), tuttavia il nostro autore è d'altro avviso. È ad ogni modo vero che il sindaco non dev'esser necessariamente membro della comunità; quando vi sia un estraneo che può bene curare i negozii da affidarglisi. Invece una comunità può venire astretta dal giudice anco sotto pena a nominare un sindaco, sia dessa grande o piccola. Anco nell'ultimo esso infatti è una persona morale incapace di agire personalmente in giudizio [38]).

§ 410.

De' sindaci perpetui.

I sindaci ponno, come gli altri procuratori, essere perpetui o temporanei; secondo che loro è affidato in genere la tutela dei diritti di un'*universitas* o solo quella di singoli affari. I sindaci perpetui si hanno specialmente nelle c. d. università ordinarie, aventi proprii statuti e giurisdizione, per esempio, accademie e città. Questi hanno un pubblico ufficio e prendon parte all'amministrazione della giustizia. Nelle città imperiali influiscono anco sulla legislazione [39]).

§ 411.

In che misura occorre a un sindaco perpetuo una procura speciale.

Si suole dire che i sindaci perpetui abbiano un mandato *cum libera* tuttochè tal clausola non sia stata incorporata nel sindacato e

---

35) LAUTERBACH, *De synd.* § 41.
36) ID., h. t. § 18. — BERGER, 4 10 3 n. 3. — LEYSER, 54 cor. 3 65 1.
37) Fr. 18 § 13 *De munc.* [50 2].
38) WERNHER, II 10 obs. 481. — WINTER, § 6
39) HAERLIN, *De syndicis vel consil. civ. imper.* praes. — HOFFMANN, def., Tubingae 1775.

possan quindi compiere gli atti, che esigerebbero altrimenti un mandato speciale, per esempio, transazioni in nome della comunità. Ma con ragione ripudia l'A. tale opinione, già da me altrove[40]) confutata.

§ 412.

Come va steso un sindacato.

Un sindaco si legittima di solito mediante una procura scritta detta *sindacato.* Va stesa come ogni altra procura (§ 400) e si distingue dalla procura di un procuratore comune in ciò che non si fa menzione degli eredi, essendo il sindacato redatto da una intera corporazione, che, come tale, non muore[41]); si suole per di più far tuttavia menzione dei successori[42]). Si pone anche una differenza in ciò che nel sindacato si esige una speciale rinuncia a' beneficii della divisione e d'ordine, in caso che la comunità funga da attrice e il sindaco, ove anche sia membro di essa, non venga astretto a dar cauzione per la riconvenzione e le spese[43]). Ma tale opinione benchè accolta nell'uso forense è manifestamente erronea, come già il WERNHER ha dichiarato[44]). Chè riguardo al beneficio di divisione esso presuppone un'obbligazione incombente insieme a più persone. Siccome però un'università si considera solo come una persona e l'obbligazione di essa non come obbligazione de' singoli membri[45]), così non si può pensare alla rinuncia di un tal beneficio da parte di una comunità, senza contraddizione. E meno ancora può tale rinuncia valere come surrogato della *cautio pro reconventione et expensis;* anzi la coinvolge, giacchè al posto dell'obbligazione incombente alla comunità come persona morale pone una *obligatio in so-*

---

40) § 352.
41) Fr. 7 § 2 h. t. — LEYSER, 54 13.
42) ESTOR, I § 65 III.
43) BERLICH, *Concl.* I 20 27. — CARPZOV, 1 5 29. — RIVINUS, *En.* 13 3. — BERGER, 4 10 1 n. 5. — ESTOR, § 63.
44) III 1 obs. 1-2. Anche WINTER, § 21.
45) Fr. 7 § 1 h. t.

lidum dei singoli membri; cosa ad essi punto gradita, chè nè vale azione contro di essi, come individui, nè pe' debiti della comunità son tenuti neppure in sussidio [46]). Il beneficio poi d'escussione presuppone altro debitore principale da convenirsi prima di colui che ha rinunziato a tal beneficio. Ma esso qui non si trova; il sindaco come tale, sia membro della comunità o estraneo, non è tenuto per le spese processuali; ma sì la comunità, di cui ha condotto l'affare; e anche contro essa solo ha luogo riconvenzione. Del resto il sindacato va steso in guisa da manifestare la legalità della nomina [47]). Se la comunità ha per statuto affidato ai capi esclusivamente la direzione degli affari (come avviene nelle accademie, città, fondazioni religiose) basta che il sindacato sia firmato da chi è preposto alla direzione con apposto il pubblico suggello [48]): anzi si stima bastante questo senza richiedere pure la firma [49]). Se invece si tratta d'altre comunità, per esempio, villaggi, gilde, il sindacato dev'essere firmato da tutti i membri consenzienti e deve provare sufficientemente la legalità del processo, sia mediante l'annessione di un protocollo giudiziario, sia per atto notarile, in cui si indichi il numero dei membri della comunità; e quanti sieno comparsi in seguito a convocazione e di questi quanti abbiano acconsentito quanti si sieno opposto [50]).

---

46) WERNHER, I 5 11.

47) V. CRAMER, *Beiträge* [Contrib.] 1 1 n. 4.

48) BERGER, *Oec.* 4 10 3 n. 4. — KNORREN, *Anleitung* (Guida alla procedura) I 4 § 11. — HOFFMANN, § 199 h.

49) BOEHMER, *Ius. eccl.* 1 39 § 1. — BERGER, I 14 n. 87. — LEYSER, 54 1. — HOFACKER, III § 4315.

50) BOEHMER, l. c. — LOSSARIO, *De iure universitat.* II 1 21 seg. Così l'*Ordinamento giudiziario generale per gli Stati prussiani* I 3 § 40 seg.

TITOLO V.

De negotiis gestis [a]).

---

§ 415.

Definizione del negotiorum gestor. *Chi può assumersi gli affari altrui senza mandato?*
Editto del pretore sulla negotiorum gestio *e suo motivo.*

Da' procuratori e sindaci veniamo a' *negotiorum gestores,* per cui si intendono coloro, che s'assumono affari altrui, specialmente estragiudiziali senza mandato del principale [51]). Di regola niuno può mischiarsi negli affari altrui senza mandato [52]). Chi lo fa, di regola fa atto nullo e si rende responsabile verso il principale, mentre questi

---

51) Cfr. sul titolo spec. REINHARTH, *De eo quod circa neg. gest. iustum est.* Erf. 1706 e SCHMID, *Leg. potior. tituli Dig. de neg. gest.* praes. — HOFACKER, Tub. 1787.

52) Fr. 36 *R. I.* [50 17]: « culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti ».

---

a) Cfr. KRITZ, *Pandectenrecht* (diritto delle Pandette) I I p. 348. — WAECHTER, *Archivio per la pratica civile* 20 f. 11. — HEIMBACH nel *Lessico giuridico* di WEISKE, 7 p. 326 seg. — CHAMBON, *Die negotiorum gestio*, Lipsia 1848. — RUHSTRAT, Archivio citato 32 173 seg., 33 25 seg., 213 seg., 34 59 seg. — BRINKMANN, *Verhältniss* (Rapporto reciproco dell'*actio communi dividundo* e dell'*actio neg. gest.*). Kiel 1885. — LEIST, *Das erlaubte Eingreifen* (La lecita immistione negli affari altrui) Jena 1885. — DANKWARDT, *Die negotiorum gestio* Rostock 1855. — UNTERHOLZNER, *Schuldverhältn.* II p. 600. — KOCH, *Obblig.* 3 492 seg. — KÖLLNER, *Die Grundzüge* (I principii dell'obligatio negotiorum gestorum) 1856. — MONROY, *Die vollmachtlose* (L'esercizio de' diritti patrimoniali altrui senza mandato) 1878 — ZIMMERMANN, *Aechte* (Vera e falsa *neg. gestio*) 1873. — STURM, *Das negotium utiliter gestum*, 1875. — AARONS, *Beiträge* (Contributi alla dottrina della *neg. gestio*) 1860 p. I. — WLASSAK, *Zur Geschichte* (Sulla storia della *negotiorum gestio*) 1879. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* vol. I § 76-78 (pag. 255-275) e vol. II § 297-299. — È lamento comune che il nostro codice civile non dia bastante sviluppo a sì notevole argomento; vi tenta rispondere il PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni* I³ p. XIX seg.

non viene obbligato in faccia ai terzi[53]). V'hanno però casi, in cui il dovere dell'amicizia o almeno della carità ci spinge ad assumerci affari altrui senza mandato. Tale è il caso[54]) riguardo agli assenti. Chè non di rado alcuno parte di fretta sperando di ritornar presto e a niuno fa procura pe' proprii affari. Dovendo rimaner lontano più di quanto riteneva, avverrebbe, che, se nessun amico si assumesse i suoi affari, ne sorgerebbe danno inevitabile[55]). Talora anzi alcuno può esser presente e non essere in caso di impartire una procura. Si ponga che il principale sia pazzo[56]) o impubere[57]) o anco non ancora nato[58]). In tutti questi casi, in cui si assumono gli affari altrui, benchè non sempre per necessità, ma almeno nell'interesse altrui, le leggi ordinano che abbia luogo un rapporto simile a quello che intercede fra mandante e mandatario. Il pretore trovò questo sì equo e sì conforme al bene comune, che confermò tale obbligazione anco nel suo editto, benchè le *obligationes quasi ex contractu,* cui appartiene anche questa, deva la sua origine al diritto civile[59]) *a*). Notevole si è che il pretore faccia menzione spe-

---

53) Se il venditore d'un'eredità dopo la vendita senza mandato del compratore e senza bisogno esige denaro da' debitori ereditarii, è responsabile se questi denari, anco casualmente, periscono; fr. 3 *De Her. vel A. V.* [18 4] che come il fr. 36 citato è preso dal lib. 27 di Pomp. *ad Sabinum* e va unito con esso: Gotofr., ad fr. 36 p. 189. — Schulting, h. t. § 1. Si supponga che Tizio abbia senza mio mandato esatto denaro dal mio debitore; questi non viene per ciò liberato dal suo debito, tranne che io ratifichi l'avvenuto. Solo dopo la ratifica, sorge fra me e Tizio la *negotiorum gestorum obligatio* c. 9 h. t. — Pothier, *Pand. Iust.* h. t. 5.

54) Onde Ulp., fr. 1 h. t.: « Hoc edictum necessarium est quoniam magna utilitas absentium versatur ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel [per] pignoris distractionem vel poenae committendae actionem vel iniuria rem suam amittant ». Cfr. Schmidt, p. 4. — Pothier, h. t. 1.

55) § 1 *De obl. q. q. ex contr.* [3 27], fr. 1 h. t., fr. 5 pr. *De O. et A.* [44 7].

56) Fr. 3 § 5 h. t.

57) Fr. 6 pr. c. 2 h. t.

58) Fr. 29 h. t.

59) Fr. 5 pr. *De O. et A.* [44 7]. — A. Costa, *Prael. ad ill. q. titulos* p. 95. — Schmid, p. 15.

---

a) La tesi sostenuta dal Wlassak nel citato lavoro è invece che la azione *neg. gest.* sia stata introdotta dal Pretore (prima con efficacia assai comprensiva, poi sempre meglio determinata), e sia stata assunta poi nel diritto civile per opera della giurispru-

cialmente del caso, in cui taluno abbia curato gli affari di un defunto prima che ne venisse adita l'eredità [60]: *si quis negotia alterius, sive quis negotia quae cuiusque, cum is moritur, gesserit, iudicium eo nomine dabo.* Ancor più notevole è che ULPIANO [61]) stimi necessaria la speciale menzione di questo caso, chè non si sarebbe potuto dire che gli affari di un principale sieno in tal caso stati amministrati. Il principale antico è morto, e l'erede che non ha ancora adito non può *ancora* dirsi tale. Si potrebbe opporre che per una nota finzione l'eredità, finchè non sia adita, rappresenta la persona del defunto [62]) e si considera come perdurante proprietà di lui [63]), e che perciò colla cura de'negozii ereditarii si obbliga l'eredità stessa, come s'obbligherebbe il defunto se vivesse ancora [64]). Si potrebbe anche dire che colui che si assume i negozii ereditarii, s'assuma quelli dell'erede [65]); poichè s'egli adisce poi, per una finzione di diritto si ammette che abbia adito alla morte del testatore [66]). Ma qui, dove la sola equità naturale [a]) si poneva a fondamento di una reciproca obbligazione fra le parti non aventi contrattato fra loro, nè incorso responsabilità per delitto, non si poteva far uso di quelle finzioni del *gius civile* [67]), e siccome s'aveva riguardo alla sola verità delle cose, quella prudenza del pretore non fu superflua [68]). Essa dimostra poi assai chiaro che molto erran coloro

---

60) Fr. 3 pr. h. t.

61) Fr. 3 § 6 h. t.

62) Fr. 31 § 1 *De Her. Inst.* [28 1], fr. 34 *de A. R. D.* [41 1].

63) Fr. 61 *De A. R. D.* [41 1].

64) Fr. 1 *De rel.* [11 7].

65) Fr. 22 *De usurp. et us.* [41 3].

66) Fr. 54 *De A. v. O. H.* [29 2], fr. 28 § 4 *De stip. serv.* [45 3], fr. 138 pr. *De R. I.* [50 17].

67) In genere tali finzioni vanno accolte con restrizione: fr. 81 *De A. R. D.* [41 1]. — FINESTRES, *Prael. ad tit. de A. v. O. H.* I c. 2.

68) SCHMID, p. 24 seg.

---

denza. L'argomento precipuo del WLASSAK è l'esistenza di un *Editto* « de negotiis gestis »: vedi però quanto osserva il LENEL, *Ed. Perp.* p. 85 seg. e già *Urspr. und Wirkung* (Origine ed efficacia della *exceptio*) p. 58.

a) Quest'affermazione è certo alquanto strana: intanto la speciale menzione del caso della *gestio negotiorum* di un defunto si spiega benissimo per ragioni storiche. — Del resto su questo testo edittale, vedi principalmente WLASSAK, l. c. § 3.

che credono, come il nostro autore, trovare la ragione della *neg. gest.* in un *finto consentimento;* che non si può fingere un consenso in un defunto, nè in un embrione o in un pazzo, di cui vengano amministrati gli affari [69]).

§ 418.

Differenza tra la negotiorum gestio *e il mandato. È necessario presumere nella prima il consenso?*

La *negotiorum gestio* presenta analogia colla procura [a]), ma se ne distingue dal momento che qui l'obbligazione non sorge *ex consensu*, come in caso di mandato, in cui uno può rendersi responsabile anche *non* amministrando l'affare [70]). V'hanno invero nella *negotiorum gestio* più casi, in cui si può presumere per ragionevoli motivi l'assenso del principale. Ma non perciò devesi affermare che si presuma necessariamente il consenso per fondare l'obbligazione *ex neg. gestione* [71]). Chè le Fonti non parlano di tal fondamento e non occorre ammetterlo, giacchè sgorga una obbligazione perfetta anche dall'equità naturale dalle leggi riconosciuta. Appunto per ciò nulla importa la qualità delle persone, fra cui si costituisce l'obbligazione per *neg. gestio*: se cioè possano o no obbligarsi consentendo. Anche un'impubere può rimanere obbligato almeno fino a concorrenza dell'effettivo arricchimento [72]).

---

69) SCHMID, p. 22 seg.

70) Fr. 6 § 1 *Mandati* [17 1]: « si cui fuerit mandatum ut negotia administraret hac scilicet mandati actione erit conveniendus, nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum ideisco quod mandatum susceperit: *denique tenetur etsi non gessisset* ».

71) Cfr. HOEPFNER, § 934 1.

72) Fr. 3 § 4 h. t.: « Pupillus sane si negotia gesserit post rescriptum divi

---

a) Benissimo avverte il WLASSAK, l. c., come e nel mandato e nella *negotiorum gestio* siavi di comune la trattazione di affari altrui: questa però nel mandato avviene « solvendi causa », nella *neg. gest.* « obligandi » (*sese et sibi*) causa »: l. c. p. 63 Nel mandato, il mandatario è tenuto sia che agisca, sia che rimanga inoperoso: nella *neg. gest.* il gestore è tenuto sol dopo avere intrapreso il primo passo nell'esercizio degli affari altrui, sicchè la *neg. gest.* costituisce sotto un certo aspetto un modo di obbligazione reale (p. 63). È poi interessante l'ipotesi dello stesso A. svolta nel § 6 della citata opera, che la *neg. gest.* sia d'origine più antica che il mandato.

