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 XVI

Tradotto ed annotato dagli avvocati

L. BUSATTI — T. TRINCHERI — C. LONGO — T. PREDA

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
15 - Via Disciplini - 15

Milano - Stab. Tip. Società Editrice Libraria - Via Disciplini, 15.

LIBRO XVI.

TITOLO I.

Ad Senatusconsultum Vellejanum *)

---

§ 920.

Storia del Senatusconsulto Vellejano. Forme diverse d'intercessione.

Già molto tempo prima del SCtoVellejano le intercessioni delle donne erano invalide. Però è erroneo quel che afferma SCHILTER [96]), che per lo stesso Diritto naturale la mallevadoria delle donne non possa esistere. Poichè chi può negare con qualche fondamento alle donne quel

---

[96]) *Prax. juris Rom.* Exerc. XXVIII § 1.

---

*) BIBLIOGRAFIA. — LAUBMAYER, *De SCto Vellej.*, Tubingae 1585. — LE CHASSIER, Jacqu. *Observation de la renunc. au S. Vell.*, Paris 1598. — DONELLO, *Comm.* XII, capitoli 29-32, Francf. 1599. — FALKNER, *De SCto Vell. et interdictae intercess. fem.*, ecc., Jenae 1608. — FEHR, *De interc. mulier.*, Tubingae 1617. — OHM, *Diss. de SCto Vell.*, Roter. 1617. — ECKOLT, Amad. *De SCto Vell.*, Lipsiae 1658. — HAUSMANN, *Disput. de Vell. SCti certiorat.*, Argent. 1662. — Io. Ern. NORICUS, *Disput. ad SCtum Vell.*, Lipsiae 1664. — P. Fr. ROMANI, *Disp. ad SCtum Vell.*, Lipsiae 1666. — Ad. FERRARIS, *Ad SCtum Vell.*, Ultrai 1667. — Io. Casp. MOCKEL, *Disput. ad c. ult. Cod. de SCto Vell.*, Argent. 1667. — D. LANGERMANN, *De SCto Vellejano*, Lugdun. Batav. 1692. — HALSHUND, L. B. *Diss. ad SCtum Vellejanum*, Lugd. Bat. 1700. — G. S. OLPHEN, *Diss. ad SCtum Vell.*, Lugd. Bat. 1704. — THOMASIUS, *Disput. de usu exig. SCto Vell. in Germ.*, Halae 1707. — FELTZ, *De SCto Vellejano*, Argent. 1708. — AVERANI, *Interp. jur.*, II, cap. 5, Lugd. Bat. 1716. — BÖHEMER, *De efficaci mulier. intercessione*, Halae 1718. — Leon. DEROZIÈRE, *De SCto Vell.*, Arg. 1718. — Pet. LUDEWIG, *De diff. jur. Rom. et Germ. in SCto Vell.*, ecc., Halae 1720. — MENKEN, *Diss. de valid. intercess. mulieris SCto. Vell. renunciantis*, Vitemberg. 1725. — TENTZEL, *De vidua def. mar. debita suscip. an gaudebit beneficio SCto Vell. et Auth.*, Erford. 1728. — Tob. Giac. REINHART, *Potissima capit. invalid. mulier. intercess. pro efficaci perperam habitae*, Erford. 1732. — GERDERIUS, *De differ. inter SCtum Vell. et Auth. si qua mulier.*, Gryphswaldiae 1732. — CRELL, *Diss. de intercess. pro debitore mortuo*, Vitemb. 1738. — WOLFHARTH, *Diss. de intercess. viduae pro marito mortuo*, Rintel 1738. — ENGELBRECHT, *De renunciat. SCto*

naturale talento e quella capacità che il Diritto razionale richiede per potersi obbligare? E se anche si volesse ammettere che qui le leggi civili avessero semplicemente confermate le naturali, non si capirebbe perchè potessero ciononostante ritenersi validi per le donne

---

Vell. priv. instr. facta, Goetting 1749. — DEINLIN, *De vera indole Vellej. ad uxorem mercatricem,* ecc., Altorsii 1751. — BREUNING, *De politia SCti Vellej.,* Lipsiae 1754. — SCHWOPE, *Ad SCtum Vellej.,* Lipsiae 1760. — VOET, *Commentar. ad Pand.* in h. t., Coloniae 1769. — LEYSER, *Meditat. ad Pandectas,* Lemgw., 1772. — HELLFELD, *De intercess. mulier.* in op. min., I, n. 14, Jenae 1775. — HACKMANN, *De justitia SCti Vellej.,* Francf. ad Vindr. 1776. — TRENDELENBURG, *Diss. de intercess. femin. secundum jura Solesvic. et holsatica,* Kilonii 1776. — RÖSLIN, *Abhandlung von besondern weiblichen Rechten* [Trattato dei diritti speciali delle donne], Stuttgard 1779. — DOERING, *Diss. an uxor benef. mulieb. juvetur post mortem mariti,* ecc., Erfordiae 1780. — KLÜGEL, *De SCto Vell.,* Vitemb. 1783. — LAUTERBACH, *Colleg. Pandectarum* in h. t., Tubingae 1784. — Cr. Gl. GMELIN, *De oblig. uxoris ad solvenda debita a coniug. contracta,* Tubingae 1785. — H. C. GERCKE, *De limitib. SCti Vell.,* Goettingae 1795. — SUHR, *Diss. Privilegia mulier. jur.* Rom., ecc., Goettingae 1801. — MALBLANC, *De renunciatione beneficior. ex SCto Vell.,* ecc., Tubingae 1803. — SUSE, *De jur. sing. feminae interced.,* Goettingae 1803. — ZANGEN, *Ueber weibliche Bürgschaften* [Della mallevadoria delle donne], Grissen 1804. — LASIUS, *Diss. de muliere debitoris liberandi causa,* ecc., Jenae 1804. — SEUFFERT, *Lehrbuch pract. Priv. Rechts* [Manuale pratico del Diritto privato], III, Vol., Würzburg 1825. — CROPP, *Jurist. Abhandlungen* [Trattati giuridici], pag. 272, Hamb. 1827. — VALETT, *Lehrbuch der Pandekten* [Manuale di Pandette], Goetting 1829. — SPANGENBERG, *Ueber mit dem Ehemann gemeinschaftliche und ausgestellte Schuldverschreibungen der Ehefrauen.* [Sulle obbligazioni conchiuse dalla moglie insieme al marito] in *Zeitschr. des Linde,* II, n. 2, 1829. — BIENER, *De fidejuss. mulier.* in *Opuscula,* vol. II, n. 26, Leipzig 1830. — FILZ, *De SCto Vellej.,* Lugd. Bat. 1830. — THIBAUT, *Pandekten,* §§ 603-608, Jena 1834. — SINTENIS, *Ueber den Begriff der intercessio,* ecc. [Del concetto della intercessione, ecc.] *Zeitschr. für Civilrecht.,* ecc., volume X n. 2, Giessen 1837. — WINDSCHEID, *De valida mulier. intercessione,* Bonn 1838. — GOESCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht* [Lezioni di Dir. civ. comune], §§ 569-574, Gott. 1838. — HOFFMANN, *Beiträge zur Erläuterung der Novation* [Contributi alla teor. della novaz.] *Zeitschr. für C. Recht.* ecc., vol. XIV n. 10, Giessen 1840. — KATTENHORN, *Ueber Intercession der Frauen nach römischem Rechte* [Dell'intercess. delle donne in Dir. rom.], Giessen 1840. — VOGEL, *De interoess. mulier.,* Lipsiae 1842. — SINTENIS, *Von der processualisch. Natur der Rechtswlthat. der Frauen in Bezug auf Intercessionen* [Della natura processuale del beneficio legale delle donne rapposto alle intercessioni] *Jarbücher von Sell,* II, n. 9, Braunschwejg 1843. — MÜHLENBRUCH, *Pandekten,* vol. II, §§ 488-89, Halle 1844. — DEURER, *Ueber den Begriff der interoessio* [Sul concetto dell'intercessione] *Archiv für Civ. Pr.,* XXVIII, n. 15, Heidelberg 1846. — BACHOFEN, *Das Vellejanische Senatusconsult* (in *Ausgewählte Lehren des römisch. Civilrecht* [Teoriche scelte del Dir. civ. romano]) n. 1, Bonn 1848. — BUSCH, *Ueber die Auth. si qua mulier. Archiv für die Civ. Pr.,* XXXI, p. 25, Heidelberg 1848. — WINDSCHEID, *Ueber das Prinzip des SC. Vellejanum* [Sul principio del SConsulto Vellejano] *Archiv für die Civ. Pr.,* XXXII, numeri 12, 13, Heidelberg 1849. — GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrechte* [La malleveria nel Diritto comune], Jena 1850. — MOLITOR, *Les Obligations en Dr. Rom.,* vol. III, n. 1154, Paris 1853. — PUCHTA, *Pandekten,* § 407, Leipzig 1853. — HASENBALG, *Beiträge zur Lehre von der Intercession* [Contributi alla teorica dell'intercessione], Goetting. 1856. — REIN, *Das Privat-Recht,*

tutti gli altri negozî giuridici e contratti che, non meno delle intercessioni, richiedono non poca riflessione e cautela [97]).

Ma già ne' tempi più remoti i Romani non ritennero valide le intercessioni delle donne, perocchè queste si consideravano alla pari degli impuberi come persone imperfette, le quali non potessero esporre in modo essenzialmente valido la loro volontà, se non da altri completate [98]). Esse stavano sotto una continuata tutela, e i loro atti, come gli atti degl'impuberi, richiedevano l'autorità dei tutori per esser validi [99]): e se non si trovavano sotto tutela stavano certamente

---

97) Vedi Jo. Aug. HELLFELD, *Diss. de condictione mulieri intercedenti competente praes.* Jo. Casp. HEIMBURG, *Def.* Jenae 1739, § 10. — WEBER *Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden* [Contributi alla teorica delle azioni ed eccezioni giudiciarie] P. 1 n. 3 pag. 23 e segg. — Jul. Frid. MAILBLANC, *Diss. de renunciatione beneficiorum ex Senatusconsulto Vellejano et Authentica « Si qua mulier » a foemina aut uxore minore facta, haud semper valida*, Tubingae 1803, Sect. 1 § 2.

98) CATONE dice in LIVIO, lib. XXXIV cap. 3. *Majores nullam ne privatam quidem rem agere foeminas sine auctore voluerunt, in manu esse parentum, fratrum, virorum.*

99) CICERONE *pro Murena*, cap. 12. *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt.* ULPIANO, *Fragm.* tit. XI § 1,

---

p. 675 e seg., Leipzig 1858. — KOCH, *Das Recht der Forderungen nach gemeinen und nach preussischen Rechte* [Il Dir. delle obbligaz. in Dir. comune e prussiano], Berlin 1859, vol. III, §§ 374-376. — I. A. DUBOIS, *De la condition legale des femmes sous les rapportes du SCte Vell.*, Paris 1860. — ALIX, *Étude sur le SCte Vell.*, Paris 1863. — BOUCHER, *Du SCte Velléjen*, Paris 1864. — PERREAU, *De l'incapacité de la femme mariée en Dr. Fr. e du SCte Velléjen*, Paris 1865. — KELLER, *Pandekten*, I, § 292, Leipzig 1866. — PENICAUD, *Étude sur la condition leg. de la femme en Dr. Rom.*, Paris 1868. — PETIT, *Du SCte Vell.*, Paris 1868. — SINTENIS, *Civilrecht*, vol. II, § 129, terza ediz., Leipzig 1868. — SCHUPFER, *Teorica delle Obbligazioni*, p. 58 e seg., Padova 1868. — HASENBALG, *Die Bürgschaft* [La mallevadoria], p. 130 e seg., Düsseldorf 1870. — SEUFFERT, *Pandekten*, § 381, Würzburg 1870. — RUGGERI, *De Obligationibus*, cap. V, § 41, Roma 1872. — VANGEROW, *Pandekten*, vol. III, § 581, 7.ª ediz., Leipzig 1876. — MAYNZ, *Cours de Dr. Rom.*, § 267, Bruxelles 1877. — BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, vol. II, §§ 262-263, Erlangen 1879. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, vol. II, § 359, Bologna 1880. — WÄCHTER, *Pandekten*, vol. II, § 222, Leipzig 1881. — BARON, *Pandekten*, §§ 255-56, Leipzig 1882. — GIDE, *La condition privée de la femme*, Paris 1885. — DERNBURG, *Pandekten*, vol. II, § 84, Berlin 1886. — KUNTZE, *Die Obligationen in Röm. Recht.* Leipzig 1886. — VAN WETTER, *Les Obligations en Dr. Romain*, vol. I, § 37 e seg., Paris 1886. — GRADENWITZ, Ot. *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtgeschäfte* [La nullità degli atti obbligatorî], cap. II, pag. 65 e seg., Berlin 1887. — WINDSCHEID, *Pandekten*, 6.ª edizione, II, § 485, Frankfurt 1887. — WENDT, *Pandektenrecht*, pag. 675, Jena 1888. — THON, *Die rechtsverfolgende Einrede* [L'eccezione perseguente il diritto], pag. 82 e seg., Jena 1889.

o sotto la patria potestà o *in manu mariti*, ed allora per l'antico diritto non avevano niente di proprio con che potessero, in caso d'intercessione, eseguire un pagamento. Ma questa regola rigorosa cadde in seguito in disuso. Le mogli non solo poterono come *matronae* vivere in un libero connubio in cui erano capaci d'aver propri beni [100]), ma vi erano anche de' casi ne' quali esse erano libere dalla tutela, per esempio, se esse avevano l'*ius liberorum*, il quale venne concesso dalla legge Papia Poppea a una ingenua se avesse partoriti tre figli, a una libertina se ne avesse partoriti quattro, e qualche volta, per privilegio imperiale [1]), anche senza questo numero. Questo più libero modo di vivere delle donne romane, coll'abolizione della *Lex Oppia* [2]), per la quale si era fino allora sempre limitato il lusso, fu portato a tal punto che le donne immemori del loro sesso, nonchè del loro pudore, s'immischiavano ne' negozî pubblici e ne' privati, giuridici e non giuridici [3]). Le intercessioni stesse divennero ormai nè rare, nè invalide, ma tanto più nocive per i loro beni. Quindi ciò che era già di per sè stesso vietato, diventò ora doppiamente necessario di proibirlo per legge, poichè le donne ben poco dipendevano più dal loro tutore. Il più però era sempre da temersi da parte de' mariti in potere dei quali stava di indurre le mogli o per amore o per forza a fare intercessione in loro favore. Avvenne quindi anzitutto che per gli Editti degl'imperatori AUGUSTO e CLAUDIO le intercessioni delle mogli per i loro mariti

---

(in Ant. SCHULTING *Jurispr. antejust.* pag. 594): *Tutores constituuntur tam masculis quam foeminis. Sed masculi quidem impuberibus duntaxat propter aetatis infirmitatem, foeminis autem tam impuberibus, quam puberibus, et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam.* § 27. *Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus, si lege, aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant.*

100) GELLIO, *Noct. Attic.*, lib. XVIII c. 6. — CICERONE, Topic. c. 3. — V. Ant. SCHULTING, *Jurisprud. Antejust.* t. IX *fragm.* — ULPIANI, p. 590, ed Herm. CANNEGIETER, *Observ. jur. Rom.*, lib. IV cap. 2.

1) ULPIANO, *Fragm.*, titolo XXIX § 3 e *Fragmentum regular. ex veteri SCto* § 15 in Ant. SCHULTING, *Jurisprud. Antejust.* pag. 807. Vedi Ev. OTTO *Diss. de perpetua feminarum tutela*, Duisburgi 1719 cap. I § 23 e specialmente Jo. Gotth. HEINECCIUS, *ad Legem Jul. et Papiam Poppaeam Commentar.*, lib. II cap. II § 3 et 4 pag. 235 seg.

2) V. Jo. Guil. HOFFMANN, *Diss. ad Legem Oppiam de matronarum cultu*, Francof. ad Viadr. 1736.

3) Leggansi qui le parole di Catone in LIVIO, lib. XXXIV c. 3.

furono espressamente proibite [a]). *Et primo quidem,* dice ULPIANO nella L. 2 pr. D. h. t., *temporibus Divi Augusti mox deinde Claudii, Edictis eorum erat interdictum ne foeminae pro viris suis intercederent.* Ambedue gli Editti di questi imperatori parlavano espressamente solo dell'intercessione delle mogli [b]), ma i giureconsulti romani trovarono tuttavia e nel carattere femminile e nella semplicità propria di questo sesso, per cui le donne affidandosi alla lealtà del debitore facilmente s'inducono a fare intercessione, fondamento sufficiente per estendere quegli Editti anche alle altre mallevadorie muliebri. E questo confermò anche la proposta del console VELLEJUS TUTOR, che da lui poi si chiamò SENATUSCONSULTO VELLEJANO, il quale or garentiva nel modo più completo tutte le femmine dal rischio delle intercessioni. *Postea factum est Senatusconsultum,* prosegue ULPIANO nella L. 2 § 1 D. h. t., *quo plenissime foeminis omnibus subventum est:*

---

a) Secondo il BACHOFEN, *op. cit.,* pagine 1-8, avanti gli Editti di CLAUDIO e di AUGUSTO sarebbero state proibite alle donne tutte le intercessioni fuori di quelle per i mariti, in quanto per la *divini et humani juris communicatio* (L. 1, Dig. *De rit. nupt.,* XXIII, 2), cui dava luogo il matrimonio, esse non avevano il carattere dell'assunzione d'un'obbligazione altrui: donde la necessità, quando cominciarono a staccarsi i rapporti fra marito e moglie, degli editti surriferiti. Ma una tale opinione contrasta con le ragioni storiche e sociali per cui, a parer mio, vennero proibite le intercessioni, come vedremo in appresso.

b) Altri scrittori invece ritengono che ai tempi della Repubblica tutte le intercessioni fossero proibite alle donne, senza eccezione, e solo sullo scorcio di essa prevalesse l'opinione che potessero ritenersi come valide. Però siccome la più facile e la più frequente di queste intercessioni era quella fatta dalle donne per il proprio marito, nella proibizione si indicava questa esemplificatamente, e quindi, secondo alcuni, anche gli Editti di AUGUSTO e di CLAUDIO si estenderebbero a tutte le intercessioni oltre quelle per i mariti. E si trae anche argomento dalle parole del SCto: « *tametsi ante videtur ita jus dictum esse ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum* (PUCHTA, *Institutionen,* vol. II, § 265, pag. 326, Leipzig 1881). E veramente da queste parole del SCto sembra che non debba farsi distinzione e non se ne facesse per l'innanzi fra le intercessioni pel marito e le altre, tantochè il MOMMSEN crede di dover inserire tra le parole *detur* e *cum eas* la frase *cum intercesserint pro viris suis.* Ma non si può negare che ostano molto a quest'opinione le parole di ULPIANO precedenti il testo del SCto. *Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii edictis erat interdictum ne feminae* PRO VIRIS SUIS INTERCEDERENT. POSTEA *factum est SCtum,* QUO PLENISSIME FOEMINIS OMNIBUS SUBVENTUM EST. D'altronde poi se gli Editti d'AUGUSTO e CLAUDIO avessero valuto per tutte le intercessioni, non si comprenderebbe, a sì pochi anni di distanza e quando essi erano ancora in pieno vigore, la necessità di un SCto con lo stesso scopo. Ci par quindi più semplice e logico ammettere che tali editti riguardassero esclusivamente le intercessioni pel marito, tanto più che senza anche ricorrere all'inserzione della frase fatta dal MOMMSEN, si possono ben intendere le parole generiche del SCto riferendole non agli editti, ma alla pratica giurisprudenza che ne estendeva l'uso.

cuius Senatusconsulti verba haec sunt: Quod MARCUS SILANUS *et* VELLEJUS TUTOR, *Consules, verba fecerunt de obligationibus foeminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet* [4]*), de ea re ita consuluerunt* [5]*): Quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis* [6]*), quibus intercesserint foeminae, pertinet; tametsi ante videtur ita jus dictum esse* [7]*), re eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum*

---

4) Ant. AUGUSTINUS, lib. *de Legibus et Senatusconsultis* (Parisiis 1584) pagina 213, vuol leggere invece di *oportet, oporteret,* perchè questa, secondo FRONTINO, è la formola ordinaria degli antichi Senatusconsulti. Per questa correzione sembra che giovi anche l'ortografia del manoscritto fiorentino, *opoRtEt.* L' ammettono quindi: Jac. GOTHOFREDUS, *Animadv. juris civil.* cap. 9 (in *Thes. juris Rom. Otton.* t. III p. 289) e Ger. NOODT, *Observat.* lib. I cap. ult. Così lessero anche: HALOANDER, BAPTISTA DE TORTIS e il nostro *Codex MSt Pandectarum.* Ciononostante Jo. Guil. HOFFMANN *in Meletematib. s. Observationibus var. ad. Pand.* Diss. XV § 4 sostiene il mantenimento di *oportet.* Il BAUDOZA legge invece: *placeret.*

5) AUGUSTINUS e GOTHOFREDUS invece di *consuluerunt* leggono *censuerunt.* Così lesse anche BAUDOZA CESTIUS. Ma anche questa correzione è combattuta da HOFFMANN l. c. e Jo. STECK *Vindic. LL. anticrit.* cap. 9 (in *Thesaur. Otton.,* t. I p. 518) e Ger. NOODT riportano parecchi esempii in cui *consuluerunt* significa lo stesso che *censuerunt.*

6) Le parole *mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint* sono ritenute da alcuni come inesatte. Jac. GOTHOFREDUS, *Animadvers. juris. civ.,* cap. 9, invece di *quibus* legge: *pro quibus.* Anche il POTHIER, in *Pand. Justin.,* t. I h. t. n. 1 nota *e,* ammette questa correzione. — Claud. SALMASIUS, *de modo usurar.* c. 16, mette la virgola dopo *mutui dationes* e legge: *in quibus pro aliis intercesserint feminae.* — Ger. NOODT, *Observ.* lib. I cap. 18, però non ritiene necessario di aggiungere nè di interporre nulla. Con una semplice inversione di parole può esser tolta ogni difficoltà. Quindi egli legge: *quibus pro aliis* intercesserint feminae. Ma Giov. Gugl. HOFFMANN in *Observ. var. ad Pand.* Diss. XV § 4 e Giov. Corr. RÜCKER in *Diss. de civili et naturali temporis computat.* cap. II § 8, non ritengono neppur necessaria un' inversione di parole, quando venga cambiata la virgola e posta dopo *mutui dationes.* Poichè il *quibus* non si riferisce evidentemente ad *aliis* ma a *mutui dationes.* Del resto quel « *mutui dationes* » deve prendersi nel significato di: *cum mulier ab eo, qui tibi mutuum erat daturus, veluti interposita a te persona mutuum accipit,* come fanno il POTHIER in *Pand.* Justin. c. l. nota *d* e lo SCHULTING in *Thes. controv.* Dec. LVI § 2.

7) Queste parole dimostrano chiaramente come già dapprima gli Editti degl' imperatori AUGUSTO e CLAUDIO per interpetrazione dei giureconsulti romani si estendessero in pratica a tutte le intercessioni femminili, e nessuna azione riguardo a ciò fosse accordata contro le donne: e il Senatusconsulto Vellejano non fece che confermare questa interpretazione usuale. V. Ant. FABER, *Rational. in Pand.* L. 2 § 1 D. h. t. e POTHIER c. l. nota *f.*

eas virilibus officiis fungi, et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.

Si fa questione riguardo alla data precisa di questo Senatusconsulto. EINECCIO [8]) crede che esso doveva esser già fatto sotto AUGUSTO, poichè in un'antica iscrizione in GRUTER [9]) si trovano due consoli, LUCIUS SILANUS e VELLAEUS TUTOR, i quali erano al potere nell'anno 703. Questi erano senza dubbio i consoli rammentati nel Senatusconsulto e solo vi sarebbe un errore da correggere, secondo GRUTER, essendo stato dato a SILANO il prenome di MARCO. Ma già Herm. NOORDKERK [10]) rammentò invece molto giustamente che ULPIANO stesso combatte quest'opinione, poichè dice espressamente che il Senatusconsulto Vellejano era stato fatto dopo l'editto di CLAUDIO; e non può convincer nessuno quel che EINECCIO [11]) ha portato a sostegno della sua opinione [12]). Giovanni SCHILTER [13]) riporta il Senatusconsulto all'epoca di TIBERIO: e TIBERIO intenderebbe ULPIANO sotto il nome di CLAUDIO, poichè sotto il suo impero sarebbero stati consoli MARCO GIUNIO SILANO e LUCIO NORBANO FLACCO: e all'ultimo sarebbe poi stato sostituito MARCO SILANO; quindi il Senatusconsulto cadrebbe nell'anno 771 dalla fondazione di Roma. Egli rafforzava la sua opinione anche per la L. 16 § 1 D. h. t. dove CAJO CASSIO LONGINO decide un caso secondo il Senatusconsulto Vellejano; ma questo giureconsulto romano è vissuto sotto TIBERIO *c*). Ma

8) *Elem. juris. civ. sec. ord. Pand.* p. III § 196 *et in Synt. Antiquit. Rom.* lib. III t. XX § 12.

9) Pag. CCCCLXX num. 1.

10) *Specim. Lectionum seu disquisit. de Lege Petronia,* cap. III § 6 p. 94.

11) *Hist. juris civ.*, lib. I § 172.

12) Vedi Ern. Got. Crist. KLÜGEL, *Diss. de SCto Vellejano, seu de intercessione mulierum,* Wittemb. 1783, § 1.

13) *Praxis juris. Rom.* Exerc. XXVIII § 3.

c) Questo giureconsulto visse veramente all'epoca di TIBERIO, sotto cui fu anche console nell'anno 30, ma dopo la morte di quest'imperatore campò molti anni ancora adempiendo pubblici ufficii, cosicchè fu di nuovo console nell'anno 65, quando NERONE lo fece deportare in Sardegna (TACITO, *Annal.*, XVI, 9), donde lo richiamò VESPASIANO sotto il cui impero morì (v. RIVIER, *Introduction historique au Droit Romain,* p. 358. — KRÜGEL, *Geschichte des Römischen Rechts* [Storia del Dir. rom.], Leipzig 1888, pag. 134, § 21). Quindi non si può su questo fondare una ragione per riportare il SCto al tempo di TIBERIO.

tutta questa opinione si fonda sopra vaghe e non provate ipotesi, come ha già estesamente dimostrato Giust. Feder. Lud. ENGELBRECHT [14]). È anche inverosimile l'opinione del LAUTERBACH [15]), che il Senatusconsulto sia stato fatto sotto Nerone. La più giusta opinione è indubbiamente quella di Antonio SCULTING [16]), il quale è riuscito a trovare l'epoca dei consoli de' quali si tratta nel Senatusconsulto. M. SILVANUS e P. VALERIUS ASIATICUS si ritrovano in DIONE CASSIO [17]) come i consoli ordinarî nell'anno 799 di Roma. VALERIO, secondo la testimonianza di questo storico, deponeva il suo ufficio prima del tempo. Ora si trova nei Fasti [18]), sotto l'anno ricordato, un certo console VELLEJUS come *suffectus*. Chi poteva esser questi se non quel *Vellejus Tutor* che è nominato nel Senatusconsulto? Veramente esso nei Fasti è chiamato RUFUS; ma che c'impedisce di ammettere, insieme a MOSCOV [19]) e Gregorio MAIANSIUS [20]), che VELLEJUS RUFUS fosse chiamato anche TUTOR? *d*). Così il nostro Senatusconsulto viene a cadere al tempo dell'imperatore CLAUDIO *e*).

---

14) *Diss. de renunciatione SCti Vellejani privato instrumento facta,* Goettingae 1749, cap. I § 8.

15) *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 2.

16) *Jurisprud. Antejust.* pag. 540. Concordano con esso anche Car. God. WINCKLER in *Diss. de Lege Junia Velleja,* Lipsiae 1745, § 2. — ENGELBRECHT, cit. *Diss.* cap. I § 10. — BACH, *Hist. jurisprud. Rom.* l. III cap. I Sect. III § 24 e HUGO nel *Lehrbuch der Geschichte des R. Rechts* [Compendio di Storia del Diritto romano] § 224.

17) *Hist. Rom.*, lib. LX pag. 685.

18) Onof. PANVINIO, *Fast. Consul.* e Ub. GOLTZIUS in *Fastis ex antiqu. Monum.* pag. 239.

19) *Animadversion. ad Gravinae origines juris civ.* pag. 398.

20) *Disput. juris civ.* tom. I disput. XXV § 3 pag. 385.

---

d) Già il MAJANSIUS, *op. e loc. cit.*, notava come questo cognome di RUFUS fosse stato causa di confusione fra gli scrittori. Certo che un RUFUS fu console sotto CLAUDIO. TACITO, *Ann.*, XI, 26, 21 (cfr. PLINIUS, *Ep.*, VII, 27) rammenta un CURTIUS RUFUS, e il GOLTZIUS, *op. e loc. cit.*, un M. CLUVIUS RUFUS che sarebbe stato console l'anno innanzi a VELLEJO. E insieme a esso fu console M. POMPEJUS SILVANUS (vedi PANVINIUS, *op. e loc. cit.*) che si trova anche nel KLEIN dove RUFUS è senza nome e prenome; onde non mi pare improbabile credere che si deve essere confuso questo SILVANUS con M. SILANUS e quindi RUFUS, compagno di quello, con VELLEJUS compagno di questo. Però già in GRUTER, VELLEJO si chiama semplicemente TUTOR ed oggi nessuno gli dà più l'appellativo di RUFUS (vedi KLEIN, *Fasti Consulares*, p. 33. — BRUNS, *Fontes jur. rom. antiq.*, Faburg. 1887.

e) Che il SCto venisse fatto sotto l'imperatore CLAUDIO e precisamente nell'anno 46

Il Senatusconsulto Vellejano dichiara adunque inefficaci tutte le specie d'intercessione delle donne [21]). Espressamente invero non parla che delle *fidejussiones et mutui dationes quibus pro aliis intercesserint feminae;* ma già Gherardo NOODT [22]) osservò molto giustamente che ambedue le forme d'intercessione debbono esser ritenute solo come esempio *f*). Basta osservare infatti che nelle prime parole del Senatusconsulto si parla in generale *de obligationibus foeminarum quae pro aliis reae fierent.* Ma PAOLO non lascia più sussistere alcun dubbio quando nella L. 1 pr. D. h. t. dice: *Vellejano Senatusconsulto plenis-*

---

21) Oltre gli scritti già riportati più sopra, debbono notarsi, su questa teoria, anche i seguenti: Jaques CHASSIER, *Diatr. ad SCtum Vellejanum in Opp.,* Paris 1617 4. Giust. Enr. BOEHMER, *Diss. de efficaci mulierum intercessione,* Halae 1718 (Exercit. tom. 3). Carl. Lud. Cristof. ROESLIN, *Abhandlung von besondern weiblichen Rechten* [Trattato dei diritti speciali delle donne] lib. II pag. 53 e seg. Enr. Crist. GERCKE *Comment. de limitib. SCti Vellejani,* Hannoverae 1795. H. D. SUSE *Comm. de jure singulari feminae intercedentis* p. I, Goetting 1803, e Crist. Got. BIENER *de fidejussione mulierum Quaestiones,* Lips. 1803.

22) *Commentar. ad Dig.* h. t. § *Videamus,* pag. 352.

---

d. Cr. è ormai opinione completamente dominante. A VALERIO ASIATICO veramente non successe subito VELLEJO, ma prima di lui fu console Q. SULPICIUS CAMERINUS PETICUS (vedi G. HENZEN, *Acta fratrum Arv.,* Berolini 1874), e dopo questo VELLAEUS TUTOR. E si noti come il vero nome di questo console è VELLAEUS, non VELLEJUS (vedi KLEIN e BRUNS in *op. e loc. cit.*), onde, secondo giustamente osserva il MOMMSEN, Dig. in h. t., anche il SCto avrebbe dovuto chiamarsi *Vellaeanum* e solo per corruzione si chiamò *Vellejanum,* come i Greci lo dissero βελλιάνειον.

f) È questa l'opinione prevalente, sebbene secondo alcuni (vedi in MAYNZ, *op. cit.,* pag. 442), il SCto avesse veramente voluto riguardare solo quelle due forme d'intercessione e la giurisprudenza le estendesse poi a tutte le altre; ma se si considera l'espressione del tutto generica del SCto, la prima opinione mi par veramente preferibile. Singolare è l'opinione dell'HOFFMANN, *op. cit.,* p. 266, e del KATTENHORN, *op. cit.,* p. 24, secondo la quale il SCto non avrebbe compreso le intercessioni fatte dalle donne per i propri mariti, ma per proibire queste sarebbero rimasti sempre vigenti, accanto al SCto, gli Editti di CLAUDIO e di AUGUSTO. Se non che la connessione di dipendenza che è palese nella legge di ULPIANO fra gli Editti e il SCto, non essendo questo che l'*ampliamento* e la *conferma* dei primi, non che tutto il complesso delle disposizioni che riguardano il SCto, ci fanno vedere facilmente quanto una tale opinione sia erronea. È così evidente, dice il VANGEROW, che tutte le volte che si tratta di intercessione nel SCto vi si comprendono anche quelle fatte per il marito, che se ULPIANO non lo avesse detto non si supporrebbe neppure che per esse fosse mai esistito un diritto speciale. Cfr. L. 2, § 5-17 pr.-27 pr.-28 pr. e § 1-32, § 2 Dig. h. t. e Cod. c. 4, 5, 10, 11, 14, 15, *eod.* È singolare che lo stesso KATTENHORN porta quest'identico argomento a suo sostegno in quanto egli dice, non si faceva distinzione, perchè non vi era bisogno di farla, una volta che per quelle intercessioni speciali esisteva una legge speciale.....

sime comprehensum est ne pro ullo foeminae intercederent g). Quindi si deve anzitutto trattare delle varie forme d'intercessione.

Intercessione si chiama in generale un atto per cui alcuno si assume di guarentire l'obbligazione già esistente o futura di un altro senza che sia obbligato a questa mallevadoria per i principî generali di diritto [23]) *h*). Un'intercessione richiede quindi:

---

23) V. THIBAUT, *System des P. R.* [Sistema delle Pandette], vol. II § 939.

Secondo il GRADENWITZ, *op. cit.*, p. 71-72, invece il SCto avrebbe bensì allargato il concetto delle intercessioni proibite nella sua estensione, portandolo a tutte quante oltre quelle per il marito, ma lo avrebbe ristretto, per dir così, in *intensità*, limitandone il concetto alle obbligazioni fatte per altri « *pro aliis reum fieri* ». Per un più amplio svolgimento dell'opinione contraria al KATTENHORN vedi SINTENIS, *op. cit.* in *Jahrbüch.* del SELL, vol. II, n. 9, pag. 373-81.

g) Si è fatta questione per sapere se al di fuori di quegli atti colpiti dal SCto si possa dire che vi abbia intercessione. Già il SINTENIS aveva notato questa questione ed aveva osservato come il concetto dell'intercessione sia più generale e che la legge stessa riconosce de' casi in cui un'intercessione è avvenuta sebbene non si applichi il SCto. Pur tuttavia altri, tra' quali il VANGEROW, *op. cit.*, pag. 154, e il DEURER, *op. cit.*, p. 408-10, seguendo l'antico esempio del DONELLO, *Comment. cit.*, XII, c. 29, n. 4, affermarono non ammettersi il concetto d'intercessione tutte le volte che il SCto venga escluso. La ragione principale di questo dissenso sta in ciò, che nelle fonti stesse la parola *intercessio* è usata in due significati, l'uno ampio, ed è l'ordinario; l'altro ristretto e comprende appunto i soli casi che cadono sotto il VELLEJANO (vedi L. 3, L. 14, L. 16, L. 23, L. 26, Dig. h. t. Cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, § 485, not. 2). Quelli che danno alla parola *intercessio* un significato più ristretto, chiamano ogni altra che pur essendo intercessione in senso amplio non rientra nel SCto, col nome generico d'*interventio*. Ma tutta questa, del resto, è più che altro questione di parole più che di sostanza, la quale rimane immutata.

h) La definizione dell'intercessione ha dato luogo a molte divergenze fra gli scrittori di diritto, segnatamente quando si volle definire l'intercessione che cade sotto il SCto, e si vollero così sintetizzare in una formula le varie eccezioni in cui la proibizione del Senato non trova campo. Si cominciò dall'osservare che non bastava assumere una obbligazione altrui, ma che bisognava anche aver la speranza di ottenere il rimborso dei pagamenti eseguiti (vedi VANGEROW, *Leitf. cit.*, p. 133-37, 150, *Pand.*, § 581, pagine 140-49 e in generale tutti gli scrittori anteriori al WINDSCHEID non che molti posteriori). Il WINDSCHEID però andava più innanzi, osservando che non basta la speranza di rimborso e di non avere a soffrire danno, ma occorre quella *di non dover pagare affatto*. Osserva il WINDSCHEID che altrimenti non si spiega perchè l'amministratrice di beni altrui, che pur si obbliga per altri colla speranza di esser rimborsata, non abbia il SCto; perchè questo non si accordi all'acquirente di un'eredità che ha fiducia nella solvenza del debitore, e così in altri casi che egli riporta (vedi WINDSCHEID, *op. cit.* in *Arch. für.*, ecc., pag. 287 e seg.). Però si può osservare che nella massima parte di questi casi il SCto è negato non perchè manchi la speranza che il debitore paghi, ma perchè l'obbligazione è assunta in nome altrui o nell'interesse proprio della donna. Ciononostante questo concetto del WINDSCHEID venne accolto favorevolmente da molti scrittori. Così GIRTANNER, *op. cit.*, pag. 335, HASENBALG, *Beiträge* cit., GRA-

1. Anzitutto una terza persona la quale sia debitrice di qualche cosa. Così non vi ha alcuna intercessione se si promette a qualcuno di prestargli risarcimento per un atto che forse gli è nocevole. ULPIANO nella L. 8 § 1 D. h. t. dice: *Si mulier intercesserit apud tutores filii sui, ne hi praedia ejus distraherent et indemnitatem eis repromiserit,* PAPINIANUS lib. 9. *Quaestionum non putat intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem.* Un altro caso somigliante ha AFRICANO, L. 19 pr. Dig. *eod. tit. Tutor pupilli decesserat, herede instituito Titio. Cum de adeunda hereditate dubitaret quoniam male gesta tutela existimantur, persuadente matre pupilli, ut suo periculo adiret, adiit: stipulatusque de ea est indemnem se eo nomine praestari. Si ex ea causa Titius pupillo aliquid praestitisset, isque matrem conveniret, ne-*

DENWITZ, *op. cit.*, p. 81, nota 1. Quest'ultimo però nota come tal regola non possa dirsi di una costanza assoluta; perchè in qualche caso molto ingegnoso, ma vero, che egli fa e che lo spazio m'impedisce di riportare, questa *speranza* non esiste, eppure non può dirsi che possa negarsi il SCto. Contro il WINDSCHEID vedi il SINTENIS, *Civ. recht.* cit., § 129, not. 78, *a.* — BRINZ, *Pand.*, § 261, not. 13, il quale osserva che tale speranza è giusta e reale, ma non è un carattere dell'intercessione, ma semplicemente l'*effetto* di un carattere di essa, e sul quale egli molto insiste, cioè che si tratti d'una obbligazione altrui. Così anche DERNBURG, *op. cit.*, vol. II, § 84, perchè allora, egli dice, non si comprenderebbero delle disposizioni come quella della L. 23, Dig. h. t. Cfr. ARNDTS-SERAFINI, *op. cit.*, § 359, n. 3. Ma questo concetto troppo subbiettivo e unilaterale non parve sufficiente a determinare l'intercessione, non tenendo conto del creditore, che pure è persona tanto necessaria in quest'atto. Si ritenne quindi da molti che il creditore dovesse almeno *sapere* che s'intercede (vedi in SINTENIS, *op. cit.* in *Zeitschr.*, n. 2). Il DEURER però volle anche di più, osservando che non bastava la semplice conoscenza: *intercedere,* egli notava, vuol dire frapporsi a due persone e quindi *tutte e due* queste persone debbono intervenire nell'atto che costituisce l'intercessione; e perciò egli vi introduceva come elemento necessario la *convenzione* col creditore (DEURER, *op. cit.*, pag. 412). Se non che egli distacca, per così dire, l'intercessione mediante una tale convenzione dall'obbligazione altrui per cui è assunta, e viene a farne più che l'assunzione di un'obbligazione altrui, quella di un'obbligazione qualunque (*irgend einer*). E il SINTENIS stesso, cangiando d'avviso, nella 3.ª edizione del suo *Civilrecht,* in massima si conforma alla definizione del DEURER; ma non conviene su quest'ultimo punto, e mi par con ragione, perchè è veramente essenziale all'intercessione che l'obbligazione assunta abbia sempre il carattere di *aliena.* Cfr. VANGEROW, *Leitf.*, p. 133, e *Pand.*, § 577. Contro: WINDSCHEID, *op. cit., Pand.*, § 485, appoggiandosi principalmente sulla L. 17, h. t. su cui torneremo; BRINZ, *Pand.* cit. § 261. A me pare che l'intervento e l'annuenza del creditore, se non proprio una convenzione perfetta, costituiscano una condizione necessaria all'intercessione; come credo necessario che la donna speri che l'adempimento dell'obbligazione non stia tutto a suo carico, ma non convengo col WINDSCHEID che debba anche aver la speranza di *non pagare* sembrandomi anzi che il semplice fatto dell'assunzione d'un'obbligazione altrui presupponga quasi il contrario.

gavit exceptionis Senatusconsulti locum esse [24]): *quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi posse.*

2. Vera mallevadoria di un'altrui obbligazione *i*). Non può quindi parlarsi d'intercessione quando si eseguisce sul momento il pagamento per il debitore [25]) *k*); o quando gli si ridà il pegno [26]); o quando qualcheduno libera altri dall'obbligazione contratta verso lui stesso [27]); o se qualcheduno è debitore altrui ed è incaricato dal suo creditore di soddisfare il debito a un terzo [28]) *l*).

---

[24]) Nè contraria a questa è la l. 6 § 1. Cod. h. t., poichè in essa la madre si obbliga per i pupilli, promettendo d'indennizzare il tutore, il quale, nel timore che per la povertà dei pupilli non potesse essere indennizzato, voleva esimersene: così qui vi ha un debitore per il quale la donna fa una reale malleveria. V. Giac. CUJACIO, *Tract. IV ad African. ad* L. 19 D. h. t. NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. § *Est igitur* pag. 354. Cfr. Giov. VOET nel *Commentar. ad Pand.* h. t. § 8. Gugl. BEST, *Ratio emendandi Leges*, cap. V § 6-8 e ROESLIN, *op. cit.* lib. III sez. I § 10-15 pag. 102-109.

[25]) L. 5 D. h. t. L. 1 L. 4 L. 9 Cod. *h. t.* V. ROESLIN, *Abhandlung etc.* cit. § 8 pag. 98 e seg.

[26]) L. 8 pr. *D. eod.* — ROESLIN, *Abhandlung etc.* cit. § 7 pag. 97.

[27]) L. 19 § 1-2, D. h. t.

[28]) L. 24 pr. D. h. t. L. 2. Cod. *eod.* — ROESLIN, *op. cit.* § 4 p. 93 e seg.

---

i) È quindi necessario che l'obbligazione assunta sia *altrui*, poichè evidentemente la parola stessa *intercedere* indica la necessità che esista un terzo in favore del quale s'interviene: e tutte le leggi riportate nelle note danno evidentemente all'intercessione il carattere di *alienam obligationem recipere* (ofr. L. 2, § 5; L. 17 pr., D. h. t.). Onde non solo la donna non intercede quando assume in proprio un'obbligazione; ma anche quando assumendo quella d'altri, ed insieme ad altri, non è identico il loro rapporto obbligatorio col creditore (vedi PAOLO, R. S., XI, § 2; L. 8, § 1; L. 19 pr., § 2 e § 3, D. h. t.; nel § 4 di questa legge questo rapporto quasi si identifica e il giureconsulto dice: *prope est ut sit intercessio*). Però osserva giustamente il GRADENWITZ, *op. cit.*, pag. 92, come non sia vero l'inverso, che cioè in ogni assunzione di obbligazione *altrui* si abbia una intercessione, poichè questo non avviene quando si assume un'obbligazione altrui semplicemente per liberarsi da un'altra. Cfr. L. 13 pr., L. 3, L. 15, L. 22, L. 24 pr., L. 27, § 2, D. h. t., e L. 1, § 4; D. *de pign.*, XX, 1. L. 17, § 2 e L. 18, h. t.

k) Cfr. L. 8, § 5, D. h. t.; L. 1, Cod. *eod.*

l) Vi ha una legge però che solleva non poche difficoltà per il caso in cui la donna sia delegata a intercedere da un suo creditore ed è la L. 17 pr. h. t. di AFRICANO. In essa si dice che se la donna che ha ricevuto dal marito una cosa *viliori pretio* e *donationis causa* è poi delegata da lui a pagare col prezzo di questa un creditore di esso, contro questo creditore « *exceptionem utilem fore, quamvis creditor existimaverit mulierem debitricem mariti fuisse* ». « Or com'è, domanda il WINDSCHEID, *op. cit.* in *Archiv*, p. 321, che qui nonostante che la donna interceda per delegazione di un suo creditore, può far valere il SCto? » Egli fa tre ipotesi a questo riguardo. — 1.° O la donna si crede vera debitrice del marito e si ritiene come delegata da lui. — 2.° O

sa che in causa della nullità delle donazioni fra coniugi essa non è debitrice, ma ciononostante intercede come delegata da lui, nella speranza che esso le rilascerà per il vil prezzo combinato la cosa già avuta. — 3.° O essa sa di non essere debitrice e non ha neppure intenzione d'intercedere. Ma in questa terza ipotesi essa sarebbe in *dolo* e non potrebbe, per i principii che vedremo in appresso, servirsi del SCto; quindi tale ipotesi non può esser presupposta dalla L. 17 pr. che concede l'eccezione. Restano le altre due. Ora in ambedue i casi la donna, figurando come debitrice del marito, assume la di lui obbligazione come propria, come delegata nel debito; in che modo può quindi valersi dell'eccezione? Come può la L. 17 pr. accordargliela? Il WINDSCHEID dice francamente che egli non sa come spiegarlo, a meno di ritenere che ad AFRICANO stesso sia sembrato che in ciò la donna assumesse un'obbligazione altrui. Il FUHR, *op. cit.* in *Archiv von* SCHAEFFER, p. 102 e seg., riprendendo la questione, nota come il WINDSCHEID non abbia distinto la credenza o l'intenzione della donna di assumere un'obbligazione altrui dal fatto stesso reale di assumerla; e siccome egli ritiene che il SCto accordi il suo appoggio non già perchè la donna creda o intenda d'intercedere, ma perchè intercede veramente e quindi resta spiegato perchè la L. 17 pr. conceda l'*exceptio* nonostante la credenza di assumere un'obbligazione propria, perchè in realtà in causa della precedente nullità dell'atto compito col marito, la donna non è debitrice, e quindi se intercede, intercede veramente per un'obbligazione altrui. E così sorge una seconda questione. Per l'esistenza di vera intercessione e di legittimo ricorso al SCto, è o no necessario che la donna *sappia* d'intercedere? o basta solo il *fatto* che intercede? Certo leggendo il disposto della L. 17 pr. che sembra confortato anche da due altre leggi che il FUHR riporta (L. 19 pr. D. *de novat.*, XLVI, 2, ed anche la difficile L. 8, § 2, D. h. t. su cui dovremo tornare), non si fa distinzione alcuna se la donna sappia o no d'intercedere; anzi nella prima, come abbiamo veduto, ha il SCto, sebbene evidentemente debba oredere di esser debitrice e quindi non d'intercedere. Nè l'analogia col caso in cui sia il creditore che ignori che s'interceda ed a cui si riporta anche AFRICANO, può giovarci, perchè, come osserva giustamente il GRADENWITZ (*op. cit.*, pag. 96-97), tra questi due casi analogia vera non c'è. Nel dubbio delle fonti può forse darci luce su questa questione lo scopo per cui venne fatto il SCto; vedere cioè se esso tendesse a proibire il *fatto* dell'intercessione piuttostochè la *volontà* d'intercedere, e da questo dedurre se sia sufficiente ad avere il soccorso del SCto l'intercessione in sè o il sapere che s'intercede. E siccome io inclino per la seconda ipotesi (vedi più sotto not. *q*), così ritengo che questa conoscenza dovesse esser necessaria. Il GRADENWITZ, *op. e loc. cit.*, ha osservato che nella L. 17 pr. il fatto che la vendita è nulla « *venditionem nullius momenti esse* » porta anche alla nullità della suocedente delegazione. E all'obiezione preveduta, che per annullare la delegazione occorre la nullità di ambedue le obbligazioni prime, quella fra il delegante e il delegato e quella fra il delegante e il creditore (L. 7, § 1, D. *de dol. mal.*, XLIV, 4; L. 13, D. *de novat.*, XLVI, 2) mentre qui solo una è presupposta nulla, GRADENWITZ risponde che questo è vero per altre eccezioni, come la *exceptio doli mali*, ma non per quella dell'intercessione, che vince la delegazione, il che ritiene desunto evidentemente dalla L. 19 di PAOLO, Dig. *de novat.*, XLVI, 2; quindi è questa la ragione per cui nella L. 17 pr. l'*exceptio* nascente dall'intercessione si può opporre nonostante la delegazione. Ed a me pure pare che la ragion vera di questo caso sia data appunto da PAOLO nella suddetta legge. La delegazione negli altri casi suaccennati non dà diritto all'ecoezione, perchè nel fatto della delegazione in sè stessa non ci è niente che valga a dar fondamento all'eccezione che si vuole opporre (per esempio: *exceptio doli, SCti Maced.*), ma nel caso nostro la delegazione fatta in base a un credito *non esistente* non è più una delegazione, ma costituisce un'intercessione *contra Senatusconsultum* e quindi dà luogo all'*exceptio*, presupponendo sempre, a mio parere, per le ragioni più sopra esposte, che la donna sa di fare intercessione.