§ 419.

Requisiti della obbligazione ex negotiorum gestione: *I, II e III.*

Perchè sorga una tale obbligazione s'esige:

I. Che alcuno s'assuma davvero affari altrui, e non creda solo di averli amministrati. Se taluno pensando di amministrare affari miei cura i proprii non sorge ancora una obbligazione *ex neg. gest.* Far uso di tale errore, sarebbe disonesto [73]). Se invece l'altro nell'opinione di amministrare solo i miei affari, amministra insieme anche i suoi, sorge l'obbligazione almeno fin dove l'affare mi riguarda [74]). Non occorre che l'affare concerna direttamente colui, che deve venire obbligato in forza dell'amministrazione; basta che abbia interesse a che un altro l'abbia amministrato. GIULIANO [75]) dà il seguente esempio. Io amministro gli affari di un pupillo senza mandato del tutore in tal caso, in cui il tutore sarebbe stato per la sua negligenza responsabile. Io qui non solo ho curato gli affari del pupillo, ma pur quelli del tutore. Anche questi è quindi verso me tenuto ed è anzi meglio che io convenga lui, perchè il pupillo è

Pii etiam conveniri potest in id quod factus ess locupletior: agendo autem compensationem eius quod gessit patitur ». — CUIACIO, *Obs.* 13 7 legge « pupilli » invece di « pupillus »: e concorda pure il NOODT in h. t. (II 95). — POTHIER, h. t. n. 23 t. — SCHMID, p. 17. Ma che tale emendazione non sia necessaria mostrarono il FABRO, *Rat.* in h. l. — BACHOVIO *ad Proll.* p. 896. — WISSENBACH, *Ex. ad P.* d. 12 § 22. — SCHULTING, h. t. § 2. — HUBER, *Eunomia* p. 155. Cfr. anche BREUNING, *An impubes neg. gestor esse possit?* Lipsia 1774.

73) Fr. 7 § 4 h. t.

74) Ibid.

75) Fr. 6 pr. h. t. Certo questo frammento va unito al precedente e quindi non è di GIULIANO, ma di ULPIANO, che solo citava il primo secondo il suo costume, come appare dal fr. 8 § 3 h. t. Ciò che i compilatori hanno stabilito con rubrica del fr. 4 suonava assai verosimilmente in ULPIANO così: « ut Julianus libro III Dig. scribit », come legge anche ALEANDRO e una edizione lionese del 1551. — DUCKER, *Opusc. de lat. I Ctorum* p. 320. — SCHULTING, h. t. § 2. — SCHMID, p. 58 *a*).

---

a) Così infatti si è ristabilito l'ordine nelle nuove edizioni.

tenuto fino a concorrenza dell'effettivo arricchimento o almeno dell'impoverimento evitato [76]). Talora un negozio amministrato da taluno come mio, benchè propriamente non mi appartenga, può diventar mio mediante ratifica [77]). Per esempio, Tizio interpella in mio nome Seio, credendolo mio debitore. Questi per errore paga la somma, pur nulla dovendo e Tizio riceve il denaro per me. Io vengo a notizia del fatto e l'approvo. Colla ratifica sorge tra me e Tizio l'obbligazione *negotiorum gestorum*. Non si può veramente dire che abbia curato un mio negozio, dal momento che Seio non è mio debitore. Ma la ratifica fa sì che l'affare mi riguardi. Converrò quindi Tizio coll'*actio neg. gest.* onde mi renda il danaro ricevuto e potrò venire convenuto da Seio colla *condictio indebiti. Sic ratihabitio constituet tuum negotium* — dice GIULIANO [78]) — *quod ab initio tuum non erat sed tui contemplatione gestum.* Parimenti se nell'opinione che tu sii erede di Tizio, io esiga danaro da un debitore di lui e tu approvi. Qui non solo la ratifica opera una obbligazione *negotiorum gest.* fra noi, ma anche il vero erede può convenirti colla *petitio hereditatis* [79]). La ratifica però di colui che per errore fu tenuto principale non viene in considerazione se il terzo, cui l'affare in realtà concerneva, fu dalla gestione arricchito [80]). Per esempio, io intrapresi nell'opinione che tu sii erede di Tizio nel tuo vantaggio la riparazione di una casa pertinente all'eredità. Tu approvi la cosa. La tua ratifica nulla può derogare a' più fondati diritti del vero erede, nè autorizzarmi ad agire contro di te, perchè il vero erede è stato arricchito o, come dice PEDIO, nel citato *fr.* 6: « cum hoc facto meo alter sit locupletatus et alterius ipsa gestum negotium sit; nec possit quod alii adquisitum est ipso gestu hoc tuum negotium videri » [a]).

II. Di solito il negozio assunto dal *negotiorum gestor* è stragiudi-

---

76) « Nam et hoc ipso quo non est pauperior factus ditior est », dice il fr. 47 § 1 *De sol.* [46 2]. — SCHMID, pag. 59 seg.

77) Fr. 6 § 9 h. t.

78) Fr. 6 § 9 cit.

79) Fr. 6 § 10 cit.

80) Ib. § 11.

---

a) Sul concetto in genere di *affari altrui* sono da vedere le importanti osservazioni del CHAMBON, l. c. p. 7 seg.

ziale[81]), onde anche una donna può gerere *negotia*[82]) *a*). In ciò si distingue il *negot. gest.* dal *defensor,* che si assume un affare forense altrui senza mandato (§ 386). Che però non si debba limitare la *gestio negotiorum* agli affari stragiudiziali, ma che possa aver luogo anco ne' forensi si prova colla ragione addotta da ULPIANO[83]) per dimostrare l'utilità speciale dell'editto *de negot. gest.* [« ne *indefensi* rerum possessionem aut venditionem patiantur absentes, vel pignoris distractionem[84]), vel poenae committendae actionem »]; ma anche il caso deciso da PAPINIANO nel libro 2.° de' *Responsa*[85]): « Uno *defendente causam communis aequae sententia praedio datur. sed qui sumtus necessarios probabiles in communi lite fecit negotiorum gestorum actionem habet* ». Varii posseggono un fondo comune avente una servitù d'acque. Sorge controversia e uno de' possessori difende questa servitù senza intervento degli altri. Il processo si vince[86]). Le spese possono chiedersi agli altri coll'*actio negot. gest.* Perchè non si conceda l'*actio communi dividundo* è dubbio fra gli interpreti[87]). A me

---

81) PROUSTEAU, ad l. 23 *R. I.*, c. 15 § 10. — [MEERMANN, 3 512].

82) Fr. 3 § 1 h. t.

83) Fr. 1 h. t.

84) Ciò si riferisce alla *missio in bona* del convenuto assente, che si concede a richiesta del creditore se niuno rappresenta il convenuto in giudizio e che ha per effetto (se è data *ex secundo decreto*) la vendita de'beni: fr. 5 *De reb. auct. iud. poss.* [42 5].

85) Fr. 31 § 7 h. t. e fr. 41 h. t.

86) PAPINIANO dice *sententia praedio datur*, chè qui — trattandosi di servitù prediale — il fondo è il subbietto del diritto: è come dire: *iudicatur servitutem communi praedio deberi;* vedi POTHIER, h. t. 3 6.

87) Nel fr. 19 § 2 *Comm. div.* [10 3] ci arreca questo motivo: « si per eundem in locum via nobis debeatur et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius communi dividendo vel pro socio agi posse. quae enim communio iuris separatim intellegi potest? sed negotiorum gestorum agendum ». Il motivo, secondo PAOLO, sta dunque in ciò, che una servitù, come diritto

---

a) È molto verosimile che in origine la *neg. gest.* non si riferisse che agli affari forensi. Già [cfr. WLASSAK, l. c. p. 57 seg.] questo pare il senso antico della voce *negotium*; vedi ancora Gaio 4 84 141 184. *Inst.* 4 6 25. *Paul.* 1 5 1. Consult. 6 20. D. 4 1 10 — C. 2 13 1 24 7 62 12: altri esempi in BRISSON, *De V. S.* s. v. — Anche *pactum*, che vien dalla stessa radice di *pax*, in principio si riferiva al processo [VÖLDERNDORFF, *Zur Lehre* (Sulla dottrina della remissione) p. 6-42] e poi acquistò un'accezione assai più generale.

basta aver provato con tale esempio che anche coll'assunzione di negozii forensi può sorgere un'*actio negot. gest.* Quindi anche il pretore dice senza differenza: « si quis *negotia alterius* gesserit, iudicium dabo » [88]).

III. L'affare altrui deve venire amministrato senza mandato: benchè il *negotiorum gestor* possa anche a torto credere d'averlo ricevuto [89]). Suolsi dire che il principale nulla deve sapere della gestione per parte altrui. Ma non s'oppone al concetto della *negot. gest.* che si amministrino affari di un assente che lo sappia [90]). Solo nel caso che taluno sia presente e scientemente permetta che altri s'ingerisca ne' proprii affari bisogna, secondo le Fonti, ammettere un tacito mandato [91]). Talora anzi può impartirsi un espresso mandato e tut-

---

indivisibile, non può appartenere in comune a più persone, ma compete a ciascuna in solido. Tale è la ragione accolta pur dal WISSENBACH, *Exerc. ad Pand.* d. 12 th. 22. In contrario oppone il FABRO, ad fr 31 § 7 cit. che è un principio risaputo « servitutem per partes posse retineri »; fr. 8 § 1 *De serv.* [8 1], fr. 30 § 1 *De s. praed. urb.* [8 2]. Ma dalle Fonti arrecate appare senz'altro che tale ragione non si può applicare. — POTHIER, *Pand. Iust.* h. t. 3 *c.* crede tuttavia che non si possa per quel motivo ripudiare l'*actio communi dividundo* perchè i possessori del fondo, cui la servitù compete, hanno ad ogni modo la *communio praedii.* Quindi colui che ha difeso la contesa servitù ha in questo senso amministrato un comune negozio. Ma questa non è buona ragione per concedere l'*actio comm. div.*, poichè non si tratta della divisione del fondo stesso, ma si mira solo a ottenere un proporzionale indennizzo.

88) Fr. 3 pr. h. t.

89) Fr. 5 h. t.: « Si cum putavi a te mihi mandatum, negotia gessi et hic nascitur negotiorum gestorum actio, cessante mandati actione. Idem est etiam si pro te fideiussero, dum puto mihi a te mandatum esse ».

90) PROUSTEAU ad fr. 23 *De R. I.*, c. 15 § 5 [MEERM. *Th.* 3 512] dice benissimo: « quodsi resciverit absens ab alie negotia sua geri, per hanc rescientiam solam non videtur induci mandatum ». Ciò appare specialmente dal fr. 41 h. t. in cui si richiede che il negozio sia stato assunto *ignorante vel absente domino.* Lo stesso ha in mira GAIO, ove (fr. 2 h. t.) dice: « si quis absentis negotia gesserit, *licet ignorantis,* tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit, habeat eo nomine actionem ». Chè il senso di tali parole è certo quello che nell'assente non si guarda se egli abbia o no notizia che altri s'è assunto i suoi affari: tanto nell'uno che nell'altro caso ha luogo l'*actio neg. gest.* contraria, se il *neg. gest.* ha ultimamente speso a vantaggio di lui: cfr. SCHMID, p. 10 seg. — WALCH, *Introd.* III 6 § 5. — MADIHN, *ad Mencken* n. 1017 pag. 323.

91) Fr. 6 § 2 18 53 *Mandati* [17 1] c. 6 *cod.* [4 35].

tavia aver luogo l'*actio negot. gest.;* quando cioè le circostanze sieno di tal natura che l'*actio mandati* non possa aver effetto e pertanto il mandato deva riputarsi come non dato. PAOLO [92]) ne dà questo esempio. Posseggo un uomo libero qual servo in buona fede e gli do il mandato di amministrare un mio negozio. L'*actio mandati* non può aver luogo, *quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili.* Io lo converrò dunque coll'*actio negotiorum gestorum, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem et is fuit, quem obligare possem.* Qui appartiene poi anche il caso che un pupillo senz'*auctoritas* del tutore mi mandi un negozio: il mandato è nullo; ma per equità si ammette almeno un'obbligazione *negotiorum gestorum* [93]). Altro notevole caso espone ULPIANO [94]). Una madre manda a me e Tizio di prestar cauzione pel difensore di suo figlio assente. L'avversario nulla sa di questo mandato. Noi siamo obbligati pienamente in forza della cauzione. Chè se noi volessimo eccepire il SC. Vellejano, l'avversario ci opporrebbe una replica *doli.* Ma noi non possiamo convenire *ex mandato* la madre per ottenere l'indennità, perchè il suo mandato è a suo riguardo inefficace a causa del SC. Vellejano. L'equità però permette almeno l' *actio negot. gest.* contro il *defensor*, che mediante la nostra cauzione è stato liberato dalla sua obbligazione. Talora concorrono le due azioni in uno stesso negozio. Ciò avviene se alcuno che non è proprietario mi manda un affare altrui [95]). Fra me e il mandante sorge qui l'*obligatio mandati* e fra me e colui di cui ho amministrato l'affare, l'*obligatio negot. gest.* Per esempio, un marito mi manda un affare concernente i beni della moglie. Fra me e il marito sorge l'*actio mandati,* fra me e la moglie l'*actio negot. gest.* [96]). Non è dubbio però che in tal caso il proprietario dell'affare possa volgersi

---

92) Fr. 19 § 2 h. t.

93) Fr. 14 § 15 *De rel.* [11 7].

94) Fr. 7 8 *Ad SC. Vell.* [16 1]. Più esempi contengono i fr. 6 § 5 32 36 h. t. onde si vede che le Fonti ritengono l'*actio neg. gest.* quale succedanea dell'*actio* mandati, ne' casi in cui questa a rigore di diritto non può aver luogo: d'AVEZAN, *lib. contract. alt.* tit. IV § *Quid si* (MEERM., *Th.* 4 111) e PROUSTEAU l. c. c. 15 § 11 (ib. p. 512).

95) Fr. 3 i. f. 4 h.

96) C. 14 h. t.

coll'*actio negot. gest.* anche contro il mandante, se il *negotiorum gestor* non l'ha interamente soddisfatto; poichè colui che manda a un terzo la gestione di un negozio altrui deve rispondere al principale di tutti i danni derivanti da colpa del mandatario [97]). Invece contraddice l'affermazione cujaciana [98]) che *actio mandati* e *negotiorum gestor* concorrano elettivamente fra le stesse persone: quantunque v'aderiscano ed HUBER [99]) e WESTENBERG [100]). La questione può sorgere nel caso che il proprietario dell'affare ratifichi il negozio amministrato senza mandato [a]). Son possibili due casi. La ratifica

---

97) Fr. 21 § ult. 28 h. t. — SCHMID, p. 50 n. 3.
98) Prael. in tit. *De R. I.* ad fr. 60.
99) H. t. § 5.
100) *Princip. iuris* h. t. § 22.

---

a) L'influenza della ratifica sulla *neg. gest.* è obbietto di gravissima ed intricata questione. Vedi spec. WELCKER, *Diss. iurid. inaug. interpr. exhibens L.* 9. *De N. G. iunct. L.* 60 *de R. I*, Giess. 1813. — BUSSE, *De ratihab*, 1834 p. 46 seg. — CHAMBON, p. 60 seg. — VANGEROW, *Pand.* § 664, n. 3. — S'aggiungono que' passi delle Fonti, in cui si parla della retroattività in generale della ratifica. — Il WELCKER nella Diss. citata considera essere la ratiabizione atto unilaterale del *dominus*, e quindi per sua natura tale da mutare anzitutto solo i rapporti giuridici di esso e quindi conchiude potersi dopo la ratifica convenire il *dominus* come mandante anche pel tempo precedente (quindi non sono coll'*actio negot. gest.* contraria; ma anco — se il gestore preferisce — coll'*actio mandati contraria:* cfr. 50 17 60); ma diversa esser la cosa rispetto al *negotiorum gestor*, contro cui si può soltanto esperire l'*actio neg. gest. directa* [cfr. anche UNTERHOLZNER l. c. II p. 603]. Insomma dalla ratifica potrebbero venire vantaggi; ma nessun danno al gestore: cfr. D. 3 5 39.