3. Non si deve neppure esser costretti alla mallevadoria di un'obbligazione per i principî generali del diritto. Così se si assume un debito in causa di adizione o di acquisto di un'eredità a cui il debito sia connesso, non si ha un'intercessione [29]). In tutti questi casi quindi non trova applicazione il Senatusconsulto Vellejano.

Una vera intercessione quindi può avvenire sotto varie forme:

I. Nell'obbligazione di un debitore, la quale vien guarentita, ed in essa posson distinguersi due casi:

1. Essa è guarentita prima anche che il debito esistesse;

α) Questo è il caso quando qualcheduno incarica un altro di fare qualche cosa a vantaggio d'un terzo, ma a rischio di sè mandatario. Questa forma di intercessione è chiamata *mandatum qualificatum*, e il mandante dicesi di preferenza *mandator* [30]). Un esempio ricorre nella L. 24 Dig. *de fidejuss. Lucius Titius cum pro Sejo fratre suo apud Septicium intervenire vellet epistolam ita emisit: si petierit a te frater meus, peto des ei nummos fide et periculo meo.* Vedi anche L. 6 e 7 Dig. h. t.

β) Se un terzo come debitore in proprio assume a mia guarenzia un contratto che io voleva conchiudere con qualcheduno. Per esempio, io voglio prendere a prestito da A; ma poichè A non mi ha fiducia, interviene B e prende in prestito il denaro per me come debitore in proprio. ULPIANO fa il caso nella L. 8 § 14 Dig. h. t. quando dice: *Si cum essem tibi contracturus mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham: videtur intercessisse.* Vedi anche la L. 4, Cod. h. t. *Cum alius pecuniam acciperet, mulier se ab initio ream constituerit.* Questo caso è significato nel *Senatusconsulto* per le parole: *mutui dationes quibus pro aliis intercesserint foeminae* [31]).

2. Essa è assunta dopo che il debito già esiste in persona altrui: « *intercessio* » nel puro significato. Le leggi distinguono l'una dall'altra queste due forme d'intercessione in quanto dicono le prime *novam obligationem*, le seconde *veterem obligationem recipere* [32]).

---

29) L. 13 pr. l. 32 pr. D. h. t. — ROESLIN, *op. cit.* § 2 p. 90.

30) Un tal *mandatum qualificatum* non è altro che una mallevadoria anticipata. Quindi l'obbligazione passa nell'erede come l'obbligazione d'un mallevadore, l. 8 *Cod. mandati.* Nov. IV c. 1. V. Giac. VOORDA, *Elector. jur. civ.*

31) V. CUJACIO, *Tract. IV ad African* ad L. 19 h. t. NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. p. 352 e LAUTERBACH, *Colleg. th. Pand.* h. t. § 9.

32) L. 8 § 1 D. h. t. — 18 Cod. *eod.*

II. Riguardo alle forme dell'obbligazione assunta per intercessione deve distinguersi:

A) Essa avviene in una tal forma che il vero debitore è interamente liberato dalla sua obbligazione: *Intercessio principalis seu privativa* [33]). Questo avviene: 1. Per DELEGAZIONE, quando ci poniamo al posto stesso del vero debitore con consentimento del creditore [34]). 2. Per ESPROMISSIONE quando si assume semplicemente l'obbligazione del debitore principale, anche senza il di lui consenso e in modo tale che lo stesso sia liberato da ogni vincolo obbligatorio di fronte al suo primo creditore [35]). 3. Per DIFESA [m]) di un accusato dinanzi alla giustizia, cosicchè per questa avviene una novazione, e l'obbligazione dell'accusato, se vien condannato, ricade sul difensore; in conseguenza di che il suo accusato è liberato dalla domanda del proprio creditore [36]). ULPIANO, L. 2 § ult. D. h. t., dice: *Sed etsi mulier defensor alicuius extiterit, procul dubio intercedit. Suscipit enim in se alienam obligationem: quippe cum ex hac re subeat condemnationem. Proinde neque maritum, neque filium, neque patrem permittitur mulieri defendere.* 4. Per intervento come debitore in proprio in un contratto che un terzo debitore voglia fare col suo creditore. La L. 4 Cod. h. t. determina questo caso così: *Si creditor, qui contrahere cum alio proposuerat, mulieris personam elegit:* e dichiara anche questa come una delle forme d'intercessione della donna, contro cui sorge la *exceptio*

---

33) Le leggi dicono, *alienam obligationem in se transferre*, L. 4 C. h. t.

34) L. 11 pr. D. *de novat. Delegare est vice sua alium reum dare creditori.* V. Ant. FABER, *Conjectur jur. civ.* lib. XVIII cap. I.

35) § 3 *Inst. Quibus mod. toll. obligat.* l. 8 § 5 D. *de novationib.* V. THIBAUT, *System des Pand. Rechts* [Sistema delle Pandette] vol. II § 937.

36) L. 11 § 1 D. *de novat.* l. 10 § 1 D. *de in rem verso.* l. 2. Cod. *de pact.* V. CUJACIO, *Tract. IV ad Africanum* ad L. 19 D. h. t. — NOODT, *Comm. ad* Dig. h. t. § *Videamus igitur*, pag. 342. — HUBER, *Praelect. ad Pand.* h. t. § 2 e 3 e LAUTERBACH, *Coll. th. pr. Pand.* h. t. § 8.

---

m) La *defensio* è una forma d'intercessione che assume nello svolgimento del nostro tema una grande importanza; e ciò perchè da essa si vuol far derivare la natura proibitiva più che difensiva del SCto, e perchè si crede di trovare ne' motivi per cui essa era proibita alle donne, la ragione del VELLEJANO, come vedremo più distesamente in altre note (vedi GRADENWITZ, *Op. cit.*, p. 65. — THON, *op. cit.*, p. 82-83. Cfr. L. 23, Dig. *De solut. et lib.*, XLVI, 3).

Senatusconsulti Vellejani. Si porta pure su ciò la L. 8 § 14 D. h. t. e la L. 4 Cod. *eod.* [37]) *n*).

B) L'intercessione avviene in una forma tale che l'obbligazione del debitore principale vi perdura ancora a lato. *Intercessio necessaria seu cumulativa* [38]). Qui vi sono ancora due casi possibili. Può, cioè, l'intercedente: 1. o esser chiamata in giudizio solo dopo che il creditore non ha potuto avere il pagamento del debitore principale. Quindi si ha: α) quando si fa garanzia per qualcheduno [39]), β) o si dà un *mandatum qualificatum* [40]), γ) o si conchiude un *constitutum alienum*, δ) o si è impegnata una cosa propria per un'altra, o la si lascia impegnare [41]) *o*). Oppure: 2. l'intercedente non può come tale neppure nel frattempo respingere l'azione del creditore: *Intercessio non subsidiaria.* Quindi il suo intervento è come quello di un *correus debendi* [42]).

Su tutte queste intercessioni si estende adunque il Senatusconsulto Vellejano. *Omnis omnino obligatio,* dice ULPIANO, *Senatusconsulto Vellejano comprehenditur, sive verbis, sive re, sive quocumque alio contractu intercesserint.* L. 2 § 4 D. h. t.

§ 921.

Ragione del Senatusconsulto Vellejano.

Nelle leggi di questo titolo vi sono esposte varie cause in base alle quali il Senato ritenne necessario di proibire tutte le interces-

---

37) Vedi HUBER *Praelect. ad Pand.* h. t. § 3.

38) Le leggi indicano questa forma d'intercessione con l'espressione: *alienae obligationis participatio* l. 4 Cod. h. t.

39) L. 6 e 7 D. h. t.

40) Nov. IV cap. 1. Di diversa opinione è invero il THIBAUT nel *Syst. des Pand. R.* [Sistema delle Pandette] vol. II § 940. Vedi però il Libro XIII § 851 di questo Commentario.

41) L. 5, l. 7 e l. 12 Cod. h. t.

42) L. 17 § 2, l. 18 D. h. t. Vedi SCHILTER, *Prax. Iur. Rom.*

---

n) Cfr. L. 11, L. 12, L. 29 pr., D. h. t., L. 19, Cod. *eod.*, IV, 29.

o) Oltre le due leggi citate vedi L. 8 pr., D. h. t. La *datio pignoris* dà luogo poi a questione se costituisca o no un'intercessione quando sulla cosa data in pegno non si abbia un diritto di proprietà, un *jus in re* (vedi LÖWENSTEIN, *Archiv für Civ.*, LXVIII, p. 72. — GRADENWITZ, *op. cit.*, p. 161-65.

sioni delle donne senza eccezione. In primo luogo si ritenne improprio e contro la semplicità femminile che le donne si occupassero di affari maschili. Or si ritennero le intercessioni come civili negozii giuridici, i quali ordinariamente sogliono esser conchiusi soltanto dagli uomini [43]). Quindi apparve iniquo anche al Senato che le donne dovessero soffrire una perdita dei lori beni, in causa di mallevadoria fatta per debiti altrui. Queste ragioni sono riportate nelle parole del Senatusconsulto stesso, ma anche PAOLO nella L. 1 § 1, Dig. h. t. chiaramente e distintamente le espone quando dice: *Nam sicut moribus civilia officia ademta sunt feminis, et pleraque ipso iure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris* p). Il principio fondamentale del Senatusconsulto Vellejano si fonda però indubbiamente nel carattere proprio del sesso femminile. E questa stessa ragione porta anche ULPIANO nella L. 2 § 2-3 D. h. t. quando dice: *Amplissimus ordo opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem. Infirmitas enim feminarum auxilium meruit.* Però sotto questa *sexus imbecillitas* non si deve intender tanto, come altrove è espressamente dimostrato [41]), la debolezza d'intelligenza,

43) L. 2 D. *de div. reg. juris. Foeminae ab omnibus officiis civilibus, vel publicis remotae sunt: et ideo nec judices esse possunt, nec magistratum gerere nec postulare, nec pro alio intervenire nec procuratores existere.* Il principio che tali affari siano inconciliabili colla semplicità delle donne è esposto nelle L. 1 § 5 D. *de postulat.* L. 18, L. 21, Cod. *de procur.* Che cosa siano gli *officia virilia* e *civilia* lo ha ampliamente spiegato HELLFELD nell'op. cit., *Diss. de condictione mulieri intercedenti compet.* § 8-15.

41) Vedi questo Comment. II § 117 (Ed. ital. Lib. I pag. 512).

p) Già per l'antica tutela delle donne GAJO osservava che la vera ragione non era la *laevitas animi,* come volgarmente dicevasi, e che, secondo lui, era *magis speciosa quam vera* (GAJO, *Institut.,* I, §§ 190-92), ma sibbene il rischio delle cose di famiglia; e così anche alcuni scrittori moderni, per esempio, il GIDE, *op. cit.,* I, cap. IV, p. 104. Però in genere gli antichi scrittori (vedi CICERONE, *Pro Murena,* 12. — ULPIANO, *Fragm.,* XI, 1) e la maggioranza degli odierni ritengono come ragione dell'antica tutela delle donne la loro debolezza e fragilità d'animo. Ed io pure credo veramente che l'istituto della tutela femminile, stabilito in vero quando le donne mantenevano una vita semplice, modesta e lontana da ogni ingerenza nelle pubbliche cose e conoscenza del diritto, attingesse appunto la sua ragion d'essere in questa loro ingenuità e facilità ad essere ingannate, e che il *periculum familiaris* non fosse al più che una ragione sussidiaria; ma l'opinione di GAJO ci è preziosa ciononostante perchè può porgerci aiuto a spiegare i motivi delle leggi sancite riguardo alle donne ne' tempi a GAJO più vicini, come appunto gli Editti imperiali e il SCto Vellejano.

quanto piuttosto una certa leggerezza propria del sesso femminile, o una buona tendenza a mostrarsi compiacenti cogli altri, o una naturale arrendevolezza, in virtù della quale le donne s'inducono molto facilmente a far degli atti che ridondano a loro grave danno. Le leggi chiamano a questo riguardo il sesso femminile un *sexus infirmus, fragilis et adversus commoda propria laborans, facilisque ad circumveniendum* [15]). Poichè pure l'esperienza insegna che le donne per leggerezza e bontà d'animo molto facilmente s'inducono ad assumere un'intercessione, nella quale vi ha solo la buona intenzione di esser utili ad altri con una sola parola data, ma del resto sempre colla fiducia nella lealtà del debitore principale non vien temuto danno alcuno; quindi il Senatusconsulto Vellejano deve proteggere le donne contro tali dannosi negozii, per cui esse assunsero un'obbligazione altrui e per semplice compiacenza si esposero al rischio di pagar qualche cosa, che esse, anche addossandosi un'obbligazione altrui, non credevano di pagare [16]) *q*). Ma vi è anche un'altra ragione in più

---

[15]) L. 1 Cod. *Quando mulier tutor. officio.* L. ult. Cod. *de donat. ante nupt.* L. 4 Cod. *de spons.* Nov. IX c. 3. — Vedi HELLFELD, cit. *Diss.* § 16 e 17.

[16]) Vedi WEBER, *Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden* [Contributi alla Teoria delle azioni ed eccezioni giudiciarie] parte I pag. 23 e seg.

---

q) Due dunque, secondo il GLÜCK, sono le ragioni principali che diedero luogo al SCto — l'allontanare le donne dagli ufficii pubblici e civili — il tutelarle dai pericoli che offre l'intercessione — in quanto il *favor dotium,* che espone poi, non è in fondo che una delle cause per cui si volevano tutelate le donne da questi pericoli; e queste due ragioni sono quelle comunemente accettate dagli scrittori, con grande prevalenza però della seconda sulla prima. Esse però sono in certo modo in opposizione fra loro, in quanto l'una dimostra la tendenza a limitare i diritti della donna e rende il SCto un atto fatto in odio ad essa; l'altra invece palesa un saggio provvedimento per tutelare le donne contro gli inganni e dà al SCto il carattere d'una legge fatta in loro favore. Così è che mentre la maggioranza degli scrittori dando, come il GLÜCK stesso fa, la predominanza alla ragione della debolezza femminile, hanno caratterizzato il VELLEJANO come un *auxilium* arrecato alle donne, altri invece, e tra questi, per esempio, il GIDE, *op. cit.*, L. I, cap. V, § 4, p. 153 e seg. e p. 462, hanno ritenuto che il vero movente delle disposizioni del SCto fosse la ragion pubblica, la necessità d'imporre un limite alle donne, ai loro maneggi e al loro illecito immischiarsi in tutti i pubblici affari (cfr. REIN, *op. cit.*, pag. 675 e seg.). Certo la potenza delle donne e la loro ingerenza nelle cose pubbliche e nelle private, come nota anche il GLÜCK, dopo l'abolizione della *Lex Oppia* (l'esistenza stessa della quale dimostra il lusso e la sfrenatezza delle donne di quell'epoca [539] e la loro lontananza da quella primitiva semplicità e ingenuità che verrebbero loro attribuite), divenne esorbitante, e tale legge cadde appunto per

intimo collegamento con esso, che venne offerta al Senato dalla *lex Papia Poppea*. Per questa legge cioè ciascun uomo che non aveva più di sessant'anni e ciascuna donna che non ne aveva più di cinquanta, doveva unirsi in matrimonio, se non voleva cader nella pena del celibato [47]). Ma l'impedimento più forte a un conveniente matrimonio era quasi sempre la mancanza di beni con cui poter formare una dote, per la quale la moglie legittima si distingueva dalla concubina. Per poter dare effetto a questa legge, importò allo Stato stesso di far sì che le donne conservassero i loro beni a tale scopo. E come non avrebbe dovuto quindi importar molto anche al Senato, d'impedire alle donne di sperdere i loro beni nelle intercessioni? [48]). E quanto necessaria fosse una dote per la conchiusione di un conveniente matrimonio, lo dimostra fra gli altri un passo di PLAUTO

---

47) Vedi EINECCIO, *Comment. ad Leg. Iul. e Papiam Poppaeam.*, lib. II c. 3.

48) Vedi Crist. Enr. BRENNING, *Progr. de politia SCti Vellejani de fidejussione feminarum*, Lipsiae 1752, § 8 e 9.

---

influenza e volere delle donne, *quae*, dice TACITO, *Oppiis quondam aliisque legibus constrictae, nunc vinclis exsoluis domos, fora jam et exercitus regerent* (*Annal.*, III, 33). E TITO LIVIO, *Hist.*, XXXIV, 8. *Matronae nulla nec auctoritate nec verecundia nec imperio virorum contineri limine poterant*..... Io raccomando la lettura della narrazione di LIVIO, osserva l'IHERING (*Der Geist des Röm. Rechts* [Lo spirito del Diritto romano], vol. II, not. 328), a tutti coloro che fossero tentati di impietosirsi sulla pretesa oppressione in cui vivevano le donne in Roma! E questo lusso, questa potenza grandissima si accrebbero forse anche di più col rovesciar della Repubblica e il declinar dei costumi, e gli intrighi e le sfrenatezze che e imperatrici e le matrone commettevano sotto l'impero, come tutta la storia ci attesta, stanno a dimostrarlo. Quindi non è meraviglia che il GIDE dubiti, e con molta ragione, che questo Senatusconsulto, il quale era decretato appunto all'epoca di Messalina, fosse ispirato dalla necessità di provvedere alla semplicità e all'ingenuità delle donne, di queste donne forse più intriganti e più astute degli uomini!... D'altra parte però non si può negare che varii argomenti inducono pure a credere che lo spirito del VELLEJANO fosse appunto di portar soccorso alle donne. Anzitutto lo afferma chiaramente ULPIANO nella L. 2 h. t.; poi altre leggi numerose, come le L. 1, § 2, L. 2, § 1-3, L. 3, § 5, L. 13 pr., L. 21, § 1, L. 23 Dig. h. t., dove si dice che scopo del SCto è di *adjuvare, succurrere* le donne; infine il testo del Senatusconsulto stesso. Però non bisogna dimenticare anzitutto che ULPIANO scriveva un secolo e mezzo dopo la promulgazione del VELLEJANO e che quindi la sua affermazione può più rappresentarci una sua opinione che la vera ragione del SCto; e in questo ci conforta maggiormente il fatto già accennato (vedi not. *p*) che ULPIANO riteneva anche che l'antica tutela delle donne avesse per ragione la loro debolezza, mentre altri scrittori grandissimi, tra cui GAJO, la riponevano nella tutela de' beni famigliari. E tanto più poi che nel caso nostro all'opinione di GAJO corrisponde quella di PAOLO esposta alla L. 1, § 1 inserita nel testo. D'altronde anche il testo del SCto non dichiara veramente che esso fosse stato fatto in riguardo della muliebre sem-

nel *Trinummus* [49]), dove LESBONICO dice: *Nolo ego mihi te tam prospicere, qui meam egestatem leves, sed ut inops infamis ne sim: ne mihi hanc famam differant, me germanam meam sororem in concubinatum tibi sic* SINE DOTE *dedisse magis, quam in matrimonium.* Di questa necessità di beni dotali fanno menzione anche i giureconsulti romani. PAOLO dice: REIPUBLICAE *nostrae interest mulieres dotes salvas habere,* PROPTER QUAS *nubere possunt.* L. 2 Dig. *de jur. dotium.* Ed anche più lo conferma POMPONIO nella L. 1 Dig. *solut. matrim,* ove dice: *Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse foeminas, ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.*

Perchè poi le donne più facilmente s'inducono ad assumere obbligazioni per altri, quando ciò vien loro proposto semplicemente, che

---

[49]) Act. III Scen. II v. 62, 399.

---

plicità. Infatti, esso dice: *cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum.* Ma perchè non è *aequum?* Per la *imbecillitas sexus* o per il *periculum rei familiaris?* Il SCto non lo spiega, e nel dubbio, sia per le ragioni storiche suesposte, sia per l'affermazione di PAOLO e per analogia con quella di GAJO mi par preferibile ammettere la seconda ipotesi piuttosto che la prima; ed in questo senso quindi si debbono intendere anche le espressioni *succurri* e *adiuvari* che ricorrono nelle leggi. Il BACHOFEN, *op. cit.,* pag. 1-28, sebbene riconosca, almeno storicamente, come prima causa della proibizione delle intercessioni il carattere che queste ebbero come *officium civile* per spiegare il SCto, ricorre pure a un'altra ragione che trae dai principî generali sulle obbligazioni. Egli osserva che nell'intercessione si eseguisce una prestazione senza la corrispondente controprestazione, si subisce un *rischio* senza averne un compenso equivalente, e in quest'ingiustizia, in questo *periculum* vede la ragione della proibizione e quindi del VELLEJANO. Ma oltrechè il WINDSCHEID osservava che non sempre quando si applica il SCto manca l'equivalente e quindi non si può su questa mancanza fondar la ragione della proibizione, è da notarsi che se anche fosse questa, essa verrebbe in fondo a confondersi con quella riposta nel *periculum rei familiaris.* Concludendo quindi io ritengo che realmente il Senatusconsulto Vellejano fosse una legge più in odio che in favor delle donne, tendente a impedire che fungessero uffici civili e che dilapidassero i beni famigliari, arrischiandoli nelle intercessioni.

Il GIDE però crede che questa ragione non valesse per gli editti precedenti e che essi fossero veramente stati determinati per proteggere le donne contro le lusinghe e le minaccie de' proprî mariti (vedi GIDE, *op. cit.,* I, cap. 5, § 4, pag. 153). Ma se si pensa da un lato al predominio che in quell'epoca aveva la donna anche nella famiglia e d'altra parte al fatto che il rischio non era minore nelle intercessioni pel marito, ma anzi maggiore perchè più frequenti, e che gli Editti di AUGUSTO e di CLAUDIO venivano pubblicati quasi al tempo stesso del SCto, in un medesimo ambiente e con medesime circostanze, ci persuaderemo che la ragione di essi non doveva nè poteva essere dissimile da quella del SCto.

quando si parla di dover regalar qualche cosa [50]); così è chiaro perchè il disposto del Senatusconsulto Vellejano non cade a proposito, quando si parla di tali negozii giuridici ne' quali per loro generosità esse hanno concesso una vera diminuzione del proprio [51]) *r*). Con ragione dice qui CALLISTRATO, L. 21 § 1 Dig. h. t. *Item si quid liberaliter fecerit, veluti ne judicatus pater ejus propter solutionem vexetur, non erit tuta Senatusconsulto: oneribus enim eorum Senatus succurrit.* Ciò avviene quindi non solo quando una donna ha eseguito un pagamento per altri [52]), o ha ridato dei pegni [53]), che qui non si tratta neppure d'una vera intercessione, ma anche quando essa ha assunto per sè una vera obbligazione altrui, ma la sua intercessione è avvenuta solo *animo donandi* [54]) *s*). Però si comprende da sè che una tale intenzione

---

50) L. 4 § 2 D. h. t. *Facilius se mulier obligat quam alicui donat.* Vedi ROESLIN, *Abhandlung,* ecc. cit. [Tratt. dei diritti speciali delle donne] parte II pag. 95 e seg.

51) L. 4 § 1 cit. *Proinde, si, dum vult Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, cessat Senatusconsultum. Sed et si tibi donatura, creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit. Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit; non donanti.*

52) L. 5 D. h. t. L. 1 L. 9 Cod. *eodem.*

53) L. 8 pr. D. h. t. L. 1 L. 4 Cod. *eodem.*

54) Vedi WEBER, *Beiträge* cit. [Contributi alla Teorica delle azioni ed eccezioni giudiciarie] p. I pag. 24 e seg.

---

r) Se il SCto proibiva le intercessioni e non le donazioni, perchè le donne s'inducono più facilmente alle prime che alle seconde, si può dedurne che la ragione di esso fosse adunque nella loro pieghevolezza — *fragilitas* — il che noi abbiamo negato. Se non che io credo che la ragione per cui il SCto vietava le intercessioni e non gli atti di generosità fosse non già la maggiore arrendevolezza delle donne a far quelle che questi, ma sibbene il maggior *rischio* che presenta un'intercessione, che ha effetto incerto e impreveduto, di una donazione che è sempre certa, preveduta, calcolata e, quel che è più, qualora offra de' rischi o ecceda certi limiti, è da altre leggi moderata e impedita; così, per esempio, per la *Lex Cincia,* per la proibizione delle donazioni fra coniugi (vedi ULPIANO, L. 1 Dig. *de donat. inter. vir. et ux.,* XXIV, 1). E in quanto all'affermazione delle fonti «*facilius se mulier obligat quam alicui donat*» giova rammentare che è di ULPIANO, il quale io ritengo avesse su questa ragione del SCto un'opinione sua propria e non esatta (vedi nota *p*).

s) *Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit non donanti,* dice ULPIANO nella L. 4, § 2, h. t., e questo, aggiunto alle suesposte parole di CALLISTRATO, mi par che non possa lasciar dubbio sulla esclusione che il SCto faceva del proprio beneficio delle intercessioni fatte *animo donandi.* Ma perchè sono esse escluse? È stato detto perchè manca il *regresso* (vedi in VANGEROW, *Leitf.,* p. 152), in quanto la donna ha così renunciato all'azione contro il debitore principale; ma giustamente venne replicato che il

in una vera assunzione d'un debito altrui, nel dubbio non si pre-

SCto non si occupa di questo regresso e dei rapporti che per esso nascerebbero fra l'intercedente e il debitore principale: quindi il mantenimento o la perdita del regresso stesso non possono influire sul mantenimento o la perdita del SCto (vedi BACHOFEN, *op. cit.*, p. 18. — WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 296). Il WINDSCHEID invece tende a dimostrare come la ragione per cui le intercessioni *animo donandi* sono escluse dal SCto è che in esse si ha l'intenzione di pagare e quindi manca necessariamente la *speranza* di non pagare, che, secondo il WINDSCHEID, costituisce il carattere dell'intercessione, il fondamento del SCto (vedi WINDSCHEID, *op. e loc. cit.*). Questa ragione però non è convincente se non quando si ammetta la necessità di un tal carattere per l'intercessione e per il VELLEJÁNO, il che, come abbiamo veduto, non è di certo ammesso da tutti. Io credo veramente (vedi più sopra nota *r*) che le intercessioni *animo donandi* non fossero comprese nel SCto, perchè la ragione stessa determinante il VELLEJANO non esigeva la sua applicazione agli atti di liberalità, come a tutti gli atti conchiusi in nome e per conto proprio della donna; onde non solo queste intercessioni, ma altri atti numerosi essa poteva fare, anche con detrimento dei propri beni, senza incorrere nel SCto (vedi le leggi citate 5, 6, 8, §§ 1, 3, 5, 6, L. 13 pr., 15, 16 pr., 22, 25 pr., 27 § 2, L. 28 pr. Dig. h. t.). Forse per questa difficoltà di determinare la vera ragione dell'esclusione di queste intercessioni dal SCto, alcuni scrittori hanno ritenuto che tale esclusione non esistesse. Il BACHOFEN (*op. cit.*, p. 18-19), per esempio, ritiene che anche queste intercessioni *animo donandi* dovevano esser comprese nel SCto, sia perchè nel testo di questo si proibiscono *tutte* le intercessioni, senza eccezione alcuna, sia perchè anche in esse vi è il carattere che il BACHOFEN ritiene essenziale e sufficiente per l'applicazione del SCto, cioè il fatto di una prestazione mancante di una relativa controprestazione. Nega l'esclusione anche il DERNBURG (*Pand. cit.*, p. 219, nota 8), il quale dice che la regola che le intercessioni *animo donandi* non rientrino nel SCto è molto affermata, ma punto provata, e che essendo esse intercessioni vere e proprie e non essendo la donazione che un'eventualità, non vi è ragione per sottrarle al SCto (cfr. CROPP, *op. cit.*, n. 6). Però contro questi autori, oltre le varie ragioni suesposte, stanno sempre le leggi del *Digesto* che negano chiaramente, e specie quella di ULPIANO, l'applicazione del SCto a tali intercessioni: onde cercarono in qualche modo di interpretarle in loro favore. La L. 21 Dig. h. t. di CALLISTRATO, secondo BACHOFEN, non negherebbe già il SCto perchè la donna intercede *liberaliter*, ma perchè essa per soccorrere il proprio padre contrasse per conto proprio un mutuo con altri e quindi gerendo un *suum negotium* non deve essere tutelata dal SCto; ma oltrechè mi pare arduo inferir tutto ciò dalle semplici e chiare parole di quella legge, mi sembra anche che vi contraddica sempre la chiusa « *oneribus enim earum Senatus succurrit* » in quanto in questo caso non si soccorrerebbe appunto in un onere a cui si sottoporrebbe. Il GIRTANNER, *op. cit.*, p. 341) che pure spiegava similmente questa legge, lo comprese e osservava che anche in questo caso l'onere veniva a mancare, perchè la donna aveva il compenso, sia pur morale, di soccorrere il proprio padre; ma è facile vedere come in stretto senso giuridico questo compenso abbia ben poco valore. Del resto, il GIRTANNER stesso non si dissimulava l'importanza dell'affermazione delle fonti in questa questione, e sebbene egli ritenesse che l'*animo donandi* di per sè non fosse sufficiente ad escludere il SCto, pure finiva coll'ammetterlo per le due leggi del *Digesto*, per la ragione che in esse l'avvenuta donazione viene a togliere la caratteristica necessaria all'intercessione, che cioè esista oltre l'obbligazione fra l'intercedente e il creditore anche l'obbligazione fra il debitore e il creditore, l'*obligatio aliena* per cui s'intercede e che qui viene a mancare una volta che la donna *dona* al debitore ciò che egli dovrebbe pagare. E ciò coincide presso a poco con la ragione che ne dà il WINDSCHEID, ed è

sume, ma richiede sempre una valida prova. Ma nel caso che la donna non presupponesse come del tutto certa l'intiera perdita del proprio, e in questa credenza assunse l'obbligazione del debitore, senza per questo aspettarsene un danno, occorre anche la prova che essa conosceva le cattive condizioni finanziarie del debitore principale [55]) *t*).

§ 922.

A chi e per chi il Senatusconsulto proibisca d'intercedere.

Il Senatusconsulto Vellejano riprova adunque tutte le suesposte forme d'intercessione ogni volta che esse siano assunte da donne, siano queste maritate o libere, nubili o vedove, di alta o di bassa condizione [56]). Ed è anche perfettamente eguale che il creditore sia un uomo o una donna. L. 5 Cod. h. t.: *Si sine voluntate tua res tuae a marito tuo pignori datae sunt, non tenentur. Quodsi consensisti obligationi,* SCIENTE CREDITRICE, *auxilio Senatusconsulti uti potes.* LEYSER [57]) veramente crede che questa legge stia contro la nota regola che un privilegiato non può valersi del suo privilegio contro un altro egualmente privilegiato; alla qual regola non vi è qui ragione alcuna di farvi eccezione. L'unica ragione quindi di quella legge sarebbe semplicemente che così piacque di disporre al legislatore. Ma la regola

---

55) Vedi WEBER, op. cit. pag. 27.

56) Vedi ROESLIN, *Abhandlung* cit. [Trattato dei diritti speciali delle donne] vol. II pag. 64,

57) *Meditat. ad Pand.* vol. III. Specimen CLXIX medit. 2.

anche in massima giusta, perchè la mancanza di questa seconda obbligazione fa sì che l'obbligazione della donna resti isolata ed essa non più interceda, ma gerisca un suo affare. Se non che, quello che GIRTANNER porta a spiegazione della L. 4 h. t. a me pare applicabile ad ogni caso d'*intercessio animo donandi,* e quindi si debba concludere che la donazione costituisce un vero termine di esclusione dal SCto. E tanto più che questo concetto generale è affermato dalle fonti nell'espressione del tutto generica « *non donanti succurri* » e mi pare ardito volervi leggere « *obligatae donanti* », come vorrebbe il GIRTANNER, e inferirne quindi che solo in questa ipotesi manca il SCto, per le ragioni suesposte; e tanto peggio di sostituirvi *solventi,* come vorrebbe il CROPP, *Iurist., Ab. cit.,* n. 6, p. 272.

t) Cfr. nota *h*.

riferita dal LEYSER non trova qui veruna applicazione: poichè essa presuppone una collisione di privilegi o di diritti speciali, la quale evidentemente non avviene quando una donna fa mallevadoria per un'altra donna di fronte a un terzo. Qui l'intercedente può sempre servirsi del suo diritto speciale, che le viene dal Senatusconsulto, senza perciò offendere i diritti spettanti agli altri, perchè è nella qualità di mallevadrice e non di creditrice che essa può far valere il suo diritto singolare, come io ho già altrove dimostrato [58]). Così anche per riguardo alla validità delle intercessioni delle donne, poco importano le persone per cui essa è fatta. Sia il debitore un uomo o una donna, una persona estranea o un parente, l'intercessione è sempre egualmente invalida. Non vale quindi nè la mallevadoria di una madre per i proprii figli, nè l'intercessione di una figlia per i propri genitori, neppure quando esse potessero con ciò salvarli dalla prigione [59]), come le seguenti leggi dimostrano:

L. 3 Cod. h. t.: *Si cum ipse mutuam pecuniam acciperes, mater tua contra amplissimi ordinis consultum fidem suam interposuit: exceptione se tueri potest.*

L. 8 Cod. *eod.: Si paternam obligationem non tantum masculini sexus filii, verum etiam filiae emancipatae in se receperunt: quamvis filiae virilibus obligationibus eximantur propter exceptionem quae ex Senatusconsulto Vellejano descendit; tamen filios in id, quod se obligaverunt, teneri, filiarumque subducta persona patrem in id conveniri posse, in quo conveniretur, si filiae non intercessissent, dubium non est.*

Quindi anche nella Nov. 115 cap. 3 § 8 la causa di diseredazione, che consiste nella recusata mallevadoria dei figli in favore dei loro genitori in prigione, è espressamente limitata ai maschi [60]). Nè maggiormente valida è l'intercessione della moglie per il proprio marito. Il VOET [61]) crede veramente che non spetti alla donna il beneficio del Senatusconsulto quando essa abbia interceduto per il proprio

---

58) Vedi questo Comment. II § 105 (Ed. ital. Lib. I pag. 455).

59) Vedi LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. III Specim. CLXIX medit. 5. — ROESLIN, *Abhandlung* cit. [Trattato dei diritti speciali delle donne] vol. 2 pag. 65 e GERKE, *Diss.* cit. *de limitibus SCti Vellejani* § 11.

60) Vedi questo Comment. vol. VII pag. 234 (Ed. ital. Lib. V § 551).

61) *Commentar. ad Pand.* h. t. § 10.

marito, messo in prigione in causa di un errore; ma questa eccezione è del tutto priva di fondamento. Già avanti al Senatusconsulto Vellejano le intercessioni delle mogli erano espressamente proibite dai summentovati Editti degl'imperatori AUGUSTO e CLAUDIO: e dopo anche più ampliamente da GIUSTINIANO nella Novella 134 cap. 8 *u*). Per questo nuovo disposto tale intercessione si ritiene senz'altro nulla, e in nessun modo può esser resa valida, anche quando sia stata più volte rinnovata e riconfermata. L'unico caso che deve eccettuarsi è quello in cui l'intercessione sia stata fatta in vantaggio della donna *v*).

---

u) La Novella 134 quindi avrebbe riprodotto gli Editti imperiali di CLAUDIO e di AUGUSTO. PIACENTINO (*Summ. in h. t.*) ritenne che la modificazione portata da questa Novella potesse valere per tutte le intercessioni oltre quelle pel marito, ma quest'opinione venne già respinta dalla Glossa stessa, poichè è evidente dal testo della legge medesima la sua restrizione alla sola intercessione pel marito. Abbiamo poi già veduto come, secondo alcuni, questa Novella avrebbe semplicemente rinnovati gli Editti rimasti in vigore sino allora e a lato al SCto; ma, a parer nostro, essa, pur riprendendo il contenuto degli Editti, non fece che rinforzare la proibizione già fatta nel SCto, rendendo nulle *ipso jure* tali intercessioni che prima lo erano solo *ope exceptionis*.

v) Una questione molto dibattuta è se l'intercessione per il marito, dietro l'*Auth. Si qua mulier* possa esser valida solo nel caso di *in rem versio* oppure se dia luogo ad altre eccezioni. Vedremo in seguito in quali casi il SCto non abbia luogo e l'intercessione sia valida: ora uno di questi casi che servono a darle validità, e precisamente la *rinnovazione*, pare espressamente escluso dalla Novella stessa. L'intercessione è nulla « *sive semel, sive saepius pro eadem re fiat* » sebbene alcuni per quel *saepius* non intendano una rinnovazione dello stesso atto, ma una facile ripetizione di diverse intercessioni in favore del marito (V. ROGERIUS nella GLOSSA ad h. l.). Così BULGARO non ammetteva neppure l'eccezione del caso in cui la donna dichiarasse di aver ricevuto un compenso; ma tutti gli altri casi di eccezione che valgono pel SCto si ritenne valessero anche per l'*Auth... item excipe*, dice la GLOSSA, *casus quos dixi FF ad Vellejan.* E quest'opinione fu per due secoli dominante. Ma col secolo XVI molti giureconsulti cominciarono a negare la possibilità di ammettere altre eccezioni oltre quella indicata nell'*Auth.* e quindi fuori di essa affermarono esser sempre nulla l'intercessione pel marito. Così allora il GAILL, il RICHTER, il BERLICH ed altri (Cfr. GIRTANNER, *op. cit.*, § 33). Oggi il campo della scienza è diviso. Il THIBAUT (*Pand.*, § 607), il BIENER (*op. cit.*, p. 464), il SEUFFERT (*Pand.*, cit. § 381), il MÜHLENBRUCH (*Pand.* cit., § 489), il GÖSCHEN (*op. cit.*, p. 573), il PUCHTA (*Pand.*, § 410), il VANGEROW (*Pand.*, III, 551), il GIRTANNER (*op. cit.*, p. 363), l'ARNDTS-SERAFINI (*Pand.*, § 263, V, 11) ed altri interpretano l'autentica a stretto rigore ed ammettono la nullità dell'intercessione in ogni caso fuori di quello espressamente indicato dalla legge. Le parole di GIUSTINIANO, dice il VANGEROW, affermano così recisamente la nullità di quest'atto, sia anche pubblico e rinnovato; l'eccezione fatta è così strettamente limitata coll'espressione « *nisi manifeste*, ecc. », che non si può concepire che all'infuori di questa possano ammettersi altre eccezioni.

Altri, invece, partendo dal concetto contrario che l'*Auth.* non esclude la possibilità di altre eccezioni, ammettono che essa le comprenda. E non sono veramente eccezioni, osserva il BRINZ (*op. cit.*, § 263, V, 11, p. 243), ma sono casi in cui l'intercessione non

All'infuori di questo caso, l'intercessione della moglie per il proprio marito deve considerarsi come non avvenuta affatto, sia che il debito del marito sia pubblico o privato.

Le parole della Novella, secondo la versione di HOMBERGK, sono le seguenti:

« *Si qua mulier in istrumento crediti viro suo consentiat aut subscribat, et substantiam suam, vel se ipsam obligaverit: jubemus ne tale quid valeat, vel obtineat, sive id semel, sive saepius pro eadem re fiat, sive privatum, sive publicum sit debitum* [62]): *sed pro non scripto habeatur, nisi manifeste probetur, pecuniam in utilitatem mulieris versam esse* » [w]).

Se poi una donna fa intercessione per un debitore il quale non sia suo marito, in conformità della nuova importante disposizione dell'imperatore GIUSTINIANO, nella Novella 23 Cod. h. t., l'intercessione non è sol per questo nulla, ma bisogna far distinzione se essa

---

62) Qui HOMBERGK ha *delictum:* ma la parola greca ὄφλημα significa parimente *debitum,* e tutto il complesso della frase dimostra che qui deve prendersi in questo significato.

---

esiste e quindi è molto conciliabile la loro ammissione anche coll'interpretazione più stretta dell'*Auth.* stessa. Se non che poi questi scrittori non son d'accordo sulle eccezioni determinate da ammettere. Il SINTENIS (*op. cit.* in *Sell. Ann.*, p. 386, e in *Civ. R.*, 11, § 128, p. 857) che pure afferma in generale l'inammissibilità di altre eccezioni, non sa negarla per due casi — di ignoranza del creditore se la donna abbia interceduto o no — di successione ereditaria della donna al marito debitore (Cfr. BRINZ, *op. e loc. cit.* BOHEMER, *Diss.* cit., 3, §§ 6, 7). Il WINSCHEID arriva ad ammetterne cinque: l'ignoranza del creditore, il dolo della donna, la renuncia, la convalidazione con giuramento, la qualità di commerciante nella donna. Ma le ultime tre sono evidentemente prese dalla pratica odierna del diritto tedesco che ordinariamente le ammette (V. in ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, § 363, n. 2; SEUFFERT, *Pand.*, § 381). Veramente se altre eccezioni dovessero ammettersi, poichè per determinarle non vi è altra base che il SCto Vellejano, così parrebbe che tutte dovessero ammettersi anche nell'*Auth.* eccetto forse quella della rinnovazione che pare dalla legge stessa negata. Io però ritengo che ogni altra eccezione sia inammissibile, sia perchè mi pare che l'espressione della Novella stessa lo vieti, sia poi, e maggiormente, perchè, a parer mio, ciò sarebbe del tutto contrario allo spirito della Costituzione, che, secondo me, è quella di restringere al possibile nelle mogli la facoltà e la possibilità d'intercedere pel proprio marito.

w) Ecco il testo greco di questa Novella. Κἀκεῖνο δέ συνείδομεν ὑπὲρ τῆς τῶν ὑπωτελῶν ὠφελείας ἐπανορθῶσαν, ἵνα εἴ τις γυνὴ εν δανειαχῷ γραμματείῳ συναινέσει τῷ οἰκείῳ ανδρὶ ἢ καὶ ἑαυτήν ἔνοχον ποιήσει, κελεύομεν μεδὲν τοιοῦτον ἰσχύειν μ κρατειν, ἔτε ἅπαξ εὔτε πολλάκις τοιοῦτο τι υπέρ τοῦ αὐτοῦ πραγματος γένηται, εἴτε ἰδιωτικόν εἴτε δεμόσιον εἴη τό ὄφλημα, ἀλλ' οὕτωσ εἰναι ὡς ἂν εἰ μηδέ γεγραμμένον ἦν, εἰ μή φανερῶς αποδειχθείη, ὅτι τά χρήματα εἰς ἰδιας αὐτῆς τῆς γυναικός χρείας ἐδαπανήθη (Ediz. delle *Nov. Just.* di ZACHARIAE, Lipsiae 1881; ofr. le traduz. lat. dell'HEIMBACH e dell'OSENBRÜGGEN, Lipsia 1870).

sia avvenuta per istrumento pubblico sottoscritto da tre testimoni, o no. Solo in quest'ultimo caso l'intercessione è nulla, e così completamente, da considerarla come non avvenuta affatto, eccettuata soltanto l'ipotesi in cui l'intercedente ne riceva un compenso. Fuori di questo caso l'intercessione della donna che sia stata fatta senza quella forma è nulla in tal modo che il giudice deve d'ufficio rigettare la domanda del creditore contro l'intercedente, anche se essa non eccepisca il Senatusconsulto [63]). Nel primo caso invece l'intercessione diviene inefficace solo per il soccorso di un'eccezione, non allegando la quale, la donna può venir condannata alla mallevadoria. Siccome in seguito dovrò spesso occuparmi di questa disposizione, è necessario di inserirne qui il contenuto preciso. Essa dice:

Antiquae jurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes, supervacuas distinctiones exulare cupientes, sancimus, mulierem, si intercesserit, sive ab initio, sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat, omnimodo teneri, et non posse Senatusconsulti Vellejani uti auxilio x): *sive sine*

---

63) Però, quando le intercessioni delle donne non sono di per sè nulle, non vengono esclusi neanche gli altri mezzi giuridici del diritto comune, i quali, per esempio, hanno luogo in causa di un inganno o di una *in rem versio. Actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus Ordo non excludit:* così la L. 30 pr. D. h. t. Vedi anche la 15 D. *eodem* e THIBAUT, *Syst. des P. R.* [Sistema delle Pandette] vol. 2 § 944.