E non sembra difficile conciliare tale dottrina colle Fonti: le varie specie di efficacia ch'esse in tal caso attribuiscono alla ratifica non esorbitano dalla sfera accennata. Tali sono:

I. Che il *dominus* ratificante deve sopportare anco i danni ed anco le spese voluttuarie, per quanto il negozio non sia stato *utiliter coeptum* o *gestum*.

II. Che se la ratifica si riferisce al ricevuto pagamento di un indebito, la *condictio* può esperirsi contro il *dominus* stesso.

III. Che se il gestore ha alienato cose del *dominus*, la ratifica rende tale alienazione irrevocabile, come farebbe il mandato.

IV. Che se il gestore ha contrattato col terzo, questi ha azione contro il *dominus* ratificante, come se mandato fosse intervenuto.

Ma sibbene questa teoria non sia del tutto insufficiente, più probabile è una spiegazione storica. Pare cioè non inverosimile [cfr. FERRINI, *Sesto Pedio* p. 13 e *Rivista italiana delle scienze giuridiche* I p. 44], che alcuni giureconsulti romani tendessero in fatto a parificare qui pure la ratifica al mandato e ne' testi accennati si conterrebbero traccie di tale opinione da SCEVOLA nel fr. 8 h. t. specialmente combattuta (Vedi anche PERNICE, *Labeo* I 516 seg.). — Nel diritto moderno poi tale efficacia retroattiva della ratifica è comunemente ammessa. Cfr. AUBRY e RAU 3 530, PA-

del proprietario avvenne prima del termine della gestione o avvenne a cose compiute. Nel primo caso il nostro autore (§ 419) attribuisce alla ratifica tale efficacia da considerare l'affare come amministrato fin da principio in seguito a mandato. Nel secondo invece afferma che la ratifica nulla muti e che la *negot. gest.* non si cambii in mandato. Tale dottrina è accolta da varii giuristi [1]) ed ha pure, rispetto al secondo punto, anche l'appoggio delle Fonti [2]). Chè parrebbe essere il passo ulpianeo tolto dal libro 10 delle *Disput.* [3]): *si quis ratum habuerit quod gestum est obstringitur mandati actione;* ma già fu avvertito [4]) che ULPIANO parla ivi d'un caso, in cui la ratifica dà compimento e perfezione ad un mandato. Si ponga, per esempio, che un procuratore faccia atto non compreso immediatamente nella procura, ma che venga dal mandato approvato, o che il procuratore agisca in forza di mandante presunto o venga il suo operato comprovato dal principale: esso si converte così in mandato vero [5]).

---

1) COCCEIO, h. t. q. 6. — DE GREVE, *Exerc. ad P.* 5 § 6 p. 120. — LAUTERBACH, h. t. § 10. — HOEPFNER, § 925 1 ecc.

2) Fr. 9 h. t.: « quod actio neg. gest. cum semel coeperit nuda voluntate haut tollatur ». La ratifica della *neg. gestio* non la muta in mandato: c. 9 19 h. t. c. 3 *De rei v.* [3 32], c. 3 *De contr. vel com. st.* [8 37].

3) Fr. 60 *De R. I.* [50 17].

4) VAN DER LINDEN, *ad Voet* (Strasb. 1793) h. t. p. 77. — A. BEYMA *in tit. de R. I.* ad fr. 60 cit. p. 323.

5) Se si confronta il fr. 60 cit. col fr. 1 *De adm. rer. ad civ. p.* [50 8] e col fr. 30 *De cond. ind.* [12 6] congiunto al fr. 2 § 4 *De adm. rer.*, tutti presi dal decimo libro delle *Disputat.* ulpianee appare, che il caso che vi sta a fondamento è quello di taluno, non sindaco, che amministra gli affari d'una comunità in seguito a tacito o presunto mandato del sindaco. — GOTOFREDO, ad fr. 60 cit. p. 255. Se ciò è vero, non può accogliersi l'interpretazione di LOPEZ MADERA, *Animadv. i. c.* (Colonia 1694) c. 31 e [OTTO, *Thes.* 3 493], che pone a fondamento il caso della c. 9 h. t. e spiega il fr. 60 di un'*actio mandati* contraria, che il debitore può esperire contro il creditore che abbia ratificato l'esazione del denaro fatta senza mandato da un terzo « ut et ne repetat et liberationem praestet ». A che tale azione? Il debitore è coperto per sempre contro le pretese del creditore coll'eccezione di ratifica. « Quomodo enim reprobare potest creditor semel probatum? » dice SCEVOLA, fr. 9 h. t. *a*).

CIFICI MAZZONI, *Istit.* 1. c. n. 32. Le conseguenze pratiche della retroattività sono riassunte dal SERAFINI nelle note alle *Pandette dell'Arndts*, vol. I § 78 nota 9.

a) In tale questione vedi l'ARNDTS-SERAFINI, Pand. I § 78 nota 11.

Ma riguardo al primo caso, i giuristi non v'hanno d'accordo. Il nostro autore si richiama (come gli altri della sua opinione) al fr. 60, *De R. I.* (50 17), e crede che debba intendersi appunto di questo caso [6]). Ora s'è in contrario [7]) non senza ragione osservato che in ogni negozio deve osservarsi quale fu l'intenzione fino *ab initio* rispetto ai diritti e a' doveri derivanti da esso [8]). Nulla importa anco la distinzione fatta dal GIFANIO [9]), tra il padrone assente e il presente. Chè il motivo, che si può fingere fra presenti un mandato meglio che fra assenti non mi par sufficiente a far sì, che nel primo caso la ratifica operi l'*actio mandati* e nel secondo lasci sussistere l'*actio negotiorum gestorum,* tanto più che in caso di ratifica non può esser questione di *finto mandato.* Più correttamente affermano il VOET [10]), l'A. COSTA [11]) e il D'AVEZAN [12]), che occorre vedere con quale *intenzione* la ratifica ebbe luogo. Se il padrone, saputo che l'affare era stato assunto e non compiuto ancora da un terzo, s'espresse in modo da non lasciar dubbio che voleva impartire un mandato, sorgerebbe da tale conferma l'*actio mandati:* invece, mancando tale intenzione, l'*obligatio negotiorum gestorum* non si muterebbe punto in *actio mandati,* ma rimarrebbe intatta. Comunque sia, appare però che niuna elettiva concorrenza può fra le stesse persone aver luogo, come e il D'AVEZAN [13]) e il GIFANIO [14]) hanno contro il CUJACIO affermato. Aggiungo solo che se il principale diede ad alcuno il mandato e questi non l'eseguì, ma lo fece da altri eseguire, fra quest' ultimo e il principale non sorge *obligatio mandati,* ma solo *negot. gestor.* AFRICANO [15]) dà tale esempio. Mando a TIZIO di prestar cauzione per

---

6) HOFACKER, 3 § 3036 *m.* (p. 368).

7) EMMINGHAUS *ad Cocc.* q. 6 h. t. 1.

8) Fr. 8 pr. 20 § 1 *Mandati* [17 1], c. 20 *fam. erc.*

9) *De div. R. I.* (Str. 1607 8) I 2 12 p. 130. *Explan. diff. et cel. leg. Cod.* (Colonia 1614 4) ad c. 3 *De contr. et comm. stip.* p. 415. Con GIFANIO concordano lo SCHULTING, h. t. § 5 e SCHMID, p. 91 seg.

10) H. t. § 14.

11) *Prael. ad illustr. quosd. tit.* p. 96.

12) *Contract.* II 2 § 3 [MEERM., *Th.* 4 112].

13) L. c.

14) L. c.

15) Fr. 46 § 1 h. t.

me e questi a mia insaputa sostituisce CAJO, che doventa mio fideiussore. Contro costui non ho l'*actio mandati,* ma quella *negotiorum gestorum.*

§ 420.

IV requisito [a]).

IV. S'esige ancora che gli affari non s'assumano contro la volontà o l'espresso divieto del padrone. Chi lo facesse, risponderà dei danni, che non sarebbero nati senza il suo intervento, e non può pretendere indennità per le spese anco utili che avesse fatto [16]). *Inviti* (o, come ha HELLFELD, *contradicentis*) *negotia non geruntur.* Fra i vecchi giureconsulti PROCULO e GIULIANO si disputava se chi avesse assunto, malgrado il divieto, i negozii altrui e li avesse utilmente amministrati potesse almeno pretendere la rifusione delle spese con un'*actio utilis negot. gest.* [17]). PROCULO stava per l'affermativa per ragione d'equità. Chè contro l'eccezione del divieto avrebbe il gestore potuto replicare *de dolo,* essendo iniquo volersi arricchire a danno altrui [18]). Invece GIULIANO negava assolutamente che avesse luogo tale azione, sia utile, sia diretta [19]); naturalmente perchè chi contro il divieto s'è intruso nelle faccende altrui e v'ha fatto spese, non può avere avuto l'intenzione di obbligare il padrone: si deve ritenere che abbia voluto donare le spese. A tal riguardo non si può affermare che il padrone s'arricchisca ingiustamente a danno del gestore. Tale idea fu accolta da POMPONIO e da PAOLO [20]); GIU-

---

16) Fr. 40 *Mandati* [17 1], fr. 8 § 3 h. t.

17) MESCOVIO, *De sectis S. et P.* IX 5 § 2 p. 161. — MERILLIO, *in L. Dec.* c. 33.

18) Fr. 17 § 4 *De inst.* [14 3]. — PROC.: « videri mo dolum malum facere qui ex aliena iactura lucrum quaeram ».

19) L'opinione giulianea è adottata da GIUSTINIANO, c. ult. h. t.

20) Fr. 40 *Mandati* [17 1]. — PAUL: « si pro te praesente et vetante fideiusserim nec mandati actio nec negotiorum gestorum est. sed quidem *utilem* putant dari oportere, quibus non consentio, secundum quod et POMPONIO videtur ».

---

a) Cfr. VANGEROW, *Pand.* § 644 n. 2. 2.

STINIANO però in una delle cinquanta Decisioni [21]), ha pure accettato l'opinione giulianea, aggiungendo che, ove il gestore avesse già fatto spese prima di conoscere il divieto del padrone, queste gli si dovessero compensare, se utili. Il padrone deve poi manifestare il divieto espressamente per iscritto o a voce, ma sempre in presenza di testimonii. Ciò avvenuto, se il gestore seguita nella gestione non può più pretendere indennizzo, quantunque amministri utilmente [22]) Si presuppone sempre, del resto, come osserva l'autore, che colui che

---

[21]) C. ult. h. t.: « si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis neg. gest. habeat aliquam adversus dominum actionem: quam quibusdam pollicentibus directam, vel utilem, aliis negantibus (in quibus et Salvius Iulianus fuit) hoc decidentes sancimus, si contradixerit dominus et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Iuliani sententiam nullam esse adversus eum vel directam vel utilem contrariam actionem: scilicet post denuntiationem, quam ei dominus transmiserit, non concedens rei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint, quid deinde si dominus adspexerit ab administratore multas expensas utiliter factas et tunc dolose adsimilatione habita, eum prohibuerit ut neque anteriores expensas praestet? quod nullomodo patimur: sed ex quo testatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis sub testificationem aliarum tamen personarum: ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei competere actionem. super anterioribus autem (si utiliter factae sunt) habere eum actionem contra dominum concedimus, sua natura currentem ».

[22]) Nonostante la categorica decisione giustinianea, molti son tuttavia d'avviso essere l'opinione di PROCULO più conforme all'equità e all'analogia di diritto. Di tale avviso fu MARTINO GOSIA, noto per la sua propensione all'equità e fu da molti seguìto, fra cui mi duole citare un VOET nel *Comm.* h. t. § 11. Ma la ragione che sia iniquo l'arricchirsi a spese altrui è già stata confutata: inoltre quella regola di equità soffre in genere varie eccezioni, arrecate dal LINGLOIS *in* L. *Dec.* 1 q. 1. E se un *malae fidei possessor* può dedurre le spese fatte per migliorare scientemente una cosa non sua (fr. 38 *De H. P.* 5 2) non ne segue ancora che deva competere azione al *neg. gest.* che ha agito contro il divieto del padrone. Il *praedo* colle sue spese non intendeva amministrare un negozio altrui e quindi non si può presumere in lui quell'*animus donandi*, che si presume nel primo, come benissimo osserva il MERILLIO l. c. contro MARTINO. È poi notevole che PAOLO stesso, che nel fr. 40 citato nega nel caso addotto azione al *neg. gest.*, nel fr. 38 *De H. P.* (5 2) arrechi la ragione « quod non debeat petitor ex aliena ratione lucrum facere ». Ora senza motivo non si deve ammettere contraddizione. SCHMID, p. 111.

mi ha inibito l'amministrazione de' suoi negozii abbia la capacità e fisica e morale di farlo. Se dunque tale persona non era in grado di dissentire, e d'altra parte la gestione fu necessaria o almeno utile, è chiaro che tale contraddizione non può impedire l'*obligatio negotiorum gestorum*. Questo caso può presentarsi quando si amministrino vantaggiosamente i negozii di un fanciullo, d'un pazzo o d'un ubbriaco. La loro opposizione non ha valore: la *negotiorum gestio* li obbliga, ciò nonostante, a prestare l'indennità, non avendo essi la naturale possibilità di dissentire. Lo stesso accade se l'opposizione è illegale o maligna, nel caso cioè che la gestione del negozio concerna un'obbligazione imposta per legge. Tale è il caso che taluno contro il divieto del padrone intraprenda nella sua casa una riparazione per allontanare il pericolo minacciato dalla ruina del fabbricato [23]) o che taluno contro il divieto dell'erede si assuma i funerali del testatore, quando l'erede non vi pensi. In ambo i casi nelle Fonti si ammette [24]) l'obbligo del risarcimento, nonostante il divieto.

§ 421.

V, VI, VII requisito dell'obbligazione ex negot. gest.

V. Si richiede che non si intruda alcuno negli affari altrui per fine di lucro e per suo esclusivo vantaggio. Anche costui è *negot. gestor* ed anzi è tenuto responsabile più di ogni altro, poichè non si guarda per l'azione che compete al padrone il fine del gestore, ma solo al fatto che taluno siasi assunto i negozii altrui. Ma l'azione competente di regola al gestore, che ha utilmente amministrato (ancorchè l'utile sia andato casualmente perduto), qui non ha luogo. Solo in quanto il proprietario abbia realmente avuto un vantaggio, le Fonti gli permettono per equità (il precipuo cardine di tutta questa dot-

---

23) « Nam interest reipublicae ne urbs ruinis deformetur »: fr. 2 § 17 *ult. Ne quid in l. publ.* [43 8].

24) Fr. 14 § 13 *De rel.* [11 7]. — LINGLOIS, l. c. q. 2.

trina) un'azione[25]), cui CUJACIO ritiene[26]) una *condictio indebiti*, JENSIO[27]) un'*actio de in rem verso*, SCHMID[28]) un'*actio in factum*; ma i più[29]), conforme alla natura della cosa, un'*actio negot. gest.* contraria, che qui è molto ristretta in pena dell'avidità del gestore. G. NOODT[30]) non vuol concedere neppure in tal caso l'azione, ma crede che il gestore possa valersi solo di una *retentio* o *compensatio*, dal momento che in altri testi non si dà neppure al *bonae fidei possessor* azione per le spese fatte in cosa altrui, ma solo eccezione[31]). Nella legge citata insomma in luogo di « actionem » vorrebbe leggere « exceptionem ». Ma tale emendazione non è necessaria e pecca contro l'equità ispiratrice della legge, venendo ora a peggiorare la condizione del gestore, qualora il padrone non abbia crediti contro cui compensare ed ora quella del padrone, se l'eccezione opposta per la stima delle migliorie dovesse richiedere lunghe indagini: e questo è pur l'avviso di JENSIO[32]), VOET[33]) e sopratutto di WAECHTER[34]) *a*).

---

25) Fr. 6 § 3 h. t.: « sed et si quis mea negotia gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse: qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro non meo commodo studet. sed nihilominus immo magis et is tenebitur n. g. actione ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei obest, quia improbe ad negotia meo accessit, sed in id, quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem ».

26) *Ad Afr.* tit. 8 fr. ult. h. t.

27) *Strictur. ad r. i.* pag. 13.

28) *Commentario teorico pratico sul trattato di suo padre intorno alle azioni* (Theor pract. Commentar.) IV § 1079 4.

29) VOET, h. t. § 9. — HERALDUS, *De r. i. auctor.* II 23 § 5 [OTTO, *Th.* II 1270]. — HUBER, *Eunom.* h. t. p. 157 § 4. — DE GREVE, 5 § 5. — SCHMID, p. 66.

30) *Prob.* III 9.

31) Fr. 48 *De R. V.* [6 1] fr. 33 *De cond. inv.* [12 6]. Ma qui non si parla di *neg. gestio.* La *rei vindicatio* non ha una relativa *actio contraria:* da un caso non si può dunque conchiudere all'altro.

32) L. c.

33) L. c.

34) *Ad* NOODT, *Prob.* III 9 (*Opusc.* p. 324).

---

a) Tale opinione dell'A. è certamente giusta. La lezione difesa da lui in questo testo (che nelle recenti edizioni forma il fr. 5 § 5) è pure da' nuovi studii confermata.

VI. S'esige che il gestore abbia l'intenzione di obbligare il padrone o almeno non abbia l'intenzione di donargli le spese, assumendo il negozio [35]).

L'*animus obligandi* non è necessario perchè resti obbligato il gestore medesimo. Egli è sempre tenuto *ex negot. gestore,* qualunque sia stata la sua intenzione [36]), perchè l'intenzione del gestore non può mutare o diminuire il diritto del proprietario [37]). Ma se si tratta dell'obbligo che ha il principale di indennizzare il *negotiorum gestor,* per il diritto romano tale azione ha solo luogo, se vi fu l'intenzione di obbligare il padrone del negozio [38]). Vien dunque di regola meno, nel caso che io abbia amministrato un negozio altrui, ma non scientemente, bensì coll'animo di attendere a un affare mio proprio [a]). In tal caso si può usare il diritto di ritenzione o ritenere come indebito quanto s'è pagato coll'opinione di amministrare un proprio affare, poichè il vero debitore non rimane a stretto diritto liberato dal pagamento fatto erroneamente da un terzo [39]). Alcuno, per esempio, stima essere erede e paga un debito ereditario: può bene, restituendo l'eredità, dedurre [40]) il pagato; ma, consegnata l'eredità, non ha l'*actio negot. gest.* contro l'erede, ma solo la *condictio indebiti* per ripetere dal creditore il pagato [41]). Siccome però la legge dell'equità, che è la base di questa materia, non permette a veruno di

---

35) Cocceio, h. t. q. 1. — Hoepfner § 937 5.

36) Fr. 6 § 3 h. t.

37) Schmid, p. 65 seg.

38) Fr. 14 § 1 29 *Comm. div.* [10 3], fr. 14 § 11 *De rel.* [11 7], fr. 33 i. f. *De cond. ind.* [12 6]

39) Fr. 19 § 1 *De c. i.* [12 6], fr. 33 § 2 *De sol.* [46 2].

40) C. 5 *De H. P.*

41) Cuiacio *ad Afr.* tit. 7 ad fr. 38 § 2 cit. e tit. 8 ad fr. ult. h. t. — Voet, h. t. § 13. — Cocceio, h. t. q. 5.

---

a) Cfr. Zimmermann, l. c. § 3-4. — Windscheid, *Pand.* II § 481 n. — Wlassak, l. c. § 3 p. 27. — Sulla dottrina in genere poi Brinkmann, l. c. p. 19 seg. — Kaemmerer nella *Rivista* di Linde, 8 p. 137 seg. 161 seg. 341 seg. — Vangerow, *Pandette* § 664 2 a. — Arndts-Serafini, *Pand.*, II, § 298, nota 2.

arricchirsi a danno altrui, così le Fonti [42]) concedono, nel caso che un terzo sia stato liberato da una obbligazione da me, purchè a mia insaputa e senza volontà, in mancanza d'altro rimedio ch'io mi valga di un'*utilis negot. gest.* contro colui, che è stato realmente dall'atto mio avvantaggiato. S'io adunque pensando d'esser divenuto erede di Tizio, pago legati e poi devo restituire l'eredità al vero erede, posso farmi restituire da questi il pagato con un'*utilis actio negot. gest.* Poichè io l'ho mediante tali pagamenti liberato da una obbligazione, che gli sarebbe incombuta [43]) *a*). Nè v'ha dubbio che nell'attuale uso forense si conceda, secondo il testimonio de' pratici più esperti [44]), l'*actio utilis negot. gest.*, quand'anche non si abbia avuto formalmente l'intenzione di obbligare il padrone dell'affare, ma neppur quella di donargli le spese, purchè s'intenda l'affare sia stato realmente condotto con suo vantaggio.

S'io ho assunto un affare pertinente a più persone, avendo però riguardo a una sola fra esse, questa sola rigorosamente è tenuta

---

42) Fr. 14 § 11 *De rel.* [11 7] e ib. fr. 32 pr., fr. 50 § 1 *De H. P.* [5 2]: « si rem quam servus venditus surripuisset a me venditore emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda, sicut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses. sicut ex contrario in me tibi daretur, si cum hereditatem, quae ad me pertinet, dum tuam putares res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem ea solutione liberarer ».

43) Fr. 43 h. t.

44) Cocceio, l. c. — Lauterbach, h. t. § 9. — Reinharth, § 18. — Weruher, II 10 obs. 262. — Struben, 3 diff. 76. — Schmid, l. c. IV § 1079 ad 4 ecc.

---

a) Per regola non vien liberato alcuno pel fatto che altri, credendosi a torto debitore, paghi per noi e appunto perciò di *regola* non può parlarsi in tal caso di *neg. gestorum actio.* Nel caso citato nel testo la cosa è diversa perchè l'erede putativo ha dato la *species* al legatario e con ciò liberato realmente l'erede. Cfr. anco D. 11, 7. 14, 11 e 32 pr. e si vedrà che se il *dominus* è stato realmente liberato da una obbligazione, ha luogo l'*actio neg. gest.* tuttochè credesse il gestore di trattare un proprio negozio. Nè si possono tali passi riferire col Kaemmerer, l. c. solo al *favor funeris et religionis*: cfr. Chambon, l. c. p. 144 seg. — Ma d'altra parte la regola che qui pone il Glück e che è stata accettata da molti più recenti è pel diritto comune senza fondamento: vedi per tutto ciò anche il Vangerow, l. c. La prassi del diritto comune è però passata anco nel diritto francese e italiano: Doveri, *Istit.* II p. 483. — Giorgi, *Obblig.* 5 p. 12. — Pacifici-Mazzoni, *Istit.* IV[5] 1 p. 116.

verso di me *ex quasi contractu negot. gest.* Le altre sono tenute per ragione di equità solo sussidiariamente e fino a concorrenza dell'arricchimento conseguito. Per esempio, io curo senza mandato un affare concernente il peculio d'un *filiusfamilias.* Sorge la questione s'io possa agire coll'*actio negot. gest.* anche contro il padre che ha dato il peculio da negoziare a suo figlio. Secondo LABEONE (seguìto anco da POMPONIO [45]), dipende da ciò se io ho amministrato il negozio per riguardo al padre o per amicizia verso il figlio. Nel primo caso il padre solo è tenuto verso di me; nel secondo sente gli effetti dell'affare da me assunto come proprietario del peculio; ma siccome io non l'ho fatto allo scopo di obbligarmelo, l'*actio negot. gest.* non mi compete veramente che contro il figlio di lui. Niun dubbio infatti che anche un *filiusfamilias* possa restare obbligato per diritto civile. Contro il padre non c'è altro mezzo che l'azione di peculio. Se invece tale azione fosse inefficace, perchè i debiti del figlio verso il padre superano il peculio, io posso bensì convenire il padre con un'*actio utilis negot. gest.,* ma « in quantum locupletior ex mea administratione factus est ». Lo stesso dicasi se Tizio ha dato a mio figlio il mandato di comperargli un fondo ed io ho assunto questo affare, dopo aver avuto notizia del mandato. AFRICANO [46]) dice dipender tutto dall'intenzione con cui io l'ho fatto. Se fu per amicizia verso Tizio, sapendo io meglio di mio figlio quale fondo a lui convenisse e dove si potesse averlo a miglior prezzo, fra me e Tizio ha luogo l'*actio negot. gest.,* come se niun mandato fosse stato impartito. Ma s'io avessi assunto il negozio solo per riguardo a mio figlio, perchè questi non incorresse in responsabilità, allora non ha luogo l'*actio negot. gest.*, ma posso soltanto esperire l'*actio mandati* contro Tizio *ex persona filii mei* e Tizio può all'incontro convenirmi coll'*actio de peculio* [47]).

Se io ho errato solo nella persona di colui, per cui amministravo l'affare e ne credevo padrone Tizio, mentre l'era Sempronio, non il primo, ma quest'ultimo sarà tenuto verso me in forza di questa

---

45) Fr. 6 § 6 h. t.
46) Fr. 39 *De O. et A.* [44 7]. — SCHMID, l. c. p. 75.
47) Fr. 46 h. t.

negotiorum gestio [48]). L'errore nella persona non osta al sorgere di quest'azione, purchè io avessi l'intenzione di obbligare un terzo. Anche qui è l'equità, che prepondera, come si vede dal caso seguente esposto da ULPIANO [49]). Tizio paga varii debiti del defunto Sempronio credendo che sua sorella ne sia l'erede, come infatti sta nel testamento. Ma questo viene fatto rescindere dagli *heredes sui* e la sorella resta così esclusa. Tizio ha dunque nel fatto amministrato gli affari de'figli del defunto. Chi dovrà risarcirlo? Nulla può ripetere da' creditori del defunto [50]). È dunque equo che il vero erede lo debba fare. Benchè infatti il pagamento non fosse fatto a loro riguardo, pure in realtà essi ne hanno avuto il vantaggio, potendosi difendere coll'*exc. doli* contro i creditori nel caso che ne fossero convenuti [51]). Si arricchirebbero dunque ingiustamente alle spalle di Tizio. A ragione dice quindi ULPIANO: « quia aequum est in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit » [52]).

Finalmente VI: s'esige che l'affare assunto venga condotto a vantaggio del principale, posto pure che l'utilità vada poi fortuitamente a perdersi [53]).

§ 422 a.

Delle obbligazioni nascenti dalla negotiorum gestio.

I. Obbligazioni del gestore. Di quale colpa deve egli rispondere?

Visti i requisiti di questo quasi contratto, vediamo le obbligazioni che ne derivano. Esse consistono da parte del gestore in ciò:

I. Deve amministrare l'affare colla *dovuta diligenza*. La diligenza (come la *colpa* che sorge dalla sua mancanza) ha i suoi gradi

---

48) Fr. 5 § 1 h. t.

49) Fr. 45 § 2 h. t.

50) Fr. 44 *De cond. ind.* [12 6]: « repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est ».

51) Fr. 74 § 2 *De iud.* [5 1]. — SCHMID, p. 57 6.

52) Fr. 45 § 2 cit.

53) Fr. 10 § 1 h. t.

(§ 322) [a]) ed è quindi lecita la domanda: qual grado di diligenza deve usare il gestore: il massimo, il medio, il minimo? E per qual grado di colpa dev'egli rispondere? Per la lata, la lieve o la lievissima? Tale questione è stata sempre controversa: prevalgono due pareri. Alcuni sostengono che il gestore deva solo rispondere del-

---

a) Ormai la teorica della *colpa* comunemente accolta (e che in sostanza è già quella di DONELLO, *Comm. iur. civ.* 16 7) è ben diversa da quella, a cui il nostro A. si riferisce e nel testo e nelle note e però ben diverse risultano le applicazioni. Vedi soprattutto V. LÖHR, *Teorie* (Teoria della *culpa*, 1808), *Beiträge* (Contributi alla teoria della c. 1808) e nel suo *Magazzino* IV (1844) 472 seg. — HASSE, *Die Kulpa* (La colpa in diritto romano) 1815 II ediz. di BETHMANN-HOLLWEG, 1838. — KRITZ, *Ueber die culpa* (Sulla colpa in diritto romano) 1823. — UNTERHOLZNER, l. c. I 270 seg. — VANGEROW, *Pandette* I § 107. — PUCHTA, *Pandette* p. 147.

Ora cioè non si ammettono più che *due* soli gradi di colpa, la *lata* e la *levis*: un terzo grado, ossia la *culpa levissima*, non solo è contraria ad ogni criterio giuridico (poichè se una sì grande attenzione, quale si richiede per evitare tale specie di colpa, si potesse esigere in varii rapporti abbastanza frequenti della vita civile, non si vede perchè non si possa esigere in tutti gli altri e specialmente di quelli, in cui la persona ritrae dall'atto giuridico un vantaggio e soprattutto non si vede come possa venir meno sì stretto obbligo pel semplice fatto, che un vantaggio ritrae anche l'altra parte); ma a ben vedere non si può sostenere con alcun testo decisivo. — Innumerevoli sono i testi che presuppongono due soli gradi di colpa: D. 13 6 10 1 — 19 17 2 — 30 108 12 — 36 1 22 5 ecc. — I testi che sembrano addurre *oltre la colpa* anco la *diligentia* (come D. 13 6 5 2 e 30, 48,) — a ben vedere — non vogliono altro che stabilire il dovere di pressare la diligenza in astratto. Il fr. D. 11 6 1 1 che parla di *omnis culpa*, non ha punto il senso che gli attribuivano gli antichi. Questi ritenevano cioè che il passo distinguesse secondo che il *mensor* ricevesse o no onorario; nella prima specie si direbbe che, pur rimanendo obbligato per *culpa levis*, nol sarebbe per *omnis culpa*. Resterebbe quindi un margine ancora per la *culpa levissima*. Ma a ben vedere (HASSE, l. c. p. 214 seg. — VANGEROW, *ibid. c*), non si fa tale distinzione; anzi si dice che in ogni caso il *mensor* non è tenuto che per dolo e *culpa lata*, non mai per *omnis culpa*; *utique enim scit praetor. et mercede eos* [*mensores*] *intervenire*. — Veniamo ora al difficile passo, D. 50 17 23 citato in questa materia dal nostro autore. Che in esso, anzichè di *culpa levissima*, s'accenni solo al dovere di prestare la diligenza in astratto, sembra chiaro. Ad ogni modo la costruzione è singolarmente sconvolta. Invece dell'emendazione *quidam*, a cui accenna l'A., il LÖHR, *Beitr.* p. 140 propone *quaedam*. HASSE vorrebbe leggere *in his quidem et diligentia*. — HUSCHKE, *Museo renano* 7 74 seg. [citato dal VANGEROW, l. c.] ammetta una trasposizione e legge così: — *locatio, negotia gest., in his quidem et diligentia (praestatur); item dotis datio, tutela societas et rerum communio et dolum et culpam recipit.* — L'*item* starebbe anche più apertamente contro la teoria del nostro autore.

È uno strascico di tali antiche dottrine se anco nel diritto nostro gli autori [cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni* III 4 n. 28] propendono a ritenere che « la responsabilità del gestore d'affari deve essere valutata più rigorosamente che quella del mandatario ». S'eccettua però il caso, che fossero state intraprese speculazioni insolite per l'interessato, nel qual caso la responsabilità potrà spingersi fino al caso fortuito.

l'ordinaria diligenza, che ogni uomo accurato suole avere: l'obbligo quindi si limita a prestare la *culpa levis*. S'eccettua però:

a) il caso che il gestore siasi imposto, escludendo altri, che avrebbero con maggior diligenza e prudenza amministrato l'affare.

b) e quello che l'affare esiga per sua natura una specialissima diligenza e attenzione.

Quest'era già l'avviso della Glossa[54]) seguìto unanimemente dagli antichi giuristi italiani, ALBERICO DA ROSATE, CINO, BARTOLO, BALDO, B. SALICETO, PAOLO CASTRENSE e lo stesso ALCIATO[55]). Fra' moderni son di tale avviso i due FABRI (Antonio[56]] e Pietro[57]]), FRANZKE[58]), LAUTERBACH[59]), RITTERSHUSEN[60]), DELRIO[61]), MARSILIO[62]): fra' recentissimi MENCKEN[63]), SCHNEIDER[64]), SCHMID[65]) ed HOEPFNER[66]). — Altri invece pensano essere di regola il gestore tenuto al più alto grado di diligenza. Tale opinione sostenne pel primo CUJACIO[67]), ch'ebbe a seguaci la maggior parte de' giuristi, fra cui i più rinomati, come il VOET[68]), il G. GOTOFREDO[69]), il VULTEJO[70]), il G. NOODT[71]), il DE OROZ[72]), il BACHOVIO[73]), A.