---

x). Qualunque fosse l'antica ragione del SCto, è certo che col decorrere del tempo s'infiltrò nella pratica e nella dottrina la persuasione che esso avesse lo scopo massimo di tutelare la debolezza e la semplicità della donna. Già vedemmo quel che in proposito dice ULPIANO. Gli imperatori poi denominano continuamente il SCto un *auxilium*, e ALESSANDRO dice espressamente: *infirmitati non calliditati mulierum consultum est* (Cost. 5, Cod. h. t., IV, 29), e GIUSTINIANO dice che anche la rinnovazione antibiennale avviene « *ex consequentia suae fragilitatis* ». La natura di queste note non permette d'indagare qui con soverchie ricerche se realmente i costumi, l'indole e la posizione giuridica delle donne reclamasse allora una speciale protezione, ma si può, credo senza tema di errare, affermare che la legge volle portare questo aiuto alla donna, e fu a tale scopo che rimase e si rinnovò la proibizione delle intercessioni, dimenticando del tutto, o quasi, le ragioni di carattere pubblico e sociali che, secondo noi, avevano principalmente ispirato l'antico SCto. — Accanto a questa incapacità generale attribuita alla donna sorgeva all'epoca di GIUSTINIANO l'incapacità speciale della donna maritata; incapacità la quale, penetrando attraverso il diritto intermedio, doveva costituire la massima se non l'unica limitazione della facoltà d'agire della donna nei codici odierni. — Da tutto ciò si comprende come lo spirito delle leggi dell'epoca dovesse esser quello di proteggere la donna quanto fosse possibile, di impedirle di fare atti inconsulti; ed è per questo quindi che GIUSTINIANO emanò la presente Cost. in

scriptis, sive per scripturam sese interposuerit. Sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit, sese aliquid accepisse, et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur, et a tribus testibus consignatum: omnimodo esse credendum, eam pecunias vel res recepisse, et non esse ei ad Senatusconsulti Vellejani auxilium regressum. Sin autem sine scriptis intercesserit, vel instrumento non sic confecto, tunc si possit stipulata ostendere, eam accepisse pecunias vel res, et sic subisse obligationem; repelli eam a Senatusconsulti juvamine. Sin vero hoc minime fuerit ab eo approbatum: tunc mulieri superesse auxilium, et antiquam actionem adversus eum servari, pro quo mulier intercessit, vel ei actionem parari. — Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis sese obligare, nisi instrumento publice confecto, et a tribus testibus subsignato [61]) *y) accipiant homines a muliere pro aliis confessionem: tunc enim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de intercessionibus foeminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes; pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura, vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta, nec penitus scripta: ut nec Senatusconsulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto.*

---

64) HÖPFNER nel *Commentar. über die Institutionen des* HEINECCIUS [Commentario alle Istituzioni di Eineccio] § 838 nota 3, ritiene che oggi basti che il documento sia stato spedito dal magistrato. ROESLIN nell'*Abhandlung* cit. [Trattato dei diritti speciali delle donne] vol. II pag. 119 dice che deve esser determinato secondo le leggi di ciascun luogo ciò che s'intende per pubblico istrumento.

---

cui si annullano *ipso jure* tutte le intercessioni non fatte colle forme richieste; forme che servono a guarentire la donna da' possibili inganni, e per la loro solennità inducono necessariamente alla riflessione e alla misura dell'atto che si deve compiere: è per questo che di fronte al marito, da parte del quale era più facile la persuasione a intercedere o colle lusinghe o colle minaccie, ogni intercessione era assolutamente nulla, eccetto il caso, reclamato dall'equità, di un vantaggio ricevutone.

y) Il VANGEROW (*Leitf.*. p. 160) intende il *subsignatum* per sigillato; ma la L. 39 pr. Dig. *de verb. sign.*, L. 16, ci insegna come « *subsignatum dicitur quod ab alio scriptum est* » (Nelle *Pandette* il VANGEROW non riproduce questa idea).

§ 923.

Effetti del Senatusconsulto Vellejano.

Il Senatusconsulto Vellejano annulla veramente l'intiera obbligazione che per diritto naturale ha origine dall'intercessione d'una donna [65]), ma dichiara anche al contrario che questa non è assolutamente nulla, ma produce semplicemente un'obbligazione invalida [66]). Si ha quindi: 1. Che per stretto diritto spetta al creditore un'azione contro l'intercedente; ma essa, quando sia chiamata in giudizio per l'intercessione, può opporsi con un'eccezione (*exceptio SCti Vellejani*) in virtù della quale l'intiera domanda dell'attore vien resa inefficace [z]). A questo riguardo la L. 9 Cod. h. t. dice: *Senatusconsultum*

---

65) GIULIANO dice L. 16 § 1 D. h. t. *Totam obligationem Senatus improbat.*

66) Il Senato dice semplicemente: *se arbitrari, non esse aequum, foeminas obstringi ejus generis obligationibus, quae ad officia virilia pertinent.* L. 2 § 1 D. h. t. E se più sopra dice: *jam ante ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur;* non ne deriva da questo che l'azione debba esser reietta d'ufficio dal giudice, ma deve invece esser respinta solo *ope exceptionis,* come già dimostrò Ger. NOODT in *Comment. ad Pand.* h. t. § *Pergit Senatus.* pag. 354 e seg. Così deve intendersi anche POMPONIO quando dice (L. 32 § 3 D. h. t.): *Totius sermo SCti ad petitionem non dandam adversus mulierem spectat;* cioè: *ad dandam mulieri exceptionem,* come spiegò il NOODT nell'op. cit. pag. 355.

---

z) Il testo del SCto non dice veramente che le intercessioni vengono annullate mediante eccezione, e lo si deduce solo da altre leggi (per esempio, L. 25 pr. D. h. t; L. 20 Cod. *eod.*); onde in questo punto si formarono due opinioni: l'una che ammise solo una nullità relativa delle intercessioni dichiarandole soltanto annullabili mediante eccezione; l'altra che le considerò come nulle di diritto, negando per esse ogni azione contro la donna. Il SINTENIS, sostenitore della prima opinione, ne dimostrò forse meglio d'ogni altro la validità con una lunga serie di argomenti. Dimostrò anzitutto come il Senatusconsulto non dichiari mai la nullità della intercessione, e se nelle leggi troviamo detto che esso « *totam obligationem improbat* », questo non vuol dire altro che, fatta valere l'eccezione, tutta l'obbligazione si estingue anche nel suo elemento naturale: e se talvolta l'intercessione è dalle fonti chiamata *inanis,* non si deve intendere questa parola nel significato di *nulla,* perchè altre leggi dimostrano come essa abbia anche spesso il solo senso di annullabile in forza di eccezione (v. L. 8 Dig. *de cond. ob. tur. cau.,* XII, 5); che infine se la donna si dice nella L. 8, § 12 h. t. *non obligata,* questa espressione è seguìta dalle parole *cum effectu* che ne modificano totalmente il senso. A questi argomenti di confutazione contro alcune obiezioni già fatte dai sostenitori

de intercessionibus obligationem mulieris efficacem esse non sinit. E se l'intercedente non si vale di quest'eccezione che le spetta per il Senatusconsulto, essa può essere condannata al pagamento senza che per questo possa farsi rimprovero al giudice di aver commesso una

---

della tesi contraria, il SINTENIS aggiunge in favore della sua opinione molti altri argomenti di carattere positivo. — Se si ammettesse, egli dice, la nullità *ipso jure* delle intercessioni femminili, a che servirebbe l'*exceptio SCti* di cui pure si parla in tanti luoghi delle fonti? Non sarebbe ora inconciliabile con una *denegatio actionis* quale si avrebbe se l'atto fosse di per sè nullo? — Inoltre come si può sostenere che le intercessioni delle donne fossero nulle di diritto, quando il SCto stesso ne indica la rescissione in una forma esortativa e quasi d'equità colla frase « *aequum est?* » (confr. L. 1 § 2 D. h. t.). Come ammetterlo quando numerose leggi accordano l'azione contro la donna, sebbene respingibile con eccezione (L. 25 § 1 h. t. [confrontata colle L. 23, L. 27 § 1 D. h. t. e C. 3, 6 § 1, C. 8, 15 Cod. *eod.*] e L. 95 § 2 Dig. *de solut.*, XLVI, 3 [cfr. colla L. 9 Cod. h. t.]); quando diverrebbero inutili tutte le eccezioni al SCto, perchè anche esse sarebbero nulle di per sè? Come, quando diverrebbe inconcepibile il concetto della renunzia al SCto che pure il Digesto stesso accorda in due casi; quando diverrebbero perfettamente inutili la perpetuità accordata all'eccezione (L. 40, *de cond. ind.* Dig. XII 6) e la validità data all'intercessione rinnovata dopo due anni in quanto la prima era già completamente nulla; quando infine una lunga serie di Costituzioni ammettono e presuppongono un'eccezione contro il SCto? (v. cc. 3, 8, 12, 14, 16, 20, 22, e sopratutto Cost. 23, dove GIUSTINIANO dice: *ut nec Senatusconsulti auxilium imploretur*...). Però anche l'opinione contraria ebbe validi sostenitori, fra i quali si annoverano DONELLO (*Comment.*, lib. XII, c. 30, § 2), KATTENHORN (*op. cit.*, p. 96 seg.) e meglio poi e più ampliamente il FUHR (*op. cit.*, p. 70 e seg.). Questi esponeva con una notevole ampiezza le ragioni già dal SINTENIS confutate, che cioè l'intercessione era frequentemente chiamata *inanis* dalle fonti (L. 7, L. 8, §§ 8, 9, 12, L. 16, L. 27, Dig. h. t. e L. 48 pr. *de fidejuss.*, XLVI, 1: che il Senato disapprovava interamente l'intercessione L. 27, § 1 h. t.); che la donna è chiamata *non obligata* (L. 8, § 12 h. t.); aggiungendo inoltre altre leggi in cui l'atto d'intercessione si considera come non fatto (L. 8, § 8 h. t.) o frustraneo (L. 48 Dig. *de fidejuss.*, XLVI, 1). In base a queste leggi quindi il FUHR considerava l'intercessione delle donne come nulla fin dal primo momento.

Diviso così il campo troviamo tra i sostenitori della prima opinione il GIRTANNER (*op. cit.*, p. 366), il WINDSCHEID (*Pand.*, § 487, n. 1), il BRINZ (*Pand.*, V, 11, § 262), il DE CRESCENZIO (*op. cit.*, 11. § 328), lo SCHUPFER (*op. cit.*, p. 60) e molti e molti altri ancora che costituiscono la grande maggioranza. Ma anche il FUHR ebbe i suoi seguaci, dei quali alcuni ammisero completamente la sua opinione, osservando che il carattere del SCto è realmente *proibitivo* nonostante la forma esortativa, che si deve all'uso di forme serbato in Senato secondo l'antica sua funzione consultiva (v. GIDE, *op. cit.*, p. 160; cfr. JHERING, *Geist des Röm. Rechts*, 11, p. 292); altri invece facendo qualche distinzione. Il GRADENWITZ osserva che siccome il punto di partenza per la proibizione dell'intercessione fu la proibizione della *defensio* e questa era assoluta, così un tale carattere si deve essere presentato più facilmente che non quello di una rescindibilità posteriore: e sebbene poi riconosca che prevalse il concetto della nullità *per exceptionem*, pure in alcuni casi egli ritrova la nullità *ipso jure* (così nelle L. 8, § 3 e § 8 [cfr. L. 4 Dig. *de cond. c. d. c. n. s.* 3, XII, 4], L. 9 Cod. *eod. tit.*, L. 3 *de fidejuss.* Dig. XLVI, 1, L. 8 § 1 Dig. *qui satisd. cog.*, 11, 8). Così il THON nel suo recen-

ingiustizia o fatto un atto nullo [67]). Per il nuovo diritto però questo non ha luogo in due casi: *a*) quando una donna abbia interceduto per il proprio marito [68]); *b*) quando l'intercessione in favore di un altro debitore non sia avvenuta per pubblico strumento. Allora il Senatusconsulto non trova applicazione e la domanda deve esser respinta d'ufficio dal giudice, come se non fosse avvenuta affatto l'intercessione [69]).

2. Se l'intercedente ha dato un pegno al creditore del debitore, essa può rivendicarlo di fronte a ogni possessore e debbono esserle rimborsati i frutti e risarciti i danni *a*). POMPONIO nella L. 32 Dig. h. t. dice: *Si mulier rem a se pignori datam per intercessionem recipere velit, fructus etiam liberos* [70]) *recipit; et si res deterior facta fuerit, eo*

---

[67]) Nov. CXXXIV cap. 3.

[68]) L. 23 § 2 in fin. Cod. h. t.

[69]) Vedi MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXI. Th. 4 nota *α* num. 5. HUBER, *Praelect. ad Pand.* h. t. § 7 e HOFACKER, *Princip. jur. civ.* tom. III § 4141. Non a torto dice qui WESTPHAL nei suoi *Rechtsgutachten* [Pareri giuridici] vol. I h. t. § 1 pag. 83 che qui compete alle donne non tanto l'*exceptio SCti Vellejani,* quanto l'*exceptio nullitatis.*

[70]) *Fructus liberi* sono quelli, come dice ottimamente l'ACCURSIO, *quasi non obligati,* cioè che il creditore non può ritenerli in pegno od annetterli al debito, come non può ritenere la cosa stessa. Vedi Ant. FABER, *Ration. in Pand.* ad L. 32 § 2 D. h. t. e POTHIER, *Pand. Iustin.* tom. I h. t. numero XXXIX nota *g*.

---

tissimo lavoro sulla *Rechtsverfolgende Einrede* (p. 82-89), dopo avere esposto con molta lucidità le varie argomentazioni che si portano a sostegno della nullità di diritto, pone nettamente la seguente distinzione: se il fatto dell'intercessione è certo e incontestato, l'azione si deve negare — se però è controversa, allora si deve accordare l'azione, salvo poi a respingerla mediante la *exceptio*. Egli però non si dissimula la difficoltà che porta a una tale opinione la Cost. 23 del Cod., tantochè egli inclina a credere che nel Diritto giustinianeo questo concetto della nullità fosse mutato. — Non si può negare che qualcheduno degli argomenti portati dai sostenitori della nullità assoluta, può sembrare di non lieve importanza; ma non mi pare che possano mai valere a vincere la lunga serie di ragioni logiche e giuridiche che valgono a sostenere l'opinione contraria; opinione che anche io accetto, perchè mi pare più conforme al complesso delle leggi che regolano questa intercessione, alla dicitura del SCto, all'interpretazione dei giureconsulti e infine alla Cost. 23 del Cod., la quale non solo toglie il carattere di nullità assoluta in Diritto giustinianeo a tutte le intercessioni fatte colle forme dovute, ma, a parer mio, dimostra all'evidenza come *precedentemente* all'introduzione di tali forme nessuna delle intercessioni muliebri fosse di per sè nulla.

a) Cfr. L. 11 § 3, *de pign.* Dig. XIII, 7.

nomine magis aestimetur [b]). *Sed si creditor, qui pignus per intercessionem acceperit, hoc alii vendidit, vera est eorum opinio, qui petitionem dandam ei putant et adversus bonae fidei emtorem: ne melioris conditionis emtor sit, quam fuerit venditor* [71]). Questo poi vale anche nel caso che essa abbia venduto e consegnato al creditore una cosa in pagamento del debito per cui fece malleveria. E se il creditore quando essa rivendica la cosa sua le oppone l'*exceptio rei venditae et traditae*, essa può replicare che la vendita avvenne contro il Senatusconsulto e quindi è nulla [c]). Così anche quando il debitore non abbia di per sè stesso fatto l'acquisto dall'intercedente, ma per lui un'interposta persona, non vi ha distinzione da fare, come il seguente frammento dimostra chiaramente:

L. 32 § 2 Dig. h. t.: *Item si mulier creditori viri fundum vendidit, et tradidit ea conditione, ut emtor receptam pecuniam viro referret, et hunc fundum vindicat: exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicabitur a muliere, aut* [72]) *si ea venditio contra Senatusconsultum facta sit* [73]). *Et hoc procedit, sive ipse creditor erit, sive interpo-*

---

71) Vedi L. 175 § 1 D. *de div. reg. juris.*

72) HALOANDER invece di *aut si*, legge AC *si*. E Ant. FABER nei *Rational* ad h. t. legge AT *si*.

73) Queste parole dimostrano che qui non si parla del semplice pagamento fatto pel debitore, in cui L. 4 Cod. t. nega l'*auxilium Senatusconsulti;* ma di un caso in cui è stata fatta la vendita per eludere il Senatoconsulto Vellejano. — Giacomo GOTOFREDO però in *Animadv. jur. civ.* cap. 10 (in *Thes. Iuris Rom. Otton.* tom. III pag. 271) vuol riferire questo passo al caso in cui la donna vendè il proprio, prima che sorgesse il debito, allo scopo di

---

b) Però bisogna distinguere il caso in cui il pegno è dato in guarenzia di una intercessione da quello in cui è la *datio pignoris* in se che costituisce l'intercessione (L. 8 pr. h. t.). Nel primo caso la donna rivendica le cose sue e il creditore manca affatto dell'azione derivante dal pegno, perchè essa presuppone la validità pretoria del debito al momento in cui il pegno veniva costituito, validità che, trattandosi di una intercessione, non esisteva. Nel secondo caso invece la costituzione di pegno essendo data a guarentire un debito valido, quale è quello del debitore per cui la donna intercede, anche l'*actio quasi Serviana* del creditore è valida: se non che l'effetto anche qui è presso a poco uguale, perchè quest'azione diviene inefficace di fronte alla *rei vindicatio* della donna: poichè se il creditore può opporre ancora l'*exceptio pignoris*, questa viene a cadere di fronte alla *replica SCti* che la donna può fare.

c) *Quia nullum pignus creditor vendidisse videtur* (GAJO, L. 40, Dig. *de rei vind.*, VI, 1) e così anche GIULIANO, ULPIANO e POMPONIO (L. 39 Dig. *eod.* tit. loc. cit. nel testo). Però, come POMPONIO stesso avverte, sembra che alcuni non ammettessero questa rivendica contro gli acquirenti in buona fede; opinione che forse rimase isolata.

suerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua. Idem est, et si non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit [d]).

Un tutt'altro caso si avrebbe quando l'intercedente avesse venduto la cosa veramente coll'intenzione di liberarsi col prezzo di quella dalla mallevadoria, ma ad un terzo qualunque, il quale non fosse nè il creditore, nè una persona da esso interposta. In questo caso essa non può rivendicare la cosa venduta, perocchè non si può dire allora che il compratore abbia agito contro il Senatusconsulto Vellejano [71]) [e]).

---

far computare il denaro di questa vendita al prestito contratto da un terzo, ma contraddice a tale interpretazione tutto il significato delle parole. La espressione usata, *acceptam pecuniam alicui referre,* non significa altro che annotare nel libro dei conti che il debitore ha restituito il denaro. Che poi qui si parli di un debito già contratto, lo dimostrano anche i Basilici tom. IV pag. 198 dove le parole *ea conditione,* ecc., sono espresse così: ἔπι ἀιρέσει τοῦ λογίσασθαι την τιμὴν εἰς χρέος τοῦ ἀνδρος. Vedi anche Ant. FABER, *Ration. in Pand.* ad h. l.

71) Vedi POTHIER, *Pandect. Justin.* tom. I h. t. Nov. IV nota *d* e ROESLIN, *Abh. von besondern weiblichen Rechten* [Trattato dei diritti speciali delle donne] vol. II § 36 pag. 78 e seg.

---

d) Però come giustamente osserva il GRADENWITZ (*op. cit.* pag. 162) in ogni caso tal vendita può divenire pienamente valida quando la donna l'abbia ratificata.

e) Così il GLÜCK sorvola facilmente sulla questione della conciliazione fra la L. 32 § 2 e L. 5 Dig. h t.; questione che già occupò molto gli antichi scrittori (v. GOTHOFREDUS, *Animadv. jur. civ. in Thes.* OTH. vol. III p. 292) e che è sempre nel campo della discussione anche fra i moderni. Infatti mentre la suesposta L. 32 § 2 accorda il SCto anche nel caso di vendita d'una cosa col prezzo della quale la donna paghi il creditore di un terzo, la L. 5 dice: « *nam etsi vendiderit rem suam sive pretium receptum pro alio solvit, sive emtorem delegavit creditori alieno, non puto SCto locum esse* ». L'opinione prevalente fu che nella L. 5 si parlò di una vendita di cosa sulla quale vi ha libera proprietà; nella L. 32 § 2, ricollegandola al § 1 di cosa già data in pegno al creditore; e che quindi si presupponga la facilità di recupera quasichè fatta sotto condizione (*ut,* ecc.) e, con un ravvicinamento all'antica *fiducia,* quasichè si tratti di vendita immaginaria (BRINZ, *op. cit.* II p. 237 n. 13). E allora costituendo un'assicurazione data per l'intercessione una vendita vera e propria, si comprende che essa venga resoissa in forza del SCto, mentre non lo è nel caso della L. 5 h. t. Il GRADENWITZ però con un'elaborata critica di questa opinione dimostra la poca consistenza di tale ricorso al concetto del pegno. Prima a tutto egli osserva che il collegamento col § 1 è difficile a farsi perchè mentre l'uno parla in generale, l'altro fa un caso tutto speciale; l'uno indica evidentemente un pegno manuale e una consegna di possesso, l'altro si riferisce a un *fundus* e presuppone come non avvenuta questa consegna di possesso, altrimenti resterebbe inesplicabile la parola usata « *tradidit* ». Così pure è difficile ammettere il concetto del pegno secondo il GRADENWITZ perchè la legge tutte le volte che a questo concetto si riferì lo espresse chiaramente (L. 24 pr. Dig. *de pign.* XIII 7, L. 13 Cod. *de pign.* VIII 14); perchè anche nella chiusa si rammenta il *tradere pro debitore* mentre la *traditio* o sarebbe eseguita o sarebbe una conseguenza del pegno,

3. Quando la donna in causa dell'intercessione pagò per il debitore, in quanto ciò avvenne sol per errore, può ripetere mediante la *condictio indebiti* ciò che ha pagato, ma senza gl'interessi.

L. 9 Cod. h. t.: *Quamvis mulier pro alio solvere possit; tamen si praecedente obligatione, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans* [e bis]*, locum habet repetitio.*

---

mentre poi POMPONIO chiama la cosa da consegnarsi *rem suam,* mentre in causa del pegno una gran parte della disponibilità su di essa sarebbe sottratta. In secondo luogo il GRADENWITZ osserva che anche ammesso il concetto del pegno, manca nella legge romana il fondamento perchè si possa impugnare la vendita d'una cosa che si ritenga già data in pegno, e quindi non vede come sia possibile il ricorso al SCto. Infine, anche questo ricorso ammesso, lo trova inapplicabile, perchè non è la vendita che sarebbe stata fatta contro il SCto, ma l'impegnazione precedente, poichè, come egli dice, un negozio giuridico non è contro la legge quando contiene semplicemente l'adempimento di un'obbligazione dalla legge proibita, specialmente quando questo adempimento è volontario come nel SCto; quindi tale presupposto del pegno è inammissibile non solo, ma anche inutile. E in questa critica sottile, ma giusta, salvo forse nel disconoscere il ricorso al SCto quando il pegno sia presupposto, perchè appunto questo pegno darebbe un carattere tutto *speciale* alla vendita, il GRADENWITZ mi sembra felice: ma non altrettanto felice nella ricostruzione e nel suo modo di spiegare i rapporti fra le due leggi. Il GRADENWITZ rammentando che l'antico concetto dell'intercessione era molto più amplio che nel SCto, crede, poggiandosi anche sull'espressione *re sua carere* usata dalla L. 32 § 2 e che rammenta l'antica locuzione (cfr. L. 50 Dig. *de act. emt. et vend.* XIX 1) che questa legge 32 § 2 si riferisca al primitivo amplio concetto d'intercessione per la quale sarebbe stato proibito ogni modo di diminuzione del proprio, anche per la prestazione o vendita fatta per un debito altrui. Ma ciò mi sembra assai ardito e poco provato, tantochè il GRADENWITZ stesso non vi insiste troppo e non rifugge anche da altre possibili spiegazioni di altri scrittori. Il WINDSCHEID (*op. cit.* in *Archiv,* p. 293) ricorrendo al suo concetto fondamentale dell'intercessione nella speranza di non pagare, dice che questa speranza esiste nella L. 32 § 2 e quindi si applica il SCto; manca nella L. 5 e quindi non si applica. La spiegazione è ingegnosa ma la legge stessa 32 § 2 vi contraddice, poichè colla frase « *ea condicione ut emptor acceptam pecuniam viro referret* » distrugge evidentemente la speranza di non pagare. — Ma la nota giusta in questa questione mi pare che sia rappresentata dall'opinione espressa dal SINTENIS (*op. cit.* nella *Riv. del* LINDE p. 51) e già accennata da GOTHOFREDO (*op. succit.* p. 252). Nella L. 5 si dice, non vi è intercessione: la donna vende un fondo e col prezzo di esso paga direttamente il creditore di un terzo; questo è un *pagamento* non un'intercessione, e quindi non rientra nel Senatusconsulto. Nella L. 32 § 2 la donna comincia coll'obbligarsi a pagare il debito del marito o di un terzo e per questa ragione vende il suo fondo colla condizione che il prezzo verrà computato a soddisfazione del debito per cui intercede. Così i due casi contemplati dalle L. 5 e 32 § 2 sono essenzialmente differenti e cerca quindi la presupposta antinomia fra di essi. (V. anche VANGEROW *Pand.* § 277).

e bis) Quindi è essenzialmente un errore di diritto, sebbene la donna possa avere la *condictio indebiti* anche per l'errore di fatto di avere assunto un'intercessione ed aver pagato senza sapere che si trattasse d'una intercessione.

Per questo mezzo si distingue il SCto Vellejano dal Macedoniano, di cui MARCIANO dà la ragione nella L. 40 pr. Dig. *de cond. ind.*, perchè l'uno è fatto in favore delle donne, l'altro semplicemente in odio al creditore. Ma la vera differenza tra essi sta piuttosto in ciò che il Senatusconsulto Vellejano toglie esso stesso ogni efficacia all'obbligazione naturale che sorge dall'intercessione della donna, dimodochè tolto il caso di dolo, non se ne tiene alcun conto [75]); mentre invece il Senatusconsulto Macedoniano nega solo l'azione al creditore senza estinguere l'obbligazione del debitore [76]). Siccome la delegazione è parificata al pagamento, se la intercedente a soddisfare il creditore, di fronte al quale ha interceduto, mette nel proprio posto il debitore stesso, anche allora le spetta la *condictio,* come insegna ULPIANO nella seguente legge.

L. 8 § 3 Dig. h. t.: *Interdum intercedenti mulieri et condictio competit: puta si contra Senatusconsultum obligata debitorem suum delegaverit. Nam hic ipsi competit condictio: quemadmodum si pecuniam solvisset, condiceret: solvit enim et qui reum delegat.*

Essa però, quando lo voglia, può ritener come valido l'eseguito pagamento e allora, come ogni altro mallevadore, può agire in regresso contro il proprio debitore mediante l'*actio mandati.* Se non che in questo caso deve guarentire il debitore, con sufficiente cauzione, contro le possibili pretese del creditore.

L. 31 Dig. h. t.: *Si mulier, quod ex intercessione solvit, nolit repetere, sed mandati agere, et cavere velit de indemnitate rei, audienda est* [77]).

Qualche volta l'intercedente può intentare azione anche contro il creditore in quanto voglia esser liberata dall'obbligazione assunta. L'azione è anche qui la *condictio indebiti,* la quale, come è noto, si applica anche per la liberazione da un'obbligazione assunta senza debito [78]). Questa *condictio* viene così ad applicarsi anche quando la

---

75) Vedi WEBER, *syst. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit* [Svolgimento sistematico della teorica dell'obbligazione naturale] § 70 pag. 262.

76) L. 10 D. *de SCto Macedon.* Vedi HUBER, *Praelect. ad Pand.* h. t. § 4 e specialmente HELLFELD, *Diss. de condictione mulieri intercedenti competente.* Jenae 1739 §§ 23, 399.

77) Vedi Ant. FABER, *Rational. ad Pand.* in h. l. e POTHIER, *Pand. Iustin.* t. I h. t. num. XXXVIII nota *f.*

78) L. 3 Cod. *de condict. indebiti.*

donna non possa opporre l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano, come si rileva dal seguente notevole passo:

L. 8 § 2 Dig. h. t.: *Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem ejus: duas intercessiones factas,* JULIANUS libro XII, Dig. *scribit f*): « *unam pro Secundo apud Primum,* « *aliam pro Primo apud creditorem ejus: et ideo et Primo restitui obli-* « *gationem, et adversus eum.* MARCELLUS *autem notat, esse aliquam* « *differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum* « *subdatur, et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor vo-* « *luit, suscipiat; an vero quasi debitrix delegata est, una sit intercessio.* « *Proinde secundum hanc suam distinctionem, in prima visione, ubi quasi* « *debitrix delegata est, exceptionem ei Senatusconsulti* MARCELLUS *non* « *daret: sed condemnata, vel ante condemnationem, condicere utique ei,* « *a quo delegata est, poterit, vel quod ei abest, vel si nondum abest,* « *liberationem* ».

Antonio FABER [79]) trova in questo passo delle inestricabili difficoltà, che egli attribuisce a un'inesatta esposizione che fa TRIBONIANO della nota di MARCELLO a GIULIANO. Il caso del quale parla la legge è il seguente: una donna aveva interceduto per A di fronte a B e quindi anche in favore di B di fronte al suo creditore C. Sorse qui la questione se ciò dovesse riguardarsi come una sola o come due intercessioni e quale ne fosse l'effetto giuridico. ULPIANO riporta anzitutto l'opinione di GIULIANO, il quale nel suo Digesto insegna che nel caso suesposto si sono fatte due intercessioni, delle quali una in favore di B rispetto ad A, l'altra in favore di A di fronte al suo creditore C. L'effetto di questo sarebbe che si restituirebbe ad A la sua primitiva azione contro B ed a C quella contro A. Intorno a ciò allora la questione non è che di una restituzione di azione, in quanto l'intercessione estinse un'obbligazione preesistente, come si presuppone in tal caso, dove l'intercessione avvenne mediante novazione o delegazione. Ma ULPIANO osserva che MARCELLO nella sua nota a GIULIANO fa qui una distinzione, se cioè l'intercedente abbia assunto l'obbligazione di A rispetto al suo creditore sempli-

79) *Conjectur. juris civ.*, lib. XVIII cap. 1.

f) Cfr. PAOLO L. 19 Dig. *de novationibus et deleg.* XLVI 2.

cemente per espromissione, o se essa lo abbia fatto espressamente come debitrice di A, in causa cioè dell'intercessione fatta presso di lui in favore del suo debitore B, e sia stata quindi messa al di lui posto rispetto al suo creditore. In quest'ultimo caso (veramente per una confusione, non rara nelle nostre fonti, è detto *in prima visione*, ma l'aggiunta *ubi quasi debitrix delegata est,* dimostra che invece si parla del primo caso) in quest'ultimo caso adunque, MARCELLO osserva che è avvenuta una sola intercessione, quella cioè fatta mediante novazione in favore di B e rispetto ad A. Del primo caso poi MARCELLO non parla più, ma da questo si desume facilmente come egli, rispetto a quello, segua l'opinione di GIULIANO. In effetto di questa distinzione, conclude ULPIANO, MARCELLO nel secondo caso in cui l'intercedente è delegata nel posto di A come sua debitrice, non le accorda l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano. Perchè? La maggior parte dei commentatori dicono perchè l'intercedente presentatasi astutamente come debitrice di A, sapendo invece di aver soltanto interceduto per il suo debitore B, ha così ingannato il creditore inconsapevole. Per questa ragione quindi nella seconda intercessione deve venire a mancare il Senatusconsulto Vellejano [80]). Ma se la ragione fosse questa, non potrebbe spettare alla donna alcun mezzo giuridico neppure contro il creditore dal quale venne delegata, il che invece le è qui espressamente concesso [g]). Antonio FABER quindi non comprende come si sia potuta negare alla donna

---

80) Vedi Gio. Giac. WISSENBACH, *Exercit. ad Pand.* parte I Disputat. XXX Th. II. — Giust. MEIER, Ενδοξῶν *Iustinianeor.* Decad. V cap. 7 § 2. — Ant. SCHULTING, *Thes. controversar.* Decad. LXVI Th. 5. — Ulr. HUBER, *Eunomia Rom.* ad lib. XVI *Pand.* pag. 583 e Piet. de GREVE, *Exercit. ad Pand. loca difficiliora Exercit.* XIII § 4.

---

g) Oltre di che il Senatusconsulto era per regola generale sempre negato qualora la donna avesse usato d'un inganno e non si comprenderebbe perchè GIULIANO non lo avrebbe negato in questo caso. Di più sostenendo questa ipotesi dell'inganno si contempla solo il caso in cui la intercedente abbia usata l'astuzia di farsi credere debitrice di quegli per cui intercede ed abbia così indotto in errore il creditore. Ma nell'ipotesi contraria, che è pure probabilissima, che ogni dolo manchi? Allora, secondo il generico disposto della legge *ubi quasi debitrix delegata est, exceptionem ei Senatusconsulti Marcellus non daret* » deve pure esserle negato il beneficio del Vellejano, ma perchè? Evidentemente allora la ragione dell'inganno viene a cadere, e gli scrittori che la sostengono non si sono curati di riempierne la lacuna.

delegata l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano, poichè la delegazione è senz'alcun dubbio un'intercessione. Ma la circostanza che la donna, la quale aveva fatto intercessione per il debitore di A, si lasci poi delegare come debitrice di fronte al suo creditore, è ciò che risolve la questione. Perocchè, siccome per il Senatusconsulto Vellejano l'intercessione di una donna non è assolutamente nulla, ma diviene invalida solo in forza di un'eccezione, così l'intercedente « *opposita nondum exceptione* » per stretto diritto deve considerarsi assolutamente come debitrice di A. Così essa per la delegazione non assunse veramente un'obbligazione altrui, ma promise solo al creditore di A di pagare a lui ciò di cui essa riteneva d'esser debitrice verso lo stesso A [h]). Quindi, siccome essa allora non intercedè come

---

h) Cfr. SINTENIS (*op. cit. in Linde* p. 65 e seg.); HASENBALG (*op. cit.* I 59). Il SALPIUS (*Novation und. Deleg.* p. 127-28 Berlin 1864) ha portato in questa questione una sua opinione speciale ritenendo che nei due casi distinti da MARCELLO si voglia intendere nel primo una delegazione reale, *titolare;* nel secondo una delegazione *pura,* cioè una promessa anteriore alla delegazione (cfr. L. 37 § 2 Dig. *de op. libert.* XXXVIII 1) senza la materiale assunzione di un'obbligazione; quindi le verrebbe negato il SCto. Il GRADENWITZ però, in un'acuta critica che fa di quest'opinione del SALPIUS, ha osservato come a tale concetto di una delegazione pura osti l'espressione *quasi debitrix* che fa rilevare la vera assunzione di un debito; e che poi anche nell'altro caso di delegazione titolare non è esatto che possa competerle il Senatusconsulto. O, infatti, questa delegazione è *passiva,* e allora per confessione dello stesso SALPIUS non può essere accordato il SCto, poichè questa è convenzione che riflette i rapporti fra l'intercedente e *Primo,* che qui non ci riguardano, e quindi nel caso è inapplicabile, o è attiva e allora secondo il GRADENWITZ essa non è compresa nella L. 8 § 32 perchè in essa si parla dell'intervento di un nuovo debitore, non della successione di un creditore; il che però non mi pare molto esatto, perchè nel caso l'intervento di un nuovo debitore porta la successione di un creditore in quanto in forza dell'intercessione precedente *Secundus* viene a essere un creditore della donna. Il GRADENWITZ per spiegare questa difficile legge ritiene che MARCELLO nel secondo caso negasse non solo la *exceptio,* ma il fatto stesso dell'intercessione; in quanto fu supposta come debitrice la donna che viene delegata dal proprio debitore, e questa delegazione non costituisce intercessione; quindi non si stabilirebbe una differenza costante, ma subordinata al caso in cui la donna fosse supposta debitrice, e per questo sarebbe stato usato il *congiuntivo.* E riguardo a qualche difficoltà che s'incontra facendo questo supposto (per esempio la forma recisa con cui si afferma che tutte le volte che la donna *quasi debitrix delegata est* non le verrà concesso il SCto), il GRADENWITZ crede spiegarlo ammettendo che questa legge sia stata alterata dai compilatori del *Digesto.* Certo che l'espressione evidentemente erronea « *in prima visione* », la forma strana « *condicere liberationem* » inducono a credere che questa legge possa essere stata modificata, oggi specialmente che l'opinione che i compilatori delle *Pandette* spesso alterassero o interpolassero i frammenti riportati si va facendo molta strada. Ma in questo caso non vedo sia necessario ricorrervi, perchè a risolvere la questione a me pare più semplice e logica l'opinione che esprime il GLÜCK, per la quale nell'un caso fatto da MARCELLO si sa-

debitrice, ma, come molto giustamente osservò il POTHIER [81]), gerì piuttosto un affare proprio, così ULPIANO poteva dir con ragione, in conformità della distinzione fatta da MARCELLO, che questi non aveva accordato all'intercedente la eccezione del Senatusconsulto Vellejano, quando il creditore al quale era stata delegata le intentasse azione per il pagamento. E rispetto al terzo creditore non vi ha alcuna considerazione se la donna si creda veramente debitrice di A, o sappia di esser tutelata dal Senatusconsulto, come si rileva dai seguenti passi:

L. 12 Dig. *de novation. Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat; quoniam remittere exceptionem videtur. Sed si per ignorantiam promisserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit; quia ille suum recepit: sed is, qui delegavit, tenetur condictione vel incerti* [82]), *si non pecunia soluta esset: et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati judicio.* L. 13 Dig. *eod. Si non debitorem, quasi debitorem, delegavero creditori meo, exceptio locum non habebit, sed condictio adversus eum, qui delegavit, competit.*

Il che è anche conforme ai principii generali del diritto per cui il debitore delegato non può opporre al creditore del delegante alcuna eccezione che pur potrebbe competergli contro il delegante stesso, suo primo creditore. Tanto più quindi si comprende perchè MARCELLO, recando la spiegazione che dà ULPIANO della sua distinzione, abbia anch'esso negato all'intercedente, delegata come debitrice di A, ogni eccezione contro il creditore di esso A [83]). Ma siccome

---

81) *Pandect. Iustinian.* tom. I h. t. num. XXVI nota *g.*

82) *Scil. in hoc. ut teneatur facere, ut ab isto creditore liberetur.* Un tale *factum liberationis* non può esser domandato che mediante una *condictio incerti.* — Vedi POTHIER, *Pandect. Iustinian.* t. III tit. *de novat.* num. XXXI nota *b* e *c.*

83) Nè PAOLO è contrario a MARCELLO, nella L. 19 D. *de novat. et delegation.*, ove dice: *Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in per-*

---

rebbe proceduto alla seconda promessa *ab initio,* senza preoccupazione dell'intercessione precedente; nell'altro invece si è avuto specialmente riguardo a questa, e la donna è in base a essa che è stata delegata a intercedere di nuovo e quindi come delegata manca del beneficio del SCto. Nè mi pare forte l'obiezione del GRADENWITZ che per l'espressione *subdatur* del primo caso le due ipotesi si verrebbero a confondere perchè per me la differenza sta nell'aver voluto o no che nella seconda promessa la donna figurasse come già intercedente presso *Primo,* non nel *fatto* di sostituirsi a questo; fatto che in ambo i casi viene ad essere eguale.

poi l'obbligazione della donna delegata, nel caso presente in realtà nacque solo da una intercessione, e per le intercessioni il Senatusconsulto Vellejano volle che le donne fossero ad ogni modo tutelate, così è anche molto più naturale e comprensibile, perchè la intercedente, in favore della quale è accordata una *condictio* contro colui dal quale venne delegata, possa ripetere da esso ciò che ha pagato per lui, o quando non abbia ancora pagato, possa intentargli azione per essere liberata dall'obbligazione indebitamente assunta.

Antonio FABER veramente trova anche nuovo e singolare che alla donna debba spettare una *condictio* contro quegli dal quale essa fu delegata [i]), inquantochè per la delegazione essa si era solo liberata da un'obbligazione verso di lui. Che le si debba ciononostante prestar soccorso è senza dubbio giusto, ma le si conceda quest'aiuto contro quegli di fronte al quale per la delegazione essa rimase obbligata, non già contro quegli di fronte al quale rimase liberata...; poichè non vi ha dubbio che una *condictio* può intentarsi sol contro colui al quale è stato fatto il pagamento, ma non contro altri a cui questo pagamento abbia giovato [81]).

Se non che tutto questo ragionamento cade, in parte per tutto ciò che abbiamo detto più sopra, in parte perchè la legge 5 § 5 Dig. *de dol. mal. et met. except.* là dove espressamente dice: *itaque condictione tenetur debitor, qui delegavit ut vel liberet debitorem vel si solvit ut pecunia ei reddatur,* prova indubitamente che nel nostro diritto non è punto nuovo che si possa trovare una condizione intentata contro un altro invece che contro quegli a cui venne fatto il pagamento.

4. Da parte del creditore l'effetto del SCto Vellejano è il seguente:

α) Quando l'intercessione liberi un terzo da un'obbligazione futura, e la donna intercedente intervenne in questo contratto come

sona creditoris, cui quis delegatus est. Diversum est in muliere, quae contra SCtum promisit. Nam et in secunda promissione intercessio est. Perocchè qui si tratta del caso in cui una donna è stata veramente delegata, ma non come debitrice del delegante. Vedi HELLFELD, *Diss. de condictione mulieri intercedenti competente* § 33.

81) L. 49 D. *de condict. indebiti.*

i) Cfr. SINTENIS *op. cit.* in *Iliv. del* LINDE p. 65 e seg.

debitrice in proprio, spetta al creditore un'azione contro il terzo debitore in forza dell'intercessione avvenuta. Quest'azione si chiama *actio institutoria, quia,* come dice ULPIANO nella L. 8 § 12 D. h. t., *instituit magis quam restituit obligationem.* Ma vien senza dubbio presupposto che questo terzo dovesse potere accettare validamente l'obbligazione che egli volle contrarre. Che se questo terzo fosse ancora impubere, o stesse sotto la patria potestà e volesse assumersi un debito, l'intiera azione verrebbe a cadere [85]) *k*).

β) Ma se al contrario l'intercessione estinse un'obbligazione precedente, vien restituita al creditore *l*) l'azione antica che aveva contro il proprio debitore *m*). Quest'azione si dice allora *actio restitu-*

---

85) L. 8 § 15 D. h. t. — Vedi POTHIER, *Pandect. Iustinian.* tom. I h. t. XLIX nota *b.*

---

k) Da questo s'inferisce che se la donna si obbligò anche più ampliamente di quel che poi non facesse il debitore, l'azione institutoria contro quest'ultimo avrà per obbietto l'obbligazione di esso, non quella della donna. Ma se la donna, intercedendo, si obbligò per meno e il creditore ne convenne, quale ampliezza avrà allora l'*actio institutoria?* Anche in questo caso, secondo il GRADENWITZ (*op. cit.* p. 187 e seg.) si dovrà favorire il debitore e dare per obbietto all'institutoria l'obbligazione più ristretta assunta dalla donna. E ciò par logico avendo riguardo alla convenzione del creditore; ma se questo creditore si contentò di convenire per meno, purchè si obbligasse a pagare la donna nella quale aveva maggior fiducia (e appunto questo caso presuppone la L. 29 pr. h. t), non pare anche più logico che la convenzione cada e che competa al creditore un'*actio institutoria* che comprenda tutta l'intera obbligazione del debitore principale? A me pare veramente di sì. Quando poi la donna per intercedere abbia ricevuto un pegno dal debitore principale l'*actio institutoria* ha anche carattere reale ed ha per obbietto questo pegno (V. L. 29 pr. h. t. di PAOLO).

l) In caso di più creditori l'azione restitutoria vien data solo a quegli *apud quem mulier intercessit* (L. 8 § 11 D. h. t.). Ma quale obbietto avrà quest'azione? Riguarderà l'intera obbligazione oppure solo la quota del creditore a cui si restituisce? Secondo il GRADENWITZ non è facile rispondere, perchè avendo riguardo al credito (corrente) tutta l'intera obbligazione dovrebbe essere obbietto dell'*actio restitutoria;* ma se così fosse, egli osserva, perchè non si restituisce l'azione anche all'altro? Ma se si restituisce l'azione all'altro creditore corrente, ognuno di essi allora avrebbe diritto di esercitare tale azione per l'intiera obbligazione, e mi par quindi logico che si accordi ad un solo, e precisamente a quegli che convenne nell'intercessione, perchè egli è responsabile di questa specie di novazione; come è pure logico che gli si renda per l'intiera obbligazione, sia per la natura correale di questa, sia perchè è carattere dell'azione restitutoria di ripristinare le condizioni precise anteriori all'intercessione; *nam cum mulieris persona* dice la L. 14 D. h. t. *subtrahitur creditori propter Senatusconsultum, integra causa pristina restituenda est.*

m) Però quest'azione si restituisce, osserva GIULIANO (L. 14 D. h. t.) non solo «*in veterem debitorem, sed et in fidejussores ejus*»; e per regola generale contro tutti coloro che dalla intercessione vennero liberati.

toria [86]) o *rescissoria* [87]) e a differenza dell'azione antica, estinta per stretto diritto, la quale era un'*actio directa*, dicesi *actio utilis* [88]), e si distingue dalle altre azioni pretorie restitutorie in ciò, che essa non ha una breve durata, il che del resto è proprio di tutti i mezzi giuridici, ma è un'*actio perpetua* [89]). Bisognerebbe altrimenti che la prima azione fosse stata temporanea; allora l'azione restitutoria deve essere intentata entro quel tempo che rimaneva ancora a decorrere al momento in cui avvenne l'espromissione della donna, e questo, secondo che insegna ULPIANO [90]), comincia a decorrere dal principio della avvenuta restituzione. L'azione del resto ha luogo quando anche il debitore non sappia se l'intercedente la pagherà o no [91]) *n*);

---

86) L. 8 §§ 9, 12 e 13. D. h. t. L. 13 § 2 D. *eodem.*

87) L. 16 Cod. h. t.

88) L. 8 § 8 D. h. t.