---

54) Ad fr. 3 § 9 12 h. t. e c. 20 *eod.*
55) *Comm.* ad *ti. V. S.* (ad fr. 226).
56) *Rat.* ad fr. 11 h. t.
57) Ad fr. 23 *De R. I.* [50 17].
58) Ex. 11 q. 7.
59) H. t. § 10-19.
60) *Comm.* in fr. 23 *De R. I.* Strasb. 1616 4 c. XII p. 170-4.
61) *Comm.* in fr. 23 *d. R. I.* c. 24.
62) *Notae ad Inst.* h. t. § 1.
63) *Levem culpam a n. g. ordinarie praestari,* Helmst. 1760.
64) *De n. g. ordinarie ad culpam levem obl.* 1780.
65) L. c. p. 29-50.
66) § 937.
67) Ad PAUL, *R. S.* 1 4. *Comm.* ad fr. 23 *de R. I.* e in AFRICANO, tit. V ad fr. 108 § 12 *De leg.* I (30).
68) *Ad Pand.* h. t. § 4.
69) Ad fr. 25 *De R. I.* § 8 p. 138.
70) Disc. schol. c. 15.
71) Ad h. t. II OPP., p. 99.
72) *De Ap. i. c.* 5 5 16-17.
73) H. t. c. V 7 — *Ad Treutl.* I 10 th. 5 C. D.

SCHULTING [74]), PROUSTEAU [75]), D'AVEZAN [76]), OTTO [77]), A' COSTA [78]), ALTAMIRANO [79]), WISSENBACH [80]), CONTIO [81]), SCHILTER [82]), STRUV [83]), P. MUELLER [84]), U. HUBER [85]), WAECHTER [86]) e MAJANSIO [87]).

Ambo le parti hanno argomenti sì gravi in proprio favore, che è veramente difficile lo scegliere fra ambedue. Il nostro autore accoglie la prima opinione: la seconda mi par tuttavolta più conforme alle regole generali in materia e al dettato delle Fonti.

Infatti:

A. Le Fonti in genere dispongono che nell'amministrazione d'affari altrui non assunti per necessità, come nel caso di tutela, ma liberamente, si sia tenuti per ogni negligenza, anche minima. *Aliena negotia* — dice COSTANTINO [88]) — *ex acto officio gerenda, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.* Quindi il mandatario è (per espressa disposizione di legge) [89]), tenuto anco per la colpa lievissima. Come dunque il *negot. gest.*, che senza mandato e vocazione, ma quasi per smania d'immischiarsi, si assume gli affari altrui potrà esimersi da tale obbligazione? Tanto più quando si pensi che la *negot. gest.* è in genere configurata sull'analogia del mandato.

B. Anche in altri contratti in cui si richiede solo la diligenza media od anco la minima, sorge un'obbligazione per colpa lievissima,

---

74) H. t. § 6.
75) *Rec.* ad fr. 23 *de R. I.* c. 15 § 17 [MEERM., III 513].
76) *Contract.* l 34 2 [ib. IV 68].
77) Ad § 1 h. t.
78) Ad *eund.* l.
79) *Comm. in lib. Q. Cervidii Scaev.* I ad fr. 9 h. t. § 1 [MEERM, II 375].
80) *Disp. i. c.* n. 89 § 6 e *Comm. in libros VII prior. C.* h. t. § 3.
81) *Comm.* ad fr. 23 *De R. I.*
82) Prax. i. r. Ex. 10 § 17-68.
83) *Syntagma* 7 50.
84) *Ad Struv.* l. c. 3.
85) *Eunomia rom.* p. 154.
86) Ad ULP. fr. 5 § 2 *comm.* e fr. 23 *De R. I. sive de gradibus culpae in contr.*, Vittemb. 1630 c. 11.
87) *Ad XXX l. Cl.* fr. 375.
88) C. 21 *Mand.* [2 35].
89) C. 13 *eod.* — Hieron. DE OROZ 5 5 18.

se l'affare è oneroso e ciò non ostante alcuno vi si è spontaneamente offerto. Tale è il caso de' tutori [90]) e de' depositarii [91]). Ora che fa mai chi si assume i negozii altrui senza mandato, se non profferirsi non invitato ad amministrarli?

C. Le Fonti poi dicono che il *negot. gestor* presta la « culpa » e non il « casus ». Se la sua obbligazione è esclusa solo dal caso, naturalmente risponderà d'ogni negligenza [92]).

D. Nè mancano testi chiari, che impongono al gestore la massima diligenza. Anzitutto si vegga il fr. 23 *De R. I.* (50 17). Si arrecano ivi moltissimi contratti « qui dolum et culpam recipiunt »: cioè mandato, commodato, vendita, pegno, locazione, costituzione di dote e tutela e s'aggiunge: NEGOTIA GESTA *in his quidem et diligentiam.* Che qui la voce « diligentia » indichi il grado supremo di diligenza, non si può dubitare. Si vede questo non solo da altri passi [93]), ma specialmente nel nostro, nel quale è impossibile ogni altra interpretazione dal momento che « diligentia » si contrappone a « culpa », la qual parola suole indicare il grado medio di negligenza, ossia la *culpa levis,* nel linguaggio legale. La voce « diligentia » indica dunque apertamente un più elevato grado di diligenza oltre quello, la cui trascuranza dicesi *culpa levis.* I giuristi disputano però ancora sulle parole « in his quidem et diligentiam »: varii [94]) leggono *quidam;* ma non posso diffondermi in tale critica dal momento che già il PUETTMANN ha reso indubitata la correttezza di quella lezione ed ha dimostrato pienamente che quelle parole si riferiscono direttamente a *negotia gesta,* e significano così « *et in negotiis quidem gestis et diligentiam* (i. e. *summam*) *exigimus* » [95]). Decisiva è la c. 24, *De usuris* [4 32], che dice: *si mater tua maior annis constituta*

---

90) Fr. 53 § 3 *De furt.* [47 2].

91) Fr. 1 § 35 *depos.* [16 1].

92) Fr. 32 pr. 37 § 1 h. t. — WERNH., *Doctr. iuris explicat. princ. et c. damni praestandi* § 7 sostiene doversi questi passi intendere del caso che taluno siasi imposto in luogo di altro più attento e diligente. Ma si vedrà che non è questo sempre il caso, quando esamineremo le obbiezioni.

93) Fr. 47 § 5 *De leg.* I (30), fr. 5 § 2 *De comm.* [13 7].

94) PROUSTEAU, l. c. c. 23. — REINOLD ad fr. 23 *De R. I.* [*Op. iurid.* a IUGLERO ed.] p. 303 seg.

95) *Prob. i. c.* I 9 p. 70 seg.

negotia quae ad te pertinent gesserit, CUM OMNEM DILIGENTIAM PRAESTARE DEBEAT, *usuras pecuniae tuae, quam administrasse fuerit comprobata, praestare compelli potest.* È notevolissimo che qui anche la madre è tenuta a osservare la massima diligenza, quando amministra i negozii de' suoi figli; quanto più dunque dovrà ciò affermarsi di un altro gestore? Si suole opporre niuna necessità spingere a interpretare proprio così quelle parole « omnem diligentiam »; mentre è credibile che la madre come *tutrice* abbia curato i negozii de' proprii figli e quindi la costituzione debba riferirsi a quella ordinaria diligenza, cui i tutori devono impiegare. Ma precisamente le parole « maior constituta annis », su cui si appoggia tale interpretazione, insegnano il contrario. Se la madre cioè avesse come tutrice trattato gli affari de' proprii figli, s'intenderebbe senz'altro che dovesse essere maggiorenne: niuna madre minorenne è idonea alla tutela dei suoi figli [96]). Invece la presupposizione dovere essere la madre maggiorenne era assolutamente necessaria ad esprimersi nel caso che si dovesse convenire come *negotiorum gestix* per gl'interessi de' denari de' figli amministrati da lei: altrimenti, come minorenne, non avrebbe potuto obbligarsi oltre l'arricchimento effettivo. E tra le prove migliori è il fr. 25 § 16 *fam. erc.* [10 2], in cui si legge: « Non tantum dolum sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. Non tamen *diligentiam* praestare debet, qualem *diligens paterfamilias,* quonium hic propter suam partem *causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum actio* ei non competit ». Si decide la questione per qual colpa deva rispondere un coerede se, senza mandato, ha amministrato la comune eredità. Si potrebbe credere che sia, come *negot. gestor,* tenuto alla massima diligenza. Ma v'è una gran differenza tra il coerede e il gestore. Il primo aveva in forza della sua quota ereditaria una legittima cagione di amministrare l'eredità comune; mentre l'altro non era in modo alcuno chiamato a immischiarsi negli affari altrui. Il coerede basta che osservi quella cura, che ha nelle cose proprie; il gestore invece prestar deve quella diligenza « qualem diligens paterfamilias »: vale a dire il massimo

---

96) C. 2 *Quando mulier officio* [5 35].

grado di diligenza[97]). Se noi ora esaminiamo alquanto i motivi dell'opposta opinione, essi invece di toglier forza alla prima, contribuiranno forse a convalidarla. Si dice infatti:

A. Che il *negot. gestor* non trae alcun vantaggio dall'amministrazione del negozio altrui. Secondo l'analogia del fr. 5 § 2 *comm.* [13 7] dovrebbe dunque essere tenuto solo per colpa lata. È dunque già singolare che debba prestare la colpa lieve. — Ma tale ragionamento si confuta da sè stesso: dal momento infatti che i sostenitori di tale opinione ammettono essere il gestore tenuto per colpa lieve, mentre secondo il citato fr. 5 dovrebb'esser tenuto solo per colpa lata, vengono con ciò a confessare che l'analogia del citato fr. 5 qui non corre. È inoltre risaputo che le Fonti misurano il grado di diligenza da adoperarsi in relazione al vantaggio, che l'una o l'altra parte trae dall'atto solo in quei contratti, in cui una cosa forma obbietto di obbligazione, non in que' casi, in cui si parla della prestazione d'un fatto, o in cui alcuno s'è profferto a un negozio oneroso, senz'averne vantaggio[98]).

B. S'invoca pure il fr. 11 h. t., in cui POMPONIO scrive: *si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes.* La voce *culpa,* ove sta sola, suole indicar la colpa lieve. Ma che qui s'alluda alla colpa in tutti i suoi gradi e quindi anco alla minima negligenza, appare da ciò che POMPONIO vi contrappone il caso. Chè subito aggiunge: « sed Proculus interdum etiam CASUM praestare debere ». Ora non sorgerebbe il quesito fino a che punto il gestore debba rispondere del caso, se non si presuppone, che già di regola sia tenuto a prestar la colpa lievissima[99]). Che in molti passi delle Fonti poi[100]) la voce *culpa* isolata indichi la *minima* negligenza, fu già mostrato da A. WIELING[1]).

C. Più di tutto però s'invoca la c. 20 h. t., in cui dicesi espressamente dover colui che assume spontaneamente un negozio altrui

---

97) NOODT, ad tit. 10 2 [*Opp.* II 241]. — SCHILTER, l. c. 10 § 68.
98) ZOLLER, *De eo quod iustum est circa praest. culpae,* Lipsia 1773 § 4-5.
99) HOFACKER, III § 3035 *k.*
100) Fr. 16 *De cond. f.* [13 5], fr. 8 § 3 *De prec.* [43 26].
1) *Lect. i. c.* 1 7 p. 25.

prestare non solo dolo e colpa lata, ma anco la lieve. Che siccome della *levissima* non si parla, così si pensa che di regola il gestore non la debba prestare. È certo questo il più forte argomento degli avversarii. Ma non si deve dimenticare che questa legge è un rescritto, e i rescritti servivano alla decisione di singoli casi presentati agli imperatori. Siccome ci sono in gran parte ignote le circostanze esatte, tali costituzioni vanno sempre interpretate coll'analogia di proposizioni più determinate, tanto più che non era intenzione degli imperatori romani esporre nei rescritti nuovi principii, ma applicare quelli già ricevuti [2]). Applicando ciò alla nostra costituzione è certo che la istanza di OTTAVIANO, a cui il rescritto è rivolto, non chiedeva quale colpa dovesse prestare il gestore [come affermano NOODT [3]) e PROUSTEAU [4])]; ma pare piuttosto essere stata la domanda questa: Deve colui che s'è immischiato spontaneamente nei negozii di un minorenne rispondere, come farebbe un tutore, anco degli affari che non ha amministrato? Si può porre cioè a carico di tal gestore lo avere assunto un affare e negletto un altro? Le Fonti rispondono che no, essendovi gran differenza tra un tutore e un volontario gestore: quello amministra i negozii di un pupillo per dovere, questi per sua volontà. Per questo basta che abbia in qualche modo giovato al principale, di cui ha assunto per amicizia l'affare. Invece s'intende che il gestore nulla può trascurare di quanto si rapporta all'affare assunto. Se dunque colui che senza essere tutore legalmente ordinato riceve in pagamento denari per un impubere deve rispondere anco su gli interessi, benchè non li abbia percepiti. L'eccezione ch'egli non versi nè in dolo nè in colpa lata non basta a difenderlo da tale obbligo, appartenendo a' doveri di ogni buon amministratore di non lasciare inerte il denaro, che si può mettere a frutto. E il gestore non deve prestar solo dolo e colpa lata; ma ancora la colpa lieve [5]). Da tutta questa esposizione del caso, a cui la legge si rapporta, non si trattava di ciò, se il gestore rispondesse anco della colpa lievissima: e però non può

---

[2]) PÜTTMANN, 1 14 p. 108 *Prob.* — ECKHARD, *herm.* 1 5 221.
[3]) *Rec. ad fr. 23 De R. I.* 15 22.
[4]) H. t. p. 99.
[5]) WAECHTLER, *De gradibus culpae* c. 11 § 68.

opporsi alla nostra opinione. Si potrebbe dir con COCCEJO [6]), che nel caso della c. 20, il gestore risponde solo della colpa lieve perchè ha, come protutore, trattato gli affari di un pupillo; infatti chi amministra in qualità di protutore i negozii d'un pupillo risponde solo, come il tutore, della *culpa levis* [7]).

D. Ancora un forte argomento vuolsi trovare nel § 1 h. t. Ivi GIUSTINIANO dice espressamente che il gestore è tenuto a « exactissima diligentia » nel solo caso, in cui *alius, diligentior eo, commodius administraturus esset negotia.* È così indubitata l'eccezione — si dice — essere il gestore tenuto alla prestazione della colpa lievissima sol quando s'è imposto, escludendo altri. Ma io temo che causa d'errore sia stata la parafrasi dello [PSEUDO-]TEOFILO. Se si legge il testo giustinianeo nel suo contesto si vede ch'esso suffraga e non combatte la nostra opinione. Dice GIUSTINIANO essere il gestore tenuto a dar conto del suo operato e mostrare d'avere impiegato la *massima diligenza.* Non basta che mostri d'avere impiegato la stessa diligenza che suole nelle cose proprie: questo non è sempre il più alto grado di diligenza. No! allora adempie il gestore al suo ufficio, quando tratta l'affare altrui con tal cura, che *nessuno avrebbe avuto maggiore.* Questo, io credo, è il vero senso della frase: *si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia:* nè fa bisogno intenderla proprio del caso che siavi stato altr'uomo più diligente, a cui il gestore siasi imposto. Essa non dà che una descrizione della *exactissima diligentia,* che, come benissimo avvertiva CRELL [8]), va giudicata da ciò che altro uomo più diligente avrebbe potuto prestare. È una descrizione assai consueta nelle Fonti [9]). Quasi colle stesse parole trovasi nel § 2 *Quib. mod. re conti.* [3 14] e nel fr. 1 § 4 *De O. et A.* [44 7], ove si impone al commodatario l'onere della *praestatio culpae levissimae,* eppure costui, come insegna il fr. 18 *comm.* [13 7],

---

6) *Ius. civ. contr.* h. t. q. 7.

7) Fr. 7 *De eo qui pro tut.* [27 5].

8) *Omnem culpam in n. g. iudicio praestari,* Vitt. 1733 § 5 p. 18. Si vegga pure EINERT, *De n. g. ad culpam levissimam praest. obl.* praes. SCHOTT, Lipsia 1767 § 5. — Fratelli OVERBECK, II med. 98. — WALCH, Lect. 3. c. 6 § 4.

9) Fr. 6 § ult. 18 h. t.

non è tenuto certo a impiegare la massima diligenza solo a condizione d'avere escluso altri più diligenti. Basti ciò a escludere l'opposta sentenza: osservo solo che la nostra è stata accolta anco nella prassi, come attestano lo SCHILTER [10]) e il MÜLLER [11]).

Talora il *negot. gestor* deve prestare ancor più della colpa lievissima, cioè anche il caso [12]).

A. Se ha assunto un negozio di un assente assai scabroso, sicchè anche il principale non avrebbe facilmente osato di farlo. Per esempio, senza mandato col denaro di Tizio partecipo ad un' impresa industriale o impiego il suo denaro in una lotteria. Il guadagno appartiene all'assente; ma il rischio della perdita è mio [13]).

B. S'egli ha assunto l'affare contro l'espresso divieto del padrone e il danno non sarebbe [14]) sorto altrimenti.

C. S'egli s'è immischiato ne' negozii dell'assente solo per proprio vantaggio [15]).

D. Se con patto speciale s'è obbligato a risponder del caso. La c. 22 h. t. dice: « negotium gerentes alienum, *non interveniente speciali pacto,* casum fortuitum praestare non compelluntur ». Si suol credere che tal patto contrasti alla natura della *negot. gest.* e quindi o emendando il testo o con interpretazioni diverse s'è cercato di togliere la difficoltà, che si trova in questa costituzione [16]). Ma è

---

10) Ex. 10 § 67.

11) *Ad Struv.* 7 50 *R.*

12) *Codice generale prussiano* I 13 § 245.

13) Fr. 11 h. t.

14) Fr. 8 § 3 *eod.*: « ita tamen ut *is qui prohibuit* ex nulla *parte aliquid danni sentiat.* Cfr. LEYSER, 55 5-6.

15) Fr. 6 § 3 32 h. t. — LAUTERBACH, h. t. § 16. — HOFACKER, III § 3035 E. In genere dà VOET, h. t. § 5 la regola dovere il gestore prestare il caso ogni volta, *quoties non potest dominum convenire actione contraria, nisi quatemus is locupletior factus est.*

16) C. V. BYNCKERSHOECK, *Obs.* 1 7 legge « speciali facto »: e così NOODT, h. t. p. 100 e REINOLD, *Op. iur.* p. 337. Altri credono che la legge parli in genere di chi tratta affari altrui e quindi anco de'mandatarii, pe'quali nulla s'oppone ad ammettere un *pactum adiectum* includente la responsabilità pel caso. — VOET, h. t. § 5. — SCHULTING, h. t. § 6. — LEYSER, 55 1. — POTHIER, h. t. *n.* — HOEPFNER, § 937 4. — Ambo le opinioni confuta il V. BRAUM in SIEBENKEES, *Nuovo Magazzino giuridico* [ted.] 1 266 seg. Altra

facile sciorre l'enimma, non intendendo la legge di un tal patto, cui il padrone stesso abbia conchiuso col gestore, ma di un *pactum speciale tertii cum gestore.* Per esempio, io mando ad uno la cura di un affare altrui concernente i beni di Tizio assente e, poichè mi sta a cuore l'accurata amministrazione di tali beni, mi faccio promettere dal mandatario che risponderà anco pel caso. Siccome questo mandatario è certo *negot. gestor* in riguardo di Tizio assente, si può benissimo conciliare questo modo di patto, di cui parla la legge, colla natura della *negot. gestio* [17]).

V'hanno però anche casi, in cui si presta nella *negot. gest.* solo la colpa lata:

A. Se taluno assunse il negozio d'un amico assente in caso di urgente necessità, per esempio, in pericolo d'incendio o in caso di asta imminente, per salvare il suo patrimonio o per allontanare altrimenti un danno, che senza tale partecipazione del gestore sarebbe stato inevitabile [18]). Il gestore non è tenuto che per dolo, come dice LABEONE, e — ciò che al dolo si pareggia — per colpa lata: ed è giusto.

B. Anco gli eredi di un *negot. gest.* defunto son tenuti solo per dolo e colpa lata, se si limitano [19]) a condurre a termine un negozio iniziato dal loro autore.

È tuttavia conforme a equità che in tutti questi casi, in cui si

---

spiegazione dà VAN VRYHOF, *Obs.* 16. Le parole « non pacto » devonsi intendere non nel senso di patto speciale per la responsabilità del caso, ma nel senso che la responsabilità nella *neg. gest.* non arriva al caso, perchè non è possibile patto speciale, avvenendo senza saputa e mandato del proprietario. Il *neg. gest.* non può quindi farsi responsabile anche del caso. L'accolgono il PUTTMANN, 1 14 e l'HOFACKER, III § 3035; ma essa è in parte artificiosa troppo e poco naturale, in parte dà un senso tale alle parole da rendere l'inciso « non pacto » superfluo e inutile, in parte poi contraddice a' Basilici (II 338 F): εἰ μὴ ἰδικὸν περὶ τούτων γένηται σύμφωνον — *nisi speciale super his factum sit pactum.*

17) Cfr. spec. VAN WACHENDORF, *Spec. iurid.* Strasb. 1756 c. 2 (OELRICH, *Th.* II 2 p. 166).

18) Fr. 3 § 9 h. t.

19) C. 17 h. t. A torto afferma la GLOSSA ad h. l. che l'erede deve prestar la colpa *lieve.* Su questo errore vedi SCHMIDT, p. 27, HOFACKER, § 3035 D.

parla dell'obbligo di prestare la colpa o anco il caso fortuito, si deduca il danno cagionato anco il lucro e il vantaggio procurato dal *negot. gestor* [20]).

§ 422 b.

Fino a che punto il negot. gest. risponde di ciò che ha tralasciato?

Alla massima diligenza, a cui di solito è tenuto il *negot. gest.*, spetta pure di nulla tralasciare nell'affare assunto, che sia in attinenza con esso [21]). Per esempio, egli ha assunta l'amministrazione di un fondo e non ne ha fatto coltivare alcune parti o ha ricevuto un pagamento pel principale e ha lasciato inoperoso il denaro. In ambo i casi il gestore risponderà del danno [22]). Se invece tale attinenza non v'è, egli non risponde delle ommissioni, che non costituiscono proprio una colpa [23]). Tale sarebbe il caso che altra persona più attenta e zelante siasi profferta a curare i negozii dell'assente e sia stata dal gestore impedita Qui il principale può a ragione domandar conto di ciò che il gestore ha negletto benchè non abbia attinenza immediata con quello che ha fatto [24]). Se invece il gestore ha ommesso di convenire alcuni debitori dell'assente, nulla gli si può rimproverare, chè non avrebbe potuto agire senza procura [25]); purchè

---

20) Fr. 11 i. f. h. t.: « quodsi in quibusdam lucrum factum sit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet ».

21) Fr. 6 § 12 h. t. fr. 55 § 3 *De adm. et per.* [26 7]. — POTHIER, h. t. 41 seg. — SCHMIDT, p. 97. — HÖPFNER, § 938.

22) Fr. 19 § 4 31 § 3 h. t.

23) C. 20 h. t.

24) Fr. 6 § 12 h. t.: « Videamus in persona eius qui negotia administrat si quaedam gessit, quaedam non: contemplatione tamen eius alius ad haec non accessit: et si vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit: an dici debeat negotiorum gestorum eum teneri et propter ea quae gessit? quod puto verius »

25) C. 20 h. t.: « De ceteris vero quae ob aliis tui constituta iuris detenta (che cioè ti appartenevan per diritto e da altri si trattenevano: POTHIER, l. c. *e*) exacta non sunt, ab hoc, qui nec agendi quidem propter exceptionem obstaculum (cioè della mancanza di procura) facultatem habere potuit, exigi non potest ».

non fosse in tale rapporto col principale da poter invocare una procura presunta e non gli fosse difficile prestare la necessaria *cautio de rato*[26]. Se un debitore s'è assunto i negozii del suo creditore deve pensare anco al pagamento dei proprii debiti, se almeno sono già scaduti[27]. Se poi non ha messo in conto al creditore questi suoi debiti e impiegato utilmente la somma, dovrà poi rifondere al creditore l'interesse, ch'egli avrebbe potuto ottenere da altro debitore[28]. Se il denaro fosse stato prestato al debitore senza interessi, questi comincerebbero tuttavia a decorrere[29]. Anzi il debito antecedente si converte in obbietto di un'*actio negot. gest.*, sicchè se il debitore fosse stato obbligato solo *ex causa temporali* e l'azione estinta per lasso di tempo durante la gestione, potrebbe tuttavia esser convenuto coll'*actio negot. gest.*, la quale azione avrebbe luogo contro gli eredi del debitore anche in un caso, in cui altrimenti l'erede non sarebbe stato tenuto per l'agire del suo autore[30]. Una eccezione statuiscono però le Fonti nel caso, che il padrone non

---

26) Fr. 8 pr. h. t.: « Si autem is fuit, qui negotia administravit, a quo mandatum non exigebatur, posse ei imputari, cur, oblata de rato cautione, cum (cioè « debitorem eius, cuius neg. gerebat ») non convenit: si modo et fuerit satisdare ». Senza motivo il FABRO, *Rat.* in h. l. considera tutto questo passo come un tribonianismo.

27) Fr. 6 § 12 h. t.: « Certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur. quamquam enim hoc ei imputari non possit cur alios debitores non convenerit, quoniam conveniendi eos iudicio facultatem non habuit qui nullam actionem intendere potuit, tamen a semetipso cur non exegerit, ei imputabitur ».

28) Fr. 33 h. t.: « qui sine usuris pecuniam debebat creditoris sui negotia gessit. quaesitum est an neg. gest. actione summae illius usuras praestare debeat? dixi: si a semetipso exigere eum oportuit, debiturum usuras. quodsi dies solvendae pecuniae tempore, quo negotia gerebat, nondum venerat, usuras non debiturum: sed, die praeterito, si non intulit rationibus creditoris, cuius negotia gerebat, eam pecuniam a se debitam, merito usuras bonae fidei iudicio praestaturum ».

29) Fr. 6 § 12 h. t.: « Et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurium, ut divus Pius Flavio Longino rescripsit; nisi forte, inquit, usuras ei remiserat ».

30) Fr. 8 pr. h. t.: « Et ideo si ex causa fuit obligatus, quae certo tempore finiebatur, et tempore liberatus est, nihilominus neg. gest. actione erit obligatus. Idem erit dicendum et in ea causa, ex qua heres non tenetur, ut Marcellus scribit ». — Cfr. fr. 13 *De tut. et r. d.* [27 3].

avrebbe potuto convenire il gestore nella sua qualità di debitore, prima di avergli risarcito o restituito qualche cosa, che il debitore non avrebbe potuto procurarsi colla *negot. gest.* [31]). Per esempio, io ho venduto un animale difettoso a te, che mi potresti convenire coll'*actio redhibitoria.* Dopo io in certa occasione assumo la gestione de' tuoi negozii. In tal caso dopo sei mesi l'*actio redhibitoria* si estingue, se io, pur trattando i tuoi affari, non potevo ricuperare quell'animale che tu avresti dovuto rendermi, prima di esperire con profitto l'azione redibitoria. Onde tale azione non si trasfonde nell'*actio negot. gest.*

Se pel contrario il creditore ha assunto gli affari del suo debitore o colla vendita di talune cose s'è procurato denaro, è suo dovere di estinguere con esso il proprio credito, se ciò è vantaggioso al debitore. PAOLO [32]) ha quest'esempio. Un debitore doveva 50,000 sesterzii al suo creditore. Muore e questi assume, in mancanza d'un erede presente, l'amministrazione del patrimonio. Anticipò 10,000 sesterzii e poi colla vendita di beni ereditarii ne liquidò 100,000. Questi denari furono da lui diligentemente esatti, ma andarono poi per caso perduti. Si domandava se l'erede poi riconosciuto dovesse pagare al creditore e l'anticipazione e il debito. PAOLO dice doversi, secondo GIULIANO, distinguere se il creditore avesse o no sufficiente ragione per deporre in casa i 100,000 sesterzii in luogo di impiegarli a pagare i crediti proprii ad altrui. Nel primo caso sarebbe stato senza colpa e gli si dovrebbe rifondere l'anticipazione e pagare il credito; per esempio, egli ha lasciato il denaro, potendo temere che i beni venduti venissero confiscati. Nell'altro uso invece può pretendere solo l'anticipazione, sicchè dei cento perduti, deve rifonderne novanta. Perchè qui il creditore non possa dedurre i proprii crediti, non si capisce. Egli poteva pagarsi co' denari incassati e non

---

31) Fr. 35 § 2 h. t.: « Sed nec redhibitoriae speciem venire in neg. gest. actionem et per hoc sex mensibus exactis perire, si vel mancipium in rebus non invenit, vel eo invento, quod accessionem nomine additum est, vel quod deterior homo factus est, vel quod per eum esset adquisitum (non ex re emptoris), nec invenit, nec recepisset: nec esset in ipsis emptoris negotiis, quae gerebat, unde sibi in praesenti redderet ».

32) Fr. 13 h. t.

gli sarebbero rimasti che 40,000 sesterzii per gli alfri creditori. E sarebbe abbastanza punito del suo fallo, dovendo restituir questi agli eredi!

§ 423 [1].

Altre obbligazioni del gestore.

II. Esso non deve abbandonare l'affare iniziato; ma è tenuto a compierlo [33]) [a]). S'egli quindi ha assunto la difesa del suo amico lontano e non ha appellato contro la sentenza, mentre avrebbe potuto farlo, perde il suo regresso [34]). Anzi se anche muore il principale, egli non deve abbandonar ciò che ha intrapreso, ma continuarlo a vantaggio degli eredi, altrimenti è [35]) tenuto al risarcimento.

III. Inoltre deve render i conti al fine della gestione; specificare esattamente entrate e spese, documentare ogni posta o restituire il residuo, che rimane dedotte le spese e i pagamenti, coll'inventario o con giuramento, e i debiti interessi [36]). Se il gestore avesse ricevuto a nome del principale qualche cosa indebita (per esempio, ha rivendicato per lui un fondo e ha ottenuto frutti maggiori di quelli che per diritto gli sarebbero spettati), deve rendere al principale anche questo *indebite acceptum* [37]), benchè non possa pretendere ri

---

33) Fr. 17 § 3 *comm.* [13 7].

34) Fr. 31 § 2 h. t

35) Fr. 21 § 2 h. t.

36) § 1 h. t. — fr. 2 e fr. 31 § 3 h. t. — HOFACKER, II § 3035.

37) Fr. 8 § 1 h. t.: « Si fundum tuum per obreptionem petiero, negotium tuum gerens et ampliores quam oportuit fructus fuero consecutus, debebo hoc ipsum tibi praestare, licet petere non potuerim ». — « Per obreptionem » significa « quand'io ho agito per te, senza procura e tuttavolta sono stato ammesso »: FABRO, *Rat. ad* h. fr. — POTHIER, n. 39 *b*.

---

a) Ciò si intenda « finchè l'interessato non sia in grado di attendervi in persona »; cfr anco codice civile art. 1141. E se l'interessato muore prima che sia terminato l'affare, il gestore deve continuare nella intrapresa, finchè l'erede possa assumerlo, art. 1143.

sarcimento per quello [38]) che per errore e senza obbligo ha pagato in nome del principale [a]).

IV. S'avverta ancora che se il gestore ha esatto denari pel principale e li ha impiegati arbitrariamente a proprio beneficio, deve renderli col massimo interesse del 12 % (*usurae maximae centesimae*) [39]): pena che, secondo la testimonianza de' più esperti pratici [40]), è tuttora in uso. Se invece ha mutuato capitali senza la dovuta sicurezza, non risponde che del capitale o degli interessi ordinarii [41]) [b]).

§ 423 b

II. Obblighi del principale.

Il principale è obbligato a risarcire il gestore di tutte le spese fatte, che siano a lui state necessarie od utili [42]), co' relativi interessi [43]), benchè non siavi mora [44]), nonchè a liberare il gestore dalle obbligazioni assunte per lui [45]). Un compenso per le sue fatiche il gestore non può pretenderlo [46]).