89) Una gran parte dei giureconsulti afferma che l'*actio restitutoria* si distingue dalle altre azioni pretorie di restituzione in ciò, che per essa non occorre una speciale domanda di restituzione, ma è *ipso iure* restituita dalla legge. Vedi Giac. CUJACIO, *Tract. IV ad Africanum* in L. 19 D. h. t. Ulr. HUBER, *Praelect. ad Pand.* h. t. § 8 e THIBAUT, *Syst. des P. R.* [Sistema delle Pandette] vol. II § 946. Ma insegnano il contrario, appoggiandosi al principio che un'azione una volta estinta non risorge *ipso jure*, Hug. DONELLO in *Commentar. jur. civ.* L. XII cap. 31. — Gio. Giac. WISSENBACH, *Exercit. ad Pand.* parte I disp. XXX th. 5. — Giov. VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 4. In favore di quest'opinione stanno anche le L. 1 § 2, L. 14 D. h. t. e L. 24 § 3 h. t. Veramente in fine di quest'ultimo passo si dice: *statim, atque intercessit mulier, competere actionem;* ma ciò si riferisce non all'azione restituita, ma alla domanda di restituzione. Militano anche per questa opinione le denominazioni dell'azione che abbiamo riferite.

90) L. 24 § ult. D. h. t.: *Si pro eo, qui temporali actione teneretur, mulier intercesserit, temporalis actio restituetur; sic tamen ut ex praecedenti causa, continua tempora numerarentur post restitutionem.* I Basilici tom. IV lib. XXVI tit. 7 const. 55 pag. 195, interpretano questo passo nel modo seguente: Ἐὰν εἰς πρόσκαιρον ἀγωγὴν αντιφωνήσῃ γυνή, ἐνέχεται ὀχρεώσῃς εἰς τὸν τότε ὑπολιμπανόμενον χρονον, ἀρχόμενον τρέχειν μετὰ τὴν ἀποκατάσασιν. Ciòè: *si pro eo, qui temporali actione tenetur, mulier intercesserit, debitor tenetur intra tempus, quod tunc supererat, numerandum post restitutionem.* Si confronti qui principalmente DONELLO in *Comment. jur. civ.* L. XII cap. 31 § *Postumo videndum*, pag. 624.

91) L. 13 § 3, L. 24 § 2 D. h. t.

---

n) Questo però quando l'intercessione sia avvenuta *sub condicione vel in diem. Quo enim bonum est,* dice la L. 13 § 2, *expectare conditionem vel diem, cum in ea causa sit prior iste debitor, ut omnimodo ipse debeat suscipere actionem?*

quando le abbia condonato il debito [92]) o quando sia divenuto di lei erede, e viene solo a mancare quando l'intercedente abbia pagato senza che abbia avuto luogo reclamo [93]), o il creditore si sia già tutelato di fronte al debitore con un altro mezzo giuridico. Un esempio dell'ultimo caso si ha quando il creditore abbia fatto convenzione col debitore di condonargli il debito qualora si aggiungesse un'espromissione, e allora il debitore abbia messo al proprio posto una donna la quale abbia poi eccepito contro il creditore le eccezioni del Senatusconsulto Vellejano. Qui conviene al creditore contro il debitore la « *condictio causa data, causa non secuta* » [94]) poichè esso non ha adempiuto agli obblighi del contratto: quindi non ha bisogno dell'*actio restitutoria*. Se poi invece l'intercedente è divenuta erede del debitore, pel quale essa fece espromissione, le azioni si connettono, ed è perfettamente eguale che il creditore esperimenti l'*actio directa* o l'*actio restitutoria* [95]) *o*).

5. Quando infine una donna abbia fatto intercessione insieme ad un uomo, bisogna distinguere:

I. Intercederono ambedue *correaliter* ed allora rimane obbligato in solido l'uomo, poichè egli avrebbe potuto e dovuto sapere che le donne non possono assumere tali obbligazioni [96]).

---

92) L. 8 § 9 D. h. t.

93) L. 8 § 10 D. *eodem.*

94) L. 8 § 8 D. h. t. Nei Basilici tom. IV pag. 180 è espressamente nominata la *condictio causa data, causa non secuta* (ἡ περὶ αἰτίας δοθείσης, ἡ τῆς μὴ παρακολουθησάσης αἰτίας πραγγηλία). Vedasi anche L. 4 D. *de condict. causa data* e Ant. FABER, *Rational. in Pand.* ad L. 4 D. cit.

95) L. 8 § 12 D. h. t.: *Plane si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse, dicendum erit, restitutoria eam conveniri posse. Sed et directa actione: nihil enim ejus interest qua actione conveniatur.*

96) L. 48 Dig. *de fidejussor.* Vedi ROESLIN, *Abhand. von besond. weiblichen Rechten* [Trattato dei diritti speciali delle donne] vol. II pag. 82 e seg.

---

o) Il creditore pignoratizio non ha bisogno dell'*actio restitutoria* potendo valersi utilmente dell'*actio quasi Serviana.* Le ragioni per cui gli vien mantenuta quest'azione secondo GAJO (L. 13 § 1 D. h. t.) sono: *quia verum est convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam.* Il GRADENWITZ però osserva che il creditore accettando l'intercessione deve essere rimasto *satisfactum* di essa; ma il creditore soddisfatto, benchè non pagato, come può più avere l'*actio quasi Serviana?* (L. 9 § 1 D. de pign. XIII 7). Quindi secondo il GRADENWITZ bisogna intendere la L. 13 § 1 nel senso che non solo non fu pagato il denaro al creditore, ma egli non si ritenne neppure *satisfactum* pel fatto dell'intercessione; e mi par giusto.

II. O intercedono invece tutti e due non correalmente, ma in modo che ciascuno di essi assunse solo una parte dell'obbligazione altrui, ed allora l'uomo non resta obbligato che per quella parte del debito da lui stesso assunta [97]). In quanto alla parte guarentita dalla donna il creditore deve rifarsi contro il debitore o coll'*actio directa*, o, quando l'intercessione fu privativa, coll'*actio institutoria* o *restitutoria* [98]). — Queste regole però non trovano applicazione alcuna quando una donna abbia contratto un debito insieme con un uomo. Perocchè allora essa rimane sempre obbligata per la sua parte come creditrice in proprio [99]) *p*).

---

97) L. 8 Cod. h. t. Vedi COCCEJO, *jur. civ. controv.* h. t. Qu. 10. — VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 7.

98) L. 8 14 D. h. t. — Mich. Go. WERNHER, *Lectiss. Comment. in Pand.* h. t. § 6.

99) L. 17 D. h. t. La pratica veramente fa un'eccezione per il caso in cui la moglie abbia contratto un debito insieme al proprio marito. Allora essa è solo obbligata in tanto, quanto il creditore provi l'uso del denaro tolto a prestito in di lei vantaggio. Ma la teoria non lo ammette. Vedi EMMINGHAUS, *ad Coccei jur. civ. controv.* h. t. Qu. 6 nota *i* e questo Comment. Lib. XII § 782.

---

p) Ma il mutuo contratto della donna insieme al proprio marito presenta delle difficoltà in rapporto alla *Auth. si qua mulier.* Questa infatti proibisce tutte le intercessioni pel marito, ma potrà dirsi intercedente la donna che contrae un mutuo insieme col marito, e ricada così sotto il disposto dell'Autentica? Gli scrittori fin da tempi remoti ne disputavano molto e lo SPANGERBERG (*op. cit.* p. 47) rammenta come favorevoli all'opinione che questo atto si comprenda nella Autentica, GAIL, FABER, BRUNNEMANN, STRYCK, BEYER, COCCEJO, HOMMEL, STRUBE, ecc.; contrari invece DONELLO, EMMINGHAUS, KIND, BÖHMER. Lo SPANGERBERG è della prima opinione e crede poterla sostenere col semplice esame dell'Autentica, ritenendo che GIUSTINIANO nelle parole *aut consentiat, aut scribat, propriam substantiam* e *aut se ipsam obligatam faciat,* abbia appunto voluto comprendere i due casi di pura e semplice intercessione e di mutuo contratto insieme al marito. Ma a me sembra veramente più semplice e logica l'opinione contraria, la quale spiega queste espressioni dell'*Auth.* riferendole alla Cost. 23 Cod. h. t. e dicendo che significano l'intercessione fatta per atto scritto o verbalmente, in quanto appunto per le altre intercessioni si faceva distinzione fra queste due forme: ed è questa l'opinione più comunemente accettata.

Ammesso quindi che non si possa per *praesumptio juris* applicare l'*Auth.* ogni volta che si ha un mutuo dalla donna contratto insieme al marito, ma solo quando l'intercessione è stata espressamente fatta, un'altra questione si è sollevata per la precisa determinazione dell'interesse che deve aver la donna in questo caso perchè possa, secondo il disposto dell'autentica, esser valida l'intercessione. Occorrerà che tutto il mutuo redondi a vantaggio della donna, o la sola metà di esso? È dell'ultima opinione, per esempio, il PUCHTA (*Pand.* § 368), della prima, fra gli altri, il SINTENIS (*op. cit.* in *Ann. del* SELL p. 381-85), e mi par con ragione perchè per la sua metà di mutuo l'interesse della donna non giova e non nuoce, in quanto per questa metà essa si deve sempre considerare come gerente un proprio affare, come debitrice in proprio.

§ 924.

Casi ne' quali il Senatusconsulto Vellejano non trova applicazione.

Vi sono poi dei casi ne' quali le donne non possono invocare il Senatusconsulto Vellejano. Questo si verifica:

I. Quando la donna stessa si è resa immeritevole di tal beneficio. E questo avviene ne'casi seguenti:

1. Quando l'intercedente agì con frode. Deve ammettersi quest'intenzione fraudolenta nel caso che essa conoscendo il proprio beneficio legale cercò d'indurre mediante intercessione un creditore inconsapevole a un credito per lui dannoso. ULPIANO nella L. 2 § 3 Dig. h. t. dice: *Sed ita demum eis Senatusconsultum subvenit, si non callide sint versatae. Hoc enim Divus Pius et Severus rescripserunt. Nam decceptis non decipientibus opitulatur. Infirnitas enim foeminarum non calliditas auxilium demeruit.* Così pure un rescritto degl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO (L. 18 Codice h. t.), dice: *Feminis alienas vel veteres vel novas obligationes aliqua ratione suscipientibus subvenitur: nisi creditor aliqua ratione per mulierem deceptus sit: nam tunc replicatione doli Senatusconsulti exceptionem removeri, constitutum est.*

La semplice conoscenza del proprio beneficio di legge, avuta dalla donna al momento di assumere la mallevadoria, non costituisce in sè dolo alcuno, se questo non può dimostrarsi per altre induzioni [1]). Il LEYSER [2]) è veramente di diversa opinione riportandosi alla espressione di PAOLO, il quale nella L. 30 pr. Dig. h. t. dice: *Si decipiendi animo, vel cum sciret, se non teneri, mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei Senatusconsulti non datur: actionem enim, quae in dolum mu-*

---

[1]) Confronta PUFFENDORF, *Observ. jur. univ.* tom. I Observ. 43 § 3. — Gio. Crist. QUISTORP, *rechtliche Bemerkungen* [Osservazioni giuridiche] parte I Osserv. 3 pag. 28 e seg. — Fed. BÜLOW e Teod. HAGEMANN, *practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit* [Discussioni pratiche su tutte le parti della Giurisprudenza] vol. 4 Discuss. 35 pag. 201 e seg. e Carlo Lud. Cristof. ROESLIN, *Abhand. von besond. weiblichen Rechten* [Trattato dei diritti speciali delle donne] vol. II pag. 131-136.

[2]) *Medit. ad Pand.* vol. II Specim. CLXIX med. 7.

lieris competit, amplissimus ordo non excludit. Ma la ragione data in questa legge indica evidentemente che nella premessa non si debbono intendere due casi e che le parole « *vel cum sciret, se non teneri* » debbono semplicemente servire a spiegazione di ciò che precede, nel qual significato la parola *vel* ricorre sovente nelle nostre leggi [3]), come nei classici [4]) *q*). Il significato di questa legge quindi è il seguente: una donna la quale sa di non esser tenuta per la propria intercessione e ciononostante dolosamente intercede, non può poi valersi del Senatusconsulto Vellejano; perocchè contro di essa ha luogo l'*actio doli,* la quale non è esclusa dal Senatusconsulto Vellejano [5]). Secondo quest'interpretazione quindi, PAOLO viene a confermare che per escludere il Senatusconsulto non basta la semplice conoscenza del beneficio che da esso deriva, ma occorre anche che vi sia collegata un'intenzione dolosa [6]). Ma per lo meno la semplice consapevolezza del proprio privilegio poteva far considerare come

---

3) Vedi BRISSONIUS, *De verb. signific.* voc. *vel.*

4) Vedi SCHELLER, *Dizionario latino-tedesco,* tom. III voce *vel.*

5) Si confronti sulla L. 30 h. t. — HELLFELD, *Diss. de condictione mulieri intercedenti competente* § 43 e WEBER, *systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit* [Svolgimento sistematico della teorica dell'obbligazione naturale] § 74 nota 14 pag. 309 della 4.ª ediz. — ACCURSIO interpreta la L. 30 col caso in cui la donna vestì abiti maschili e così ingannò il creditore. Una *suavis interpretatio,* come non a torto la chiama Antonio FABER, in *Rational. in Pand.* ad L. cit. 30.

6) Poichè l'*actio doli,* che qui compete contro la donna, manca di fondamento quando non possa provarsi una *magna et evidens calliditas,* come dice ULPIANO nella L. 7 § 10 D. *de dolo malo.*

---

q) Anche oggi qualcheduno, il GIDE, per esempio (*op. cit.* p. 161), ritiene che basti la sola consapevolezza nella donna di avere il beneficio del Senatusconsulto, per costituirla in dolo di fronte al creditore. Ma la maggioranza degli scrittori si oppone saggiamente a questa troppo facile presunzione di dolo e richiede altri elementi per determinarlo. Secondo alcuni (V. VANGEROW *Leitf.* III 154, SINTENIS *op. cit. in* SELL *Ann.* p. 356, *C. Recht* 314 not. 97 vol. II) occorre almeno l'*intenzione* nella donna di volere usare il SCto. E così anche WINDSCHEID nella sua *Dissertatio,* ma poi modificò la sua opinione ritenendo che occorresse una vera slealtà, un vero atto fraudolento che serva a indurre in *errore* il creditore, il che costituisce il vero carattere del *dolo.* Comprendo come possa portare una certa difficoltà quella frase « *vel cum sciret* » della L. 30, ma mi par sottile e superflua la spiegazione che vorrebbe darne il BACHOFEN (*op. cit.* p. 43) riferendola non alla coscienza del proprio privilegio, ma a quella di assumere un'altrui obbligazione, sembrandomi sufficiente e molto più semplice quella che dà il GLÜCK nel testo.

dolosa l'intercessione fatta dalla moglie per il proprio marito, e convalidarla, purchè la donna però agisse spontaneamente, perchè in tale ipotesi è sempre lecito dubitare che essa sia stata indotta a fare intercessione o per lusinghe o per minaccie del proprio marito [7]). Ma pure in altri casi può facilmente essere stata causa dell'intercessione della donna la di lei generosità e leggerezza senza la minima intenzione dolosa; e ad ammetterla si deve allora maggiormente esitare in quanto tutte le apparenze stanno contro ogni presupposto di dolo.

La legge del resto porta i seguenti esempi di intercessioni dolose delle donne:

α) Quando la donna cela astutamente al creditore l'intenzione sua d'intercedere per un altro e gli fa credere di prendere a prestito per sè quel denaro che invece prende per un altro. Qui non può opporsi al creditore l'espediente del Senatusconsulto Vellejano, perchè esso non era punto obbligato di andarsi a occupare se la debitrice impiegava a proprio vantaggio quel denaro o lo prendeva a prestito per un altro [8]). Con ciò concorda la L. 11 Dig. h. t. dove PAOLO dice: *Si mulier tanquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura, non est locus Senatusconsulto: alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sunt.*

β) Quando essa lascia astutamente impegnare per un debito altrui la propria cosa. AFRICANO nella L. 17 § 1 Dig. h. t. espone il seguente caso: *Si mulier dixisset, sibi rem dotis nomine obligatam, et creditor curasset ei pecuniam dotis solvi, qui idem pignus acciperet: mulieri etiam pecunia credita deberetur. Si possessor creditor adversus eam Serviana agentem exciperet, si non voluntate ejus pignus datum esset, replicationem mulieri Senatusconsulti non profuturam: nisi creditor scisset, etiam aliam pecuniam ei deberi.*

Un uomo aveva dato un pegno alla propria moglie in parte per

---

7) Vedi LEYSER, *Medit. ad Pand.* vol. III Specim. CLXXI medit. 3. — Frat. BECMANN, *Consil. et Decision.* parte I decis. XII num. 14 pag. 213. — Tob. Giac. REINHART, *Potissima capita invalidae mulierum intercessionis pro efficaci perperam habitae* § 16, Erfordiae 1732, e Crist. Teof. GMELIN, *von Aufsätzen über Verträge* [Opuscoli sui contratti] § 89 pag. 190.

8) Vedi Crist. Lud. CRELL, *Diss. de mutuo feminae aliis creditorae dato,* Vitembergae 1738.

guarenzia della sua dote [9]), in parte in causa di un mutuo. Il matrimonio poi si sciolse e l'uomo dovè così restituire la dote alla moglie. Si trova un terzo, il quale si offre di fornirgli il denaro a questo scopo. La donna dichiara al creditore che essa ha in mano un pegno di suo marito, ma dice soltanto che tal cosa le è stata data in pegno per la sua dote, ma riguardo all'altro suo credito verso il marito, per il quale ugualmente le è stato rilasciato il pegno, tace assolutamente. Il creditore, il quale non sapeva nulla di quest'altro credito, le lascia rimborsare la dote, per poterne poi ricevere esso il pegno dato. Dopo di che la donna intenta azione contro il possessore del pegno, in causa dell'altro credito ipotecario che ella conserva ancora su di esso; ma il creditore vi fa opposizione, poichè la consegna del pegno è avvenuta col di lei consenso e quindi essa ha ceduto il proprio diritto pignoratizio. Or si domanda: può la donna respingere questa eccezione con la replica del Senatusconsulto Vellejano? AFRICANO risolve questa questione in modo negativo e veramente con ragione. E in realtà nel nostro caso ci fu una vera intercessione, poichè la donna renunciò al proprio diritto di pegno in causa del pagamento che le venne fatto dal creditore e senza alcun riguardo all'altro credito che essa aveva taciuto: quindi essa volle comprendere nella renuncia anche il diritto di pegno relativo a questo. In tal modo essa lasciò impegnare per un debito altrui una cosa già data in pegno a lei e quindi fece realmente un'intercessione. Però essa è indegna del beneficio del Senatusconsulto, perchè col fraudolento silenzio del proprio credito ingannò il creditore [10]) *r*).

---

9) Avanti l'introduzione dell'ipoteca legale, che le donne hanno adesso a tutela della loro dote, tali pegni erano assai frequenti. L. 7 § 6 D. *de donat. inter. vir. et uxor.* Solo la mallevadoria per fidejussione in favor della dote non poteva aver luogo durante il matrimonio. L. 7 D. *de except.* L. 1 e 2 Cod. *Ne fidejussores dotis dentur.*

10) Si confronti L. 17 § 1 h. t. Jac. CUJACIO *ad Afric. Tractatus.* IV opera tom. I. — Ant. FABER, *Rational. in Pandect.* ad h. L., e POTHIER, *Pandect. Justinian.* tom. I h. t. num. XXXII nota *f.*

---

r) La GLOSSA interpretava questa legge d'AFRICANO ritenendo che il caso da esso fatto non costituisse un'intercessione; e questo era sostenuto con due diverse opinioni: — che tale legge riguardasse semplicemente una *remissio pignoris*, e questa non dà luogo a intercessione; che indicasse solo la tolleranza avuta dalla moglie permettendo

Un caso analogo è espresso nel rescritto dell'imperatore ALESSANDRO, L. 5 Cod. h. t.: *Si sine voluntate tua res tuae a marito tuo pignori datae sunt non tenentur. Quodsi consensisti obligationi, sciente creditrice, auxilio Senatusconsulti uti potes. Quodsi patientiam praestitisti, ut quasi suas res maritus obligaret, decipere voluisti mutuam pecuniam dantem, et ideo tibi non succurretur Senatusconsulto, quo infirmitati non callididati mulierum consultum* [11]).

γ) Quando la donna, interrogata, si dichiari dolosamente erede di un debitore morto. Di questo caso parla PAOLO nella L. 23 Dig. h. t.: *Si mulier in jure interrogata responderit, se heredem esse: si sciens se heredem non esse responderit: minime intercessisse videri, quia decepit* [s]).

Perocchè quando una donna, interrogata dal giudice, se essa sia o no erede del defunto Tizio, pur sapendo di non esserlo e sapendo invece che l'erede è Sempronio, pur tuttavia risponde di sì, questo suo modo di procedere si può veramente considerare come una forma d'intercessione. Infatti, con ciò essa s'impone un'obbligazione altrui, ed in causa della sua risposta, nonostante che sia falsa, può esser chiamata in giudizio coll'*actio interrogatoria* [12]). Ma non

---

11) Fed. BEHMER *in novo jure controv.* tom. II ob. 102 riporta un caso deciso secondo questa legge dalla Corte di Berlino.

12) Vedi questo *Commentario,* lib. XI § 745 e seg.

---

che il marito impegnasse la cosa in favore del creditore, e anche questa non è intercessione. Ma invece è la donna stessa che dà in pegno la cosa, e la dà per guarenzia di un debito altrui, quello del marito verso il creditore che paga la dote, e quindi fa una vera e propria intercessione. Però secondo il DEURER (*Op. cit.* p. 413-19) non sarebbe questa una seconda propria *datio pignoris,* ma piuttosto una recessione dalla priorità sul pegno; e anche il GRADENWITZ (*Op. cit.* p. 165) osserva che non è un *subpignus,* ma una limitazione del proprio diritto di pegno per il caso eventuale che il creditore a cui si dà non sia pagato (cfr. BRINZ, *Pand.* vol. II p. 234 n. 17). In ogni modo, ciò che è certo in questo fatto è il carattere d'intercessione, e questo ammesso, l'unica spiegazione plausibile, della ragione per cui si nega il Senatusconsulto, mi pare appunto quella del *dolo* dal GLÜCK accettata.

s) La falsa dichiarazione di essere erede priva adunque del SCto: la falsa dichiarazione della proprietà di un servo invece no (ULPIANO L. 26 D. h. t.). Perchè, si domandò BACHOFEN (*Op. cit.* pag. 41), questa differenza? Ed egli risolvè giustamente l'apparente contraddizione osservando come nella L. 26 sia palese nella donna l'*intenzione espressa* d'intercedere (*Si mulier intercendi animo* ecc.) e quindi sia impossibile l'errore da parte del creditore; il che non è invece nella L. 23 di PAOLO. Così anche WINDSCHEID (*Op. cit. in Archiv.* p. 324).

le compete neppure qui l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano avendo agito dolosamente. In tutti questi casi però è sempre presupposto che il creditore non sapesse nulla dell'intenzione dolosa della donna [13]) *t*); perocchè se egli sapeva che essa intercedendo l'ingannava, deve anche sottostare all'eccezione del Senatusconsulto Vellejano. Ricorre qui l'espressione di ULPIANO nella L. 145 Dig. *de div. reg. juris: Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt.* Sono poi singolarmente notevoli a questo riguardo anche i seguenti passi:

L. 12 Dig. h. t. *Immo tunc locus est Senatusconsulto, cum scit creditor eam intercedere.*

L. 28 § 1. Dig. *eod. Fundum uxoris suae maritus obligavit ob conductionem: mox mulier a Numerio sua fide mutuam pecuniam receptam sub obligatione eiusdem fundi solvit statim Sempronio pro marito suo. Quaesitum est, an adversus Senatusconsultum obligata sit? Respondi, si Numerius scisset eam intercedere, fore Senatusconsulto, de quo quaereretur, locum.*

L. 1 Cod. *eodem Mulieribus quidem, quae alienam obligationem suscipiunt, vel in se transferunt, si id contrahentes non ignorent, Senatusconsulto subvenitur.* — Queste leggi sì chiare però sembrano combattute dalla L. 13 Cod. *eod. tit.*, nella quale gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO rescrissero:

« *Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est: sive*

---

13) Confronta anche L. 4 pr. L. 6 in fine L. 17 pr. L. 19 § 4 D. h. t. L. 177 § 3 D. *de div. reg. juris* e specialmente L. 11 Cod. *de distract. pign.* — Vedi pure CRELL cit. *Diss. de mutuo foeminae aliis crediturae dato*, § 7, e RÖSLIN, *Abhandl. von besondern weiblichen Rechten* [Trattato dei diritti speciali delle donne] parte 2 pag. 122.

---

t) La L. 17 pr. sulla quale siam dovuti più volte tornare sembra non richieda alla validità dell' intercessione la conoscenza del creditore ed ammetta il SCto nonostante la sua ignoranza. Se non che in fatto di questa conoscenza sarebbe errore il credere che l'ignoranza del creditore lo salvi sempre dalla *exceptio SCti*, poichè questo avviene solo quando tale ignoranza sia scusabile. Quindi vale sempre quando verta sul fatto di non sapere che interviene una donna (L. 12 Dig. h. t. L. 6 *eod.*); così anche quando il creditore sa di contrattare con una donna, ma gli mancano gli elementi necessari per giudicare se essa interceda o no (L. 4 pr. L. 11, L. 28 § 1 D. h. t). Ma non così invece quando avrebbe potuto facilmente saperlo, ma per negligenza non se n'è curato; e tale appunto è il caso della L. 17 § 1, dove trattandosi di delegazione sorge facile l'idea che si tratti di un' intercessione: « *tunc enim diligentiorem esse debere* ».

tota quantitas foenoris, sive pars ejus in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adiuvaris: licet creditor causam contractus non ignoraverit ».

I commentatori hanno fatto varî tentativi per conciliare questa legge assai scabrosa colle altre leggi suesposte. Francesco HOTOMANN[14]) vorrebbe sciogliere la difficoltà con un'emendazione leggendo *nisi* in luogo di *licet*, ma gli sta contro l'autorità di tutti i manoscritti. CUJACIO [15]) *u*) cerca quindi di trovare piuttosto tale conciliazione in forza d'una distinzione che egli fa. Distingue cioè se la donna fu costretta dal marito a fornirgli denaro e a pagare per lui, o pure, se di proprio impulso e di sua libera volontà prese in prestito del denaro in vantaggio di suo marito. Per il primo caso varrebbe la L. 28 Dig. h. t.; il secondo invece rientrerebbe nella L. 13 Cod. *cod.* Ma già WISSEMBACH [16]) osservava che la L. 28 non offre alcun motivo a una tale supposizione. Perciò la più giusta spiegazione, e che anche la maggior parte dei giureconsulti confermano [17]), è in-

14) *Observation.* lib. VI observ. 2

15) *Tractat. III ad Africanum* in L. 17 D. h. t. *Operum* tom. I p. 1338.

16) *Exercitat. ad Pandect.* tom. I disput. XXX th. 14.

17) Vedi Franc. DUARENUS *in Comment. in hunc Tit.* cap. 2 *Operum* p. 986. — Jul. PACIUS, *Legum conciliatar.* Centur. IX Qu. 66. — Jo. VOET, *Comment.* h. t. § 3. — Ant. SCHULTING, *Thes. controv.* Decad. LVI th. 7. — Sam. COCCEIO, *Iur. civ. controv.* h. t. Qu. 5. — POTHIER, *Pand. Justinian.* tom. I h. t. num. XX e nota *e.* — RÖSLIN, *Abhandl. von besondern weiblichen Rechten* [Trattato dei diritti speciali delle donne] parte II pag. 123 §§ 28-31. — Crist. Lud. CRELL, *Diss. de mutuo foeminae aliis crediturae dato*, § 9. — Ern. Gotofr. Crist. KLÜGEL, *Diss. de SCto Vellejano*, § 9, e Crist. Ge. Otto. LASIUS, *Diss. de muliere debitoris liberandi causa sponte pecuniam mutuante proque illo solvente ad usum beneficiorum muliebrum, non obstante creditoris scientia haud admittenda*, Jenae 1804.

u) HUBER (*Praelect. jur. civ. ad* h. t. § 12) ritiene che in questa legge si parli di una conoscenza generica dell'intercessione, la quale non sarebbe sufficiente ad eliminare l'*exceptio Senatusconsulti*, mentre nelle altre leggi si parlerebbe di una conoscenza speciale, la quale darebbe piena efficacia al SCto e alla sua eccezione; ma questa distinzione è tutta congetturale e niente autorizza a determinarla. Il BACHOFEN (*Op. cit.* p. 18) ritiene che il denaro di cui si parla nella L. 13 non sia stato dato già in prestito al marito, ma la donna lo abbia semplicemente impiegato per adempire gli oneri maritali. Secondo VANGEROW (*Leitf.* III 154 e *Pand.* § 581 Sez. I n. 5) e anche WINDSCHEID nella sua *Dissertatio* in questa legge si ha riguardo al caso in cui la donna abbia interceduto veramente, con *animo donandi* verso il marito, e quindi anche la conoscenza del creditore non vale a fare applicare il SCto. Ma WINDSCHEID

dubbiamente quella che nella L. 13 Cod. h. t. non si parli affatto di un'intercessione (di cui invece la L. 28 si occupa espressamente), ma sibbene di un affare che la donna, mediante la sua affermazione, conchiuse per sè ed in proprio nome. Essa affermò al creditore che il denaro che prendeva in prestito da lui lo voleva per sè. Ora essa aveva anche l'intenzione di usarlo a vantaggio di suo marito, per esempio di farglici un regalo, di comprarglici qualche cosa, o di provvedere a ripargli qualche cosa, e sebbene quest'intenzione fosse nota anche al creditore, pur non poteva opporglisi l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano. Perocchè niente impedisce alla donna di contrarre dei debiti, e di usare poi il denaro mutuato allo scopo che più le piaccia [18]) *v*). — Ma quando invece la donna facendo una vera intercessione agì con dolo, allora il creditore deve potere opporre la sua inconsapevolezza contro l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano; però non basta che esso non conoscesse la di lei intenzione al momento in cui conchiuse l'affare con lei, ma occorre che si trovi in eguale ignoranza anche all'epoca del pagamento, come AFRICANO insegna nella legge seguente: *x*)

L. 19 § 5 D. h. t. *Cum haberes Titium debitorem et pro eo mulier intercedere vellet, nec tu mulieris nomen propter Senatusconsultum sequeris, petiit a me mulier mutuam pecuniam, solutura tibi* [19]: *et stipu-*

---

18) L. 4 § 1 L. 27 pr. D. h. t.

19) Non vi ha veramente alcuna intercessione quando una donna eseguisce il pagamento per un suo debitore, ma quando essa a richiesta di lui per pagare il suo creditore, si obbliga di fronte a un terzo e prende a prestito da questo il denaro per eseguire il pagamento, allora intercede veramente, perchè

---

poi (nell'*Op. cit. in Archiv.* ecc. p. 295) preoccupato dal suo concetto, che vuol porre come criterio fondamentale dell'intercessione, la speranza cioè nella donna di non pagare, dice che anche qui manca questa speranza e perciò non si applica il Senatusconsulto. Ma ambedue queste opinioni mi sembrano fallaci, l'una perchè la parola *in usum* mi pare escluda il concetto della donazione, l'altra perchè mi pare manchi ogni fondamento esegetico e razionale per fare qui questa distinzione di avuta e mancata speranza. Molto più naturale e conforme alla legge, che evidentemente dimostra il contratto fatto *direttamente* dalla donna (*si pecunia.... tibi a creditore data est*) e il semplice *uso* che essa ne ha fatto fare al marito, mi sembra l'opinione espressa dal GLÜCK, alla quale accedo completamente.

v) Cfr. SINTENIS, *Op. cit.* p. 61 in *Rivista del Linde* e *C. Recht.* vol. II § 129 not. 100.

x) Riguardo a questa legge, che tratta, almeno nella prima ipotesi, di un caso di delegazione vedi nota *g*.

lanti mihi promisit [20]), *ignoranti, in quam rem mutuaretur, atque ita numeraretur, atque ita numerare me tibi jussit: deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi. Quaesitum est, si eam pecuniam a muliere petam an exceptio Senatusconsulti ei prosit? Respondit* [21]) *y) videndum ne non sine ratione dicatur, ejus loco, qui pro muliere fidejusserit, haberi me debere: ut quemadmodum illi, quam-*

---

essa divien debitrice, non veramente del creditore del debitore, ma di un terzo, e appunto per liberare il debitore dalla sua obbligazione. Essa si aggrava così, a questo riguardo, di un'obbligazione altrui. — Vedi CUIACIO, *Tract. IV ad Africanum* ad h. t. L. 19.

20) L'affare conchiuso qui dalla donna consiste in ciò: io doveva prestarle del denaro per pagare un debito e dietro suo ordine passarlo al creditore stesso, mentre essa, da parte sua, prometteva mediante stipulazione di rimborsare a me il denaro. Io, non conoscendo la sua intenzione, credei che essa fosse debitrice di questo denaro presso il creditore, ed eseguii l'incarico ricevuto: e poichè io non aveva il denaro in pronto, per allora promisi semplicemente al creditore, che avrei pagato io il debito.

21) CUIACIO, in l. c. credeva che qui AFRICANO riportasse un'opinione di GIULIANO, del quale parla più sopra nel § 1 della stessa legge, pur non convenendo con lui. Ma AFRICANO non fa qui che esporre dei motivi, per i quali, secondo la sua opinione, si può decidere la difficile questione proposta. Sarebbe stato ingiusto infatti che io, che non sapeva nulla di quanto era intervenuto fra la donna e il creditore di Tizio, dovessi poi sopportarne un danno. Quindi o se io chiamo in giudizio la donna deve esserle negata l'eccezione del Senatusconsulto, o io debbo esser tutelato di fronte al creditore di Tizio; e in quest'ultimo caso potrei esser ben considerato come mallevadore dell'intercedente, poichè conviene ad esso come alla mallevadrice l'*exceptio SCti Vellejani*. Con questa eccezione io potrei difendermi se, secondo la mia promessa, io non avessi ancor pagato il denaro, e il creditore di Tizio mi citasse per ottenere il pagamento; ma se al contrario in effetto dell'incarico ricevuto io avessi già sborsato il denaro, e se la donna si servisse contro di me dell'eccezione del Senatusconsulto Vellejano, io potrei riesigere dal creditore di Tizio quel che avessi pagato per errore. E questa sembra essere stata la serie delle riflessioni che deve aver fatto AFRICANO, rapporto a questa inviluppata questione. Vedi POTHIER, *Pandect. Justinian.* tom. I h. t. num. XVI nota *c* pag. 440.

---

y) AFRICANO qui, come giustamente osserva il GLÜCK, parla di un altro giureconsulto del quale riferisce le opinioni. Però nel punto ove dice « *quae postea non recte comparari ait.* » AFRICANO, secondo GRADENWITZ (*Op. cit.* p. 142) esporrebbe forse un'opinione intesa verbalmente dal giureconsulto suo maestro e diversa da quella poi espressa nel libro dal quale trarrebbe le altre osservazioni: induzione un po' troppo sottile, se vuolsi, ma che però spiegherebbe quella variazione altrimenti sì difficile, che in poche parole si fa dall'analogia fatta colla delegazione alla negazione di questa analogia.

vis ignoraverit, mulierem intercedere, exceptio adversus creditorem detur ne in mulierem mandati actio competat, ita mihi quoque adversus te utilis exceptio detur, mihique in mulierem actio denegetur, quando haec actio periculo mulieris futura sit. Et haec paulo expeditius dicenda [22]) *si prius, quam ego tibi pecuniam solverim, compererim eam intercessisse. Caeterum si ante solverim, videndum, utrumne nihilominus mulieri quidem exceptio adversus me dari debeat, et ego tibi condicere pecuniam possim; an vero perinde habendum sit, ac initio ego pecuniam mulieri credidissem, ac rursus tu mihi in creditum isses* [23]). *Quod quidem magis*

---

22) In queste parole AFRICANO si avviciua alla risoluzione della questione proposta. Egli distingue due casi: 1. Io contrassi con una donna senza sapere che essa intercedeva, e lo seppi solo dopo conchiuso, ma prima che, conforme all'incarico ricevuto, eseguissi il pagamento al creditore di Tizio in favore del quale il negozio era stato conchiuso. E qui si afferma recisamente (*paulo expeditius dicenda*) che spetta alla donna l'eccezione del Senatusconsulto qualora io ripeta da lei il rimborso del prestito. Perocchè qui mi si può opporre con ragione che io non ho ancora fatto il pagamento al creditore, mentre son già venuto a sapere, che sotto quell'affare si cela una intercessione contraria al Senatusconsulto. 2. Io non seppi nulla di questa celata intercessione, neppure al momento in cui eseguii il pagamento. Allora la donna non può ricorrere contro di me al Senatusconsulto, al quale ha contravvenuto essa, non io. Vedi POTHIER, loc. cit. nota *d.*

23) Aut. FABER, *Rational.* ad h. L. esplica le parole: *tu mihi in creditum isses*, così: *mihi pecuniam ex causa crediti debere coepisses.* Ma questo significa piuttosto: *tu mihi pecuniam credidisses,* come già spiegarono CUJACIO loc. cit. e l'OTHIER, l c. n. *f.* Il che è confermato dalla ragione che qui si può trarre da una delegazione. AFRICANO cerca cioè di esporre il caso in modo, che io venga considerato nella maniera stessa di un debitore delegato dalla donna. Ma questa ragione, come osserva CUJACIO, è del tutto impropria, poichè nè io son debitore della donna, nè l'incarico ricevuto può chiamarsi una delegazione. Perciò nelle parole stesse che seguono, questa ragione viene ritenuta come non conveniente. Perocchè per la delegazione del proprio debitore la donna non assume alcuna obbligazione altrui, come invece essa fa nel caso di cui parla la legge. CUJACIO, in loc. cit., crede che anche qui si parli di un'opinione di GIULIANO. Frattanto si parli pure di un'opinione d'AFRICANO o di GIULIANO, questa legge presenta un esempio singolare di variazione. I commentatori greci debbono essersi trovati impacciati nello svolgimento di questo passo difficile al pari dei latini. Nei Basilici tom. IV p. 194 si dice: Εἰ δὲ ἀγνοῶν καταβάλω, ἐγὼ ἀναλαμβάνω ἡ γὰρ γυνὴ παραγράφεται με ἐνθα δὲ ἴδιον χρεώστην δώσει, ἀντ' αὐτῆς μὴ γενομένη ὑπέρ ἄλλον ἐνοχος, ἀργεῖ το δογμα. v. e. *Si vero ignorans solvero, condicam tibi: mulier enim exceptione adversus me utetur. Si vero debitorem suum mulier deleget, nec pro alio obligata sit, cessat Senatusconsultum.*

dicendum existimavit, ut sic Senatusconsulto locus non sit: sicuti et cum debitorem suum mulier deleget, intercessioni locus non sit. Quae postea non recte comparari ait, quando delegatione debitoris facta, mulier non obligatur, at in proposito alienam obligationem in se transtulerit: quod certe Senatus fieri noluerit.

2. Indegna anche del beneficio del Senatusconsulto è quella donna che ha preso parte in un delitto ed ha contratto con ciò una obbligazione correale [21]).

3. Quando la donna ha rinnovato dopo due anni l'intercessione per lo stesso debito. Per questo caso abbiamo un notevole rescritto dell'imperatore GIUSTINIANO:

L. 22 Cod. h. t. *Si mulier perfectae aetatis constituta post intercessionem, vel cautionem conscripserit, vel pignus, aut intercessorem praestiterit: sancimus, antiqua legum varietate cessante, siquidem intra biennale jurge tempus, post priorem cautionem numerandum, pro eadem fecerit cautionem, vel pignus aut intercessorem dederit; nihil sibi prejudicare, quod adhuc ex consequentia suae fragilitatis in secundam jacturam inciderit. Sin autem post biennum haec fecerit. sibi imputet, si, quod saepius cogitare poterat ei evitare, non fecit, sed ultro firmavit: videtur etenim ex hujusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere, et tam ex secunda cautione sese obnoxiam facere, in quantum hoc fecit, quam pignus aut intercessorem utiliter dare.* — La legge parte dal principio che la donna la quale ha rinnovato la sua intercessione dopo due anni, ha potuto ben ripensare in sì lungo tempo all'importanza dell'affare intrapreso. Quindi qui non si può più dire quel che il Senatusconsulto presuppone, che cioè essa sia stata indotta a intercedere per la sua generosità e leggerezza; ma si deve piuttosto presupporre, che nell'intervallo trascorso abbia avuto tutto l'agio di riflettere e prender consiglio. E se tuttavia anche la seconda volta essa fece intercessione senza maggior riflessione e con la solita leggerezza, è giusto che essa porti la pena della propria colpa e divenga quindi indegna del beneficio del Senatusconsulto.

---

21) Arg. L. 2 § 3 D. h. t. — Vedi ROESLIN, *Abhandl. von. besond. weiblichen Rechten* [Trattato dei diritti speciali delle donne] vol. II pag. 136 § 39 ed Enrico Christ. GERCKE, *Diss. de limitibus SCti Vellejani* § 32.

La legge del resto presuppone: 1. Che la intercedente abbia raggiunta la maggiore età, e non solo al tempo in cui rinnovò l'intercessione, ma anche quando intercedè per la prima volta. Perocchè le donne minorenni non hanno bisogno del Senatusconsulto essendo già tutelate dalla legge pretoria [25]). 2. Occorre anche che la prima intercessione non sia nulla di per sè e non abbia altra imperfezione all'infuori di quella d'esser femminile [z]). Ora siccome l'intercessione di una moglie per il proprio marito è già di diritto nulla ed inefficace, così nessuna rinnovazione può renderla valida [26]). 3. Deve quindi considerarsi a questo riguardo solo il caso in cui l'intercessione non

---

25) Giust. Enr. BOEHMER, *Diss. de efficaci mulierum intercessione* cap. II § 9 — e Crist. Gott. BIENER, *de fidejussione mulierum quaestiones* cap. II p. 17.

26) Nov. CXXXIV cap. 8.

---

z) Il WINDSCHEID (*Dissert. cit.* p. 40 e seg.) ritenne indifferente che la prima intercessione fosse assolutamente nulla o no, in quanto poteva sempre rendersi invalida mediante l'*exceptio*. Ma il SINTENIS (*Op. cit. in Ann. del* SELL p. 352) osservava che se la prima fosse nulla *ipso jure* diverrebbe assolutamente impossibile una seconda intercessione che la confermasse. Se non che, come giustamente osserva il GIRTANNER (*Op. cit.* p. 349-50), questa questione s'incatena all'altra espressa dal GLÜCK in un numero seguente, se la seconda intercessione sia semplicemente una conferma e una notifica della prima o sia una nuova intercessione di per sè stante. È stato osservato che siccome la nuova intercessione non prende la sua efficacia che in virtù della prima fatta due anni innanzi, e non costituisce sostanzialmente che una rinnovazione di essa; così deve considerarsi semplicemente come una *ratifica;* tanto più che ciò è confortato dall'espressione della L. 22 Cod. « *sed ultro firmavit* » (THIBAUT, *Pand.* § 606), nonchè da quella della Nov. 61 « *et tum ratum esse quod factum sit* ». — Ma un esame più accurato delle fonti mi pare invece che induca più facilmente ad accettare l'opinione contraria. Senza dubbio tra la seconda e la prima intercessione vi è un'intima connessione nell'obbietto, nella entità, nei subbietti, nella natura, e se questa connessione non esistesse sarebbe inutile parlare di rinnovazione; ma da questa connessione emerge solo la giusta presunzione che la donna dovendo fare di nuovo un atto che ha tutti i caratteri di quello compiuto due anni prima, abbia avuto tutto l'agio di riflettere alla portata e alla natura di questo atto e agli elementi che lo compongono; ma non è lecito per questo confondere la *riproduzione* dell'intercessione avvenuta colla semplice *ratifica* di essa. D'altronde, mentre l'espressione della L. 22 Cod. h. t. « *ultro firmavit* » indica semplicemente la spontanea intenzione della donna di confermare l'intercessione, e la frase « *ratum esse* » della Nov. 61 non esprime che la ferma volontà del legislatore, le altre parole invece della L. 22 Cod. h. t. « *ex secunda cautione sese obnoxiam facere... — post priorem cautionem... — pro eadem causa fecerit cautionem* » e quelle dei Basilici (tom. IV lib. XXVI 7 86) « *post biennium denuo se obligaverit* (greco: εἰς δεύτερον ἐπερωτηθῇ) » mi pare favoriscano in modo la nostra opinione, da non poter lasciar dubbio su questo punto (V. GIRTANNER, *Op. e loc. cit.* — VANGEROW, *Pand.* § 581 Sez. I num. 8).

Conseguentemente io ritengo, contro il GLÜCK, che anche una intercessione nulla *ipso jure* possa dar luogo a una valida seconda intercessione *postbiennale,* perchè non essendo questa una ratifica della prima, ma un atto di per sè stante, è indipendente dalla validità di quella precedente, e non comprendo come il GLÜCK, che pure riconosce tale indipendenza, concluda in contrario, specialmente nel silenzio delle fonti.

sia avvenuta in favore del marito dell'intercedente [27]). 4. La prima intercessione deve essere stata fatta per pubblico istrumento sottoscritto da tre testimoni. Veramente nella L. 23 Cod. h. t. non è determinata alcuna forma per l'intercessione, ma per la cost. 23 Cod. *eod.* di GIUSTINIANO ogni intercessione di donna non fatta in tal forma solenne è nulla *ipso jure,* onde deve necessariamente presupporsi anche qui [28]). 5. La rinnovazione non deve consistere semplicemente in una ratifica o riconoscimento della prima intercessione, ma deve avvenire una seconda reale intercessione, sia nella stessa forma della prima, sia diversamente [29]). Questo è dimostrato non solo dalle parole: «*post priorem cautionem proeadem causa fecerit cautionem, vel pignus, aut intercessorem dederit;* ma GIUSTINIANO lo ha molto chiaramente espresso nella Nov. 61 cap. 1 §§ 1 e 2, dove dice: *biennio elapso aliam rursus confessionem scribendam esse, quae consensum confirmet et tum ratum esse, quod factum sit.* Senza un'intercessione espressamente rinnovata, il semplice pagamento degl'interessi [30]), o di una parte del capitale, come pure il pagamento dell'intero debito non escluderebbe il beneficio del Senatusconsulto Vellejano. 6. La seconda intercessione deve esser fatta per lo stesso debito della prima intercessione, anche quando il creditore e il debitore non fossero più gli stessi; poichè nel frattempo per morte, delegazione o cessione le persone possono essersi cambiate. La legge non annette tanta importanza a queste, quanto alla qualità del debito, se sia esso privilegiato o non privilegiato, se lo sia stato fin da principio o lo sia divenuto poi per novazione [31]). 7. Deve finalmente scorrere fra la prima e la seconda intercessione l'intero tratto di due anni. Se l'intercedente, prima della scadenza di questo tempo, avesse anche più volte rinnovata l'intercessione, ciò, per le precise parole della legge, non potrebbe esserle in alcun modo pregiudizievole.