---

38) Fr. 23 h. t.: « Si quis negotia gerens indebitum exegerit, restituere cogitur. de eo autem quod indebitum solvit, magis est ut sibi imputare debeat ».

39) Fr. 38 h. t. — NOODT, *De fœnore* II 5. — OPP., I 213.

40) BRUNNEMANN *ad* fr. 38 cit. — COCCEIO, h. t. q. 9.

41) Fr. 37 § 1 h. t. Diversa è la cosa, se il debitore al tempo che assume il mutuo era uomo facoltoso, a cui ognuno avrebbe mutuato e poi per disgraziati accidenti fu ridotto al verde.

42) Fr. 2 45 c. 10 h. t.

43) Fr. 19 § 4 h. t., fr. 37 *De us.* [22 1].

44) C. 18 h. t.

45) Fr. 2 28 i. f. h. t. — SCHMIDT, p. 11.

46) HÖPFNER, § 938.

---

a) Pel nostro diritto arg. art. 1747 codice civile.

b) Pel nostro diritto arg. art. 1750 codice civile. Però appo noi non si devono, che gl'interessi ordinarii.

§ 424 e 425.

Azioni derivanti dalla negot. gest. [a]).

Le reciproche obbligazioni derivanti dalla *negot. gest.* producono una doppia azione, cioè l'*actio negot. gest. directa* e l'*actio negot. gest. contraria* [47]). La prima, che è la principale, si esperisce dal principale contro il gestore per ottenere il debito rendiconto e la restituzione di quanto questi ha ricevuto a nome del principale cogli interessi percetti o percipiendi, il risarcimento de' danni recati colla negligenza o con dolo, e finalmente — nel caso di abbandono del negozio — che lo conduca a termini e presti l'interesse. L'*actio contraria* invece compete al gestore contro il principale e mira alla indennità, sia per le spese fatte, che per le obbligazioni incontrate nella gestione. Il gestore può anco esercitare un *ius retentionis,* se possiede tuttora la cosa [48]), a cui si rapporta il negozio trattato o può valersi di compensazione, tranne che il giudice non vi consenta per la mancanza de' requisiti legali. In tal caso il gestore deve ricorrere all'*actio contraria* [49]), purchè l'eccezione di compensazione non sia stata validamente respinta come infondata. In tal caso cioè verrebbe meno l'azione contraria avendo il gestore una cosa giudicata contro di sè [50]). Ciò però presuppone che dalla sentenza e dal procedimento appaia evidente, che l'indagine e la sentenza giudiziale siensi riferite espressamente sul fondamento della pretesa del gestore [51]). Del resto ambo le azioni passano agli eredi; ma contro il

---

47) SCHMIDT, l. c. IV p. 323.

48) Fr. 1 pr. *Quib. m. pign. nel hyp. s.* [20 6], fr. 18 § ult. *comm.* [13 7]. — SCHMIDT, l. c. § 1075.

49) Fr. 7 § 2 h. t.

50) Fr. 7 § 1 *De comp.* [16 2].

51) Fr. 8 § 2 h. t.: « Si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi. quodsi post examinationem repro-

---

a) Sull'età delle due azioni vedi le acute osservazioni del WLASSAK, l. c. § 13 p. 184 seg.

terzo possessore della cosa, che fu obbietto della gestione, non ha luogo la contraria. Per esempio, il proprietario ha venduto la casa fatta da me riparare nella sua assenza. Non posso convenire io gestore il compratore coll'azione contraria per ottenere la rifusione delle spese fatte, giacchè è azione meramente personale [52]). Si potrebbe tuttavia esperire un'*actio in factum* contro il terzo possessore, che si trovasse arricchito alle spalle del gestore: per esempio, egli ha avuto la cosa da me restaurata o per legato o per donazione [53]).

§ 426.

Fondamento dell'azione contraria.

Del resto l'azione contraria presuppone sempre che la gestione sia stata utile al principale. Se ciò avviene, nulla nuoce l'errore nella persona di esso, come già si vide, nè il caso per cui l'utile è andato perduto [54]) [a]). Per esempio, io ho fatto riparare a Tizio assente la sua casa danneggiata o fatto curare il suo cavallo ammalato, e poi la casa è per imprevisto accidente stata incendiata o il cavallo morto. Io posso tuttavia ripetere le spese fatte. La disgrazia occorsa non libera da quest'obbligo il principale: *casum sentit dominus*. Basta che l'affare sia stato *ab initio* utile al principale [55]). V'hanno però eccezioni:

A. Se l'attore s'è ingerito nell'affare altrui per fine di lucro e pel suo vantaggio e non coll'intento di giovare al principale. In tal

---

batae fuerint pensationes, verius est: quasi re iudicata, amplius agi contrario iudicio non posse, quix exceptio rei iudicatae opponenda est. — WEBER, *Beiträge* (Contributi alla Dottrina delle azioni giudiziarie I 6 p. 66 [Schwerin e Wismar 1795 8].

52) C. 23 h. t.

53) SCHIMDT, l. c. IV § 1077 p. 334

54) Fr. 10 § 1 22 h. t.

55) Fr. 12 § 2 *eod.*

---

a) Vedi TOULLIER, XI 375. — AUBRY e RAU. 3 523.

caso il *negot. gest.* può ripetere l'indennità sol quando il principale abbia risentito un vantaggio effettivo.

B. Se sono stati trattati i negozii d'un pupillo. Questi non è tenuto oltre l'effettivo arricchimento [56]). E si guarda all'inizio della gestione, se cioè allora il principale era impubere, benchè poi — nel corso di essa — abbia raggiunto la pubertà [57]). Se però il gestore fosse a sua volta debitore del pupillo potrebbe contro un'azione di costui valersi della compensazione [58]).

C. Se il gestore ha cagionato colla sua trascuratezza l'accidente sgraziato, per cui l'utilità è ita in fumo [59]).

Invece vien meno interamente l'azione:

A. Se già da principio la gestione fu inutile al principale, per quanto il gestore siasi immaginato di procurarne il vantaggio [60]). Per esempio, Tizio ha abbandonato una casa cadente, perchè non valeva la pena di spendere per le riparazioni. Io con molte spese ho fatto restaurare questa casa. Io non posso pretendere indennità dal proprietario: *non enim utiliter negotio gerit qui rem non necessariam vel quae oneratura est patremfamilias adgreditur,* dice CELSO [61]). Lo stesso dicasi se il restauro intrapreso non giova all'assente. Se furono superiori al bisogno le spese, il gestore non può pretendere che quanto sarebbe stato a rigore necessario [62]). S'eccettua però il caso, che il principale abbia *ratificato* l'opera del gestore, benchè di poca o nessuna utilità per lui [63]). Tale ratifica non muta però l'af-

---

56) Fr. 37 h. t. c. 2 *eod.*, fr. 47 § 1 *De sol.* [46 2].
57) Fr. 15 h. t.
58) Fr. 3 § 4 h. t.
59) Fr. 22 h. t.
60) Fr. 10 § 1 i. f. h. t
61) § 1 cit.
62) Fr. 25 31 § 4 h. t.
63) Fr. 9 h. t.: « Pomponius scribit si negotium a te quamvis male gestum probavero, neg. tamen gest. te mihi non teneri. videndum ergo ne in dubio hoc an ratum habeam actio neg. gest. pendeat; nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. — SCEVOLA: Immo puto, etsi comprobem, adhuc neg. gest. actionem esse, sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum et quemadmodum quod utiliter gestum est necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. ce-

fare in mandato: in ogni atto giuridico si guarda al suo inizio [64]. Onde, nonostante l'avvenuta ratifica, trova luogo d'ambo le parti l'*actio negot. gest.* e la ratifica ha solo l'effetto, che più non si può agire per mala amministrazione: ciò che fu approvato più non si può disapprovare. Questa era evidentemente l'idea di POMPONIO, che nel passo citato affermava non poter più dopo la ratifica il gestore esser convenuto, cioè *per mala amministrazione*, come bene lo intende SCEVOLA. Quindi il principale può tuttavia convenire il gestore per farsi rendere quanto ha tuttavia in mano, e il gestore può agire per farsi risarcire le spese, come SCEVOLA stesso a compimento della dottrina pomponiana dice [65].

B. Se uno assunse un negozio altrui *ex pietate et animo donandi* e senz'aver l'intenzione di obbligare il principale. Qui non ha luogo l'*actio negot. gest. contraria*, qualunque fossero le spese. Nel dubbio però l'*animus donandi* non si presume, ma va dedotto dal rapporto delle parti fra di loro e dalle particolari circostanze. PAOLO [66] narra il seguente caso: Un'ava aveva trattato gli affari del suo nipote e fra il resto pagato anco le spese degli alimenti. Dopo la morte di entrambi, gli eredi del nipote convennero quelli dell'ava coll'*actio negot. gest.* Questi ultimi volevan dedurre le spese del mantenimento: replicavan gli attori non potersi questo esigere, avendo l'ava mantenuto gratuitamente e per affetto il suo nipote. Replicavano ancora i convenuti doversi provare, essere stata questa l'intenzione dell'ava, avendo essa trattato tutti gli altri negozii del pupillo per conto di

---

terum si, uti probavi, non est neg. gest. quid fiet, si a debitore meo exegerit et probaverim? quemadmodum recipiam? item, si vendiderit? ipse denique, si quid impendit, quemadmodum recipiet? erit igitur et post ratihabitionem neg. ges. actio » Sulle varie interpetrazioni di questo passo vedi SCHMIDT, p. 112 seg. e ARNDTS-SERAFINI, II § 298 nota 4.

64) Fr. 8 pr. *Mand.* [17 1], fr 20 § 1 *eod.*, c. 20 *fam. erc.* [3 36].

65) ALTAMIRO, *ad* l. I. *Quaest. Sc.* [MEERM, *Th.* II 378] intende diversamente il citato fr. 9. Crede che SCEVOLA non citi POMPONIO per ispiegare e correggere la sua opinione, ma per giustificare sè stesso contro POMPONIO, che gli avrebbe in un suo scritto attribuita la sentenza che dopo la ratifica cade senz'altro l'*actio neg. gest.* — Ma l'intero contesto contraddice a tale interpretazione: CONRAD, *De sententia, c. VIII tit. Dig. de N. G. adversus J. Altamiranum,* Lipsia 1757 4 ha mostrato ciò assai lucidamente.

66) Fr. 34 h. t.

lui. PAOLO decide così: Si veggano le circostanze di fatto: esse mostreranno quale sia stata l'intenzione dell'ava. Questa non sarebbe tenuta a mantenere gratuitamente il proprio figlio, specialmente se vive il padre o ha lasciato al figlio un patrimonio. Gli eredi dell'ava ponno provare che la defunta s'è fatta promettere espressamente la restituzione delle spese o ne ha tenuto formalmente conto: in tal caso vanno ascoltati. Si vede da tal decisione che se gli ascendenti hanno fatto qualche spesa a beneficio de' loro discendenti, debbasi ritenere che ciò avvenne per affetto e benevolenza finchè non si provi il contrario. E così dicono chiaro altri testi [67]). Se invece il patrigno o la matrigna hanno fatto qualche spesa pel loro figliastro o la loro figliastra, prevale la presunzione che ciò avvenisse *animo repetendi* o non toccherebbe loro la prova, se affermassero che fu in tal modo [68]).

C. L'*actio negot. gest.* non ha luogo se l'attore ha fatto spese per dovere: per esempio, il marito ha molto speso per curare sua moglie inferma. Una rifusione di tali spese non può domandarsi, poichè il marito le ha fatte *doverosamente:* si tratta di *onera matrimonii* [69]).

Negli ultimi due casi insomma non ha luogo tale azione perchè l'attore non ebbe o giuridicamente non potè avere l'intenzione di obbligare il convenuto.

---

67) Fr. 44 h. t. c. 11 ib.
68) C. 11 15 h. t. — COCCEIO, ib. q. 10. — WALCH, II 2 § 8.
69) C. 13 h. t. — SCHMIDT, IV § 1079.

TITOLO VI.

De calumniatoribus.

---

§ 427 e 423.

Varii significati delle voci calumnia *e* calumniator.

La voce *calumnia* [a]) significa in senso giuridico un atto doloso, per cui s'offende altrui sotto le apparenze del diritto: « cavillo, chicane » [70]). Comprende dunque la *concussione,* per cui si toglie ingiustamente qualche cosa ad alcuno sotto la forma del diritto [71]): per esempio, il doganiere sostiene falsamente doversi pagare gabella e ritiene le merci, finchè il pagamento non si faccia [72]). In ispecie però i Romani per « calumnia » intendevano un'azione giudiziaria infondata e esperita dolosamente, ovvero un'eccezione infondata malignamente opposta per render vano il diritto dell'attore [73]). Non si confonda con essa la *temeritas litigandi,* che ha ambito maggiore: non solo infatti v'incappa chi agisce o si difende *scientemente con torto,* ma pur chi comincia un processo senza sufficienti ragioni. Non solo comprende dunque la *calumnia,* ma anco la imperdonabile pre-

---

70) Fr. 233 *De V. S.* [50 16]. — Von Reinesse, *De coerc. accusatorum* II § 1 Strasb. 1724 [Oebricii, *Th.* I II p. 586]. – Hoepfner, § 1116.

71) Brunnemann, *De lege Reunnia* c. 20 [Otto, *Th.* III 1628].

72) Fr. 7 § ult. h. t. — Pothier, h. t. n. 3 f.

73) Paul, *R. S.* 1 5 2: « Calumniosus est qui sciens prudensque per fraudem negotium alieni comparat », c. 6 *De adm. tut.* [5 37] »: cap. 5 X *De dolo et cont.* — Noodt, h. t. p. 101.

---

a) Etimologicamente si connette a *calvere*: verbo usato nella I delle XII tavole: *si calvit, pedemve struit* [l'imputato]: cioè « se si rifiuta a venire in giudizio e tenta sfuggire ».

cipitazione nel litigare [74]). Nella procedura civile dunque dicesi *calumniator* chi nella coscienza del torto implica i suoi concittadini in processi infondati o come convenuto si oppone al loro diritto. In procedura penale invece è calunniatore chi per malignità accusa falsamente persone innocenti [75]). Qui però si tratta di una speciale forma di calunnia, consistente nel ricevere denaro od altro per muovere ad altri un processo calunnioso o per astenersi da un processo. Chi fa ciò, dicesi calunniato. Se poi ha ricevuto realmente denaro o invece comperato o condotto qualche cosa a minor prezzo o ottenuto il rilascio di un debito, o insomma avuto altro vantaggio economico al fine di muovere lite o di abbandonare un processo — è tutt'uno [76]) [a]).

§ 429.

Varie azioni esperibili contro la calunnia.

Varii rimedii giuridici abbiamo contro tale calunnia:

I. A dà denaro a B per muovermi un maligno processo. Io posso agire contro A coll'*actio iniuriarum,* contro B coll'*actio in factum de calumniatoribus,* per cui entro l'anno posso ripetere il quadruplo di quanto egli ha ricevuto, dopo l'anno semplicemente questo [77]) [b]).

---

74) La correttezza di queste definizioni fu mostrata con molti passi de' classici da G. F. G. Emmerich, *Ueber die Processkosten* (Sulle spese processuali) I § 8-9.

75) Tit. Cod. IX 6.

76) Fr. 1 § 4 2 3 pr. § 2 h. t.

77) Fr. 1 pr. h. t.

---

a) Nel diritto francese si fa reo di *calunnia* colui che in luoghi od unioni pubbliche, in atto autentico e pubblico o in uno scritto messo in pubblico imputa ad un individuo fatti, che, se fossero veri, lo esporrebbero a un procedimento criminale o correzionale o, quando meno, all'odio o disprezzo universale. — Si reputa falsa ogni imputazione, di cui non possa addursi prova legale. — Ma questo senso improprio di *calunnia* che si connette colle dottrine francesi su questa forma di reato, non è accolto appo noi: noi diciamo invece, « diffamazione » e « libello famoso ». Invece il nostro codice penale, come già l'austriaco, p. I, § 188, fa consistere la calunnia nella denuncia falsa di un delitto a danno di una determinata persona.

b) Vedi l'Arndts-Serafini, II § 336 e gli autori ivi citati.