---

27) VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 11. — LAUTERBACH, *Colleg. th. Pand.* h. t. § 23.

28) Vedi HOFACKER, *Princip. jur. civ.* tom. III § 4141. — WERNHER, *Lectissim. Comm. in Pand.* h. t. § 11. — HÖPFNER, *Commentar über die Heinecc. Institutionen* [Commentario alle istituzioni di Eineccio] § 838 nota 3.

29) Vedi ROESLIN, *Trattat. surrif.* parte II pag. 157 § 50. — GERCKE, cit. Comment. § 22.

30) Di diversa opinione è MEVIUS, tom. II parte VI decis. 299.

31) Vedi ROESLIN, trattat. cit. pag. 151 §§ 52-54.

Esistendo questi requisiti, la prima intercessione acquista piena validità e non può più opporsi al creditore l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano. Quasi tutti i giureconsulti [32]) poi concordano nel ritenere che la rinnovazione non riporti la sua efficacia fino al principio della prima intercessione, ma prenda effetto solo dal cominciare della seconda. Ed è innegabile che ciò costituisce in pratica una importante differenza, quando si tratta della iscrizione di ipoteca nella formazione d'una graduatoria, del cómputo d'interessi e via discorrendo. Ora le ultime parole della legge riportate sembrano favorire una tale opinione: *et tam ex secunda cautione se obnoxiam facere, in quantum hoc fecit, quam pignus aut intercessorem utiliter dare;* ma se si considera la cosa dal suo vero punto di vista ogni dubbio svanisce. — Si è già veduto più sopra (§ 923) che il Senatusconsulto Vellejano non dichiara assolutamente nulle le intercessioni delle donne, ma le rende solo annullabili mediante eccezione: quindi se una donna è chiamata in giudizio per la sua intercessione, essa oppone al creditore l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano. Ora, quando la donna ha rinnovato la sua intercessione dopo due anni, quale altro effetto può avere questa rinnovazione di quello che essa perda l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano? [33]). Francesco DUARENO [34]) dice che ciò è pienamente conforme allo spirito della legge: *Secundum Justiniani Constitutionem propter hanc geminatam cautionem mulierem amisisse exceptionem Senatusconsulti, si modo iterum caverit post lapsum biennii;* e non diversamente intesero i Greci il rescritto di GIUSTINIANO. Nei Basilici [35]) è riprodotto così: Εαν' ἀντιφωνήσασα γυνή,

[32]) Gio. Giac. WISSENBACH, *Commentar. in libros VII prior. Cod.* ad L. 29. Cod. h. t. pag. 270. — MÜLLER *ad Struvium Exerc. Pandectar.* h. t. § 23. — LAUTERBACH, *Colleg. th. praet. Pandect.* h. t. § 23. — BOEHMER, *Diss. de efficaci mulierum intercessione*, cap. II § 9 nota *r.* — WERNHER, *lectissim. Comment. in Pand.* h. t. § 11. — GERCKE, *Commentat. de limitib. SCti Vellejani*, § 23. — BIENER, *De fidejussione mulierum quaestiones*, cap. 2 pagina 13 e seg.

[33]) Vedi ROESLIN, tratt. cit. parte II pag. 154 e seg. §§ 56-61, e THIBAUT, *System des Pandecktenrechts* [Sistema del diritto delle Pandette], vol. II § 947 pag. 337. Concorda in questo anche Gio. SICHARD *in Praelect. in Cod.* ad h. t. pag. 1145.

[34]) *Commentar.* ad h. t. cap. II pag. 990.

[35]) Tom. IV lib. XXVI tit. 7 constit. 86 pag. 203.

μετά δύο ἔτη τῆς ἀντιφωνήσεως, εἰς δεύτερον ἐπερωτηθῇ, ἢ ἐγγυητήν παράσχῃ, ἐκπίπτει τῆσ ἀπό τοῦ δόγματοσ βοηθείας, cioè: *Si mulier, quae pro alio intercessit, post biennium denuo se obligaverit, vel satisdederit, denegatur ei auxilium Senatusconsulti.*

E venendo la prima intercessione semplicemente confermata e resa valida dalla seconda, questa, anche quando abbia per obietto una obbligazione più amplia, non ha effetto che per il debito per cui avvenne la prima. Perocchè in quella parte di cui la seconda superi la prima non si ha una rinnovazione, ma una vera nuova intercessione. Ed occorre anche che il debito pel quale fu fatta la prima intercessione non si sia comechessia ingrandito entro i due anni decorsi, perchè la seconda intercessione non potrebbe avere effetto riguardo a quest'esuberanza, non essendo più fatta *eadem causa*. Però altra cosa è quando questo debito si sia nel frattempo accresciuto in causa degl'interessi, perocchè questi debbono considerarsi come un accessorio del capitale. E un altro caso da eccettuare è quello in cui la donna abbia interceduto per qualcheduno di fronte a un mercante, perchè questi gli desse a credito le merci della sua bottega [36]).

II. Quando il creditore è munito dalla legge per il suo credito di un privilegio più forte, dimodochè possa oppórlo efficacemente all'eccezione del Senatusconsulto Vellejano. Ciò avviene:

1. Quando il creditore è un minorenne e non riesca ad avere il pagamento dal debitore principale.

L. 12. Dig. *de min. Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda: sed perinde atque caeteri per exceptionem submoveri debet: scilicet, quia communi jure in priorem debitorem ei actio restituitur. Haec si solvendo sit prior debitor; alioquin mulier non utetur Senatusconsulti auxilio.*

Per le chiare parole di questa legge non vi ha alcun dubbio che il creditore minorenne deve anzitutto rivolgersi contro il debitore, e finchè non ha escusso questo, può vedersi opposta efficacemente l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano, sia in caso di una semplice malleveria, sia in caso di un'espromissione [37]). Ma quando la donna

36) Vedi Roeslin, tratt. cit. parte II pag. 152 e seg. § 54.
37) Vedi Roeslin, tratt. cit. parte II pag. 109 § 17.

abbia interceduto insieme ad altri mallevadori, si fa questione se anche questi debbono esser chiamati in giudizio prima che possa esservi efficacemente chiamata l'intercedente. Noi non esitiamo ad affermare che anche in questo caso prima della donna debbano essere escussi gli altri mallevadori [38]). È vero che la legge non parla espressamente che del solo debitore; ma la ragione di essa, che cioè debba prima esercitarsi l'azione che viene restituita al creditore contro il debitore, vale anche riguardo ai mallevadori, contro i quali è pure restituita l'azione, come apparisce dalla L. 14 Dig. h. t., dove GIULIANO dice: *Si mulier contra Senatusconsultum intercesserit, acquum est, non solum in veterem debitorem, sed et in fidejussores ejus actionem restitui; nam cum mulieris persona subtrahatur, creditori, propter Senatusconsultum integra causa pristina restituenda est.*

Quindi quando il creditore minorenne non può avere il suo pagamento nè dal debitore nè dai mallevadori, può ripeterlo dalla donna intercedente respingendo efficacemente l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano, *quia,* dice ULPIANO nella L. 11 § ult. *Dig. de min. magis aetatis ratio, quam Senatusconsulti habetur;* e ciò anche quando il minorenne possa avere un regresso contro il suo tutore [39]). Alcuni [40]) hanno voluto estendere questo privilegio anche alle altre persone che godono i diritti dei minori; ma se si rammenta un diritto speciale semplicemente perchè serva ad esemplificarne un altro, non si deve perciò attribuire a questo i privilegi proprî di quello, siano essi fondati sulla minore età o sopra un Senatusconsulto [41]).

2. Quando una donna nella manomissione di uno schiavo abbia interceduto per il prezzo della sua liberazione. Allora le vien negato il soccorso del Senatusconsulto Vellejano in omaggio alla libertà [42]): solamente però quando il patrono abbia invano intentato

---

[38]) Vedi PUFENDORF, *Observ. jur. univ.* tom. III obs. 13 § 2. — GERCKE, *Comment. de limitibus SCti Vellejani,* § 34, e ROESLIN, loc. cit. § 18.

[39]) L. 3 Cod. *Si tutor vel curator intervenerit.* Di differente opinione sono ROESLIN, op. cit. § 19, e PUFENDORF, loc. cit. § 3. Ma si veda il § 436 di questo Commentario, e THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette,* vol. II § 947 C.

[40]) PUFENDORF, loc. cit. — ROESLIN, op. e loc. cit. § 17, e GERCKE, cit. *Commentat.* § 35.

[41]) Vedi questo Commentario parte II § 105 (Ediz. ital. lib. I pag. 452 seg.).

[42]) L. 24 Cod. h. t.

contro il liberto insolvente l'*actio ex stipulatu* o la pretoria *actio in factum* che gli competono contro di lui [43]). La legge veramente dice: *teneri eum recte omnimodo, Senatusconsultum Vellejanum in hoc casu tacere imperantes;* ma la ragione annessa, *satis enim acerbum est, et pietatis rationi contrarium dominum servi, qui credidit mulieri, sive soli sive post servi promissionem, et libertatem servo imponere, et suum famulum perdere, et ea minime accipere, quibus fretus ad ejusmodi venit liberalitatem,* dimostra la convenienza di una tale restrizione [a]).

3. Quando l'intercessione è avvenuta per la promessa di una dote [b]).

L. 25 Cod. h. t. *Generaliter sancimus, ut si quis major viginti quinque annis, sive masculus, sive foemina, dotem pollicitus sit, vel spoponderit pro quolibet muliere, cum qua matrimonium licitum est, omnimodo compellatur suam confessionem adimplere: neque enim ferendum est, quasi casu fortuitu interveniente mulierem fieri indotatum, et sic a viro forsitan repelli, et distrahi matrimonium. Cum enim scimus, favore dotium et antiquos juris conditores saeveritatem legis saepius mollire: merito et nos ad huiusmodi venimus sanctionem. Nam si spontanea voluntate ab initio liberalitatem suam ostendit, necesse est eum, vel eam suis promissionibus satisfacere: ut quod ab initio sponte scriptum, aut in pollicitationem deductum est, hoc ab invitis postea compleatur: omni autoritate Vellejani Senatusconsulti in hac causa cessante.*

Sembra che già avanti a GIUSTINIANO fosse legale che contro la

---

43) L. 3 Cod. *An servo pro suo facto.* L. 6 D. *de dolo malo.* — Vedi Francesco RAGUELLUS, in *Commentar. ad Justin.* ad L. penult. Cod. h. t. p. 237. — Però è di diversa opinione Em. MERILLIUS in *Exposit.* in L. *Decisiones Justin. ad L. cand.*

a) La validità di questa specie d'intercessione, reclamata dall'equità, era già sostenuta da molti degli antichi giureconsulti (*Veterum ambiguitatem decidentes...*) e forse era divenuta giurisprudenza comune all'epoca in cui venne promulgata la cost. 24, Cod. h. t.

b) Il BACHOFEN, *Op. cit.*, p. 31, fa la questione per il caso in cui la donna abbia interceduto per la promessa di dote fatta da un terzo e si domanda se allora essa potrà valersi del Senatusconsulto. Le fonti tacciono rapporto a questo caso e BACHOFEN dice appunto che nel loro silenzio non si può dare una risposta decisiva. Ma tenuto conto che l'eccezione della dote ha il suo fondamento nella *causa* per cui s'intercede, e questa causa persuase anche nel caso in questione, mi pare si possa concludere che neppure in quest'ipotesi la donna potrà valersi del SCto.

promessa di una dote il Senatusconsulto Vellejano non concedesse alcun soccorso. Ma probabilmente la dote non era ancora di tal modo privilegiata, da escludere dall'invocazione del Senatusconsulto ogni donna che avesse interceduto per una promessa dotale [41]). Per lo meno nel rescritto che emisero a questo riguardo gl'imperatori VALERIANO e GALLIENO si trattava solo del caso di una madre la quale avesse dato in pegno delle cose proprie al suo genero, per la dote della sua figlia. Esso dice cioè: *Si dotare filiam volens, genero res tuas obligasti, pertinere ad te beneficium SCti falso putas. Hanc enim causam ab eo beneficio esse removendam prudentes viri putaverunt.*

Ma GIUSTINIANO estese questo privilegio a tutti i casi in cui una donna avesse fatto intercessione per una dote, senza limitazione alle persone della figlia e del genero. Molti giureconsulti [45]) vogliono veramente limitare il rescritto di GIUSTINIANO al caso in cui la promessa della dote sia avvenuta prima della conchiusione del matrimonio, e in cui può considerarsi quasi come una *causa matrimoni.* Che se invece il matrimonio si sia effettuato senza alcuna promessa di pagamento di dote, e solo durante esso sia stata promessa e guarentita da una donna con intercessione, allora troverebbe applicazione il Senatusconsulto, perchè il marito non potrebbe più dire di essere stato ingannato. Ma questa limitazione di un rescritto che si esprime in un modo tanto generale è evidentemente priva d'ogni fondamento [46]). Il *favor dotium,* il quale vien qui portato come motivo della legge, è identico, sia che la dote sia stata promessa prima o dopo l'effettuarsi del matrimonio. Resta sempre vero quel che POMPONIO dice nella L. 1 Dig. *de solut. matrim. Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse foeminas ad sobolem procreandam replendamque liberis*

---

41) Vedi ROESLIN, op. cit. § 21 pag. 117 e seg. — GERCKE, cit. *Comment. de limitibus SCti Vellejani,* § 35.

45) Ant. FABER, *Cod. definition. forens.* lib. IV tit. 21 defin. 14. — Pet. MÜLLER, *ad Struvium.* Exerc. XXI. th. 12. nota *a* num. L. — Ant. PEREZ, *Praelect.* in Codic. h. t. num. 22, e WERNHER, *lectissim. Commentat. in Pand.* h. t. § 16.

46) Vedi BACHOVIUS *ad Treutlerum,* vol. I Diss. XXV th. 16. — BOEHMER, *Diss. de efficaci mulierum intercessione,* cap. 11 § 8 nota *o.* — ROESLIN, Op. cit. — GERCKE, cit. *Comment.* § 35.

civitatem maxime sit necessarium. Ma la legge non dispone espressamente se questa inapplicabilità del Senatusconsulto Vellejano debba solo verificarsi quando il debitore principale, il quale ha promesso la dote, non sia in grado di pagarla. Sembra però che fosse rimesso alla volontà del creditore di chiamare in giudizio per primo chi più gli piacesse [47]). E ci pare che anche le parole « *omni auctoritate Vellejani Senatusconsulti in hac causa cessante* » vengano anche a significare questo in modo non dubbio.

Però dopochè GIUSTINIANO nella Nov. 4 cap. 1 rese generale il *beneficium ordinis,* questo non può negarsi neanche alla donna che abbia fatto intercessione [48]).

Molti del resto sono i privilegi che non valgono contro il Senatusconsulto, nè, per la natura stessa del privilegio, possono per estensione acquistare efficacia contro di esso. Quindi errano quei giureconsulti [49]) che vogliono ammettere una prerogativa eguale che per la dote alla *donatio propter nuptias,* agli alimenti, e in genere *omnibus piis causis et corporibus* [50]) *c*).

Più combattuta è la questione se nei surriferiti casi privilegiati l'intercessione sia valida sebbene non avvenuta per pubblico strumento o se questo sia necessario per la sua validità. Molti [51]) credono che

---

47) L. 9, L. 3, L. 5, L. 21. Cod. *de fidejussor.* — Eter. Christ. CANZ, *Dissertat. de beneficio ordinis s. excussionis,* Tubingae 1770 § 4.

48) Vedi WERNHER, *lectissim. Commentat. in Pand.* h. t. § 16 in fine.

49) VOET, *Comment. ad Pand.* h. t. § 11. — MEVIUS, parte III decis. 85. — BRUNNEMANN, *Commentar.* ad L. 16 Dig. h. t. num. 5 e L. 12. Cod. *eod.* — STRUV., *Synt. jur. civ.* Exercit. XXI th. 12. — BERGER, *Oecon. jur.* lib. III tit. 3 th. 8 num. 8. — LEYSER, *Medit. ad Pand.* vol. III Specim. CLXIX medit. 4.

50) Vedi ROESLIN, op. cit. §§ 22 e 23 pag. 119 e seg. — KLÜGEL, *Diss. de SCto Vellejano,* § 15. — GERCKE cit. *Comment.* § 36.

51) Franc. RAGUELLUS *in Commentar. ad Constitut. et Decision. Justiniani* ad L. 23 Cod. § *Ne nutum* h. t. pag. 236 seg. — Ge. FRANTZKE, *Commentar. in Pand.* h. t. num. 35. — LAUTERBACH, *Collcg. th. practic. Pand.* h. t. § 10. — BOEHMER, *Diss. de efficaci mulierum intercessione,* cap. I § 7 nota *cc.* — ROESLIN, tratt. cit. parte II pag. 186-190 §§ 89-95 ed HÖPFNER nel *Commentar. über die Heinecc. Institutionen* [Commentario alle Istituzioni di Eineccio] § 828 nota 3 pag. 890 e seg.

c) Cfr. BOEHMER, *Op. cit.,* § 8, lett. *o.* — GIRTANNER, *Op. cit.,* p. 347.

la costit. 23 Cod. h. t. riguardi esclusivamente que' casi ne' quali anche prima di questo rescritto il Senatusconsulto aveva piena efficacia, ma non quelli in cui non poteva farsi valere l'eccezione, e pei quali quindi neanche dopo la cost. 23 sarebbe necessario un pubblico strumento per rendere valida l'intercessione. Ed essi credono tanto più facilmente ciò in quanto ritengono che non possa ammettersi che GIUSTINIANO abbia voluto togliere i suesposti privilegi contro il Senatusconsulto Vellejano con un rescritto il quale, nell'ordine in cui è esposto nel Codice, sembra esser più antico di quelli in cui questi privilegi son confermati. Fra i glossatori quest'opinione fu sostenuta da BULGARO. Ma più esattamente il glossatore MARTINO [52]) sostenne il contrario, ritenendo che GIUSTINIANO nella cit. cost. 23 Cod., dichiarasse nulle tutte quante le intercessioni di donne, compreso anche quelle che prima per eccezione eran valide, quando non fossero fatte per pubblico strumento. Per questo rescritto debbono quindi ricevere modificazione tutte le leggi in proposito, più antiche o più recenti che siano [53]). La stessa eccezione del minorenne soggiace quindi a questo disposto [51]), e nello stesso senso debbono esser modificati anche gli altri privilegi delle cost. 24 e 25 Codice h. t. E poichè ogni intercessione di donna, non fatta per pubblico istrumento, deve ritenersi come non avvenuta, come può ammettersi un'azione derivante da essa? Le LL. 24 e 25 Cod. h. t. sembrano veramente, per l'ordine della loro posizione, più recenti della cost. 23; ma ciò non produce difficoltà per il principio cui accenna anche PAOLO nella L. 26 *Dig. de legib.* « *ut priores leges ad posteriores trahantur* » [d]).

---

52) Vedi la GLOSSA ad L. 23 C. h. t.

53) Veggansi le parole della L. 23 più sopra riferite.

51) Vedi THIBAUT, *System des Pandeckt. Rechts* [Sistema del diritto delle Pandette], parte II § 948.

---

d) L'opinione di BULGARO ebbe la prevalenza fra gli antichi scrittori e JACOBUS, HUGO, ALBERICUS, Gio. BASSIANO, ODOFREDO e molti altri giureconsulti la sostennero, mentre pochissimi (per esempio, PIACENTINO, *Summ. ad h. l.*) seguirono l'opposta opinione di MARTINO. Divenuta opinione dominante, questa di BULGARO si mantenne tale lungo i secoli XVI e XVII accrescendosi anzi in tal modo il poco valore dato all'atto pubblico, che anche per le altre intercessioni non costituenti eccezione al SCto si ritenne che bastasse a renderle valide un atto compiuto dinanzi due soli testimoni,

III. Quando la donna non ha ricevuto alcun danno dalla intercessione. Questo si verifica:

---

munito poi d'una semplice dichiarazione del notaio (vedi SALYCETUS, *Cod. ad.*, L. 23 h. t. — Paolo CASTRENSE, ad h. t. Cod.); e nello scorcio del secolo XVII, l'antica disputa, dice il GIRTANNER, *Op. cit.*, pag. 261, non si rammentò che come una notizia letteraria (cfr. LAUTERBACH, *Coll.* h. t., § 10. — BACHOV, vol. I, disp. 25, th. 2). Solo col sorgere del secolo XVIII la questione rinacque e sebbene molti, fra' quali il BÖHMER, *Op. cit.*, § 7, seguissero BULGARO, pure anche l'opinione di MARTINO trovò i suoi seguaci (cfr. SCHILTER, *Prax. jur.*, 28, § 7). Ma principiato il nostro secolo gli scrittori si schierano quasi tutti dal lato di MARTINO, primi fra essi il THIBAUT, *Pand.*, §§ 603-8, e il GLÜCK, il quale ultimo specialmente non poco, io credo, contribuì a rialzare la caduta dottrina e a renderla comune fra gli scrittori successivi. Rientrata così la questione nel campo della discussione, l'opinione di BULGARO rimase quasi completamente sconfitta e dalla lotta sorsero nuovi elementi che determinarono nuovi concetti intorno a questa tanto dibattuta controversia. Così arrivando all'estremo opposto il VALETT, *Pand.*, § 584, sostenne non solo che tutte le intercessioni, anche le antiche eccettuate dal SCto, richiedessero l'atto pubblico per esser valide, ma che una volta redatte in questa forma, esse rendessero le donne assolutamente e validamente obbligate senza poter ricorrer mai all'eccezione: e questo perchè egli ritiene che GIUSTINIANO volesse colla Cost. 23 equiparare le donne agli uomini nella facoltà di obbligarsi per altri, prescrivendo solo a guarenzia della loro maggior semplicità la solennità dell'atto pubblico. Così anche il KATTENHORN, *Op. cit.*, p. 174, il quale vuol trarre argomento dal tenore della legge e dalle frasi «*tunc enim tantummodo eas obligari — ne perperam... seseinterponant* — per le quali, secondo lui, è dimostrata la volontà del legislatore che la donna resti obbligata in modo assoluto. Ma quest'opinione rimase isolata ed oggi, ch'io mi sappia, il solo GIDE torna ancora a sostenerla. Egli stesso però è costretto a riconoscere che dalla Cost. 23 nulla può trarsene in proposito, ma egli crede di poterlo dedurre dallo scopo di essa e dallo spirito del tempo. Però, come già cercai di dimostrare, a parer mio, questa tendenza dell'epoca ha invece il carattere contrario di voler tutelare le donne e recar loro soccorso col beneficio legale, mentre invece, secondo la teoria del VALETT, il concetto del SCto sparirebbe affatto, perchè, o l'atto è pubblico, e l'intercessione è assolutamente valida, ineccepibile: o non lo è ed è assolutamente nulla senza bisogno del SCto; il che è contraddetto dal contenuto di tutta la stessa Cost. 23 che in più luoghi determina se e in quanto sia possibile il ricorso al VELLEJANO.

Altri scrittori invece, seguaci dell'opinione di MARTINO, non accettarono questa in tutta la sua pienezza, ma esclusero la necessità dell'atto pubblico per alcuni casi determinati. Così è generalmente escluso da questa formalità il caso in cui una donna abbia ricevuto un compenso (vedi in GLÜCK nel numero seguente) e su questo non mi pare che si possa neppure sollevar la questione, tanto è chiaro il disposto della legge «*sive sine scriptis sive per scripturam sese interposuerint*». E il fatto stesso della menzione di questo caso fatta dalla legge servì d'argomento agli uni per escluderne tutti gli altri casi d'eccezione (vedi THIBAUT, *Pand.*, §§ 121-22. — GÖSCHEN, *Pand.*, § 573. — PUCHTA, *Pand.*, § 409), agli altri per estenderne l'applicazione a molti casi differenti, pe' quali non sembrò necessaria la forma dell'atto pubblico. Così alcuni vollero escludere anche i casi della liberazione del servo e della dote, perchè essi furono stabiliti da due Cost. che, come il GLÜCK stesso riconosce, nell'ordine del codice sono posteriori alla Cost. 23; e perchè essi sono del tutto indipendenti dal SCto Vellejano e quindi dalle modificazioni portate a questo dalla L. 23 (VOGEL, *Pand.*, § 93. — ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, § 362). Infatti per il caso del servo si dice: *in hoc casu SCtum Velle-*

1. Quando il denaro pel pagamento del quale essa fece guarenzia di fronte al creditore venne impiegato in di lei vantaggio *e*).

L. 21 pr. Dig. h. t. *Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem ejus, quod acceptum est, versaretur, exceptio Senatusconsulti locum non habet, quia non sit pauperior.*

2. Quando essa ha ricevuto dal debitore il denaro occorrente per pagare il creditore *f*).

---

janum tacere imperantes... e per quello della dote: *omni auctoritate Vellejani Senatusconsulti in hac causa cessante*... — Altri poi, generalizzando di più e ravvicinandosi all'opinione di BULGARO, hanno ritenuto non esser necessario l'atto pubblico per tutte quelle intercessioni la validità delle quali dipende dalla causa speciale per cui vennero fatte, indipendentemente dall'atto d'intercessione stesso. Così escludono in genere dall'atto pubblico, oltre i casi suesposti, l'intercessione fatta con dolo, nell'ignoranza del creditore, quella susseguita dalla successione ereditaria della donna al debitore, quella del creditore minorenne, quella accompagnata dalla renuncia della donna, ove questa sia ammissibile; ed infatti per i due primi casi specialmente il richiedere l'atto pubblico sembra quasi assurdo (vedi SINTENIS, *Op. cit.* in *Ann.* del SELL, pag. 367-70. — MÜHLENBRUCH, *Pand.*, § 489. — GIRTANNER, *Op. cit.*, p. 354-56. — VANGEROW, *Pand.*, III, § 169). Queste limitazioni, avuto riguardo alla loro ragione, sembrano giuste; ma poste in confronto colla Cost. 23 veramente a me pare che non reggano. In questa Cost. dopo aver detto che s'intende di risolvere tutte le « *antiquae jurisdictionis retia* ed i « *difficillimos nodos* » e che si vuole esulare le « *supervacuas distinctiones* »; dopo avere *specificatamente* indicato l'unico caso in cui l'atto pubblico non si richiede, che è quello del ricevuto compenso, si dice espressamente: « *tunc enim tantummodo eas obligari et sic omnia tractari quae de intercessionibus foeminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt* ». — Di fronte a sì chiara espressione della legge non mi par possibile, per quanto la equità potesse reclamarlo, fare altre eccezioni: tanto più poi che mi pare sia esagerata questa necessità di dovere escludere altri casi, perchè ogni inconveniente viene a sparire, quando il creditore che contragga con una donna, in considerazione appunto di questa Costituzione, non sia stato tanto negligente da non contrarre con essa mediante atto pubblico.

e) Non occorre però che l'interesse ritratto dall'intercessione sia tutto in favore della donna, ma può essere anche comune ad altri (cfr. L. 17, § 2, Dig. h. t.).

Il GIDE sostiene che non occorre un interesse reale, ma basta l'intenzione della donna di fare un interesse proprio. « *Ce qu'importe c'est l'intention de la femme; toutes les fois qu'elle aura voulu faire sa propre affaire il n'y aura pas intercession, quelque prejudice qu'elle ait pu souffrir* » (GIDE, *Op. cit.*, p. 158). Ma questo concetto mi pare già inconciliabile col fatto che si sia voluto, mediante il SCto, proteggere la donna nella sua debolezza e indipendentemente dalla sua volontà: e tanto più poi quando si ritenga, come ritiene il GIDE, che il SCto sia diretto magari *contro* le donne allo scopo massimo e d'ordine pubblico d'impedire il disperdimento de' beni familiari (vedi nota *q*).

f) Si fa questione per il caso in cui il denaro per eseguire il pagamento venga dato alla donna non dal debitore stesso, ma da un terzo. Il WINDSCHEID, *Op. cit.* in *Archiv.*, p. 314, dice che in questo caso non cessa il SCto, perchè non cessa il danno dell'intercessione dovendo l'intercedente subir sempre una perdita di denaro, benchè le sia stato donato, mentre il debitore, restando liberato, verrebbe ad arricchirsi indebitamente dal fatto altrui. Quando però questo terzo *doni* espressamente il denaro perchè si estingua

3. Quando la donna è debitrice verso il debitore principale di una somma eguale o maggiore di quella per cui fece intercessione. Allora, al pari di quando venga delegata dal proprio creditore, essa non può valersi dell'eccezione del Senatusconsulto.

L. 16 pr. Dig. h. t. *Si mulier contra Senatusconsultum Vellejanum pro me intercessisset Titio egoque mulieri id solvissem, et ab ea Titius eam pecuniam peteret, exceptio Senatusconsulti non est profutura mulieri: neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum jam eam habeat.*

L. 22. Dig. *eod. tit. Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat, vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esset Senatusconsulto* POMPONIUS *scribit: quia mandati actione obligata, in rem suam videtur obligari.*

L. 2 Cod. h. t. *Senatusconsulti exceptio tunc mulieri datur cum principaliter ipsi nihil debet, sed pro alio debitore apud creditorem ejus intercessit. Sin autem pro creditore suo alii obligaverit, vel ab eo se vel debitorem suum delegari passa est, hujus Senatusconsulti auxilium non habet.*

4. Quando la donna è divenuta erede del debitore principale, non avendo allora alcun interesse a far valere l'eccezione, dovendo in ogni modo risponder del debito come erede *g*).

L. 8 § 13 Dig. h. t. *Plane si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse, dicendum erit, restitutoria eam conveniri posse. Sed et directa actione* [55]*): nihil enim ejus interest, qua actione conveniatur.*

5. Quando essa ha ricevuto per la propria intercessione un com-

---

[55]) Quest'*actio directa* è l'azione che nasce dall'intercessione: e siccome la legge qui presuppone il caso in cui per l'intercessione si è estinta l'obbligazione del debitore principale, così riman sempre l'azione contro l'intercedente nonostante la sua adizione all'eredità del debitore. Perciò si lascia al creditore la scelta che più gli convenga. — Vedi Ant. FABER, *Rational. in Pand.* ad h. l.

---

l'*intercessione*, a me pare che la donna debba essere obbligata egualmente al pagamento e non possa più ecoepire il SCto, poichè qualunque sia la ragione che si voglia dare a questo, il *periculum rei familiaris*, la speranza di non pagare, la mancata controprestazione e via discorrendo, ognuna di esse in questa ipotesi viene a cadere.

g) Il GIRTANNER molto avvedutamente osserva che si può raccogliere questo caso d'eccezione insieme ai tre precedenti sotto la norma generale che cessa il privilegio della donna tutte le volte che avvenga uno stato di cose la cui esistenza al momento dell'intercessione avrebbe escluso il SCto (GIRTANNER, *Op. cit.*, p. 338).

penso commisurato alla importanza del rischio assuntosi. La legge 23 Cod. surriferita non determina nulla veramente nella grandezza di questo compenso, ma dice in modo generale.

Sancimus mulierem, si intercesserit, sive ab initio sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat, omnimodo teneri, et non posse Senatusconsulti Vellejani uti auxilio. Quindi vi sono su questo punto varie opinioni di giureconsulti. Alcuni [56]) ritengono sufficiente anche un piccolissimo compenso dato all'intercedente perchè possa ritenersi spogliata del proprio privilegio. Essi credono che la L. 23 la escluda dal beneficio del Senatusconsulto come indegna, essendosi posta al rischio di perdere il suo per sola avidità di guadagno. Altri invece [57]) esigono che venga data alla donna un compenso eguale alla somma guarentita. Ma siccome la legge non ha stabilito niente su ciò, si deve rimetter la cosa al prudente arbitrio del giudice, il quale deve prendere in considerazione e i rapporti del debito, e le circostanze del debitore e la forma dell'intercessione per giudicare se vi si nasconda un'astuzia del creditore e se il compenso ricevuto dalla donna sia commisurato al rischio che s'impose [58]). Onde nulla esigendo la legge, vi è tanta poca ragione di ritenere che ogni piccolezza ricevuta dall'intercedente debba indurre il giudice a dichiararla priva del suo privilegio quanta ve ne ha poca per sostenere che la ricompensa debba essere perfettamente eguale alla somma del debito assunto [h]). Del resto è perfettamente eguale che l'intercedente riceva

---

56) Vedi Hug. DONELLUS, *Commentar. jur. civ.* lib. XII cap. 32 § *tertium.* — Giov. VOET, *Comment.* h. t. § 11. — Jo. BRUNEMANN, *Commentar.* ad L. 16, D. h. t. num. 2 e GERKE, cit. *Comment.* § 19.

57) Jo. ZANGER, *Tr. de exceptionib.* parte III cap. XI num. 145. — Jo. Pet. LUDEWIG, *Diss. de SCto Vellejano in Germ. exule.* Diff. 5 nota 1.

58) Vedi Jo. Jac. WISSENBACH, *Comment. in Cod.* ad L. 23 Cod. h. t. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pandect.* h. t. § 22. — WERNHER, *lectissim. Commentat. in Pand.* tom. I h. t. § 7. — ROESLIN, *Abh. von. bes. weibl. Rechten* [Tratt. cit.] 2.ª parte pag. 138 § 41 — e THIBAUT, *System des Pandektenrechts* [Sistema del Diritto delle Pandette] parte II § 947 cit. G.

---

h) Quando si riponga la ragione del SCto nella mancata controprestazione si comprende come anche un piccolissimo compenso che stia a rappresentarla possa essere ritenuto sufficiente a escludere il SCto, come possa esserlo anche la semplice promessa di questo compenso (vedi GIRTANNER, *Op. cit.*, p. 352, not. t3. — GÖSCHEN, *Pand.*, § 572, p. 530. — KOCH, § 374, n. 1066). Ma quando si ricorre al concetto d'una dimi-

tale compenso dal creditore o dal debitore quando essa lo ebbe solo in causa dell'intercessione [i]); che lo abbia ricevuto fin da principio o più tardi purchè nell'ultimo caso sia stato preceduto da una promessa della donna, di assumere per questo l'obbligazione. In tal modo le parole « *sive ab initio, sive postea aliquid accipiens ut sese interponat* », non implicano nessun senso contradditorio e perciò non è necessaria alcuna emendazione [59]) [k]).

Ma quel che è notevole è che in questo caso l'intercessione è valida anche quando non sia fatta per istrumento pubblico. GIUSTINIANO dice: *Sive sine scriptis, sive per scripturam sese interposuerit.* Invece la differenza si trova in ciò, che quando l'intercedente ha dichiarato di aver ricevuto un compenso per la propria intercessione in un pubblico istrumento firmato da tre testimoni, questo documento forma contro di essa una prova piena; sebbene non sia esclusa, come molti

---

[59]) ROESLIN, Op. cit. § 43 pag. 140, crede veramente che la costruzione sia falsa se non si riferisce quel *postea* come l'*ab initio* ad *intercesserit*. Il compenso deve esser ciò che ha dato causa alla mallevadoria. Ma sarebbe senza senso il dire: Se una donna ha interceduto, e quindi ha ricevuto qualche cosa per intercedere. Si deve quindi applicare a quel *postea* un carattere distintivo. Se non che questa emendazione non è punto necessaria. Certo che il compenso deve sempre essere stato la causa per cui la donna ha interceduto, ma è perfettamente eguale che essa lo abbia avuto fin da principio o che allora le sia stato semplicemente promesso, e non l'abbia ricevuto che dopo eseguita l'intercessione. Vedi anche GERCKE, *Commentat. de limitib. SCti Vellej.* § 19.

---

nuzione del patrimonio della donna il compenso deve essere adeguato alla grandezza dell'intercessione, altrimenti il rischio di perdere esiste sempre. E non basta che la donna abbia acconsentito a questo compenso, poichè tale consenso può esser prestato dalla donna, come l'intercessione stessa, per *fragilitas animi,* secondo la teoria di alcuni, e non vale a riparare il rischio di una perdita anche parziale de' beni familiari, secondo il concetto nostro del SCto. Quindi io ritengo che il compenso, perchè possa escludere il SCto, deve esser sempre adeguato all'intercessione.

i) Nota il SINTENIS, *Op. cit. Civ. Recht.*, p. 852, not. 92, come l'eccezione del compenso ricevuto non deve confondersi con quella del vantaggio riportato dall'intercessione; poichè mentre in quest'ultimo caso è lo *scopo* per cui venne fatta l'intercessione che la rende valida, nel primo è un *mezzo,* una circostanza che toglie efficacia al SCto; però in fondo la ragione di queste due eccezioni è identica, cioè il mancato pericolo di perdita (cfr. VANGEROW, *Pand.*, p. 159).

k) Così non, per esempio, quando il terzo deve questo compenso *animo donandi* e senza imporre comechessia alla donna di pagare per questo il creditore (cfr. GRADENWITZ, p. 95).

credono [60]), la prova in contrario [61]). Se poi questo pubblico istrumento non esiste, il creditore al quale sempre in questo caso incombe la prova, può servirsi per ciò di qualsivoglia altro mezzo, come si rileva dalla L. 23 Cod. h. t., che dice:

Sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit, sese aliquid accepisse et sic ad intercessionem venisse et hoc instrumento publice confectum inveniatur, et a tribus testibus consignatum: omnimodo esse credendum, eam pecunias vel res accepisse et non esse ei ad Senatusconsulti Vellejani auxilium regressum. Sin autem sine scriptis intercesserit, vel instrumento non sic confecto, tunc si possit stipulator ostendere eam accepisse pecunias vel res, et sic subiisse obligationem repelli eam a Senatusconsulti juvamine [l]).

Inoltre è notevole quanto GIUSTINIANO dispone anche in questa legge, e cioè che quando l'intercedente non sia in grado di pagare il creditore o di soddisfarlo per intiero, esso, in ogni caso, anche quando venne fatta un'espromissione, deve avere il regresso contro il primo debitore [62]). CUJACIO [63]) però crede che questo diritto speciale non possa estendersi a tutti gli altri casi, ne'quali il Senatusconsulto viene a mancare.

Oltre queste eccezioni del Diritto romano, debbono notarsi anche le seguenti di Diritto canonico e odierno:

1. Quando la donna ha avvalorata la sua intercessione col giuramento [61]). Qui la pratica giudiziale ritiene per valida l'intercessione

---

60) ZANGER, *Tract. de exceptionib.* parte III cap. XI num. 147. — HERING, *de fidejuss.* cap. VII, num. 436. — MÜLLER, *ad Struvium.* Exerc. XXI th. 10 nota *d.*

61) ROESLIN, *Tratt.* cit. P. II pag. 144 § 47.

62) Vedi ROESLIN, *Tratt.* cit. § 109 pag. 198.

63) *Recitation. solemn. in Cod.* ad L. 12 Cod. h. t.

61) LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 25. — BOEHMER, *Dissert. de efficaci mulierum intercess.* cap. I § 9 — e specialmente ROESLIN, *Tratt.* citato parte II pagine 199-213.

---

l) Sembrò al SINTENIS, *Op. cit. in Ann. del* SELL, p. 370-73, che la L. 23 offrisse una contraddizione in sè stessa, ammettendo la possibilità del SCto anche quando non siasi eseguito l'atto pubblico, mentre poi dichiara che la mancanza di questa forma rende assolutamente nulla l'intercessione; ma questa contraddizione è insussistente, perchè è appunto solo nel caso di compenso che questo può avvenire, in quanto per esso l'atto pubblico non è punto necessario.

in conformità del Diritto canonico [65]), sebbene l'intercedente ignara del proprio privilegio vi abbia anche espressamente renunciato [66]), e l'intercessione non sia neppure fatta per pubblico istrumento [67]) *m*).

2. Quando la donna ha interceduto in quanto ne era autorizzata dalla legge. Quindi: *α*) È valida l'intercessione di una donna, la quale esercita il commercio per proprio conto, poichè per il diritto odierno le donne commercianti o mercantesse non godono del privilegio accordato alle altre donne in causa della *fragilitas sexus* [68]). Se esse quindi intercedono per affari commerciali non può loro spettare il Senatusconsulto Vellejano [69]). La ragione di ciò è la sicurezza e la prosperità del commercio, il quale non può certo fiorire quando si rendono resolubili le mallevadorie commerciali [70]) *n*). *β*) Può anche

---

65) Cap. 9 et cap. 28 X *de iurejur.*

66) STRUV, *Synt. jur. civ.* Exercit. XXI th. 10 num. 5. — FRANTZKE, *Commentar. in Pand.* h. t. num. 27, 28. — BOEHMER, *Diss* cit. *de valida mulier. intercess.* cap. 2 § 14.

67) Vedi STRUBEN, *rechtliche Bedenken* [Osservazioni giuridiche] volume I osserv. 24 vol. II osserv. 76. — GMELIN, *Aufsätze iiber Verträge* [Opuscoli sui contratti] § 69 pag. 143.

68) MÜLLER *ad Struvium.* Exercit. XXI th. 12 nota *d.* — Jo. Pet. de LUDEWIG, *Different. jur. Rom. et Germ. in SCto Vellejano exule.* Diff. 7. Ge. Frid. DEINLIN, *Diss. de vera indole Vellejani ad uxorem mercatricem pro marito mercatore intercedentem applicata.* Altorfii 1751.

69) In altri casi il Senatusconsulto Vellejano spetta anche alla donna mercantessa. Vedi VOET, *Comm.* h. t. § 11, Gio. Cam. BOEHMER, *rechtliche Untersuchung der Frage, ob und wieweit eine Weibsperson so eine Handlung treibt, aus ihrer Bürgschaft verbunden sey?* [Esame giuridico della questione, se e in quanto una donna che esercita il commercio, sia obbligata alla propria malleveria] in *Schotts jurist. Wochenblatt,* 3.° anno num. 29. — WERNHER, *lectiss. Commentat. in Pand.* h. t. § 12.

70) Vedi RUNDE, *Grundsätze des deutschen Privatrechts* [Principii del Diritto privato tedesco] § 292.

---

m) Cfr. BÜLOW, *Abhandl.*, vol. I, p. 303-4, Braunschweig 1817. — GÖSCHEN, *Op. cit.*, p. 535, § 573, vol. II,. — GIRTANNER, *Op. cit.*, p. 363. Nell'Hannover, secondo l'Ordinanza del 28 dicembre 1821, bastava nelle intercessioni maritali la promessa formale in atto pubblico per renderle pienamente valide, senza il giuramento.

n) Cfr. *Cod. Comm. Germ.*, art. 6, cap. 2. — THÖL, *Handelsrecht* [Diritto commerciale], § 50. — PUCHTA, *Op. cit.*, § 408. — SINTENIS, *Civ. Recht.* II, p. 553, n. 93. — ARNDTS-SERAFINI, § 361, n. 2. Ma la moglie del mercante esercitando la mercatura sarà anch'essa esclusa nelle sue intercessioni dal beneficio del SCto? Dai più si ritenne che occorre distinguere: se la donna è, insieme al marito, una vera commerciante, essa

esser valida l'intercessione di una donna regnante, ma solo quando ella intercedè come tale. Perocchè considerata fuori di questa qualità la sua intercessione ricade sotto il dominio del Diritto privato. — E su questo punto concordano le varie opinione de' giureconsulti [71]).

3. Quando la moglie vive col proprio marito in generale comunione di beni, se è chiamata in giudizio per i debiti contratti dal marito durante il matrimonio non può valersi del suo privilegio, perchè per la natura della comunione generale dei beni la donna rimane garante anch'essa per tutti i debiti contratti dal marito al pari che per i proprî [72]) *o*). Però anche la comunione generale dei beni non esclude affatto l'uso del Senatusconsulto Vellejano. Infatti la donna può servirsi di esso ne' seguenti casi:

α) Quando essa ha interceduto per i debiti contratti prima del matrimonio [73]). Però molti sono di diversa opinione, in quanto ritengono che per la natura della comunione generale dei beni i debiti esistenti avanti al matrimonio non possono più considerarsi come debiti di colui che li ha fatti, ma sono divenuti comuni al consorzio

---

71) Boehmer, *Diss.* cit. capo II § 4 nota *γ*. — Roeslin, *Tratt.* cit. pagina 247 § 42-44. — Gerke, *Commentat. de limitib. SCti Vellejani* §§ 26 e 27 — e Thibaut, *System des Pand. R.* [Sistema del Diritto delle Pandette] vol. II § 949.

72) Sam. Stryk, *Us. mod. Pand.* h. t. § 4. — Christ. Gott. Gmelin, *Diss. de obligatione uxoris ad solvenda debita a coniugibus contracta, moto imprimis super bonis mariti concursu creditorum.* Tubingae 1785 § 15 e dello stesso autore *Aufsätze über Verträge* [Opuscoli sui contratti] § 95. — Wihl. Frid. Suhr, *Diss. Privilegia mulieribus jure Rom. data quaetenus, posita inter coniuges communione, locum habeant.* Goettingae 1801.

73) Stryk, *Us. mod. Pand.* h. t. § 5. — Danz, *Handbuch des allgemeinen deutschen Privatrechts* [Manuale del Diritto comune privato tedesco], parte VI § 606 pag. 414 e seg.

---

rientra in questa regola; ma se essa non fa che aiutare il marito nel suo commercio, il SCto deve avere anche per lei la sua piena efficacia (vedi Girtanner, *Op. cit.*, p. 351). E il criterio giuridico per fare questa distinzione sta, secondo il Cropp, *Abhandl. cit.*, n. 1, § 3, nel vedere se essa partecipi o no agli utili e alle perdite del commercio esercitato.

o) Il Girtanner osserva come in questo caso più che una vera eccezione si ha una mancanza d'intercessione: ed infatti per la natura della comunione dei beni la donna in questo caso è piuttosto una debitrice solidale che un'intercedente (vedi Girtanner, *Op. cit.*, p. 364).

matrimoniale, al modo stesso che son divenuti di patrimonio comune i beni particolari degli sposi [74]).

β) Quando la donna ha fatto mallevadoria per un debito sorto da un negozio giuridico contro il quale la donna protestò nel modo dovuto [75]).

γ) Quando la donna intercede per un terzo senza il consenso del proprio marito [76]).

§ 925.

Come e in quanto è possibile una renuncia al Senatusconsulto Vellejano?

Per quanto poco oggi si pone in dubbio se la donna possa renunciare validamente al Senatusconsulto Vellejano, altrettanto ciò fu controverso nel Diritto romano *p*). Molti [77]), anche in Diritto romano,

---

74) HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. I § 460. — Giov. Gug. NEUSS, *Theorie der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft* [Teorica della comunione dei beni fra coniugi] §§ 59-61.

75) Vedi Beniam. Fed. PFIZER, *Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bei einem Gantprocess über das Vermögen ihrer Männer* [Diritti ed obbligazioni delle donne in rapporto alla subastazione dei beni dei proprî mariti] parte I §§ 68 e 69 confr. col § 63 ed HOFACKER, l. c. § 459.

76) Vedi PFIZER, op. cit. parte I § 70.

77) Gio. SCHILTER, *Prax. jur. Rom.* Ex. XXVIII § 8. — Gio. VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 9. — Wolf. Ad. LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 24. — J. N. BOEHMER, *Diss. de efficaci mulierum intercessione* cap. 11 § 17. — Got. Lud. MENCKEN, *Diss. de valida intercessione mulieris Senatuconsulto Vellejano renunciantis.* Vitemb. 1725. — ROESLIN *von beson. weibl. Rechten* [Dei diritti speciali delle donne] pag. 163 e seg. — GERCKE, *Comment.* cit. § 15.

---

p) Nello svolgimento del diritto intermedio ed odierno questa della possibilità della renuncia al SCto Vellejano è stata una questione dibattutissima. La GLOSSA affermò la possibilità di questa renuncia e la sua opinione fu per lungo tempo assolutamente dominante: *Totus mundus,* diceva ALBERICO DA ROSCIATE *(ad l. ult.,* Dig. h. t.), *hodie servat opinionem huius glossae.* Però non da tutti si ammise senza restrizioni, almeno di forma. Così alcuni negarono che potesse farsi nello stesso atto d'intercessione (per esempio, BUTRIGARIUS); altri che valesse solo se fatta dopo due anni dall'intercessione, oppure solo *ob necessariam causam* (vedi SALICETUS, *Ad. l. ult.,* Cod. h. t. — Paolo CASTRENSE, id. id.); altri che dovesse esser fatta per atto pubblico (vedi ROSCIATE stesso, ad L. 23, Cod. h. t.). E le due formalità specialmente che occorresse l'atto pubblico e non potesse farsi nell'atto stesso dell'intercessione incontrarono il favore

ritengono valida questa renuncia per analogia. Essi dicono esser ge-

---

generale e quasi tutti le ammisero. Date però queste condizioni, la renuncia si ritenne per validissima. Ma poi qualcheduno cominciò a sostenere l'opinione contraria che negava la possibilità della renuncia e che si disse degli *ultramontani* (vedi FULGOSIO, *Ad l. ult.*, Dig. h. t. — BACHOV, I, d. 25, th. 4); mentre per una specie di reazione altri scrittori non solo l'ammettevano, ma le toglievano ogni formalità ritornando al puro principio della GLOSSA (GAILL, *Obs.*, 2, 77. — LAUTERBACH, *Coll.*, h. t., § 24. — BÖHMER, *Op. cit.*, c. 2, § 19). E così la questione con molte varianti e sfumature, per dir così, d'opinioni, perdurò fino a oggi, ammettendo in massima la renuncia oltre agli autori citati nella nota 77, il WERNHER, *Op. cit.*, I, *obs.* 262, il PUFFENDORF, *Observ. jus.*, *obs.* 159, il LEYSER, *Obs.*, 364, ed altri ancora; e sostenendo l'opinione contraria, gli scrittori indicati nella nota 81, nonchè il THOMASIUS, *Op. cit.*, § 18, ed altri molti.

E neanche oggi la discussione è sedata, e come in tutte le questioni, gli scrittori sostengono tre differenti opinioni. L'una estrema che nega in ogni caso la possibilità della renuncia (vedi, per esempio, THIBAUT, *Op. cit.*, I, § 356. — GÖSCHEN, *Op. cit.*, II, 572. — WINDSCHEID, *Dissert. cit.*, p. 57. — CROPP, *Abhandl. cit.*, I, p. 155. — SEUFFERT, *Op. cit.*, § 383, not. 12. — DERNBURG, *Pand.*, II. § 84, p. 219. — GIDE, *Op. cit.*, p. 162. — GRADENWITZ, *Op. cit.*, p. 127, ed altri molti ancora). L'altra opinione media nega la renuncia contemporanea all'intercessione e nell'ignoranza del beneficio, ma la ritiene valida quando questo beneficio sia stato conosciuto e il tempo abbia dato luogo alla riflessione (vedi MÜHLENBRUCH, *Pand.*, vol. II, p. 56, nota 15. — SINTENIS, *Op. cit. in* SELL, p. 354-58. — MAYNZ, *Op. cit.*, II. § 265, p. 444). — La terza finalmente, all'altro estremo, ammette in ogni caso la possibilità della renuncia (vedi PUCHTA, *Pand.*, § 408, n. 7. — KATTENHORN, *Op. cit.*, p. 206. — REIN, *Op. cit.*, p. 675 [cfr. GIRTANNER, *Op. cit.*, p. 366]. — VANGEROW, *Leitf.*, III, § 581, il quale la nega in fatto, ma teoricamente non vede la ragione per doverla respingere). Le ragioni che si portano a sostegno di queste diverse opinioni, sono per le due estreme, sostanzialmente quelle riferite dal GLÜCK. — Il GRADENWITZ però porta anche delle ragioni esegetiche di qualche rilievo notando le espressioni assolute *ut in ea re Senatus voluntas servetur* del testo del SCto; *totam obligationem Senatus improbat* della L. 16, § 1, h. t. e confrontando colla L. 2, § 5, h. t., la quale in caso di *defensio* proibisce l'intercessione anche *contro* la volontà della donna. Certo l'ammettere la renuncia nell'atto stesso mi par sempre in ogni caso e in ogni tempo quasi inconcepibile; poichè distruggerebbe totalmente l'effetto del SCto senza ragione alcuna di poterlo fare; darebbe luogo all'assurdo di due leggi contemporanee e connesse con scopo ed effetto diametralmente opposti. Più logica sembra invece l'opinione intermedia che ammette la renuncia quando la donna abbia conosciuto il proprio beneficio, quando abbia avuto il tempo sufficiente per riflettere, ed io credo che con queste condizioni nel diritto giustinianeo la renuncia al beneficio potesse esser valida, anche per analogia alla validità dell'intercessione rinnovata dopo un biennio. Ma può dirsi altrettanto per la prima epoca dell'età imperiale? Se si ammettesse che anche originariamente la ragione del SCto fu la protezione dovuta alla *fragilitas sexus* non vedrei perchè anche allora una tale renuncia non dovesse valere; ma ritenendo, come io ritengo, che il SCto avesse un ufficio diverso, *di ordine pubblico*, come già vedemmo, allora la renuncia anche sotto queste condizioni, a parer mio, dovè esser sempre impossibile. Questi due casi di renuncia della L. 32, § 4, Dig. h. t. e *Nov.* 128 però hanno veramente natura eccezionale: quest'ultimo perchè richiesto dalle esigenze della tutela, una volta che questa si permise alle donne; l'altro perchè, dimostrata nella donna la ferma volontà di pagare e di *accipere judicium*, si ha l'intercessione convertita in un pagamento diretto, e quindi la necessità della renuncia (cfr. SINTENIS in *Ann.* del SELL, p. 361-64).

neralissima la regola che ognuno possa renunciare a un diritto sancito in proprio vantaggio [78]), e che quindi anche qui essa deve trovare applicazione, tanto più che l'intercessione d'una donna perde efficacia solo mediante l'*exceptio* che le è connessa e che quando la donna tralasci di apporla, può benissimo esser condannata dal giudice. E allora perchè essa non dovrebbe poter renunciare anticipatamente a questa eccezione? In nessun luogo è detto che la donna sia costretta a servirsi del Senatusconsulto quando nol voglia. Così essa può renunciare a questo beneficio non solo perchè i beneficî non si impongono a nessuno, ma anche perchè in alcuni casi, quando il Senatusconsulto è d'ostacolo ad affari che essa sta per assumere, non solamente può, ma *deve* renunciarvi. E questo avviene:

1. Quando la donna deve difendere dinanzi al giudice il debitore pel quale intercedè. Allora essa deve prestar garanzia che non vorrà servirsi del Senatusconsulto [79]).

2. Quando una madre voglia assumere la tutela dei proprî figli minorenni. Anche allora essa deve renunciare al beneficio del Senatusconsulto Vellejano [80]).

Altri [81]) credono al contrario che all'infuori di questi casi, i quali

---

78) L. 21 *Cod. de pactis.* L. 41 D. *de minoribus.*

79) L. 32 § 4 D. h. t. *Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, judicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debebit, exceptione se non usuram, et sic ad judicium ire.*

80) Nov. CXVIII cap. 5. *Mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit. His enim solis secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Vellejani Senatusconsulti renunciant.*

81) Ant. MERENDA, *Controv. jur.* lib. II cap. 36. — Arn. VINNIUS, *Select. jur. Quaestion.* lib. I cap. 48. — Helfer Ulr. HUNNIUS, *Variar. Resolution. jur. civ.* lib. III tract. V qu. 2. — Jos. AVERANIUS, *Interpretation. juris.* lib. II cap. 5. — Ant. SCHULTING, *Thes. controversar.* Decad. LVI th. 9. — Iust. Frid. Lud. ENGELBRECHT, *Diss. de renunciatione SCti Vellejani privato instrumento facta.* Goettin. 1749 cap. II § 3 e seg. — Gio. Aug. HELLFELD, *Diss. de condictione mulieri intercedenti competente.* § 35 e seg. — Bav. VOORDA *Diss. exhibens quaestiones quasdam juris civ.* Lugd. Batav. 1770 qu. 2. — WEBER, *Syst. Entwik. d. Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit* [Svolgimento sistematico della teorica dell'obbligazione naturale] § 74 nota 4 pagina 308 e seg. e THIBAUT, *Syst. des. P. R.* [Sistema del Diritto delle Pandette] vol. II § 944.

debbono solo considerarsi come eccezione alla regola, una renuncia al Senatusconsulto Vellejano sia contraria all'analogia ,e al vero significato delle leggi romane. Perocchè, siccome il Senatusconsulto proibiva alle donne di intercedere e le considerava come incapaci di assumere un'obbligazione altrui o un pubblico ufficio [82]), esso costituiva senza dubbio una *legge proibitiva* [83]). Or con una legge di tale natura diviene impossibile una renuncia, come è impossibile renunciare alla propria incapacità ai pubblici ufficî. D'altronde, permettendola, l'intiero scopo della legge sarebbe reso vano: poichè mentre da una parte la legge tutela le donne, in causa della loro generosità e leggerezza, contro il pericolo delle intercessioni, d'altra parte questa stessa legge, permettendo loro di rinunciarvi, verrebbe di nuovo ad abbandonarle al rischio della loro semplicità. Colla stessa leggerezza con cui si lasciò indurre ad intercedere la donna renuncierà al beneficio che la legge le accorda! Si obbietta veramente che nella renuncia si ha una vera nuova ragione giuridica in base alla quale la stessa legge nega alla donna che ha interceduto l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano. Si osserva cioè che quando una donna, resa consapevole del proprio privilegio, vi renuncia, essa allora agisce con piena cognizione di causa, sa d'intercedere e viene così a perdere il beneficio del SCto, come nella L. 30 D. h. t. Ma più giustamente si è notato contro quest'obbiezione che la legge parla soltanto del caso in cui la donna abbia interceduto presso il creditore nella intenzione d'*ingannarlo*, mentre le era noto che essa avrebbe potuto poi difendersi mediante l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano. Ma un tale rimprovero di dolosa intenzione non può esser fatto alla donna in tal caso, in quanto invece son coloro ai quali importa di ottenere l'intercessione, cercando d'indurla alla renuncia, che ne ottengono un vantaggio, perchè i creditori vengono favoriti dalla renuncia al SCto Vellejano. Si è tanto lontani in questo caso dal poter rimproverare il dolo all'intercedente, che vi si può trovare invece l'applicazione

---

82) L. 1 § 1. L. 2 § 1. L. 16 § 1. D. h. t. L. 2 D. *de div. reg. juris.*

83) PAULUS, *Sententiarum Receptar.* lib. II tit. II § 1. *In omni genere negotiorum et obligationum tam pro viris quam pro feminis intercedere mulieres prohibentur* (in ANT. SCHULTING, *Jurisprud. Antejust.* pag. 278).

d'una legge contraria [81]), che è pienamente invalido cioè, al pari dell'intercessione fatta, tuttociò che venga fatto in elusione del Senatusconsulto. Quindi teoricamente l'opinione che nega la possibilità della renuncia merita la preferenza, e poco dubbio rimane anche pel caso della Nov. 134 cap. 8 dell'intercessione della moglie per il proprio marito [85]). Oggigiorno però le intercessioni non sono più considerate come negozî giuridici proibiti, ma soltanto come contratto a cui la legge nega ogni effetto giuridico. Cosicchè oggi in pratica si ammette la renuncia al Senatusconsulto Vellejano, senza distinguere se la donna abbia interceduto per il proprio marito o per un altro debitore [86]).

Ammessa la renuncia, nasce la questione: che cosa si chiede alla validità di quest'atto? Ma anche intorno a ciò domina una grande discordia fra i pratici giureconsulti. Si osserva in proposito:

I. Che tutti sono d'accordo in questo, che si debba anzi tutto render consapevole della portata del beneficio legale al quale vuol renunciare: perocchè la renuncia a un diritto sconosciuto a quegli che la compie è senza effetto giuridico [87]). E questo insegnamento è tanto più necessario per le donne, in quanto è da presupporsi in esse la mancanza di conoscenza del diritto [88]). La maggior parte dei giuristi ritengono quindi concordemente che una renuncia al privilegio del Senatusconsulto, se non è preceduta da una sufficiente informazione e conoscenza di esso, non possa mai esser ritenuta come valida, neppure se sia stata redatta in pubblico strumento [89]), o avvalorata col giuramento [90]) *q*). Ma quando si tratta poi di vedere in

---

[84]) L. 29 § 1 D. h. t. *Paulus respondit, ea, quae in fraudem SCti, quod de intercessione foeminarum factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportere.*

[85]) Stryk, *Us. mod. Pand.* h. t. § 4.

[86]) Giov. Corr. Crist. Schröter, *vermischte jurist. Abhandlungen* [Miscellanea di Trattati giuridici] vol. I pag. 25 e seg.

[87]) L. 19 § ult. *D. de inoffic. testam.* L. 22 § 2 Cod. *de furt.*

[88]) L. 8 *D. de juris et facti ignor.*

[89]) Berger, *Oecon. jur.* lib. III tit. III th. 8 num. 8.

[90]) Boehmer, *Diss. de efficaci mulierum intercessione* cap. II § 19 nota *t.* — Stryk, *Diss. de certioratione jurium renunciandor.* cap. III num. 15 e seg. — Leyser, *Meditat. ad Pand.* vol. III specimen. CLXX medit. 3. — Stru-

---

q) Secondo il Windscheid, *Op. cit.*, p. 302, occorre che sappia non solo di rimanere obbligata, ma anche di dover pagare, altrimenti la semplice dichiarazione di

qual forma la donna debba essere portata a conoscenza del beneficio a cui rennncia, i giureconsulti non si trovano più d'accordo e in genere non svolgono la questione con quell'esattezza che la sua importanza richiederebbe.

I più [91]) ritengono sufficientemente informata una donna, quando nell'atto di obbligazione o malleveria sia contenuta una chiara esposizione in parole tedesche del beneficio giuridico del Senatusconsulto Vellejano, e una espressa rennncia ad esso, per esempio, così: *la donna rennncia al privilegio in virtù del quale è impedito al suo sesso di validamente intercedere*. E se la donna ha firmato questo atto di propria mano, non è necessaria alcuna prova più amplia della sua cognizione del beneficio, perchè la sottoscrizione dell'atto fa presupporre la conoscenza e l'approvazione del contenuto.

Ma altri [92]) invece hanno dimostrato quanto debba ritenersi insufficiente una conoscenza avuta in tale maniera e quanto poco sia applicabile la suaccennata presunzione a persone in cui invece è da presupporsi una completa ignoranza di diritto. Quindi se la donna deve rennnciare validamente al privilegio che le compete riguardo all'intercessione, non basta che essa sia semplicemente informata del diritto che le spetta, ma deve anche sufficientemente conoscere la natura e l'efficacia della obbligazione che si è imposta [93]). Devesi

---

BEN, *rechtliche Bedenken* [Osservazioni giuridiche] parte II osserv. 76 § 2. — GMELIN [Opuscoli sui contratti] § 69 pag. 142 e seg. — ENGELBRECHT. *Diss. de rennnciatione SCti Vellejani privato instrumento facta.* Cap. II § 8. — EMMINGHAUS, *ad Cocceji jur. civ. controv.* h. t. qu. 12 e HOFACKER, *Princip. jur. civ. Rom. Germ.* tom. III § 4144.

91) STRYK, *de caut. contractuum.* Sect. I cap. 5 § 7. — LEYSER, *Medit. ad Pand.* Specim. CLXX medit. 3. — PUFENDORF, *Observation. juris univer.* tom. II observ. 159 pag. 527.

92) Vedi Ge. Gia. Fed. MEISTER, *Practische Bemerkungen aus dem Criminal und Civilrecht* [Osservazioni pratiche sul diritto penale e civile] vol. II Osserv. IV num. 6 e 7 pag. 55.

93) Si confronti qui specialmente Giov. Crist. QUISTORP, *Beiträge zur Erläuterung verschiedener pract. Rechtsmaterien* [Contributi alla interpetrazione di differenti pratiche materie di diritto] num. VIII pag. 129 e seg.

---

volersi obbligare nonostante il beneficio del SCto, non toglie che essa poi possa eccepire il VELLEJANO quando si tratti di dover pagare. Ma tutto ciò evidentemente non regge quando non si ammetta il concetto del WINDSCHEID che la ragione del SCto sta tutta nella speranza di non dover pagare.

quindi esporle chiaramente non solo la qualità giuridica del debito per cui intercede, come, per esempio, se è un debito cambiario, o gravato d'ipoteca o da privilegio; ma anche la natura e gli effetti dell'intercessione che essa vuol fare [91]). Se si tratti poi d'una moglie la quale voglia intercedere per il proprio marito, essa deve essere anche particolarmente informata del contenuto dell'*Auth. Si qua mulier.* Intorno a ciò poi si disputa anche se essa debba anche renunciare specificatamente a questa Autentica.

Molti [95]) ritengono assolutamente necessaria la menzione di essa, quando la renuncia deve esser fatta sotto forma obbligatoria. Altri [96]) invece ritengono che basti che la donna abbia renunciato in generale ai proprî privilegi, o anche al solo Senatusconsulto Vellejano, poichè l'Autentica è considerata come una semplice aggiunta di questo. Ma a me pare che tutta la questione stia nel vedere se la renuncia sia concepita in modo da esprimer nell'insieme il contenuto dell'Autentica o no; e in caso affermativo mi pare che possa valere anche se non è letteralmente citata l'*Auth. Si qua mulier.* Posto, per esempio, che si dicesse così: La donna renuncia al privilegio in virtù del quale essa può veramente far valida intercessione per il proprio marito, tanto più che una tale malleveria è dichiarata del tutto nulla dalle leggi, anche quando sia stata più volte rinnovata e nuovamente avvalorata, e solo può divenire efficace quando il denaro preso in prestito sia stato impiegato notoriamente dal marito a vantaggio di lei. Ma senza una simile dichiarazione la semplice renuncia al Senatusconsulto sarebbe insufficiente, perchè la Nov. 134 cap. 8

---

91) Roeslin. *von besondern weiblichen Rechten* [Dei diritti speciali delle donne] parte II pag. 118 § 83.

95) Sande, *Decision.* lib. III tit. XI definit. 4. — Mevius, parte VI decisione XXII num. 4 *de* Cocceii *jur. civ. controv.* h. t. qu. 18. — Gmelin, *von Aufsätzen über Verträge,* § 69 pag. 144 § 90 pag. 193 e § 92 pag. 290.

96) Boehmer, *Diss. de efficaci mulierum intercess.* cap. III § 8 nota *i.* — Huber, *Praelect. iur. civ.* h. t. § 20. — Berger, *Resolut. Legg. obstant.* h. t. qu. 2 *et ad eand. Animadvers.* — Stryk, *De cautel. contractum.* Sect. II cap. 6 § 6. — Leyser, *Medit. ad Pand.* vol. III specim CLXXII medit. 5 e 6. — Engelbrecht, cit. *Diss. de renunciatione SCti Vellejani,* etc. cap. II § 17. — Schroeter, *vermischte jurist. Abhandlungen* [Miscellanea di Trattati giuridici] vol. I pag. 52 e seg. ed Emminghaus *ad Coccejum* h. t. qu. 13 nota *v.*

dalla quale è tratta l'Autentica, si distingue appunto dal Vellejano nel dichiarare inefficace ogni rinnovazione dell'intercessione o renuncia del suo privilegio. Così se il marito vuol dare in pegno al suo creditore i beni immobili, de' quali si era obbligato di fare una *donatio propter nuptias* alla moglie, un tal pegno per l'*Auth. Sive a me*, Cod. h. t. è ritenuto nullo anche quando vi sia stato il consenso della moglie, più volte rinnovato [97]). Per conseguenza la donna maritata dopo averne precedentemente presa ampia cognizione, deve renunciare espressamente anche all'Autentica.

Del resto, tale conoscenza non può avere un carattere dubbio, ma deve essere pienamente provata da colui che l'afferma; e non basta a tal prova un semplice riferimento nell'atto o anche una confessione dell'intercedente che l'informazione ci è stata, espressa nell'istrumento dell'obbligazione [98]), sottoscritto dalla donna e contenente un'esatta descrizione del privilegio muliebre e una renuncia ad esso [99]), se quest'atto non è redatto in forma pubblica; sebbene anche allora possa essere ammessa la prova in contrario. Se viceversa la donna sia già stata informata una volta del beneficio che la legge le accorda riguardo alle intercessioni, non può poi, ove vi renunci, sottrarsi in modo alcuno alla sua obbligazione sotto il pretesto che non sia stata singolarmente informata dell'intercessione seguìta, e non le sia stato fatto nuovamente conoscere il privilegio che le spetta: poichè altrimenti la sua dimenticanza o la sua ingannevole persuasione verrebbero a giovarle contro la *replica doli* [100]).

---

97) BOEHMER, cit. *Diss. de effic. mulierum intercess.* cap. II § 19 nota *n.* — STRYK, *Diss. de certioratione jur. renunciandorum.* cap. IV num. 4 e seg.

98) STRYK, cit. loc. num. 9 seg. — GMELIN, *von Aufsätzen über Verträge* [Opuscoli sui contratti] § 69 pag. 142. Di diversa opinione sono: MEVIUS tom. II pag. 7 decis. 231 num. 4, 5 e ROESLIN, *Tratt.* cit. pag. 184 § 88. Ma vedasi QUISTORP, *Beiträge zur Erläuterung veschied. Rechtmaterien* [Contributi, ecc. cit.] num. VIII pag. 131 e seg.

99) Vedi MEISTER, *pract. Bemerkungen aus dem Criminal und Civilrecht* [Osservazioni pratiche sul Diritto penale e civile] vol. II osser. IV numeri 6 e 7 pag. 55 e seg.

100) Frid. Es. PUFENDORF, *Observation. juris univ.* tom. I osserv. 43 § 3 — Fed. von BÜLOW e Teod. HAGEMANN, *pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit* [Esami pratici di tutte le parti della giurisprudenza] vol. IV esam. 35 e GERCKE, *Diss. de limitibus SCti Vellejani.* § 19.

II. In secondo luogo si fa questione se questa renuncia debba esser fatta per pubblico strumento o possa anche farsi per scrittura privata *r*). Molti [1]) appoggiandosi alla Cost. 23 Cod. h. t. affermano esser necessario l'atto pubblico, ma ci sembra molto più giusta l'opinione di coloro [2]), che invece ritengono valida la renuncia anche quando è avvenuta per privata scrittura. Perocchè la surriferita Cost. 23 parla semplicemente dell'intercessione, e non della renuncia ad essa, di cui qui si tratta e che va essenzialmente distinta. L'intercessione richiede la forma del pubblico istrumento, *ne mulieres perperam sese pro aliis interponant,* come dice GIUSTINIANO nella sua costituzione: e questa disposizione si giustifica avendo riguardo alla generosità e leggerezza del sesso femminile, che meritano soccorso dalla legge. Ma non è così per la renuncia al privilegio, la quale avviene dietro riflessione e con piena cognizione di causa: tantochè non è facile alla donna sfuggire il rimprovero di agire slealmente, quando poi voglia servirsi del Senatusconsulto. E infine riesce tanto più difficile su questo punto l'illazione dalla intercessione alla renuncia, in quanto non esiste legge alcuna che prescriva per quest'ultima la forma dell'atto pubblico. Per questa ragione molti distinti giureconsulti [3]) af-

---

[1]) SANDE, *Decision.* lib. III tit. VI def. 2. — HUBER, *Praelect. ad. Pand.* h. t. § 18. — TULDENUS, *Comm. ad Cod.* h. t. num. 9. — SCHILTER, *Prax. jur. Rom.* Esercit. XXVIII § 10. SICHARD, *Comm. ad Cod.* h. t. num. 14 e Mich. God. WERNHER, *lectissim. Commentat. in Pand.* h. t. § 24.

[2]) BOEHMER, *Diss.* cit. cap. II § 19 nota 999. num. III. — LAUTERBACH, *Colleg. th. t. Pand.* h. t. § 24, *de* COCCEJI *iur. civ. controvers.* h. t. qu. 14. — PUFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. II observ. 159. — ROESLIN, *von besond. weiblich. Rechten* [Dei diritti speciali delle donne] parte II pag. 174 § 76 e MEISTER, *pract. Bemerkungen* [Osservazioni pratiche citate] vol. II osserv. IV num. 4.

[3]) STRYK, *de caut. contract.* Sect. II cap. 6 § 12. — FRANZKII, *Commentar. in Pand.* num. 30. — MEISTER, op. cit. loc. cit. num. 4 pag. 53 e ROESLIN, *Tratt.* cit. pag. 192 § 98. Però è di diversa opinione PEREZ *in Praelect. in Cod.* h. t. num. 23.

---

r) In quanto alla forma della renuncia a me par giusto che dovesse esigersi l'atto pubblico. Infatti si può ben comprendere che questo non fosse necessario nel Diritto antegiustinianeo, ma in questo diritto, siccome ho esposto più sopra, io ritengo che la renuncia di per sè non fosse possibile sotto veruna forma. Ma nel Diritto giustinianeo come si può ammettere che si potesse renunciare al SCto Vellejano, cioè dare una validità assoluta all'intercessione con una scrittura privata, mentre per darle solo

fermano che anche quando tutte e due, l'intercessione e la renuncia siano state fatte per atto privato, l'intercessione, in causa della valida renuncia avvenuta, deve ritenersi per valida [s]).

III. Finalmente i nostri pratici sostengono pure svariate opinioni rapporto alla questione se tale renuncia debba esser fatta con giuramento o se sia valida anche senza [t]). Molti giureconsulti [4]) ritengono il giuramento come non necessario, ma la maggior parte di essi [5]), l'opinione de' quali è ora dominante nella pratica, procede a una distinzione fra la renuncia al Senatusconsulto Vellejano e quella all'Autentica *Si qua mulier*. La prima può esser valida anche senza giuramento; la seconda invece, se si vuol veramente che l'intercessione fatta dalla moglie per il suo marito sia efficace, deve essere rafforzata dal giuramento. Ma perchè sia valida tale renuncia all'Autentica è necessario un giuramento fatto in persona od è sufficiente

---

4) VOET, *Comment. ad Pandectas* h. t. § 10. — BOEHMER, *Diss. de efficaci mulier. intercess.* cap. II § 19 nota 999 cap. III § 8. — ROESLIN, op. cit. § 77. — GMELIN, *von Aufsässen über Verträge* [Opuscoli sui contratti] § 90 pag. 195. — HÖPFNER, *Commentar. über die Institutionen* [Commentario alle Istituzioni] § 838 nota 4.

5) SCHILTER, *Prax. jur. Rom.* Exercit. XXVIII § 11. — STRYK, *Caut. contract.* Sect. II cap. 6 § 4. — LEYSER, vol. III specim. CLXXII medit. 1 et 2. — SCHAUMBURG, *Confr. iuris Dig.* h. t. § 8. — MALBLANC, *Doctr. de jurejur.* § 118. — HOFACKER, *Princip. jur. civ. R. G.* tom III § 4144.

---

una validità temporaria, quella condizionata all'eccezione del SCto, occorreva un atto pubblico firmato da tre testimoni?

s) Quest'opinione mi pare assolutamente inammissibile, perchè in Diritto giustinianeo (e di questo solo intendo parlare) l'intercessione, salvo i casi dalla legge determinati, o tutto al più estesi dalla giurisprudenza, deve esser fatta sempre per atto pubblico, sotto pena di assoluta nullità. Or come è possibile che un atto privato posteriore potesse sanare questa nullità, e sanarla in modo da renderlo assolutamente valido?

t) Fra gli antichi fu disputatissimo se dovesse richiedersi o no il giuramento per la renuncia sia al VELLEJANO, sia all'Autentica. E dapprima prevalse l'opinione che per ambedue si richiedesse il giuramento (GAILL, *Pract. Obs.*, II, 77. — PRÜCKMANN, *Op. cit.*, II, 15, n. 16) rimanendo isolati i sostenitori dell'opinione contraria (per esempio, JASO DE MAYNO, *Lecturae ad Dig.*, L. 30, *De verb. oblig.*). Ma ai tempi di GLÜCK la grande maggioranza degli scrittori (vedi nota 5) faceva la distinzione cui egli accenna ritenendo necessario il giuramento solo per l'Autentica. E per questa anche oggi alcuni scrittori continuano a ritenerlo necessario almeno in omaggio alla pratica (MÜHLEMBRUCH *Pand.*, § 489. — GRAEBE, *Die Lehre des Versichts* [Teoria della renuncia], pag. 44. — KASSEL, 1843. — SEUFFERT, *Pand.*, § 381. — VANGEROW, *Pand.*, III, 197. GIRTANNER, *Op. cit.*, p. 366. — ARNDTS-SERAFINI, § 363. Quest'ultimo però osserva che nella pratica odierna una tale renuncia è in ogni modo valida, quando è fatta in assenza del marito.

che la donna abbia prestato un giuramento scritto coll'inserzione nell'atto della formola: « Così Dio mi soccorra e la sua santa parola » o « per la parola dell'eterna verità? » O può anche bastare a privare del privilegio dell'Autentica *Si qua mulier* la renuncia prestata dalla donna *in luogo del giuramento?* Tutto ciò è dubbio. I più [6]) ritengono che l'ultima maniera non sia sufficiente e che occorra un giuramento prestato in persona [7]), o almeno un giuramento scritto [8]). Ma siccome qui si tratta di un giuramento spontaneo e stragiudiziale, per il quale la legge non ha prescritto alcuna formula giuratoria speciale, così deve ritenersi per valida ogni formola con cui venga espressa la seria intenzione di volersi obbligare con giuramento. Ma questa intenzione è sufficientemente data a conoscere dalle parole *in luogo del giuramento* e la coscienza è senza dubbio vincolata da questa formula così fortemente, come da qualunque altra che l'essenza del giuramento altre volte richieda [9]). Quindi anche la renuncia all'*Auth. Si qua mulier* fatta dalla moglie in un atto d'obbligazione o di malleveria colla formola *in luogo del giuramento* deve ritenersi obbligatoria ed efficace in quanto la legge non esige un giuramento personale e solenne [10]).

È anche da notarsi che quando una vedova presta guarenzia al creditore dopo la morte del proprio marito, il disposto della Nov. 134 cap. 8 non trova applicazione, e quindi in questo caso non è neanche necessaria la renuncia all'Autentica *Si qua mulier* perchè vengono a mancare gli estremi di tale legge [11]). Veramente molti [12]) credono

---

6) Leyser, *Medit. ad Pand.* vol III spec. CLXXI Corol. 3. — Fratr. Becmannorum, *Consil. et Decision.* parte I decision. XII num 14 pag. 213.

7) Sande, *Decision.* lib. III tit. XI definit. 3

8) Wernher, *Select. Observation. for.* tom. II parte X obs. 429. — Pufendorf, *Observation. juris univ.* tom. I observ. 43 § 2 — Carpzov, parte II constitut. XVI definit. 6. — Engelbrecht, *Diss.* cit. cap. II § 16.

9) Boehmer, *Int. eccless. Protest.* tom. I lib. II tit. 24 § 5.

10) Vedi Fed. von Bülow e Teod. Hagemann, *pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit* [Esami pratici di tutte le parti della giurisprudenza] vol. I Esam. 33.

11) Mevius, *Decis.* tom. II parte VII decis. 229 e Frid. Ludov. Doering, *Disquisit. An uxor beneficiis mulieribus iuvetur post mortem mariti ejus debitor suscipiens?* Erfordiae 1780. Thibaut, *System des P. R.* [Sistema del diritto delle Pandette] vol. II § 948 num. 2.

12) Stryk, *Us. mod. Pand.* h. t. § 16. — Berger, *Oecon. juris* lib. III

che l'intercessione sia in questo caso di tal modo valida, da non esser neppure necessaria una renuncia al Senatusconsulto Vellejano. Perocchè, si dice, per un debitore morto non ha più luogo una vera e propria intercessione; e la vedova quindi promette il pagamento al creditore semplicemente come debitrice in proprio. Essa cerca inoltre di salvare l'onore del marito morto e per questo accetta un affare che concerne propriamente lei stessa, e pel quale non può quindi invocare il proprio privilegio. — Ma se si esaminano più attentamente queste ragioni, fa meraviglia che una tale opinione abbia potuto essere accettata da giureconsulti di sì grande importanza. Evidentemente in essa si parte da un principio assolutamente falso, in quanto si afferma che non può aver luogo un'intercessione per un debitore morto. Infatti FIORENTINO nella L. 22 Dig. *De fidejuss.* insegna precisamente il contrario: *Mortuo reo promittendi, et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest: quia hereditas personae vice fungitur.* Un tale mallevadore deve considerarsi come un *negotiorum gestor* il quale agisce in vantaggio dell'eredità e dell'erede futuro [13]); quindi, come dice PAOLO [14]), egli si rende, in certo modo, obbligata l'eredità. Come si può dunque affermare con ragione che la vedova, la quale si assume di pagare un debito di suo marito morto, conchiuda un affare che riguarda lei stessa? Chi può negare che anche questa sia una forma d'intercessione e che quindi le sia applicabile il Senatusconsulto Vellejano? Non si esprime abbastanza chiaro l'imperatore ALESSANDRO nella L. 4 Cod. h. t., dove dice: *Senatusconsultum locum habet si eam obligationem, quae in alterius persona constitit mulier in se transtulit?* E se anche venissero a mancare le ragioni per applicarle l'*Auth. Si qua mulier* resterebbero sempre almeno quelle per cui una donna non può in generale obbligarsi per un debito altrui, al quale non potrebbe sottrarsi. Perciò non vi ha alcun dubbio

---

tit. 3 § 8 nota 8 in fin. — Ern. Imm. TENZEL, *Diss. de vidua defuncti mariti debita suscipiente, an gaudeat beneficio SCti Vellejani et Auth. si qua mulier.* Erfordiae 1728. — DE CRAMER, *Observ. juris univ.* tom. III observ. 944. — WERNHER, *Lectissim. Commentat. in Pand.* tom. I h. t. § 4.

13) L. 3 pr. L. 12 § 2. L. 45 § 2 *Dig. de negotiis.* Si confronti qui specialmente Crist. Lud. CRELL, *Diss. de intercessione pro debitore mortuo.* Vitembergae 1754.

14) L. 21 § 1 Dig. *de negot. gestis.* L. 1 § 6 Dig. *de injuriis.*

che per render valida l'intercessione della vedova per il marito morto essa deve renunciare al beneficio del Senatusconsulto Vellejano, dopo che ne abbia avuta sufficiente cognizione [15]).

Ma vi è un'altra questione: un'intercessione nulla, fatta dalla vedova durante il matrimonio, potrà poi convalidarsi se la donna dopo la morte del marito la rinnovi espressamente o la riconosca tacitamente pagandone gl'interessi? I più insigni scrittori [16]) non esitano ad affermarlo quando dalla prima intercessione, o, come altri vogliono [17]), dalla morte del marito sia scorso un periodo di due anni. Ma la L. 22 Cod. h. t. (come già dimostrammo più sopra al § 924), non trova applicazione quando la prima intercessione è *ipso jure* nulla. In questo caso vale piuttosto quel che dice GIUSTINIANO nella Nov. 134 cap. 8: *nullatenus hujusmodi intercessionem valere, licet multoties repetita sit.* Così in ogni caso se si vuol render valida l'intercessione della vedova, questa deve espressamente renunciare al Senatusconsulto Vellejano [18]); non è invece necessario, come ritiene CARPZOV [19]), il convalidarla con giuramento.

---

15) Oltre HELLFELD concordano con me in questo punto: Paul. Phil. WOLFHARTH, *Diss. de intercessione viduae pro marito mortuo.* Rintel 1738. — CRELL, *Diss.* cit. § 8. — REINHARTH, *Diss. potissima capita invalidae mulier. intercessionis, pro efficaci perperam habitae, expon.* Erfordiae 1732 § 23. — DOERING, *Comment.* cit. § 10-13. — BOEHMER, *Consultat. et Decision.* tom. III parte II decis. 271 num. 8. Decis. 212 num. 6. — HOMMEL, *Rhapsod. quaestion. for.* vol. I observ. I. — DABELOW, *Grundsätze des Eherechts* [Principii di diritto matrimoniale] § 3128 e GMELIN, *von Aufsässen über Verträge* [Opuscoli sui contratti] § 90.

16) MEVIUS, parte VI decis. 299 num. 4 e parte VII decis. 229. — STRYK, *Us. mod. Pand.* h. t. § 16. — RIVINUS, *Enunciat. juris* tit. 7 enunc. 42. — LEYSER, specim. LCXXII medit. 7 e 8 e Tob. Jac. REINHARTH, *Diss. potissima capita invalidae mulierum intercessionis, pro efficaci perperam habitae, exhib.* § 11.

17) PUFENDORF, *Observ. juris univ.* tom. III obs. 74.

18) Vedi DOERING, *Cit. Disqu. an uxor beneficiis muliebribus juvetur post mort. mariti ejus debita suscipiens?* §§ 8 e 9.

19) *Jurisprud. for.* parte II const. 16 def. 3.

§ 926.

Natura dell'eccezione del Senatusconsulto Vellejano.

L'*exceptio Senatusconsulti Vellejani* ha i seguenti caratteri: 1. È una di quelle eccezioni che si dicono inerenti alle cose (*exceptiones rei cohaerentes* [20]).

Essa quindi non spetta solo alla donna intercedente, ma anche ai suoi eredi e successori [21]), e a tutti coloro che abbiano guarentito l'intercessione stessa [22]) *u*). Perocchè se il mallevadore non potesse

---

[20]) L. 7 § 1 Dig. *de except.*

[21]) L. 20 Cod. h. t. *Heredes quoque mulieris adversus creditores eadem exceptione, quae ex SCto introducta est, uti posse dubium non est.*

[22]) L. 14 Cod. h. t. *Mulierem contra SCti Vellejani auctoritatem non posse intercedere, eademque exceptione fideiussorem ejus uti posse, iuris auctoritas probat.* — L. 8 § 4 Dig. h. t. *Sed si is, qui a muliere delegatus est, debitor ejus non fuit, exceptione SCti poterit uti, quemadmodum mulieris fidejussor.*

---

u) Anche chi non essendo debitore della donna è delegato da essa a intercedere gode del beneficio del SCto. Però in questo caso della delegazione ha grande influenza, per l'applicabilità del SCto, la conoscenza dell'atto che si compie sia da parte della donna che del delegato e del creditore.

Anzitutto quando la donna sa che il delegato non è suo debitore esso ha sempre il SCto Vellejano perchè *fraus Senatusconsulto facta videbitur*, dice la L. 8, § 6, Dig. h. t., *et ideo exceptio datur*. Se però il delegato conscio anche dei suoi rapporti verso la donna avesse concordato con questa per illudere il creditore, allora in causa del dolo non potrebbe godere del SCto. Se invece la donna crede che il delegato sia suo debitore e non lo è, bisogna distinguere; il delegato lo sa, ed allora, lasciandosi delegare, evidentemente accetta di assumerne la qualità e quindi come ogni debitore delegato non può poi eccepire il SCto (L. 8, § 5, h. t.). Più difficile è il caso in cui ambedue, la donna e il delegato, credessero di essere questi debitore, e quella creditrice pur non essendolo. Finchè i varî rapporti fra loro restano ignorati, il delegato ha certamente l'*exceptio;* ma quando la verità è conosciuta? Allora il delegato potrà obbligar la donna a sottostare essa alla intercessione. Ma qui il GRADENWITZ, *Op. cit.*, p. 103, vede una grande difficoltà perchè la donna, egli dice, si trova costretta ad assumere un'obbligazione altrui, mentre aveva l'intenzione di pagarla semplicemente. Ma ciò non mi pare esatto; perchè se la donna aveva intenzione di pagare e per questo delegò il suo creduto debitore, trovandosi poi che questi non è tale, l'effetto sarà evidentemente che la donna sarà obbligata a pagare essa direttamente, ma non a intercedere. Che se invece delegò a intercedere, allora è anche giusto che, mancando il debitore delegato, sottostia essa direttamente all'intercessione.

Venendo poi ai rapporti che corrono fra il delegato e il creditore variano pure le conseguenze a seconda della concorrenza che essi hanno della vera posizione giuridica loro e della donna intercedente. Infatti se il creditore sa dell'avvenuta intercessione

difendersi al modo stesso dell'intercedente, mediante l'eccezione del Senatusconsulto, quando egli avesse dovuto eseguire il pagamento, potrebbe far valere contro la donna il suo regresso coll'*actio mandati*, e toglierle così indirettamente il suo privilegio [23]). Quindi deve spettare al garante l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano, tanto più poi quando egli guarentì per l'intercedente di sua spontanea volontà e senza di lei incarico. CAJO CASSIO era veramente di diversa opinione, ma non così GIULIANO, che fu seguìto da ULPIANO, come si rileva dal seguente passo:

L. 16 § 1 Dig. h. t. *Si ab ea muliere quae contra Senatusconsultum intercessisset, fidejussorem accepissem:* CAJUS CASSIO *respondit, ita demum fidejussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuisse.* JULIANUS *autem recte putat, fidejussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet* [24]): *quia totam obligationem* [25]) *Senatus improbat: et a Praetore restituitur prior debitor creditori* [v]).

---

23) POTHIER, *Pandect. Iustin.* tom. I h. t. num. XXXVII nota *a*.

24) Poichè il mallevadore il quale avesse guarentito per l'intercedente senza di lei incarico, potrebbe intentare l'*actio negotiorum gestorum*. L. 20 § 1 D. *Mandati*. Vi ha qui egual ragione, a togliere l'azione di *regresso* che spetta anche in questo caso al mallevadore della intercedente l'eccezione del Senatusconsulto.

25) Sotto l'espressione *tota obligatio* si comprende non solo l'obbligazione della donna intercedente, ma anche quella di colui che intercede per lei: così osserva molto giustamente contro Accursio Ant. FABER in *Rational. in Pand.* ad h. L.

---

e il delegato no, è giusto che questi possa valersi del SCto secondo la regola generale, e così quando lo sappiano ambedue (L. 32 § 3 L. 8 § 4 Dig. h. t.); ma se lo sappia il solo delegato e non lo sveli al creditore, allora in causa del dolo egli non potrà servirsi del SCto, come espressamente dispone la stessa L. 32 § 3. Nel caso poi che ambedue ignorassero che si trattasse di un'intercessione la L. 19 § 5 di AFRICANO, che ne parla, fa ancora una distinzione a seconda del momento in cui il delegato viene a sapere che si tratta d'un'intercessione. Poichè se lo sa prima di pagare si applica la regola generale ed avrà l'*exceptio* contro il creditore, purchè naturalmente manchi il dolo; ma se lo sa *dopo* pagato, allora lo si considera come se avesse semplicemente dato a credito il denaro alla donna e poi essa avesse ceduto questo suo debito al creditore pagato: *an vero perinde habendum sit,* dice la L. 19 § 5, *ac si initio ego pecuniam mulieri credidissem, ne rursus tu mihi in creditum isses.* Ma allora viene anche a cessare in questo incarico il vero carattere di delegazione come AFRICANO stesso fa notare, e come gli scrittori ordinariamente riconoscono (vedi GLÜCK stesso più sopra, nota 23 e GRADENWITZ, *Op. cit.* p. 134-44, il quale svolge molto ampliamente l'esame di questa legge difficile).

v) Il GRADENWITZ riporta l'opinione di CASSIO alla regola generale che sia ac-

Siccome però il fidejussore di regola non può avere maggiori diritti della donna intercedente, così si comprende come in tutti quei casi privilegiati più sopra esposti, egli non possa servirsi, al pari della donna stessa, del Senatusconsulto Vellejano [26]). Ma però non si può certamente negare al mallevadore quest'eccezione del Senatusconsulto per la ragione che la donna se ne sia resa indegna o perchè non voglia servirsene [27]); poichè non è lecito per il suo dolo danneggiare un terzo incolpevole [28]), o toglier qualche cosa ai diritti di questo in causa della sua renuncia [29]). Ben diversamente sarebbe però quando qualcheduno avesse *scientemente* interceduto per una donna la quale avesse agito con dolo o avesse già renunciato al Senatusconsulto. Perocchè in tal caso egli deve considerarsi come compartecipe al dolo e come tacitamente renunciante all'eccezione del Senatusconsulto [30]) *x*).

II. L'eccezione del Senatusconsulto Vellejano appartiene a quelle eccezioni privilegiate le quali possono essere eccepite in qualunque

---

26) ROESLIN, Op. cit. pag. 192 § 99.

27) ROESLIN, Op. cit. pag. 193 § 100.

28) L. 11 pr. D. *de doli mali et metus except.*

29) L. 41 Dig. *de minorib. Unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt.*

30) ROESLIN, op. cit. 194 § 101.

---

cordata l'*exceptio* ai fidejussori che hanno regresso contro la donna, e ciò per analogia ad altre eccezioni che si accordano ai fidejussori con regresso; così per esempio: l'eccezione di nullità (L. 32 D. *De pactis* II 14 — L. 46 *De fidejuss.* XLVI 1); così l'eccezione del SCto Macedoniano (L. 9 § 3 D. *De SCto Maced.* XIV 6). Certo però che la legge non parla di regresso, ma semplicemente di chi è stato *rogatus* dalla donna ed ha l'*actio mandati* verso di essa, mentre il regresso, come GRADENWITZ stesso riconosce, si può avere per altre ragioni anche senza l'*actio mandati;* ma in ogni modo è questione secondaria una volta che poi prevalse l'opinione di GIULIANO, che accordava l'*exceptio* a tutti i fidejussori.

x) Considerevoli sono le leggi 6 e 7 h. t. rispetto ai fidejussori. La prima di ULPIANO, ma riferente un'opinione di PAPINIANO, nota come i fidejussori di una donna intercedente non hanno l'*exceptio* quando il creditore « *qui accepit fidejussores ignoravit matrem* (si tratta del caso di una madre intercedente pel difensore di un figlio assente) *eis mandasse;* regola analoga a quella che abbiamo già osservata per la delegazione. Nella L. 7 poi PAPINIANO stesso, riprendendo la questione, nota come per tutelare questo fidejussore, se non si può accordargli un'azione contro la donna, *quia facti non potest ignorantiam praetendere,* avrà però un'*actio negotiorum gestorum* contro il difensore, l'antico debitore « *quia mandati causa per Senatusconsultum constituitur irrita, et pecunia fidejussoris liberatur.*

stadio del processo, anche dopo la sentenza, fino all'esecuzione. Per il Diritto romano ciò non offre alcun dubbio: le eccezioni dei Senatusconsulti Vellejano e Macedoniano hanno, a questo riguardo, per espressa disposizione di legge [31]), un egual privilegio. Cionondimeno oggi molti [32]) vogliono combattere questo privilegio poichè per l'ultimo Decreto imperiale § 37 si esige assolutamente dal convenuto di produrre simultaneamente, nella sua prima risposta, tutte le eccezioni dilatorie o perentorie che egli crede di potere opporre. Pur tuttavia io non credo che possa essergli tolto quel privilegio [33]): poichè, come è noto, una nuova legge, per generale che sia, non può abolire le eccezioni fatte dalle leggi antiche [34]) *y*).