II. A dà denaro a B perchè mi risparmii un processo iniquo che voleva muovermi. Se A fece ciò come mio procuratore o gestore in mio nome (ed io ho approvato), è come s'io stesso avessi dato il denaro. Ma se A diede a B denaro senza mio mandato e senza ratifica, egli può non solo ripetere il dato colla *condictio ob turpem causam,* ma io posso agir contro B per aver il quadruplo coll'*actio de calumniatoribus* [78]). Tale azione è *mere poenalis,* chè l'attore ottiene a mero suo profitto ciò che il convenuto paga come pena. Inoltre l'*actio de calumniatoribus* e *rei et poenae persecutoria* [79]).

III. A mi minaccia con azione ingiusta, io gli do denaro, perchè non mi molesti. Ho la scelta, se ripetere il pagato colla *condictio ob turpem causam* o se agire in *quadruplum* coll'*actio in factum* [80]). Se ho esperito l'ultima azione, cessa la prima: se invece ho esperito questa mi rimane l'altra per conseguire il triplo [81]) [a]).

S'avverta poi che l'*actio de calumn.* non passa agli eredi.

I. Non competo a quelli dell'attore, essendo come quella d'ingiuria *vindictam spirans,* e però da ritenersi perdonata, se l'offeso non l'ha intentata vivendo [82]). Se ciò però invece avvenne, l'erede può continuare l'azione iniziata. E se il defunto ha dato denaro per non venir molestato, almeno la *condictio ob turpem causam* spetta all'erede [83]).

---

78) Fr. 7 pr. h. t.

79) HOFACKER, III § 4053 i. f. — SCHMIDT, V § 1283.

80) Fr. 5 § 1 h. t.

81) POTHIER, h. t. 10 *b.* — COCCEIO, h. t. 9 2. D'altro avviso SCHULTING, h. t. § 2 i f.

82) NOODT, h. t. p. 103. — SCHMIDT, § 128 1.

83) Fr. 4 h. t.

---

a) Questi sono i risultati de' più recenti studii sull'Editto del Pretore:

L'Editto del pretore non conteneva la solo clausola, di cui al fr. 1 h. t. Molte considerazioni lo provano, specialmente (cfr. LENEL, *Ed. perp.* p. 87 seg.) quella, che ULPIANO [D. 5 1 10 — tolto al libro 10 *ad Ed.* e pertinente quindi a questa materia] illustra la voce *destitisse,* che nè si trova in quella clausola, nè vi si può supplire. Invece quel testo ulpianeo s'illustra ora benissimo con GAIO 4 174-6. 178. 179. Dallo PSEUDO-TEOFILO, 4 16 1, sappiamo che la condanna avea luogo solo nel caso che il calunniante soccombesse nel processo principale, *Quid iuris,* se anche desistito prima della sentenza? — A tal caso provvedeva secondo ogni probabilità uno speciale editto. Pare adunque e che l'Editto proponesse il *iudicium calumniae* e che provvedesse al caso di calunniosa desistenza.

II. Contro l'erede del convenuto ha luogo fino a concorrenza dell'arricchimento a lui pervenuto, *nam turpia lucra etiam heredibus sunt extorquenda* [84]).

§ 430.

*Uso odierno dell'*actio in factum de calumniatoribus.

Non s'accordano su d'essi i giuristi odierni. Il nostro autore con varii altri [85]) nega interamente tale uso, perchè è azione penale, e oggidì la pena s'infligge d'ufficio e non è in arbitrio privato. Per lo meno non si potrebbe oggi esigere il quadruplo, ma solo l'*interesse,* e il calunniante si dovrebbe punire ad arbitrio del giudice. — Ma ciò non è certo perchè si può indicare un cotale uso forense e molti pratici esperti [86]) affermano anzi il contrario ed hanno buona ragione in ciò, che spesso è arduo pel calunniato mostrare l'*interesse* e inoltre tale azione serve a tener lontani processi calunniosi.

---

84) Fr. 5 pr. h. t.

85) Struv, *Syntagma* 7 10. — Lauterbach, h. t. § 12. — Thomasio, *De usu act. poen. iuris rom.* 3 § 13. — Cocceio, h. t. 9 1. — Wernher, h. t. § 3. — Muller, *ad Leyser.* I 2 obs. 182.

86) Brunnemann, ad fr. ult. h. t. — Schilter, 10 71. — Berger, *Oec.* 3 11 15 n. 6. — Stryck, h. t. § 2. — Leyser, 56 1-2. Veggasi lo Schmidt, § 1284. — Emminghaus, *ad Oocc.* nota *v* l. c.

FINE DEL LIBRO TERZO.

INDICE

LIBRO TERZO.

Titolo I. — *De postulando.*

§ 358 e 359. Che cosa significa *postulare?* Che cosa significa *avvocato?* *Pag.* 1
§ 360. Fin quando si possano ammettere gli avvocati . . . » 4
§ 361. Classificazione degli avvocati . . . . . » 5
§ 362. Differenza fra gli avvocati ordinarii e soprannumerarii . » 6
§ 363 e 364. Chi può essere avvocato? Chi ne è capace? . . » 7
§ 365-367. Doveri di un avvocato verso il proprio cliente . . » 11
§ 368. Sugli errori degli avvocati e sul modo di emendarli . . » 13
§ 369. Della ricompensa degli avvocati . . . . . » 15
§ 370. Sulla quantità dell'onorario e su diverse determinazioni de' salari degli avvocati . . . . . » 18
§ 371. Diritti di un avvocato e suoi eredi sugli onorarii e salarii promessi . . . . . » 21
§ 372. De' mezzi, che competono ad un avvocato per ottenere il pagamento dell'onorario . . . . . » 23
§ 373. Diritti de' poveri . . . . . » 25

Titolo II. — *De his qui notantur infamia.*

§ 374. Rapporto di questo titolo coll'antecedente. Concetto di *onore, onore civile, infamia* . . . . . » 27
§ 375. Infamia *naturale* e *civile.* Spiegazione del fr. 42, *De verb. Significatione* [50, 16] . . . . . » 33
§ 376. Concetto più esatto dell'*infamia naturale.* Distinzione della ignominia in *infamia iuris* o *facti* . . . . . » 37
§ 377. Fino a che punto la pena rende infami? Spiegazione del fr 22 h. t. [32] combinato col fr 10, § 2, *De poenis* [48 19] . . . » 46
§ 378. Distinzione fra l'*infamia mediata* e *immediata* . . . » 54
§ 379. Casi di infamia immediata secondo il diritto romano e germanico » 60
§ 380. Casi di *infamia mediata* . . . . . » 78
§ 381. Fino a che punto la transazione su un'azione infamante apporta l'infamia? . . . . . » 86
§ 382. Differenza fra l'*infamia iuris* e l'*infamia facti,* 1.° in rapporto alla loro durata . . . . . » 88

§ 383. 2.° Differenza tra l'*infamia iuris* e *facti* in rapporto ai loro effetti giuridici . . . . . *Pag.* 90
§ 384. L'infamia dà luogo alla querela d'inofficiosità . . . » 93
§ 385. Sulla *levis notae macula* e sulla *macchia della fama* secondo il diritto romano ed il tedesco . . . . . » ivi

TITOLO III. — *De procuratoribus et defensoribus.*

§ 386 e 387. Definizione e distinzioni diverse de' *procuratori*. Se abbia luogo un mandato tacito anco nelle cose forensi . . . » 101
§ 388. Persone che vengono ammesse quali *procuratori presunti* . » 107
§ 389 e 390. Differenza fra i procuratori giudiziali e stragiudiziali in rapporto al *dominium litis*. Effetti ed uso odierno di essa. — Differenza tra *procuratori* ed *avvocati* . . . . . » 117
§ 391. Differenza fra *procuratori* ed *attori* . . . . . » 121
§ 392. Distinzione de' procuratori in *rappresentanti pubblici* e *privati* » 125
§ 393. Chi può assumere l'ufficio di procuratore giudiziale e chi è escluso da tale ufficio? . . . . . » 126
§ 394. Chi può costituire un procuratore? . . . . . » 129
§ 395. *Quid iuris* se più procuratori sono stati costituiti per la stessa causa? . . . . . » 132
§ 396. Del *procurator in rem suam* . . . . . » 134
§ 397. Quali cose possano e quali no amministrarsi per mezzo di un procuratore . . . . . » 136
§ 398. In quali casi le parti devono costituire un procuratore in materia giudiziale ed a quali atti possa venire obbligato un procuratore per la condotta d'un processo . . . . . » 140
§ 399. Legittimazione del procuratore. Falso procuratore. Fino a che punto ponno ratificarsi i suoi atti . . . . . » 144
§ 400. Come avviene la legittimazione d'un procuratore? Concezione delle procure . . . . . » 147
§ 401. Procura generale e speciale. Poteri di un procuratore *cum libera* » 149
§ 402. Doveri di un procuratore *ad litem* . . . . . » 153
§ 403. Delle varie clausole di una procura . . . . . » 155
§ 404. Efficacia d'una procura difettosa o presunta . . . . » 156

TITOLO IV. — *Quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur.*

§ 405. Chi è un *syndicus?* . . . . . » 159
§ 406. Di chi è veramente procuratore il *syndicus?* . . . » 160
§ 407. Valgon pe' sindaci le stesse norme che pe' procuratori . » 161
§ 408. Come va nominato il sindaco . . . . . » 162
§ 409. Può taluno contro voglia venir costretto ad accettare il sindacato? » 164
§ 410. De' sindaci perpetui . . . . . » 165
§ 411. In che misura occorre ad un sindaco perpetuo una procura speciale » ivi
§ 412. Come va steso un sindacato . . . . . » 166

TITOLO V. — *De negotiis gestis.*

§ 415. Definizione del *negotiorum gestor*. Chi può assumersi gli affari altrui senza mandato? Editto del pretore sulla *negotiorum gestio* e suo motivo . . . . . *Pag.* 168
§ 418. Differenza tra la *negotiorum gestio* e il mandato. È necessario presumere nella prima il consenso? . . . . . » 171
§ 419. Requisiti della obbligazione *ex negotiorum gestione:* I, II e III » 172
§ 420. IV requisito . . . . . » 180
§ 421. V, VI, VI requisito dell'obbligazione *ex negot. gest.* . . » 182
§ 422 a. Delle obbligazioni nascenti dalla *negotiorum gestio*. I. Obbligazioni del gestore. Di quale colpa deve egli rispondere? . . . » 187
§ 422 b. Fino a che punto il *negot gest.* risponde di ciò *che ha tralasciato?* » 198
§ 423 a. Altre obbligazioni del gestore . . . . . » 201
§ 423 b. II. Obblighi del principale . . . . . » 202
§ 424 e 425. Azioni derivanti dalla *negot. gest.* . . . . » 203
§ 426. Fondamento dell'azione contraria . . . . . » 204

TITOLO VI. — *De calumniatoribus.*

§ 427 e 428. Varii significati delle voci *calumnia* e *calumniator* . » 208
§ 429. Varie azioni esperibili contro la calunnia . . . . » 209
§ 430. Uso odierno dell'*actio in factum de calumniatoribus* . . » 211

INDICE ALFABETICO

DELLE COSE PIÙ NOTEVOLI

A

Pag.

Actio in factum 211
Adulteri 77
Affini 109
Ammisione all'avvocatura. . . . 4
Anno di lutto 71
Attori 121
Auctoramentum } . . . 60
Auctorati }
Avvocati 2
Avvocati ordinarii e soprannum. . 6
» dei poveri 25
» : specie 5
Azioni ex neg. gest. 203
» ex cal. 204

B

Bestiarii 61

C

Calunnia 208
Capacità all'avvocatura. 7
Carnefice 97
Cessazione dell'infamia 89
Clausole d'una procura. 155
Conjuge. 110
Consors litis 112
Contratti infamanti. 84
Corruzione di giudici 78
Costituzione del procuratore . . . 129
Culpa in omittendo 199
Culpa levis e lata 188

D

Debiti privati 83
» pubblici 80
» straordinarii 80
Defensor 102
Denuntiatio litis. 119

Pag.

Differenza tra procuratore e avvocato. 120
Donne avvocate 8
Doveri dell'avvocato 12
» del procuratore 154

E

Erarii 44
Errori degli avvocati 15

F

Falso procuratore 145
Forme del sindacato 166
Funzione del procuratore 136

G

Gladiatori 60

I

Inammissibilità della procura ad litem 137
Incapacità alla procura ad litem . . 126
Incompatibilità coll' ufficio d'avvocato. . . . 9
Infamia 32, 128
» iuris et facti . . . 40, 88, 90
» mediata 53
» nascente da reato 87
» naturale 37
» : specie 33
Ingiurie nelle arringhe. 12
Istrioni. 62

L

Legittimazione del procuratore . . 144
Levis notae macula 93
Liberti 95

M

Mandato 105
» presunto 106

Pag.
Matrimonio colla pupilla . . . 66
Meretrici 64
Minorenni 127

N

Negotia gesta 168, 171
Nomina dei sindaci. 162

O

Obbligazioni ex neg. gest 172
» del gestore 186
» del principale 202
Obblighi del procuratore 140
Onore civile 28

P

Palmario 19
Parenti. 108
Patroni. 2
Patto quotalizio 18
Peculio. 123
Pene infamanti 46
Pluralità di nozze o sponsali. . 68
Postulare 3
Procura. 147
» : specie 149
Procuratore 101
» in rem suam . . . 134, 104
» presunto 107

Q

Pag.
Querela inofficiosi 93

R

Rappresentanti pubblici 124
Remissione dell'infamia 49
Requisiti della neg. gest. . . . 173
Ricompensa degli avvocati . . . 16

S

Scholastici. 2
Sindacato ivi
Specie degli avvocati 5
Spurii 96
Stellionato. 81
Syndici. 103, 159, 160
» perpetui 165

T

Transazione 86
Turbatio sanguinis 60
Turpitudo 41

U

Usure 79

INDICE

DEI TESTI RIFERITI E SPIEGATI IN QUESTO VOLUME.

Digesti.

III	1, 1, § 2	pag. 2
	2, 1	57
	2, 3	63
	2, 11, § ult.	67
	2, 13	49, 52, 69, 81
	2, 20	41
	2, 22	46
	3, 1 pr.	102
	3, 33, § 2	102
	3, 34	143
	3, 43 pr.	130
	3, 46, § 1	102
	3, 75	103
	4, 6, § 1	162
	5, 1	169, 174
	5, 2	175
	5, 3,	171, 175
	5, 6, § 3	183
	§ 9	173
	5, § 12	198, 199
	5, 8	199, 201, 203
	5, 9	178, 205
	5, 11	193, 198
	19, § 2	176
	5, 23	202
	5, 31, § 7	174
	5, 33	199
	5, 35, § 2	200
	5, 45, § 2	187
V	1, 56	146
	2, 23	188, 191
	2, 50, § 1	185
X	2, 25, § 16	192
	3, 19, § 2	174
XII	5, 4, § 3	65
XIV	5, 17, § 4	180
XVII	1, 6, § 1	171
	1, 40	180
XXII	5, 3, pr.	42
	43, § 4	65
XXIII	2, 43, § 12	57
	2, 66 pr.	66
	2, 67, § 3	68
XXXIII	1, 10 pr.	23
XXXIX	4, 14	59
XLIII	8, 2, § 17	182
XLVI	2, 47, § 1	173
	7, 3, § 3	107
XLVII	10, 15, § 15	28
	20, 2	81
XLVIII	1, 1	79
	7, 6	19
	19, 10	47
L	1, 15 pr.	49, 52
	2, 5	50
	2, 12	42
	13, 1, § 10	17
	13, 1, § 12, 13	20, 21
	13, 5, § 1	31
	16, 42	33
	17, 23	188, 191
	17, 36	168
	17, 60	178

Codice.

II	6, 6	—	p. 12
	9, 1	—	13, 14
	9, 2	—	13
	11, 4	—	50
	11, 8	—	56
	11, 13	—	42, 45
	13, 25	—	141
	13, 26	—	137
	19, 21	—	198
	19 ult.		181
	35, 21	—	190
III	28, 27	—	94
	40, 2	—	113
IV	32, 24	—	p. 191
V	6, 7	—	68
	9, 1	—	74
IX	9, 25	—	42
XII	1, 2	-	41
Cod. Theod. II	12, 2	—	114
	19, 1, 3	—	94
Gai. IV	182	—	27
Cod. civ. art.	57	—	73
» » »	128-9	—	77
» » »	1141	—	201
Cod. proc. civ. art.	221	—	137