III. Se l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano non sia stata opposta, può il giudice supplirvi d'ufficio? *y bis*) Alcuni lo affermano [35]):

---

31) L. 11 Dig. *de SCto Macedon.*

32) SCHAUMBURG, *Princip. prax. iurid. iudic.* lib. I sect. I memb. II cap. IV § 9 nota ** e GOENNER *im Handbuche des deutsch. gemeinen Prozesses* [Manuale della procedura comune tedesca] vol. II num. XXXIII § 11 pag. 195.

33) Vedi DANZ, *Grundsätze des ordentl. Prozesses* [Principii della procedura ordinaria] § 186. HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 4142 et 4391. — THIBAUT, *System des P. R.* [Sistema del diritto delle Pandette] vol. II § 956.

34) THIBAUT, *System* cit. parte I § 39.

35) WEHRN., *Theor. pract. Grundriss der Lehre von gerichtlichen Einwendungen* [Compendio teorico pratico della dottrina delle opposizioni giudiziali] § 68.

---

y) Oltre i fidejussori e i delegati anche coloro che hanno costituito un pegno in favore della donna intercedente partecipano al beneficio del SCto Vellejano. *Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam aut pro filio familias, cui contra SCtum creditum est, an his succurritur quaeritur? Et in eo quidem qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur succurri ei: sicut fidejussoris (hujus) mulieris eadem datur exceptio* (L. 2 D. *Quae res pignori* ecc. XX 3).

Per il *mandatum qualificatum* e per il *constitutum debiti alieni* le fonti non dispongono espressamente, nè è facile, nel silenzio della legge, determinare sicuramente se il garante in questi casi potesse usufruire dell'*exceptio*, attese le differenze sottili e lungamente discusse fra queste forme di guarenzia e la fidejussione. Mi pare però che le ragioni per cui si concede l'*exceptio* ai fidejussori possano valere per tutti i garanti della donna, sotto qualunque forma, e tutti quindi debbano potere usufruire del SCto. Per un più amplio svolgimento di questa questione V. GRADENWITZ, *Op. cit.* p. 157-59.

y bis) Questa questione si riconnette a quella se l'intercessione della donna sia nulla *ipso jure* o solo *ope exceptionis*, che noi abbiamo già svolto a nota 2 (Cfr. principalmente il SINTENIS, *Op. cit.* in *Ann.* del SELL p. 348-52 — il FUHR, *Op. cit.* p. 68-76 — il GRADENWITZ, *Op.* e *loc. cit.* e recentissimamente il THON, *Opuso. cit.* p. 82-89).

ma per il principio più giusto sostenuto dai pratici odierni, che il giudice non possa supplire d'ufficio a nessuna eccezione [36]), deve invece rispondersi negativamente a questa questione [37]). E tale opinione è anche più conforme allo spirito delle leggi, perchè l'azione del creditore contro l'intercedente non è inammissibile *ipso jure*, ma è solo resa inefficace *ope exceptionis*. Ed anche ULPIANO dice che l'intercedente può esser condannata nella L. 11 Dig. *ad SCtum Maced.* Inoltre non è necessario che l'eccezione del Senatusconsulto Vellejano sia sempre eccepita sotto questo nome, bastando che la donna porti tali circostanze di fatto che rivelino senza dubbio un'intercessione e diano occasione all'attore di produrre *replicando* le obiezioni in contrario. In questo caso il giudice può applicare egualmente e giustamente le leggi sull'invalidità delle intercessioni femminili [38]). In que' casi poi in cui l'intercessione sia assolutamente nulla (vedi più sopra § 923), allora deve veramente rigettarsi d'ufficio l'azione, poichè infatti non può darsi luogo in essi ad azione alcuna. Ma allora il giudice non supplisce a un'eccezione, ma esercita semplicemente il suo ufficio di rejezione [39]).

§ 927.

Uso odierno del Senatusconsulto Vellejano.

Che il Senatusconsulto Vellejano sia ammesso in Germania lo prova la pratica attuale [40]). Non può veramente negarsi che esso sia stato

---

36) GOENNER, *Handbuch des gemeinen Prozesses* [Manuale della procedura comune] vol. I num. X § 13.

37) HUBER, *Praelect. ad Pand.* h. t. § 7. — LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract. Pand.* h. t. § 20, — HOFACKER, *Princip. jur. civ. R. G.* tom. II § 4142 num. IV.

38) Vedi ROESLIN, *Tratt.* cit. vol. II pag. 221.

39) Tuttociò che si connette al giudizio di una cosa forma obbietto di riflessione pel giudice. Vedi GOENNER, loc. cit. § 4 pag. 240 e seg.

40) Vedi Crist. THOMASIUS, *Diss. de uso exiguo SCti Vellejani in foris Germaniae*, Halae 1707, confutata però distesamente da ROESLIN nell'op. cit. vol. II pag. 217-222.

modificato in diverse maniere dagli speciali statuti tedeschi e dal diritto patrio [41]); ma dove mancano tali speciali disposizioni, vige la regola del Diritto romano. Le frequenti renuncie che avvengono in pratica dimostrano di per sè sole evidentemente il vivo uso di questo Senatusconsulto. Il cancelliere della Università di Halle, Gian Pietro LUDEWIG [42]) rammenta invero una quantità di differenze per le quali il Diritto odierno si distingue in ciò dal Diritto romano; così, per esempio, che ora la donna non può più ripetere ciò che pagò, come intercedente, per ignoranza di Diritto, neppure il pegno che essa abbia dato per un debito altrui. Al contrario oggi può usare del Senatusconsulto anche quando essa abbia ricevuto un compenso.

Ma tutte queste pretese differenze si fondano sulla falsa presupposizione che i Romani riprovassero le intercessioni femminili solo in riguardo alla semplicità delle donne, e che i Tedeschi invece accettassero il Senatusconsulto Vellejano al solo scopo d'impedire che le donne siano fraudolentemente ingannate [43]). Ma i Romani non ebbero forse riguardo anche a questo motivo? E a che si riferisce la femminil debolezza che ULPIANO rammenta nella L. 2 § 2 Dig. h. t. se non all'inganno in cui le donne possono tanto più facilmente cadere in causa della loro leggerezza? Non dice forse ULPIANO stesso al § 3: *Senatusconsultum deceptis, non decipientibus opitulatur. Infirmitas enim feminarum auxilium meruit?* [z]).

---

[41]) Riportano questi Statuti SCHROETER, nell'opera citata (*vermischt. jurist. Abhandlungen*) vol. I pag. 43 e seg. — ROESLIN, *Abhandl. von besond. weiblich. Rechten* [Trattato dei diritti speciali delle donne] vol. II pag. 242 e seg. e Ad. Frid. TRENDELENBURG, *Diss. de intercessione foeminarum secundum jura Slevicensia et holsatica.* Kilonii 1776.

[42]) *Differentiae juris Rom. et Germanici in Senatusconsulto Vellejani exule.* Halae 1720.

[43]) ROESLIN ha estesamente dimostrato l'insussistenza delle differenze sostenute da LUDEWIG nell'opera citata (*Abhandlung von besond.*, ecc.) pagine 222-233.

---

z) Coll'avvicinarsi dell'età nostra anche sotto l'impero del Diritto comune il SCto Vellejano cominciò a perdere praticamente gran parte della sua efficacia. *On y commença,* osserva dottamente il GIDE (*Op. cit.* p. 406) *pour tempérer sa rigueur en per-*

mettant à la femme de s'y soustraire par une renonciation: bientôt cette renonciation devint une clause de style; et quand le Velléjén eut ainsi dégénéré en une vaine formalité, pour employer l'expression d'un contemporain « en une ridicule chicane » *les jurisconsultes en sollicitèrent l'abrogation et la législation vint enfin en débarrasser la jurisprudence...* E un Editto di Enrico IV dell'agosto 1606 prescriveva che si ritenesse come sempre presupposta la renuncia. Anche in Germania, sebbene ammesso nella pratica, il Senatusconsulto non trovò troppa fortuna: e il THOMASIUS si meravigliava che vi fosse stato introdotto ritenendolo inopportuno perchè, come egli si esprime, non si saprebbe dire se avvenga più spesso che gli uomini ingannino le donne o queste gli uomini. Onde, ad eluderne gli effetti, si misero in opra numerosissimi mezzi che presero il nome di *cautelae Vellejani* per cui praticamente ne venne ristretto immensamente l'uso. Oltredichè, come il GLÜCK stesso osserva, l'intercessione della donna subì speciali modificazioni ne'diversi Stati tedeschi, come, per esempio, nel Würtemberg, nel Meklemburgo, nel Lippe-Detrnold (V. DERNBURG, *Op. cit.* pag. 121); e in tutta la Germania, pur sotto l'impero del Diritto comune, si ritenne come perfettamente valida quando fosse fatta per atto *quasi publicum*, cioè semplicemente sottoscritto da tre testimoni (V. l'ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, vol. II § 362). Il codice Napoleone non serba traccia del Vellejano; così anche il Codice italiano vigente. Però la donna non ha neppure in essi raggiunta la piena capacità di obbligarsi e di disporre delle cose sue; e le antiche tendenze di vederla tutelata nella sua debolezza e d'impedirle di disperdere i beni patrimoniali si veggono riprodotte in due istituti di questi codici: — la necessità dell'autorizzazione maritale — la inalienabilità dei beni dotali (Vedi il PAOLI, *Del matrimonio rispetto ai beni*, Torino 1887 — lo SCOTTI, *Dell'autorizzazione maritale e giudiziale* nell'*Archivio Giuridico*, vol. IV pag. 387, — e il GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. III § 100 e seg.). — Il codice prussiano del 1794 rende valida ogni intercessione quando alla donna ne sia stato dichiarato l'effetto in giudizio. Il progetto di codice tedesco redatto dalla Commissione incaricata (Berlino 1888) non richiede per l'intercessione che il consenso maritale (§ 1277). Ogni limite è tolto dal Codice civile austriaco, il quale al § 1549 dispone: « Chi ha libera amministrazione del suo patri« monio può sempre obbligarsi per altri senza distinzione di sesso ». Più ampliamente anche la Legge inglese 14 febbraio 1882, che dà alle donne la piena facoltà di obbligarsi senza bisogno d'autorizzazione alcuna. Forse anche l'autorizzazione maritale e l'inalienabilità della dote, ultime traccie delle antiche limitazioni, potranno completamente sparire dai codici futuri, spezzando così ogni vincolo alla capacità d'agire della donna e alla disponibilità dei suoi beni; ma questi istituti sono così complessi nella loro applicazione, così connessi a tante ragioni giuridiche e sociali, che sarebbe ben arduo l'affermare se sia o no bene che rimangano nelle nostre legislazioni; e in ogni modo non sarebbe qui il caso di vederlo. Certo è che per quel che riguarda il Senatusconsulto Vellejano la sua disparizione è stato il giusto e razionale effetto di mutate condizioni di cose; poichè esso mancherebbe d'ogni ragion d'essere oggi che la scienza e la progredita civiltà hanno dimostrato la piena eguaglianza psichica e morale dell'uomo e della donna; oggi che il concetto dei beni famigliari si va per legge e per consuetudine a mano a mano disperdendo, e alla famiglia soprastà indipendente l'individuo.

TITOLO II.

De Compensationibus *)

§ 928.

Concetto della compensazione. Fondamento e requisiti della medesima.

Sotto il nome di *Compensatio* [44]) [a]), che nelle leggi viene anche so-

---

[44]) Herm. VULTEJUS, *De Compensationibus,* Marb. 1589. — Pet. BELLOJI, *Dissertat.* III *de eod. arg.* (in MEERMANN, *Thes. iur. civ. et can.,* tom. IV). — Scipio GENTILIS, BORCHHOLTEN e MAESTERIUS, *De Compensat.* — Franc. DUARENUS *Commentar. in hunc Tit. Pandect. et Cod.* in *Operibus,* pag. 993. — Io. Tob. CARRACH, *Diss. de praecipuis differentiis iuris Rom. et Germ. in compensatione,* Halae 1739. — GÖTZ, *Beiträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit* [Contributi alla dottrina popolare del diritto], vol. I, n. III, pag. 65-95. — Parit. Herm. ANKELMANN, *Diss. de Compensatione, et speciatim de debito tertii compensando,* Gött. 1791.

---

*) Questo Titolo è tradotto ed annotato dall'avv. TERESIO TRINCHERI.

a) *Bibliografia.* — BARTOLI, *Op. ad h. t.* D. — BALDI, *Op. ad h. t.* — Seb. DE MEDICIS, *Tractatus de compensatione,* Flor. 1572. — VULTEIUS (cit. dall'A.). — BELLOJUS (id.). — GENTILIS (id.). — BORCHHOLTEN (id.). — MAESTERTIUS (id.). — DUARENUS (id.). — CUIACIUS, *Spec. Comm. in C. h. t.* e *Obs.* XV, 12. VIII, 6. — DONELLUS, *Comm. ad Cod. h. t.* e *Comm. iur. civ.*, XVI, 15. — LAUTERBACH, *Coll. theoret. pract. h. t.* — VOET, *Ad Pand. h. t.* — NOODT, *Comm. ad Tit. de Compens. in Op.*, II, p. 278 seg. — CARRACH (cit. dall'A.). — GÖTZ (id.). — ANKELMANN (id.). — EINERT, *De Compens. specimen.* I, 1830, p. 1-11. — ALLARD, *De Compens.* — KRUG, *Die Lehre von der Compensation* [La teoria della compensazione], Lips. 1833. — FUHR, *Recens.* al medes. *in Schmuck's Jahrbücher* [Annali dello Schmuck], 1836, XXVII, pag. 109 seg., 217 seg. — HARTTER, *Das Römisch-deutsche Recht der Compensation* [Il diritto romano-tedesco della compensazione], Monaco 1857. — BRINZ, *Die Lehre von der Compensation* [La teoria della compensazione], Lips. 1849. — Detto, *Ipso iure compensari* in *Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechts* [Annali di diritto comune tedesco]. — SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts* [Contributi all'elaborazione del diritto romano], I, VII, Erlangen, 1853. — DERNBURG, *Die Compensation nach Römischen Recht* [La Compensazione secondo il diritto romano], Eidelb. 1854. — BETHMANN HOLLWEG, *Beiträge zur Lehre von der Compensation* [Contributi alla teoria della Compensazione] in *Rheinisches Museum* [Museo Renano], I. 50. — SINTENIS, *Von der processualischen Natur der Compensation* [Della natura processuale della compensazione] in *Giessener Zeitschrift* [Giornale di Giessen], XVIII, 1. — KRUG, *Noch ein Wort über die Bedeutung des Satzes* compensatio fit ipso

vente chiamata *pensatio* [45]) [b]), si comprende in generale l'estinzione

---

[45]) L. 7 § 1 L. 15 D. h. t. L. 39 D. *Soluto matrimonio* [XXIII, 3] L. 67 § 3 D. *De legatis,* II [XXXI] L. 18 D. *Commodati* [XIII, 6] L. 51 § 2 D. *Familiae erciscundae* [X, 2] L. 18 pr. D. *De pign. act.* [XIII, 7]. *Pensare* vale propriamente *pesare*. La denominazione deriva dunque dall'epoca più antica, quando, prima dell' invenzione della moneta, si usava pagare con metallo greggio colui a cui si era debitore. — PLINIUS, *Histor. Natur.,* lib. XXXIII, cap. 3. — Guil. BUDAEUS, *De asse et partibus eius,* lib. I, pag. 178. — BRISSONIUS, *Antiquitates,* lib. I, cap. 7. — Iac. PERIZONII, *Diss. de aere gravi* § 3 in *Dissertat.,* pag. 404.

iure [Ancora una parola sulla significazione del principio *comp. fit i. iu.*] in *Sächsischer Zeitschrift* [Giornale Sassone], XII, p. 289 seg. — HARTTER, *Zur Berichtigung der Theorie der* Compensatio *und* Deductio [Per la correzione della teoria della *Comp.* e della *Ded.*] in *Giess. Zeitschr.,* XIX, 6. — REH, *Wann darf der Richter die illiquide* exceptio compensationis *zur besonderen Ausführung verweisen?* [Quando poteva il giudice rimandare ad un giudizio speciale l'illiquida *exc. comp.*?] in *Archiv für civilistiche Praxis* [Archivio per la pratica civile], II, 17. — HASSE, *Ueber die Compensation und ihre Liquidität* [Sulla compensazione e sulla sua liquidità], *ibid.* VII, 9. — TELLKAMPF, *Ueber das Erforderniss der Liquidität bei der Compensation* [Sul requisito della liquidità nella compensazione], ibid. XXIII, 11. — KRUG, *Ueber die Römische rechtliche Auffassung der* Compensatio [Sul concetto giuridico romano di *Compensatio*], ibid. XXV, 6. — SEUFFERT, *Ueber die Compensation einer Forderung auf Rechnungs-Ablage mit einer Geldforderung* [Sulla compensazione di un credito dipendente da una resa di conti con un credito pecuniario], *ibid.* III, 13. — GENSLER, ibid. n. 14. — SEUFFERT, *ibid.* XI, 16, 6. — VALETT, *Nach dem Justinianischen Recht können auch solche Ansprüche, die auf ungleichartige Gegenstände gerichtet sind, gegeneinander compensirt werden* [Secondo il diritto giustinianeo possono anche venir compensate reciprocamente quelle ragioni di credito aventi obietti che non sono della medesima specie] in *Abhandlungen* [Dissertazioni], n. 3 — GESTERDING, *Ueber die Zulässigkeit der Compensation bei dinglichen Klagen* [Sulla ammissibilità della compensazione nelle azioni reali] in *Ausbeute* [Miscellanea], III, 6. — RIESS, *De Compens. iur. rom.,* Berl. 1858. — UBBELOHDE, *Ueber den Satz* ipso iure compensatur [Sul principio *i. iu. comp.*], Gott.ur 1858. — ASHER, *Die Compensation in Civilprocess des klassischen Rechts* [La compensazione nel processo civile del diritto classico], Berl. 1862. — PILETTE, *De la Compensation* nella *Revue historique,* VII, 1, 132. — DESJARDINS, *De la Compensation,* Paris 1864. — DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation* [Storia e teoria della compensazione], 2.ª ed., 1868. — SCHWANERT, *Die Kompensation nach Römischen Rechte* [La compensazione secondo il diritto romano], 1870. — EISELE, *Die Kompensation* [La compensazione], 1876. — STAMPE, *Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen* stricti juris judicium [Il processo di compensazione nel *judicium stricti juris judicium*], 1880. — *Trattati generali*: VANGEROW, III, § 618. — SCHUPFER, *Obbligazioni,* p. 273 seg. — HEIMBACH in *Weiske's Rechtslexicon* [Dizionario giuridico di Weiske], II, p. 722. — KOCH, *Obl. r.,* 2.ª ed., II, p. 684 seg. — SINTENIS, *Civilr.,* II, p. 104. — BRINZ, *Pand.,* I, p. 149. — WINDSCHEID, 6.ª ed., II, p. 389. — ARNDTS-SERAFINI, 3.ª ed., II, p. 183. — FRITZ, *Erläuterung* [Illustrazione], II, p. 395, 410. — COHN, p. 1204 seg. — FÖRSTER, I, § 94. — DERNBURG, *Pand.,* II, p. 164.

b) Le parole dell'A. alla nota 45 potrebbero indurre un equivoco. Il verbo *compensare* deriva bensì dalla radice *pend;* ma tale derivazione è da riportarsi al momento

di un debito mediante un contrario credito. In questo senso, essa può quindi basarsi o in una convenzione delle parti, o in una disposizione delle leggi. La prima dicesi *compensazione volontaria* (*compensatio voluntaria* opp. *hominis*); la seconda dicesi *necessaria* o *legale* (*compensatio necessaria* opp. *iuris* opp. *legalis*) [16]). La prima dipende dalla libera volontà degli interessati in quanto hanno, sui crediti stessi, facoltà di disposizione. Essa può quindi aver luogo anche se i reciproci crediti non sono della stessa specie [17]) *c*). La seconda, invece, è vincolata dalle leggi civili a determinate regole. Questa ha luogo soltanto quando il credito e il controcredito consistono in cose fungibili e sono entrambi incondizionati, liquidi e della medesima specie [18]) *d*). In questo caso il mio creditore, che fosse al tempo istesso mio debitore, agirebbe in mala fede se volesse esigere da me il pagamento del debito, poichè egli dovrebbe poi ridarmi indietro

---

16) Bellojus, cit. *Diss.* § 1. — Höpfners *Commentar über die Heineccischen Institutionen* [Commentario alle istituzioni di Eineccio] § 978. — Hofacker, *Princip. iur. civ.*, tom. III, § 4119.

17) V. Sixt. Iac. Kaff, *Diss. de compensatione circa maleficia*, § 3. — Frid. Cappell, *Diss. quaestionem exhibens, an compensationi obstet praescriptio?* praes. — Alb. Phil. Frick, *Def.*, Helmstadii 1794 § 3. Altri respingono questa partizione e ravvisano nella *compensatio voluntaria* piuttosto una *datio in solutum*. — V. Io. Schmidel, *Diss. de compensationibus*, th. 5 — Io. Wunderlich, *Diss. de re litigiosa non compensanda*, Ienae 1756 § 2.

18) L. 4 L. 8 L. 14 Cod. h. t. [IV, 31].

---

in cui i composti della radice medesima avevano già assunto il significato derivativo di *pagare*. È da osservarsi ancora come sarebbe erroneo far risalire il concetto di compensazione ad un momento giuridico primitivo, perchè esso presuppone invece un certo grado di svolgimento dei rapporti economici: infatti una persona avvezza a scarse e povere contrattazioni concepisce con difficoltà l'idea della reciproca estinzione del suo credito e del suo debito.

c) Il concetto qui esposto dall'A. non è totalmente esatto. Non si ha compensazione, nel senso giuridico speciale della parola, se non quando i crediti da scomputarsi sono realmente equivalenti: nel caso diverso la figura assunta dal negozio è piuttosto quella di una *datio in solutum*. La compensazione propriamente detta può essere a sua volta o *volontaria*, o *giudiziale*, secondo che avviene pel libero consenso dei reciproci creditori, oppure spiega il suo effetto nello svolgersi del giudizio. Ma anche nel primo caso il momento determinante di questo istituto è sempre il suo fondamento giudiziale.

d) Dei requisiti dei crediti da compensarsi tratterà a lungo l'A. in successivi paragrafi. Si osservi intanto che l'indicazione qui fatta di taluni requisiti non è nè precisa nè completa: non basta che il credito sia incondizionato, occorre che sia esigibile. Ma di ciò in seguito.

quello che io gli avessi pagato [49]) *e*). Ed invero, che gioverebbe a lui se io effettuassi il pagamento? A me invece tornerebbe assai vantaggioso il non effettuarlo, pel caso che frattanto egli fosse divenuto insolvente. Giustamente dice qui POMPONIO: « *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere* ». L'equità richiede dunque che il mio creditore acconsenta alla compensazione poichè egli, in quella somma di cui mi è debitore, già effettivamente ha, in tutto o in parte, ciò che avrebbe diritto di esigere da me. Su questo fondamento dell'equità riposa quanto ci dice GIULIANO (L. 2 D. h. t.): « *Unusquisque creditorem suum, eundemque debitorem, petentem summovet, si paratus est compensare* ».

La *compensatio iuris* o *necessaria*, di cui noi qui tratteremo, è dunque la estinzione di un debito pel fatto dell'esistenza di un contrario credito, liquido ed incondizionato, della medesima specie *f*). MODESTINO dice (L. 1 D. h. t.): « *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* ». Nello stesso concetto concorda anche TEOFILO nella sua Parafrasi greca delle Istituzioni giustinianee [50]) dicendo: « *Compensatio est mutua computatio* (ὁ ἀντέλλογος), *id est, debita inter se conferre et computare* ». Entrambi collocano dunque l'essenza della compensazione in una confusione (*confusio*) *g*) ed estinzione dei reciproci crediti, così come essa succederebbe per scambievole pagamento, che

---

[49]) L. 173 § 3 D. *De div. reg. iuris* [L. 17]: *Dolo facit qui petit quod redditurus est.*

[50]) Lib. IV tit. 6 § 30.

---

e) I giureconsulti romani per ricercare il fondamento della compensazione ricorrevano al concetto del dolo; ma è noto qual larga portata avesse tale concetto in diritto romano. Più esattamente POMPONIO ricerca il fondamento dell'istituto stesso in una ragion d'interesse: « quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere ». E per vero la compensazione non è se non il risultato giuridico di quel principio economico, che tende ad ottenere il maggior numero di contrattazioni colla minor quantità di numerario possibile; principio che a sua volta è corollario della legge generale del *minimo mezzo*. Probabilmente anche l'osservazione del vantaggio pratico che presenta la compensazione pel caso di sopravvenuta insolvenza influì nello sviluppo di questo istituto.

f) Veggasi l'osservazione alla nota *d* sui requisiti dei crediti da compensarsi.

g) Il nostro A., esponendo l'essenza della compensazione, si serve della parola *confusione*. Occorre appena avvertire ch'egli l'usa qui nel suo senso generale volgare, e non già nel senso tecnico giuridico.

però qui non accade effettivamente, ma solo giuridicamente, è ritenuto per così valido come se fosse accaduto. Gerardo NOODT [51]) definisce perciò la compensazione come una *mutua solutio, iuris interpretatione quasi per brevem manum facta* [h]).

§ 929 *).

Quali debiti vengano estinti per mezzo della compensazione **).

La compensazione presuppone dunque in primo luogo un debito scambievole. Debbono tuttavia esistere delle vere obbligazioni reci-

---

[51]) *Commentar.* ad Dig. h. t., pag. 356.

---

h) Altre definizioni: DONELLUS: « Compensatio est debiti et crediti inter se contributio ex mutua utriusque in unum contributione in utriusque ligatoris persona » (loc. cit. § 1). — WINDSCHEID: « La compensazione è l'estinzione di un diritto di credito, per mezzo di un altro diritto di credito, che il debitore ha per parte sua contro il creditore » loc. cit.). — DERNBURG: « La compensazione è l'estinzione di contrari crediti per mezzo di scomputo dei medesimi » (*Pand.* loc. cit.). — SCHUPFER: « La compensazione è il pareggio del mutuo debito e credito che esiste fra le stesse persone o l'imputazione di ciò che una parte deve all'altra » (loc. cit). — Ugualmente il SERAFINI nelle sue *Istituzioni*.

*) Per legittimo impedimento del Dott. Teresio TRINCHERI il presente titolo da questo punto vien tradotto ed annotato dal Dott. Carlo LONGO.

**) Agli autori citati nella nota *a* del paragrafo precedente conviene aggiungere due opere recentissime: una è la 2.ª edizione del *M. A. Labeo* del PERNICE, l'altra l'*Histoire de la compensation en droit romain* di C. APPLETON, Paris, 1895; opere che utilizzeremo specialmente in una appendice storica che andrà annessa al presente titolo. Nel nostro autore la storia della compensazione può dirsi quasi negletta intieramente. Col presente paragrafo egli incomincia lo studio particolare relativo ai singoli requisiti oggettivi e soggettivi, che le obbligazioni debbono possedere, perchè possa tra loro venire ammessa la compensazione.

Prima però di iniziare tale studio, conviene osservare quanto segue in ordine al concetto della compensazione, le sue specie, ed i negozi ad essa relativi:

1.° La definizione del NOODT, data dall'Autore in fine del precedente paragrafo, rende necessario ricercare quali rapporti vi siano tra la compensazione ed il pagamento. Il NOODT, come si vede, eguaglia la prima ad un pagamento che il debitore (creditore nel controcredito) fa al suo creditore *brevi manu* mediante la prestazione di ugual genere che a sua volta da lui potrebbe richiedere. Tale costruzione giuridica è però da rigettare, perchè facilmente conduce a credere che la compensazione non sia che un pagamento effettuato mediante una *traditio brevi manu;* e ciò sarebbe errato, poichè la *traditio brevi manu* contiene sempre un vero trasferimento di proprietà, e soltanto manca di fronte alla vera *traditio* della esterna formalità di consegna da mano a mano; mentre nella compensazione non solo non v'è questa forma di fronte al pagamento, ma

proche fra loro compensabili, se anche l'una non abbia la stessa efficacia dell'altra. Ciò però non avviene quando l'obbligazione con-

---

non esiste trasferimento reale di sorta; lo dimostra il caso estremo (DERNBURG, *Comp.*, pag. 360), in cui la compensazione è più benefica che in ogni altro; quello cioè in cui nessuna delle due parti ha in sua mano di che soddisfare l'altra; e nonostante nulla vieta che avvenga compensazione.

Non meno da evitare è l'altra costruzione sostenuta da parecchi scrittori (KRUG, *Comp.*, pag. 6 seg., *Archiv f. civ. Pr.*, vol. XXV, pag. 212; — TELLKAMPF, *ibid.*, volume XXIII, pag. 301; — UNTERHOLZNER, *Schuldverh.*, I pag. 548; — HEIMBACH nel *Lexicon* del WEISKE, vol. II pag. 723) secondo la quale il creditore paga sè stesso con quanto egli deve a sua volta al suo debitore (creditore nel controcredito). Vengono apportate, come suffragio a tale opinione, due leggi: L. 31 § 1 D., *de her. pet.* (5, 3); L. 95 § 8 D., *de solut.* (46, 3). Ma anzitutto esse non parlano di compensazione, perchè, essendosi in materia di *actio in rem*, non era ciò possibile pel fatto che quivi la compensazione fu introdotta da GIUSTINIANO per la prima volta; e poi il pagamento in senso tecnico-giuridico è un atto che deve derivare dal debitore, nè può essere impreso dal creditore verso sè stesso (Contro questa opinione v.: FUHR, *Ann. di* SCHUNCK, vol. XXVII, pag. 113, *Arch. für. pr. R.*, I, pag. 144; — DERNBURG, pag. 359; — VANGEROW, *Pand.*, III, § 618 nota 1; — WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 349 nota 2).

Infine non ci sembra meno arbitrario il parere del VANGEROW, il quale costruisce la compensazione come *ficta solutio*. Secondo lui il diritto, nel concedere la compensazione, finge sia avvenuto il pagamento. Ma non v'è una ragione che giustifichi questa finzione. N'è v'ha una necessità giuridica di fondare la compensazione sul concetto di *solutio*, quasi che questa fosse l'unico mezzo di estinzione delle obbligazioni, e tutti gli altri le si dovessero sottordinare; nè consiglia tal ravvicinamento lo spirito dell'istituto della compensazione, poichè esso è nato in opposizione alla *solutio* e per escluderla; non è quindi naturale che sia sua essenza il fingerla avvenuta.

Compensatio e *solutio* sono dunque, dal punto di vista formale-giuridico, distinte e differenti: ed è per ciò che la prova della compensazione non è la prova del pagamento. Con ciò non si deve però dire che esse non abbiano alcuna relazione. Sono due modi di estinzione delle obbligazioni i quali hanno la nota comune di giungere ad un uguale effetto materiale. Dato infatti che la compensazione giudiziale non possa avvenire se non col presupposto di controprestazioni tra loro fungibili, è inevitabile riconoscere che il risultato di essa, quando sia avvenuta, è in tutti i casi simile a quello che si ottiene col reciproco pagamento (v. EISELE, pag. 130 e segg.). È in questo senso che le fonti raccostano, anzi trattano come fossero indifferenti la *compensatio* e la *solutio*; cioè perchè tali sono nel loro effetto. L. 4 C. h. t.: « *pro soluto* compensationem haberi oportet »; L. 4 D. *qui potior. in pign.* (20, 4): « nec interesse *solverit an pensaverit* »; cfr. L. 19 *de liber. causa* (40, 12); . 76 *de V. S.* (50, 16): « *dedisse* intellegendus est etiam is qui permutavit, vel compensavit ». E pertanto mal sono addotte queste leggi dal VANGEROW (loc. cit.) a sostegno della sua opinione che la *compensatio* sia *ficta solutio*. Il risultato da noi ottenuto dimostra infine come esageri il DERNBURG (pag. 362 e segg.) nel volere assolutamente negare qualsiasi relazione tra la compensazione ed il pagamento. Il difetto del suo ragionamento sta in ciò che egli considera sempre una sola delle parti che dovrebbero compensare; e difatti in tale ipotesi è ben diverso se questa riceva un pagamento, od invece sia soltanto liberata da un debito; ma se si considera che nel tempo stesso essa ha uguale obbligo di pagare una eguale prestazione, si vede che le è perfettamente indifferente avvenga un mutuo pagamento od una mutua liberazione *quoad concurrentes quantitates*.

traria che deve essere opposta in compensazione, o viene esclusa da un *pactum de non petendo*, ovvero dal diritto civile viene dichia-

---

2.° Per quanto riguarda la *compensatio voluntaria*, il nostro Autore (testo a nota 47 del paragrafo precedente) si è arrestato a rilevare che essa dipende dall'arbitrio delle parti, e che non è necessario nella medesima siano i controcrediti di ugual natura. Tale esposizione è incompleta e merita di essere meglio specificata con alcune osservazioni sul carattere giuridico del negozio libero diretto alla compensazione. Vedi in proposito KRUG, §§ 3, 29. — BRINZ, §§ 41-43. — DERNBURG, § 71. — REGELSBERGER, *Arch. für die civ. Pr.* XLVII pag. 164 e seg. — EISELE, pag. 229 e segg. — RÖMER, *Abhandlungen* (Dissertazioni), I. pag. 92 e segg.

Un negozio giuridico diretto alla compensazione può dalle parti concludersi all'atto della stipulazione di un altro contratto (*pactum de nominibus compensandis*). Lo stipulante qui si riserva il diritto alla compensazione in futuro per quei casi in cui non gli verrebbe concessa affatto dalle norme generali, o non gli verrebbe concessa se non entro certi limiti.

Ma la compensazione contrattuale nel senso tecnico del termine è la *compensatio in praeteritum*, cioè quella che ora si conclude per crediti già esistenti e liberi da ogni patto. Circa la costruzione giuridica di questa compensazione si sono ripetuti come per la giudiziale i riferimenti alla *solutio*. Il KRUG (pag. 87), pur sostenendo che questo contratto è diretto ad una reciproca rinunzia al proprio credito, opina che nello stesso tempo esso contenga una reciproca *datio in solutum*; il BETHMANN-HOLLWEG (p. 268), seguito dal BRINZ (Pand. 1.ª ediz., pag. 138) e BÄHR, *Anerkennung*, pag. 161, ammette invece che questo negozio sia diretto senz'altro ad un vicendevole pagamento. Ora anzitutto, dato quello che noi già conosciamo, cioè che nella compensazione contrattuale non è necessaria la omogeneità dei controcrediti da compensarsi, ma può esservi, ne deriva che tanto l'una quanto l'altra caratterizzazione non si escludono di necessità, dovendosi nel caso di diversità applicare il criterio della *datio in solutum*, nel caso di omogeneità quello della *solutio*. Ma, a prescindere da ciò, resta sempre quanto più avanti si è detto per la compensazione giudiziale, non esservi cioè alcuna necessità di ricorrere a l una finzione, quando l'istituto ha in sè stesso la sua spiegazione; il che nel caso della compensazione contrattuale è ancora rafforzato dal fatto che questa ragione si trova a sufficienza nella volontà delle parti.

Contro il KRUG specialmente poi è da notare che, avendo ammesso essere la nota essenziale del contratto diretto alla compensazione una reciproca rinunzia delle parti ai crediti vicendevoli, non gli rimaneva più luogo per caratterizzarlo come contenente una *datio in solutum*, giacchè non v'è bisogno di solvere ciò cui altri ha rinunziato.

Anche qui l'errore consiste nell'aver confuso l'effetto economico della compensazione contrattuale con la sua essenza formale-giuridica. Certo se A deve a B cento e B ad A un altro oggetto di specie diversa, e per compensazione contrattuale ciascuno trattiene quanto ha già in mano, l'effetto è come se B invece dei cento di cui è creditore avesse ricevuto l'oggetto accennato, ed A i cento invece dell'oggetto; ciò in cui appunto sta la caratteristica della *datio in solutum*. Ma ciò è ben diverso dal dire che l'essenza della compensazione contrattuale sia la *datio in solutum*.

La scienza moderna (DERNBURG, pag. 594; EISELE, pag. 236 e seg., SCHLESINGER, *Formalcontract*, pag. 158 e segg., WINDSCHEID, § 351 num. 2) è concorde nel caratterizzare la compensazione contrattuale come un contratto bilaterale di rimessione di debito; il quale si distingue dagli altri dello stesso genere in ciò che la rimessione non è una semplice liberalità, ma è fatta con l'intento di soddisfare il debitore nella

rata inefficace, per guisa che alla medesima non solo si opponga una eccezione perpetua, ma anche, quando fosse stata soddisfatta,

---

sua qualità di creditore nel controcredito; contiene cioè nel suo concetto la *causa solvendi*.

Esso poi è un negozio sinallagmatico, non una semplice combinazione esterna di due contratti unilaterali diretti alla rimessione, come ha sostenuto il Römer (loc. cit.). Lo scopo della compensazione può benissimo essere raggiunto in tal modo, ad esempio, in diritto romano con due accettilazioni, ma, sino ad espressa dichiarazione di volontà in tal senso, ciò non può supporsi; chè anzi la compensazione contrattuale porta nella sua essenza il carattere di bilateralità, poichè la rimessione viene operata da una parte, non solo per liberare l'altra come debitrice, ma per soddisfarla come propria creditrice: cioè l'atto di volontà, con cui una parte libera l'altra, contiene necessariamente e presuppone un corrispondente atto di volontà di questa per la propria liberazione. Il decidersi per l'una concezione piuttosto che per l'altra non ha importanza solamente teorica, ma ha delle conseguenze pratiche, specie nel caso in cui una parte ha compensato mediante convenzione un proprio credito con un controcredito dell'altra parte che in realtà non esiste.

In tale ipotesi, seguendo la nostra opinione, la dichiarazione di rimessione è inefficace per la natura stessa del contratto sinallagmatico, e quindi la parte che ha compensato conserva intatto il suo credito e può perseguirlo con azione, mentre facendo della compensazione contrattuale una combinazione solamente esteriore di due rimessioni unilaterali, la detta dichiarazione, come indipendente da quella dell'altra parte, rimane in tutta la sua efficacia; e quindi per il riacquisto di ciò che per errore si è erogato occorre ancora una *condictio indebiti*. Per la esegesi dei testi a ciò riferentisi vedi per tutti Eisele, pagina 238 e segg.; Windscheid, § 351 note 2 e 3 combinate.

Quanto ai presupposti della compensazione giudiziale di cui trattano il presente paragrafo ed i seguenti, è da dire che le norme relative non sono applicabili alla compensazione contrattuale che non richiede speciali qualità dei crediti e controcrediti.

3) Negozi relativi alla compensazione (Dernburg, pag. 505 e segg.; Eisele, p. 375 e segg. (§ 32).

I negozi relativi ad una *futura* compensazione possono essere *positivi*, quando tra le parti si conviene di ammettere la compensazione là dove la legge non obbligherebbe ad accettarla, *negativi* allorchè sono diretti a rinunziare ad un diritto di compensazione.

Il negozio positivo *pactum de compensando, de nominibus compensandis* sorge di regola, quando o una, o entrambe le obbligazioni reciproche non esistono ancora, e può essere stabilito sia a favore di una sola, sia a favore di entrambe le parti.

Il patto negativo consiste nella *rinunzia* ad una futura compensazione, e può essere a sua volta stabilito a riguardo di entrambi i contraenti o può costituire un impegno per quella sola parte che dichiara la rinunzia.

Questo patto sulla compensazione non è compatibile se non attraverso costruzioni arbitrarie, con una teoria che dia carattere di interesse pubblico alla compensazione medesima, tanto da farla avvenire per volontà del diritto senza che gli interessati vi partecipino, e con la sola coesistenza delle obbligazioni: è invece ammissibile qualora — come noi sosteniamo — il diritto di compensare rimanga libero alla parte interessata, essa sola lo metta in movimento (qualunque possa poi essere l'effetto della sua dichiarazione) e indi possa rinunziarvi.

possa ripetersi come indebito quanto fosse stato pagato [52]). Così, a cagion d'esempio, se il contrario credito del debitore derivi da un giuoco vietato, ovvero da una fideiussione assunta dalla creditrice. Tale è il senso della L. 14 D. h. t., nella quale GIAVOLENO dice: « Quaecumque per exceptionem perimi possunt in compensationem non veniunt [a]) ». Come illustrazione di questo principio possono vedersi i §§ 1 a 5 Inst. *de exceptionibus* (4, 13). Un credito al quale, se venga fatto valere con un'azione, può essere opposta l'*exceptio pacti conventi, doli, rei iudicatae, iurisiurandi, SCti Velleiani* e simili, è come se non esistesse affatto. « Nihil enim interest (dice PAOLO nella L. 112 D. *de div. reg. iuris* (50, 17)) ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur ». Alcuno [53]) adduce a questo proposito come esempio anche la L. 56 D. *de pactis* (2, 14), nella quale GIULIANO dice: « Si convenerit, ne dominus a colono quid peteret, et iusta causa conventionis fuerit, nihilominus colonus a domino petere potest ». Si vuol interpretare questo passo nel senso che, se il colono abbia pattuito col locatore, per una legittima causa, che questi da lui nulla debba pretendere, possa il colono, non ostante un tale patto, ugualmente pretendere dal locatore ciò che questi gli debba, senza che gli possa venir eccepita la compensazione. Ma GIULIANO in questo passo non pensava punto alla compensazione; la sola questione era questa, se il contratto di locazione sia annullato senz'altro perchè il locatore per una giusta causa, per esempio pel cattivo raccolto, abbia condonato al colono il fitto da questo dovuto. Questo è ciò che a ragione nega GIULIANO, il quale anzi afferma che il locatore non

[52]) Vedi Hug. DONELLUS, *Commentar. iuris civ.* lib. XVI c. 15 pag. 918 § *Illud debitum.* — Arn. VINNIUS, *Selectar. iuris Quaestion.* lib. I cap. 49. — Ant. FABER, *Rational. in Pandect.* ad L. 14 D. h. t. — Georg. FRANTZKIUS, *Commentar. ad Pand.* h. t. n. 7. — Frid. CAPPEL, Diss. cit. § 8.

[53]) Ge. D'ARNAUD, *Variar. Conjecturar. iuris civ.* lib. II cap. 15 pag. 315.

---

a) La regola qui espressa, che l'A sembra riferire solo al controcredito opposto dal convenuto può certo valere anche pel credito dell'attore, giacchè è naturale che colui il quale può distruggere tal credito mediante un'eccezione, cioè senza sacrifizio di nulla, non ricorra alla compensazione, che importa sempre l'impiego di una obbligazione attiva.

viene perciò liberato dalle sue obbligazioni verso il colono [54]). Invece di codesto passo torna qui opportuno riferire il seguente: L. 95 § 4 D. *de solution.* (46, 3): « Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur; quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur ». Un credito, adunque, non può esser dedotto in compensazione allora soltanto quando il diritto e l'obbligazione siano essi stessi addirittura annullati da una eccezione perentoria [55]). Del resto è indifferente che il credito da compensare derivi da una obbligazione naturale, ovvero da una obbligazione civile. Anche per una obbligazione meramente naturale, la quale per sè stessa non possa esser fatta valere con un'azione, ha luogo la compensazione [56]), purchè si tratti di una obbligazione, la quale si fondi sopra un principio di obbligatorietà naturale [57]), ed alla quale il diritto civile non abbia espressamente negato ogni efficacia giuridica. ULPIANO non lascia dubbio a questo proposito, poichè nella L. 6 D. h. t. dice: « Etiam quod natura debetur venit in compensationem *b*) ». Su un punto solo gli autori an-

---

54) Vedi Ant. FABER, *Rational.* ad L. 56 D. *de pactis.* — Guil. FORNERIUS, *Selection.* lib. III cap. 5 (in *Thes. iuris Rom. Otton.* tom. II pag. 87). — POTHIER, *Pandect. Justin.* tom. I lib. II tit. 14 n. XLII nota *e*.

55) Vedi WEBER, *Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden* (Contributi alla dottrina delle azioni giudiziali e delle eccezioni) sez. I n. 6 pag. 59.

56) Vedi VINNIUS. *Select. iuris Quaest.* lib. I cap. 49, e Io. VOET, *Commentar. ad Pand.* h. t. § 13.

57) Se invece il credito contrario ha il suo fondamento in un semplice dovere naturale d'affezione, non è sufficiente agli scopi della compensazione. Vedi WEBER, *Contributi alla dottrina delle azioni giudiziali e delle eccezioni* sez. I n. 6 nota 5 pag. 53.

---

b) L'autore qui rappresenta la teorica che sostiene l'illimitata ammissibilità in compensazione delle obbligazioni naturali.

Questa opinione però è da rifiutarsi, sia dal punto di vista storico, sia dal punto di vista dommatico.

Se infatti si studia la L. 6 citata nel testo, nel suo possibile riferimento originario, dobbiamo con l'APPLETON, pag. 67, ammettere che essa ha in mira un caso speciale di compensazione. La L. 6 difatti è tratta dal lib. 30 *ad Sabinum* di ULPIANO, il quale quivi trattava della società (confronta la Palingenesia del LENEL). Dato ciò, il testo tratta della compensazione in un giudizio di buona fede, ove era ammessa, come a suo tempo vedremo, solo per crediti derivanti *ex eadem causa*. A questi soli è quindi da

cora non sono d'accordo, e cioè sulla questione se un credito, che non sia stato fatto valere entro il tempo necessario alla prescrizione,

---

restringere nel diritto classico l'opponibilità in compensazione delle obbligazioni naturali, e forse ancora più al caso di un contratto di società.

I compilatori, staccando il testo dai suoi presupposti, gli hanno dato un carattere più generale.

Del resto oggi la scienza è concorde nell'ammettere che anche in diritto giustinianeo debba intendersi con restrizione questa opponibilità apparentemente illimitata (Krug, § 41; Eisele, pag. 328 e segg.; anche Dernburg, pag. 469 e segg., sebbene per via diversa dai precedenti).

A favore di siffatta restrizione milita una ragione tratta dalla natura stessa della compensazione giudiziale. Essa ha cioe un carattere coattivo, e quindi mal vi si adattano quelle obbligazioni naturali la cui efficacia giuridica consiste soltanto nel rispetto che la legge ha per il volontario soddisfacimento prestato dalla parte obbligata naturalmente: queste obbligazioni sono adatte ad una compensazione convenzionale, ma non ad una necessaria. Per quest'ultima sono importanti solamente le obbligazioni naturali che ammettono — sino a qual grado non monta — una coazione contro il debitore.

Dal punto di vista delle fonti conviene ravvicinare la L. 6 qui commentata con la L. 14 D. h. t.

È noto che talune eccezioni, pur perimendo l'obbligazione in base al diritto civile, lasciano sussistere una obbligazione naturale. Ora la L. 14 cit. esclude dalla compensazione ogni obbligazione cui osti una eccezione, e per la sua forma assoluta (*quaecumque*) bisogna ammettere che la esclusa, anche se dopo l'eccezione continui a sussistere come obbligazione naturale. Per conseguenza la L. 6 deve venir limitata nel senso che non sono ammesse alla compensazione tutte le obbligazioni naturali rimaste vive dopo la estinzione delle relative obbligazioni civili mediante eccezioni. Restano ammissibili alla compensazione le obbligazioni naturali dei servi, e quelle intercedenti tra persone legate dal vincolo della *potestas*, per le quali esiste sino ad un certo punto una coazione giuridica.

Le fonti concordano con questi risultati in modo soddisfacente, poichè l'unico caso in cui indubbiamente si parla di una obbligazione naturale opposta in compensazione è quello della L. 20 § 2 *de statu lib.* (40, 7), nella quale tale obbligazione intercede tra il servo e l'erede del *dominus*.

Nella l. 3 § 4 *de neg. gest.* (3, 5) invero si parla di una compensazione opponibile ad un pupillo che agisca in base ad una gestione di negozi. Ma convien considerare che qui trattasi di un giudizio di buona fede ed in questi giudizi (v. appendice) la compensazione non dipendeva solo dalla volontà delle parti, ma dal giudice, sotto la scorta dell'equità. E nel caso nostro non si sarebbe potuto ammettere senza dolo che il pupillo potesse perseguire i crediti, ma esser salvo dai debiti, benchè naturali, derivanti dal medesimo negozio.

Deve poi ritenersi infondata l'affermazione dello Schwanert (*Natur. oblig.*, p. 361) che una obbligazione cui osti l'eccezione del Senatoconsulto Macedoniano, e che quindi rimane come obbligazione naturale (L. 26 § 9 D. *de cond. indeb.*, 12, 6), sia ammissibile alla compensazione, poichè nelle fonti non vi è un cenno di tal fatto. Ugualmente inesatto è che possa essere opposto in compensazione un credito, nonostante l'*exceptio rei in iudicium deductae*, dalla quale è affetto per essersi sul medesimo contestata la lite.

Lo Schwanert si riferisce alla L. 8 D. h. t. Ma, ammesso pure che la *litiscontestatio* lasci sussistere una *obligatio naturalis* — il che non è incontroverso — non è

e sia quindi prescritto, possa venire opposto in compensazione di un debito sorto successivamente. Molti [58]) negano in questo caso la possibilità della compensazione, poichè credono che per la prescrizione l'obbligazione del debitore venga annullata; e tentano anche di suffragare il loro assunto colle parole di PAOLO, che nella L. 37 D. *de fideiuss.* (46, 1) dice: « Si quis postquam tempore transacto liberatus est fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est ». Ma la contraria opinione venne difesa dal prof. WEBER [59]) così dottamente, che sarebbe difficile negare ad essa l'approvazione. Si può ormai ritenere come un principio pienamente dimostrato che l'obbligazione naturale del debitore non vien meno per la prescrizione. Dunque il debitore il quale abbia pagato, anche per errore, non potrebbe ripetere il pagato [60]). Ma le obbligazioni per le quali non può farsi luogo alla ripetizione di quanto sia stato effettivamente pagato, non sono escluse dalla compensazione [61]). Ora da siffatti principii PAOLO non si è punto scostato nel passo sopra riferito. Poichè anzitutto la ragione addotta, per la quale il fideiussore non deve esser ritenuto come obbligato, dimostra trattarsi d'un caso in cui la fideiussione avvenne per errore. Inoltre riman sempre la

---

58) Fernand. VASQUIUS, *Illustrium controversiar.* lib. II cap. 53. — Gottl. Ger. TITIUS, *Jur. privat. Rom. Germ.* lib. V cap. 13 § 37. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. III Specim. CLXXIV Corollar. — COCCEJI, *Diss. de vero debitore absoluto* sect. II § 21 sq., e Mich. God. WERNHER, *Lectiss. Commentation. in Pand.* h. t. § 13.

59) *Contributi alla dottrina delle azioni giudiziali e delle eccezioni* sez. 1 n. 6 pagine 54-60. Si confronti anche Frid. CAPPEL, *Diss. cit. an compensationi obstet praescriptio?* praes. Alb. Frid. FRICK, def. Helmst. 1794.

60) L. 19 pr.; L. 40 pr. D. *de condict. indeb.* (12, 6).

61) Vedi BELLOJUS, *De compensatione* (in *Thes. Meerman.* tom. IV pag. 733).

---

questa *obligatio* che nel Diritto Giustinianeo si concede di opporre in compensazione, ma la stessa *obligatio civilis* che già era stata fatta oggetto di azione (Cfr. EISELE, p. 331 e seg., anche contro DERNBURG il quale sostiene l'idea stessa dello SCHWANERT, basandosi sulla L. 8 § 1 *ratam. rem.*, 46, 8).

Non è invece opponibile in compensazione l'obbligazione che il pupillo ha contratto senza il consenso del tutore, poichè non può senza una dichiarazione di quest'ultimo esser in alcun modo soddisfatta.

Le legislazioni moderne non sono in genere favorevoli alle obbligazioni naturali. Nel nostro diritto sono escluse dalla compensazione. — V. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni* 3.ª ediz. IV, 271 e DERNBURG, *Comp.*, pag. 471 e segg. per i diritti germanici.

questione; se PAOLO parli propriamente di una vera prescrizione, che annulla semplicemente l'azione del creditore, ovvero parli di un caso, in cui il debito stesso sia temporaneo, nel qual caso la stessa obbligazione naturale cessa col decorso di un tempo determinato. Questa ultima interpretazione fu sostenuta con molta verosimiglianza dal prof. WEBER [62]) in relazione alla L. 44 D. *de obligat. et act.* (44, 7) *c*).

---

62) *Syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit.* (Svolgimento sistematico della teoria delle obbligazioni naturali) § 92 pag. 399 seg.

---

c) La quistione qui accennata dall'A., circa l'ammissibilità in compensazione di controcrediti estinti per prescrizione, si è perpetuata nella scienza. L'idea, che sta a base di tutto ciò che è detto nel testo, è quella che estinta civilmente per prescrizione l'obbligazione continua a sussistere come obbligazione naturale e quindi in forza della L. 6 D. h. t. può venire in compensazione. Confronta infatti il testo corrispondente alla nota 60 dove l'autore sostiene che anche un'obbligazione naturale che spieghi la sua efficacia solo nella conseguenza che non possa ripetersi quanto fu pagato in base ad essa sia opponibile in compensazione.

Posta così in generale, la tesi si deve risolvere negativamente perchè essa rientra nel campo delle limitazioni poste dalla L. 14 D. h. t., più innanzi commentata, alla facoltà di opporre in compensazione obbligazioni naturali, appunto per quelle obbligazioni, che come nel caso presente, derivano da altre cui civilmente osti una eccezione. Oggi però la controversia si è maggiormente specificata (Cfr. KRUG, § 88; DERNBURG, pag. 472 e segg., EISELE, pag. 333 e seg.). Conviene cioè distinguere il caso in cui il controcredito che si vuole opporre era già prescritto prima che venisse in essere il credito al quale si oppone, dal caso in cui questo sia sorto prima che il termine prescrittivo fosse spirato, ma sia fatto valere dopo.

Il nostro A. è a tale riguardo poco chiaro, parlando soltanto di una obbligazione sorta *dopo* quella prescritta senza ulteriormente spiegare se sia sorta dopo la prescrizione o soltanto in un momento qualsiasi posteriore al sorgere dell'obbligazione che si vuole opporre in compensazione.

Nella prima ipotesi si è abbastanza d'accordo nell'ammettere la non compensabilità del credito prescritto. La ragione è quella testè addotta contro l'A., poichè in questo caso la quistione della compensabilità non può farsi, se non dal punto di vista di una obbligazione naturale che sussista per avventura dopo avvenuta la prescrizione.

Non così concordi sono le opinioni nella seconda ipotesi fatta. I seguaci della teoria che, come vedremo in seguito, fa avvenire la compensazione di diritto al momento in cui due crediti esistono di contro e sono compensabili, si riconducono al punto in cui sorge il credito posteriore, mentre ancora corrono i termini prescrittivi per l'anteriore, e siccome in tal caso ambedue sono *ipso iure* estinti, non può più decorrere pel secondo la prescrizione: per conseguenza, se il titolare del credito sorto dopo istituisce un giudizio quando, in via normale, il controcredito sarebbe prescritto, il convenuto può sempre opporre l'avvenuta compensazione che interruppe la prescrizione. Come si vede, questa teoria non risolve, ma rigetta la quistione, la quale, difatti, dal suo punto di vista, non può farsi. Al contrario può farsi dal punto di vista della teoria dominante, che, come pure vedremo, abbiamo motivo di ritenere corrispondente al diritto giustinianeo.

Essa infatti sostiene che i crediti vicendevoli con la coesistenza non esercitino l'uno

Per le medesime ragioni si può anche ritenere che un creditore, il quale non abbia presentato il suo credito nel concorso a carico del debitore, e perciò sia rimasto escluso, può tuttavia valersi della compensazione, quando il debitore a sua volta lo convenga in giudizio [63]). Infatti per l'avvenuta esclusione dal concorso il creditore perde soltanto le sue ragioni sulla massa di quel concorso, ma non perde affatto il credito, e conserva quindi integra la facoltà di farlo valere giudizialmente così contro il debitore come contro i suoi eredi, così per mezzo di azione come per mezzo di eccezione [64]). Non v'è poi luogo a

---

[63]) Vedi WEBER, op. cit. §. 93, e Gebr. OVERBECK, *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* (Meditazioni sopra varie materie giuridiche) vol. 7 num. 369.

[64]) Si confronti specialmente Christoph. Christ. DABELOW, *Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger* (Sviluppo particolareggiato della teoria del concorso dei creditori) pagine 533-542.

---

sull'altro una influenza estintiva; ma, opposta che sia in giudizio la compensazione, la sua efficacia deve ricondursi per retroattività al momento della coesistenza. Dato ciò, la nostra quistione deve risolversi negativamente, poichè rimanendo i crediti indipendenti e disponibili in ogni guisa, nonostante che in un dato momento comincino a coesistere, i termini prescrittivi che decorreano per uno di essi continuano a decorrere ad onta di tale coesistenza, e quindi se, al momento del giudizio, il tempo stabilito per la prescrizione è compiuto, il credito estinto non potrà opporsi in compensazione, nè come tale, nè come obbligazione naturale, che continua ad esistere dopo la prescrizione, poichè (ció in contrasto col nostro autore) esso è affetto da eccezione.

Con uguale facilità si risolve la questione, tanto dal punto di vista di chi, come l'EISELE, restringe l'efficacia della compensazione al momento in cui viene opposta in giudizio, e nega che essa ne spieghi una qualsiasi anteriore; e ciò sempre per la ragione che l'obbligazione prescritta in tal caso viene in giudizio affetta da una eccezione perentoria, ed è quindi in base alla L. 14 D. h. t. sopra citata esclusa dalla compensazione.

Il DERNBURG (pag. 474) vuol sostenere la compensabilità in base alla massima: *quae ad agendum sunt temporalia ad excipiendum sunt perpetua;* vale a dire al principio che le eccezioni non vanno soggette a prescrizione. E quindi il controcredito opposto in compensazione, siccome viene impiegato come eccezione, deve essere sottratto all'effetto della prescrizione.

Però è da osservare (WINDSCHEID, § 350 nota 2 in f., EISELE, pag. 334) che l'eccezione di compensazione è ben diversa dalle *exceptiones* propriamente dette, nè è vero che colui il quale la oppone miri soltanto alla propria difesa, ma vuol anche un soddisfacimento d'un proprio credito.

Inoltre il credito poteva essere fatto valere durante il tempo della prescrizione in via di azione, non era minimamente sottratto alla disposizione del titolare, e quindi non v'ha motivo perchè debba essere sottratto alle ordinarie regole della prescrizione delle azioni.

dubbio che anche le obbligazioni derivanti da maleficio, per quanto riguarda il rifacimento di carettere privato che ne nasca, ammettano la compensazione; nè importa affatto che il credito opposto da chi è convenuto per rifacimento di danni o pel pagamento di una pena privata derivi da un contratto, ovvero anch'esso da un delitto; nè importa ancora che questo sia della medesima o di diversa natura [65]). In questo caso però la compensazione avviene sempre soltanto *quoad concurrentem summam*. Si supponga ad esempio che A sia debitore verso B di cento fiorini per un mutuo contratto con lui, e che in seguito B si sia reso colpevole verso A di frode in un negozio o gli abbia commesso un furto in modo da arrecargli un danno di duecento fiorini: in questo caso se A agisce contro B in base al delitto, B può opporre in compensazione il suo credito derivante dal mutuo con lui contratto. Lo stesso avverrebbe se B avesse da opporre ad A un controcredito derivante da un altro delitto, ad esempio da un *damnum iniuria datum* ovvero da un'azione di ingiurie che gli spettasse. Di questa specie di compensazione è da intendere parli ULPIANO, quando nella L. 10 § 2 D. h. t. dice: « Quoties ex maleficio oritur actio, utputa ex causa furtiva, ceterorumque maleficiorum, *si de ea pecuniarie agitur*, compensatio locum habet. Idem est, et si condicatur ex causa furtiva » [66]).

Invece ben diversa quistione è vedere, se e dentro quali limiti, vicendevoli maleficii e delitti possano essi medesimi l'un l'altro compensarsi. In tale materia si può affermare con certezza:

I. Che per quanto riguarda la pena pubblica stabilita per tali crimini non vi ha luogo a compensazione di sorta. Ed in vero in questo caso non si può parlare dell'esistenza di creditori e debitori legati da reciproche obbligazioni, poichè mediante la pena pubblica è allo Stato, non all'offeso che si presta soddisfazione. A buon diritto quindi lo Stato esige riparazione da ambedue i trasgressori delle sue leggi penali [67]);

---

[65]) Vedi Jo. Frid. EISENBACH, *Disp. de compensatione circa maleficia vel quasi, occasione Legis XXXVI Dig. de dolo malo,* praes. Sixto Jac. KAPFF def. Tübingae 1778.

[66]) Vedi EISENBACH, Diss. cit. § 18.

[67]) L. 13 § 5 collegata con L. 2 § 4 D. *ad Leg. Jul. de adulter.* (48, 5); L. 9 § 5 *de publican.* (39, 4). Vedi Ger. NOODT, *Commentar. ad Dig.* h. t. tom. II

II. Che al contrario, riguardo al rifacimento privato, è da distinguere se i vicendevoli maleficii siano di uguale o di diversa natura. Nel primo caso ha luogo senza alcun dubbio compensazione. PAPINIANO [68]) decide espressamente: « Paria delicta mutua pensatione dissolvuntur » [d]). Il fondamento di questa compensazione non è da ricercarsi qui in una *ficta per brevem manum solutio*, ma piuttosto nella considerazione che le leggi ritengono sia ingiusto che si possa insorgere con una azione in base ad un maleficio contro colui, verso il quale ci siamo del medesimo resi colpevoli [69]). LABEONE dice in ULPIANO [70]): « Iniquum esse, communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero, cum quo ageretur, poenae esse, cum longe aequum sit, ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi »; ed ULPIANO [71]) medesimo esprime in proposito una ben fondata opinione dicendo: « Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor, et melior habetur possessoris causa, sicut sit, cum de dolo excipitur petitoris: neque enim datur talis replicatio petitori, aut si rei quoque in ea re dolo actum sit ». Le fonti inoltre ci presentano i seguenti singoli casi:

a) Se due compagni di traffico o, in genere, due soci si son resi, nel gerire un negozio, ambedue colpevoli di uguale negligenza, per la quale sia derivato ad entrambi il medesimo danno, non possono l'un contro l'altro istituire un'azione, poichè quivi la colpa vien compensata dalla colpa.

Oper. pag. 359. — Jo. Ulr. de CRAMER, *Observationes iuris univ.* tom. IV obs. 1155. — EISENBACH, Diss. cit. §§ 15 e 16. — KLEINSCHROD, *Syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts* (Svolgimento sistematico dei concetti e delle verità fondamentali del diritto penale) parte 2 § 92, e TITTMANN, *Handbuch des deutsch. peinl. Rechts* (Manuale del diritto penale tedesco) parte 1 § 147 pag. 366.

[68]) L. 39 D. *Soluto matrim.* (24, 3).

[69]) Vedi EISENBACH, Diss. cit. § 13.

[70]) L. 4 § 3 D. *de doli mali et met. except.* (44, 4).

[71]) L. 154 pr. D. *de reg. iuris* (50, 17).

d) Per quanto riguarda le particolarità qui appresso addotte circa la compensazione di delitti privati, che tiene un gran posto negli antichi trattati, è superfluo osservare come non si tratti di compensazione nel senso vero e proprio del diritto privato.

L. 10 pr. D. *de compensat.* « Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est, desinere nos invicem esse obligatos, *ipso iure compensatione negligentiae facta* ».

Si supponga, ad esempio, che ambedue questi soci abbiano trascurato di riscuotere a tempo una somma e che nel frattempo il debitore sia divenuto insolvente. In questo caso nessun dei due ha nulla da apporre a carico dell'altro. Se invece la reciproca negligenza sia stata spiegata da ciascuno dei due in negozi differenti, e dalla medesima sia derivato un danno di diversa entità, come se, ad esempio, l'un socio per un incendio avvenuto a causa della sua poca cura a custodire le cose sociali abbia cagionato un danno di mille fiorini, l'altro abbia per la sua negligenza fatto andare perduto un capitale di duecento fiorini: allora non è che abbia luogo una compensazione della vicendevole colpa in sè stessa; ma soltanto, avendo riguardo alle reciproche pretese che derivano da tale colpa, si può, nel caso che l'un socio convenga l'altro per rifacimento di danni, dedurre la minor somma corrispondente al danno di inferiore entità da quella maggiore. Cosicchè quel socio che cagionò il danno di mille fiorini, dopo che si sia fatta la compensazione della somma corrispondente al danno causato dall'attore, rimane ancora responsabile pel danno corrispondente all'eccedenza da detta somma [72]).

b) Se nella conclusione di un contratto ambedue le parti si sono frodate, l'una non ha azione contro l'altra. L. 36 D. *de dolo malo* (4, 3). « Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent ».

L. 57 § 3. D. *de contrah. empt.* (18, 1). « Dolo inter utramque partem compensando ».

c) Se due coniugi si sono resi reciprocamente colpevoli di adulterio, l'uno può agire contro l'altro per lo scioglimento del matrimonio; ed ugualmente avviene se una donna ha commesso adulterio, ma il marito mediante il suo lenocinio gliene abbia procacciato l'occasione.

L. 39. D. *Soluto matrim.* (24, 3). « Viro atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronunciatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur. *Paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.*

[72]) Vedi EISENBACH, Diss. cit. § 9.

L. 47 D. *eodem.* « Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur. Cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit? ».

Cap. 7 X. *de adulter.* (5, 16). « Tua fraternitas requisivit a nobis, utrum, aliquo deneganti uxori suae, in adulterio deprehensae, debitum coniugale, si postmodum ipse cum alia perpetret adulterium manifeste, cogi debeat, ut eandem maritali affectione pertractet? Super quo taliter respondemus, quod, *cum paria crimina compensatione mutua deleantur*, vir huiusmodi fornicationis obtentu, suae uxoris nequit consortium declinare ».

d) In ugual modo ha luogo compensazione nelle reciproche ingiurie, qualora esse siano tra loro eguali per natura ed entità [73]).

Se viceversa le ingiurie vicendevoli sono di natura diversa, non vengono di per sè estinte mediante compensazione, nonostante siano uguali di grado, ma ciascuno deve prestare all'altro la riparazione che sia commisurata all'ingiuria inflittagli. In conseguenza di ciò non può compensarsi il dolo con una semplice colpa, nè un'ingiuria con un furto, nè una ingiuria reale con una ingiuria verbale. È vero che anche nel caso di vicendevoli ingiurie di diversa natura può aver luogo una compensazione per riguardo alle domande che ne derivino di privata riparazione, qualora esse siano di uguale natura; ma in tal caso la compensazione non avviene se non *sino alla concorrente somma*, mentre, quando un delitto vien compensato da un altro delitto, si estinguono affatto tutte le reciproche pretese giuridiche [74]).

§ 930.

Omogeneità dei crediti reciproci [a]).

In secondo luogo occorre che i crediti vicendevoli, i quali debbono l'un con l'altro compensarsi, siano *crediti generici di uguale natura*

[73]) L. 52 § 1 D. *ad Leg. Aquil.* (9, 2). Vedi Ant. SCHULTING, *Thes. controversar.* Decad. LVII § 7, e TITTMANN, *Handbuch des deutsch. peinl. Rechts* (Manuale del diritto penale tedesco) parte 1 § 177.

[74]) Vedi EISENBACH, *Diss. cit. de compensatione circa maleficia* § 9 pag. 21, § 13 pag. 35, § 19 § 20 pag. 54, § 22 et § 24.

a) Su questo requisito della compensazione giudiziale sono da consultarsi: KRUG,

consistenti in *cose fungibili* [75]). E di vero queste ultime per loro natura sono così fatte che possono essere sostituite l'una all'altra: di

[75]) L. 4, L. 8, L. 11 C. h. t. — SCHULTING, *Thes. controvers.* Dec. LVII Th. 8.

§§ 42-50; DERNBURG, §§ 57-58; EISELE, pag. 315-327; SINTENIS, *Civilrecht*, pag. 428-31; WINDSCHEID, § 350 n.° 4.

Generalmente esso vien giustificato col riferirsi alla massima: *aliud pro alio invito creditore solvi non potest;* e difatti allora soltanto la compensazione forzata può dirsi perfettamente equa, quando lo stato economico del patrimonio di chi è costretto a compierla contro suo volere non vien mutato dopo che essa è avvenuta: il che non si dà in maniera completa se non nel caso appunto che ad un attivo di tal patrimonio corrisponda un passivo omogeneo, giacchè, compensando, le cose rimangono nella stessa condizione che se fosse avvenuta una reciproca *solutio*. Tanto più può riferirsi alla massima sopra accennata la teoria che vede nella compensazione un pagamento abbreviato, poichè di regola il creditore non può essere costretto ad accettare in pagamento una cosa diversa da quella da lui prestata: il controcredito compensabile deve essere dunque d'ugual natura di quello che deve servire ad estinguere. A ciò s'aggiunge che la compensazione, essendo un'operazione aritmetica, presuppone quantità l'una sull'altra scomputabili.

Nelle fonti il requisito di cui trattiamo non è espressamente stabilito, ma si lascia sottintendere nei singoli casi di compensazione da esse addotti: tracce storiche se ne riscontrano in GAIO, IV, 766 e PAUL., *Rec. Sent.*, II, 5, 3.

Che non infirmi il principio il fatto che la compensazione sia ammessa, come s'è visto, nelle azioni nossali, va esente da dubbio. Infatti è da supporre che colui il quale opponga la compensazione ad una *noxalis actio* intenda compensare verso la somma di danaro chiesta nell'*intentio* ed abbia rinunziato alla *noxae datio*. Così pure non osta che la compensazione sia ammessa pei delitti, perchè in parte è riconosciuto che essa avviene solo *si pecuniarie agitur* (l. 10 § 2 D. h. t.), in parte, come si è osservato nel paragrafo precedente (nota *d*), trattasi di compensazione in senso improprio.

L'omogeneità dei crediti vicendevoli può essere originaria, ma può anche darsi il caso che crediti, originariamente di natura diversa, divengano omogenei per un posteriore mutamento nel corso del processo: anche in tal caso pertanto è indubbio siano adatti alla compensazione.

La cosa è di grande importanza pel diritto classico romano, poichè quivi la condanna era sempre a danaro, e quindi i crediti più diversi finivano per rendersi scomputabili all'atto della condanna. Incondizionata era certo la compensazione a questo riguardo nei *bonae fidei iudiciis* dove il giudice poteva estimare a danaro le contrarie pretese derivanti *ex eadem causa* e decideva quanto *ex fide bona* la parte, ancora rimasta in debito, avesse a prestare all'avversario (GAIO, IV, 61). Nei giudizi di stretto diritto le prime forme di compensazione furono quelle dell'*actio cum compensatione* degli argentarii, e dell'*actio cum deductione* del *bonorum emptor*, come meglio vedremo nell'Appendice annessa al presente trattato.

Di esse forme parla GAIO, IV § 64 e segg. — Nell'*actio cum compensatione* era richiesta omogeneità dei crediti vicendevoli, originaria rispetto all'inizio del processo, e ciò perchè dovendo l'argentario agire di necessità con una formula nella cui *intentio* fosse indicato esattamente il suo credito, diminuito del controcredito del convenuto,

esse ULPIANO [76]) dice: « quod in genere suo functionem recipiant per solutionem ». Di modo che dev'esser denaro contro denaro, frumento contro frumento, vino contro vino della medesima sorta e bontà [77]). Al contrario una *species*, anche se presa di per sè stessa sia una cosa fungibile, non può venire in compensazione nè con un'altra *species*, nè con un genere od una quantità [78]) *b*). Edmondo

---

[76]) L. 2 § 1 D. *de reb. credit.* (12, 1).

[77]) Mich. God. WERNHER, *Lectiss. Commentat. in Pandect.* h. t. § 9.

[78]) L. 18 pr. D. *de pignorat. act.* (13, 7); L. 13 § 2 D. *de pignorib.* (20, 1);

---

doveva operare già *in iure* la compensazione, e per conseguenza già in questo stadio la omogeneità era indispensabile (V. GAIO, *ibid.*, § 66 cit.). Ciò non avveniva nella *deductio* del *bonorum emptor*, poichè quivi la deduzione era fatta nella *condemnatio* ed in termini generali, di modo che il giudice poteva anche durante lo *stadio in iudicio* estimare a denaro il controcredito non omogeneo e dedurlo dalla condanna (GAIO, IV, 66 in fin.).

Pel diritto posteriore discordi sono i pareri. Chi, come l'EISELE, crede che la compensazione del diritto classico e posteriore sino a GIUSTINIANO nei giudizi *stricti iuris* non sia altro che l'*actio cum compensationem* suddetta, divenuta diritto comune, mantiene il requisito della omogeneità originaria anche per tutto questo tempo, dovendo essa esistere al momento in cui l'attore formula la sua *intentio*, contenente già la deduzione del controcredito, cioè *in iure*; chi invece crede che si sia compensato mediante *exceptio doli* inserita nella formula, a seconda della narrazione del § 30 I. 4, 6, deve ammettere che bastasse alla compensazione anche una omogeneità ottenuta mediante un mutamento dei crediti in giudizio. E ciò era facile nel diritto classico, dove, come si è osservato, la condanna era sempre a danaro, il che portava che al momento della sentenza crediti, per quanto disuguali, venivano a trovarsi omogenei, perchè conguagliati mediante il loro valore di stima. In tal senso anche WINDSCHEID, loc. cit., nota 10.

Il DERNBURG infine (pag. 495 segg.) in base alla L. 18 § 4 D. *commod.*, 13, 6 ha voluto sostenere che anche nell'*actio arbitraria* il convenuto che fosse pronto a restituire la cosa, potesse ottenere una condanna a danaro, qualora l'attore si rifiutasse da parte sua a soddisfarlo di un controcredito derivante *ex eadem causa*; e che ciò fosse ammesso per rendergli possibile la compensazione, costituendo la omogeneità dei crediti reciproci. Ma la legge suddetta non suffraga tale opinione, poichè, sebbene supponga una condanna a denaro, non dice affatto la ragione per la quale vien concessa, ragione che il DERNBURG vi introduce arbitrariamente. V. contro quest'autore WINDSCHEID, loc. cit. e per maggiori notizie storiche sullo sviluppo della compensazione nel diritto romano e dichiarazioni delle presenti idee, l'appendice sopra menzionata.

Il principio che i controcrediti opposti in compensazione debbano essere di eguale natura è riconosciuto dalle vigenti legislazioni civili (Diritto territoriale prussiano I, 16 §§ 343 e 344; C. C. fr. art. 1291; Codice Austriaco § 1440; art. 1287 C. C.). Però il nostro Codice (art. cit. alinea) mitiga l'assolutezza di tale regola con lo stabilire che le derrate le quali hanno un prezzo corrente facilmente valutabile attraverso le mercuriali possano compensarsi con corrispondenti somme liquide ed esigibili.

b) Il DERNBURG, pag. 488 ed il SINTENIS, *Civilrecht*, II § 104 note 35, 36, hanno so-

MERILLIUS [79]) invero afferma che GIUSTINIANO abbia mutato tutto questo stato di cose con la L. ult. Cod. h. t., e che ora in base a questa nuova costituzione sia possibile compensare anche una *species* con una quantità, poichè è ammesso che la compensazione debba aver luogo in tutte le azioni senza distinzione di sorta, siano esse reali, siano personali. Però dalla detta costituzione non risulta affatto che GIUSTINIANO abbia voluto mutare l'antico diritto, nè le ragioni

---

L. 6 Cod. *de rei vindicatione* (3, 32); L. 31 § 1 D. *de reb. credit.* (12, 1). Così, ad esempio, il denaro, che venne legato con l'indicazione espressa che debba essere quel contante che esiste in un determinato luogo, è riguardato dalle leggi come una *species*, e come tale deve essere anche giuridicamente trattato. L. 51 D. *de legat.* I (30): « Sed si certos nummos (veluti *quos in arca habet*) legavit, non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum continentur, neque permutationem recipiunt, et exemplo cuiuslibet corporis aestimanda sunt ». Si confrontino ancora L. 30 § 6 D. *eodem*, e L. 30 § 4 D. *ad Leg. Falcid.* (35, 2). Ciò non ostante DE COCCEJI in *iur. civ. controv.* h. t. qu. 9 nega che il denaro anche in tal caso debba considerarsi come una specie siffatta che escluda la compensazione. Ma in contrario si veda VOET, *Comment. ad Pand.* h. t. § 18. — MAESTERTIUS, *Tr. de compensat.* qu. 19. — FACHINAEUS, *Controv. iuris* lib. I cap. 6, ed EMMINGHAUS *ad Coccejum* l. c. nota *q c*).

79) *Observation.* lib. IV cap. 35.

---

stenuto che se i crediti hanno per oggetto il trasferimento di proprietà dall'uno all'altro dei contraenti di uno stesso oggetto (*species*) la compensazione possa anche in questo caso avvenire in vista di tale identità. Ma si è fatto giustamente osservare (EISELE, p. 318) che il caso non può darsi, poichè o la cosa al momento in cui furono costituiti i due crediti che l'hanno per oggetto era già in proprietà di uno dei contraenti, ed allora una delle obbligazioni è invalida come stipulazione di cosa propria; o lo è divenuta dopo, ed in tal caso uno dei crediti si muta in una pretesa al *quanti ea res est*, e viene a mancare il requisito della omogeneità delle prestazioni. Se infine la cosa appartiene ad un terzo, allora le due obbligazioni sono obbligazioni tendenti ad un *facere* e non si tratta più di compensazione di specie.

c) L'opinione sostenuta dall'autore è la vera. La fungibilità non è una cosa che sia in natura, non è una qualità reale delle cose, ma un'astrazione che il comune concetto del commercio fa dalle caratteristiche peculiari di taluni oggetti considerandoli identici e sostituibili.

Per conseguenza questa qualità può essere benissimo in un caso speciale tolta alle cose dalla volontà delle parti: si ha allora una *quantitas ad speciem redacta* (TYNDARUS, art. III pag. 244 e seg.), la quale è esclusa dalla compensazione. La quistione è stata fatta principalmente pel denaro, per vedere se una somma espressa in date unità possa compensarsi con un'altra espressa in unità diverse, e risale sino ai commentatori (puoi vedere in KRUG, §§ 48 e 49 e in DERNBURG, pag. 488 seg.): la dottrina moderna sostiene giustamente che la denominazione delle monete, salvo prova di contraria volontà delle parti, non riduce il denaro ad una *species*, ma serve soltanto ad indicarne il valore.

addotte dal MERILLIO sono valide abbastanza per poterne dedurre la realtà di detto mutamento, come già PÜTTMANN [80]) ha dimostrato a sufficienza [d]).

Invece non è cosa esente da ogni dubbio se la compensazione non possa anche avvenire quante volte i crediti opposti non consistano in cose fungibili, ma piuttosto siano diretti ad un oggetto genericamente determinato, come sarebbe ad esempio il caso che ambedue le parti si trovino l'una verso l'altra obbligate alla prestazione di un cavallo. Il maggior numero dei dotti [81]) nondimeno concorda nel ritenere che la compensazione possa ammettersi per lo meno nel caso in cui, come d'ordinario accade, ad entrambe le parti reciprocamente debitrici competa la scelta dell'oggetto. Su tale quistione è il VOET quello che si espresse con le più fondate ragioni: « Quantitatis debito simile, quantum ad compensationem attinet, *si idem genus utrimque*

---

[80]) *Interpretation. et Observation. iur. Rom.* cap. 32. Si veda anche SCHIFORDEGHER *ad Ant. Fabrum* lib. I tr. II qu. 2.

[81] Jo. Jac. WISSENBACH, *Exercitat. ad Pand.* parte I disp. XXXI, Thes. I pag. 318. — Henr. ZOESIUS, *Comm. ad Dig.* h. t. n. 14. — Jo. VOET, *Comm.* h. t. § 18, e Ant. SCHULTING, *Thes. controv.* Dec. LVII § 8.

---

d) Cfr. parimenti EISELE, pag. 325 e seg. Il disposto della legge citata nel testo, che ammette in compensazione le azioni reali, bisogna intenderlo nel senso che allora s ha questa compensazione, quando la domanda di restituzione in natura è ridotta a quella del valore di stima (così già la glossa alle parole *ex omnibus actionibus* della Costituzione ultima C. h. t.; DONELLO, *Comm.*, ad tit. 31 lib. IV Cod. numero 4; *Comm. de iure civ.* lib. 16 c. 15 num. 4; NOODT ad lib. 16 tit. 2 D. *de comp.*, KRUG, 17 pag. 48 e seg.; PUCHTA, *Pandekten*, § 289, DERNBURG, § 37).

Non è mancato chi ha voluto sostenere potersi dare vera compensazione di diritti reali. Oltre il MERILLIO citato dal nostro autore l'hanno ammessa il DUARENO, *In tit.* D. et C. *de comp.* Cap. II e nel *Comm.* ad L. 7 § 5 *solut. matr.*, e il VALETT, *Praktisch-theoretische Abhandlungen aus dem Gebiete des römischen Privatrechts* (Dissertazioni teoretico-pratiche nel campo del diritto privato romano), Göttingen 1824, 3.ª *Dissert.* pag. 138 e segg. — Così anche DESJARDINS, pag. 156. Ma l'ammettere questa compensazione porterebbe a conseguenze che l'EISELE (p. 326) a ragione chiama mostruose.

Infatti i citati autori spiegano la loro teorica in questo modo; che, se le cose vicendevolmente rivendicate sono di ugual valore, per compensazione ciascuno ritiene quella che ha; se di valore diverso il giudice mette all'asta le due cose e compensa tra i valori così ottenuti. Ciò è lo stesso di dire che la compensazione si muta in una espropriazione forzata

Noi non crediamo che vi sarebbero mai possessori che si adatterebbero ad un beneficio (tale dovrebbe esser la compensazione) di questa sorta (Confr. ugualmente APPLETON pag. 418.

sit debitum, ita ut utrimque debitori competat electio, quam speciem ex genere debito velit solvere; eo quod tunc quisque liberari potest solvendo eam speciem, quae ei per adversarium soluta est, nec aliam accipere compellitur, quam qua reddita vicissim ipse liberatur. Secus si vel ex uno latere vel utrimque creditoris electio esset, quam ex genere debito speciem persequatur; cum hoc casu verum non sit, unumquemque solutione illius speciei, quam ex genere debito consecutus est, vicissim defungi posse » [e]. In nessun caso però ha luogo

---

e) Di fronte all'opinione del nostro autore e del Voet che limitano l'ammissibilità della compensazione nelle *obligationes generis* al caso che entrambi i debitori abbiano la scelta dell'oggetto, il Krug (pag. 122) e molti antichi (ad es.: Tyndarus, art. III, pag. 241) sostengono una veduta generale, che cioè la compensazione delle suddette obbligazioni sia sempre ammissibile. Ma questa veduta è erronea, e lo si scorge bene sullo stesso esempio fatto dal Krug al luogo citato. Egli dice: Se A mi deve il suo cavallo che mi ha venduto, ed io gli devo in genere un cavallo, ed egli agisce contro di me, la compensazione deve sempre ammettersi a mio vantaggio perchè io posso a mio piacimento dichiarare di voler prestare appunto quel cavallo che A mi deve. Però è da osservare che ciò è vero nel caso ordinario; che cioè a me debitore nel credito principale spetti la scelta dell'oggetto; ma non è più vero se questa scelta spetti al mio creditore A, perchè in tale ipotesi egli, pur dandomi il suo cavallo che mi ha venduto, può dichiarare di non volerlo come sua liberazione.

Si manifesta pertanto giustificata la restrizione fatta dal nostro autore. Se non che a noi essa sembra a sua volta eccessiva, in quanto si voglia che entrambe le parti debitrici abbiano la scelta nelle rispettive obbligazioni passive. È infatti evidente che, se il convenuto nel credito principale ha la scelta della *species eiusdem generis* da prestare, ciò basta alla compensazione, poichè egli può sempre dichiarare, opponendo il suo controcredito diretto allo stesso genere, di voler prestare lo stesso oggetto che sceglierà l'altra parte per soddisfare questo credito. Che anzi se l'attore non ha la scelta qual debitore del controcredito, la posizione del convenuto ne rimane avvantaggiata, poichè allora vuol dire che questa scelta gli spetta anche come creditore del controcredito suddetto, ed egli può dichiarare di pretendere a soddisfacimento di questo la medesima cosa che sceglie per prestarla all'attore principale.

Per questi motivi certo il Dernburg, pag. 485, dice che la compensazione di obbligazioni generiche è senz'altro ammissibile quando la scelta compete al debitore (creditore nel controcredito) convenuto.

Ciò invero è stato impugnato dall'Eisele, eterno censore del Dernburg. Egli (pagine 316-317) dice che solo nel caso che il debitore del credito principale mentre ha come tale la scelta, abbia anche la scelta come creditore nel controcredito, sia ammissibile la compensazione. E fa un esempio. Se A e B sono l'un verso l'altro obbligati a prestare un cavallo ed A agisce, B esibendo il *suo* cavallo non potrà pretendere che A poi scelga questo stesso per soddisfarlo nel controcredito: ciò può soltanto avvenire se a B compete la scelta come creditore in questo controcredito, poichè allora potrà, esibendo il *suo* cavallo, dichiarare di scegliere questo stesso a soddisfazione di tale controcredito. Ciò è vero, lo abbiamo veduto; ma non è men vero che l'Eisele fa il caso che il debitore convenuto esibisca il *suo* cavallo, e non pensa che nel caso più sopra fatto il debitore può dichiarare di volere soddisfare il suo creditore con lo stesso cavallo che questi sceglie per soddisfare il controcredito; ed in tal caso è perfettamente inutile che gli competa la scelta come creditore in questo controcredito.

compensazione di crediti riguardanti generi di differente natura [82]), tra i quali casi tuttavia non è da contare quello in cui il debito di una parte sia produttivo di usure, dall'altra ne sia libero [83]): invece frumento con vino non si possono mai compensare tra loro.

Allo stesso modo impossibile è la compensazione tra vicendevoli obbligazioni di fare [81]).

In due casi poi GIUSTINIANO vieta si faccia luogo a compensa-

---

[82]) L. 2 § 1 D. *de reb. credit.* (12. 1); L. 13 § 2 D. *de pignerat. act.* (13, 7). V. Casp. SCHIFORDEGHER *ad Ant. Fabrum* lib. I tract. II, qu. 4 et 5.

[83]) L. 11 D. h. t.: « Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a *Divo Severo*, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas ». Il *Divus Severus*, ricordato qui da ULPIANO, non è ALESSANDRO, come opinano CUIACIO, lib. VIII *Observation.* cap. 16 e Dion. GOTHOFREDUS, ma Settimio SEVERO, sotto il cui figlio CARACALLA, ULPIANO scrisse i suoi *libros ad Edictum.* E di vero ULPIANO fu ucciso regnando l'imperatore ALESSANDRO (*Dio Cassius* lib. 80); quindi non poteva chiamarlo *Divus.* Vedi Ant. SCHULTING, *Thes. controv.* Dec. LVII Thes. 6, e Herm. CANNEGIETER, *Observat. iur. Rom.* L. II cap. 1 pag. 141.

[81]) Arg. L. 31 D. *de solution.* (46, 3) *f*).

---

f) L'argomento che si può trarre da questa legge non è tanto generale quanto vuole il nostro autore, ma deve limitarsi nel senso che da essa si ricavi non essere sostituibile il contenuto di una obbligazione di fare con il contenuto di una uguale obbligazione di fare allorchè ha una importanza la qualità della persona obbligata: ad es., questa sia un artista di grido. E di fatti l'HARTTER (pag. 135), il SINTENIS (*Civilr.* II § 104 not. 36) ed il DERNBURG (pag. 487) sostengono che solo in questo caso non si debba ammettere compensazione di due *obligationes faciendi* che abbiano uguale contenuto; e che invece sia da concedersi allorchè la personalità dell'obbligato non v'è motivo per cui venga in causa.

Puoi vedere la critica fatta dall'EISELE (pag. 319) a questa opinione per sostenere l'assoluta inammissibilità di questa compensazione: ma le sue ragioni, le quali in fondo sono di carattere pratico ed equitativo, non ci sembrano decisive.

A noi sembra che un principio assoluto non possa stabilirsi, e che, pur ammettendo per regola l'esclusione della compensazione delle *obligationes faciendi*, non ci sia motivo di non ammetterla in casi singoli, quando le circostanze dimostrino che colui il quale la pretende non aggrava minimamente l'avversario. Quella delle parti che ha interesse al *factum* che è contenuto del suo credito può compierlo da sè, anche dopo ammessa la compensazione, allo stesso modo che avrebbe dovuto compierlo a favore dell'avversario se questa non fosse stata ammessa: la parte invece che non vi ha più interesse può benissimo astenersi dopo avvenuta la compensazione, e non si capisce per qual motivo tale beneficio non dovrebbe esserle concesso dal momento che danno alla controparte non ne deriva. Il caso del resto è alquanto accademico, poichè difficilmente si potranno dare due *obligationes faciendi* identiche nel senso più rigoroso.

zione, nonostante che i crediti per sè stessi sarebbero compensabili; e cioè:

1) se si istituisce un' *actio depositi*. In questo caso il depositario non può mai opporre la compensazione, sia che l'azione diretta contro di lui tenda alla restituzione in natura della cosa depositata, sia che abbia per iscopo di ottenere un indennizzo corrispondente al suo valore [85]). A vero dire per quanto riguarda la seconda di tali ipotesi HELLFELD è di diversa opinione: però le fonti non fanno eccezioni di sorta. La L. ult. Cod. h. t. dice: « excepta *actione depositi* secundum nostram constitutionem, *in qua nec compensationi locum esse disposuimus* ». La stessa precisa disposizione contiene il § 30 Inst. *de actionib.* (4, 6): « Excepta sola *depositi actione,* cui aliquid *compensationis nomine* opponi, sane iniquum esse credimus: *ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur* ». La costituzione cui GIUSTINIANO si riferisce è la L. 11 Cod. *Depositi* (4, 34), nella quale egli dice: « Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur: *nullamque compensationem vel deductionem, vel doli exceptionem opponat,* quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecarias praetendens, cum non sub hoc modo depositum accepit, *ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur* ». La ragione di questa costituzione indubitatamente sta nella particolare buona fede che giustamente ci si attende da un depositario e che a buon diritto da lui si esige [86]).

---

[85]) Jo. VOET, *Comment. ad Pand.* h. t. § 15. — Ev. OTTO, *Commentar. et notae crit. ad Institut. ad § 30 de actionib.* — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 20. — Per. BELLOJUS, *De compensat.* (tom. IV *thes. Meermann.* pagina 735). — Pet. Adrian. van der BRANTE, *Diss. de religione in Deposito adhibenda* Ultraj. 1736 § 5 sq. — STRYCK, *Us. mod. Pand.* lib. XVI tit. 3 § 9. — Mich. God. WERNHER, *lectiss. Commentat. in Pand.* h. t. § 12. — Gebr. OVERBECK, *Meditationen über verschiedenen Rechtsmaterien* (Meditazioni su diverse materie di diritto) vol. 6 medit. 346. — EMMINGHAUS *ad Cocceji ius civ. controv.* h. t. qu. IX nota *q*, e THIBAUT, *System des Pandectenrechts* (Sistema del diritto delle Pandette) parte 2 § 1900 B.

[86]) GIUSTINIANO però non pare abbia stabilito con ciò nulla di nuovo, come non senza ragione hanno già notato CUIACIUS, lib. VIII cap. 16. — Jac. RAEVARDUS, *Varior.* lib. I cap. 11, e Ger. NOODT, *Commentar. ad Dig.*

2) Se si istituisce azione contro colui che illegalmente si impadronì del possesso altrui. Costui non può affatto mediante la com-

---

h. t. § *Quacunque* pag. 359. Infatti già PAOLO dice nel lib. II *Sententiar. Recept.* tit. 12 § ult. (in SCHULTING, *Jurisprud. Antejust.* pag. 282): « In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est ». Si veda anche Ulr. HUBER, *Eunom. Rom. h. t. ad* § 30 *I. de actionib.* pag. 585 sq., e Franc. HOTOMANI, *Commentar. ad* § 30 *I. de actionib.* pag. 464 *g*).

---

g) La sentenza di PAOLO qui riferita dall'autore riguardava però solo il caso di controcrediti derivanti *ex eadem causa* cioè dallo stesso rapporto di deposito, poichè sappiamo da GAIO, IV, 61 che nei giudizi di buona fede la compensazione non era ammessa appunto che nel caso sopra detto, nè abbiamo notizia che il diritto siasi mutato sino a PAOLO.

Il divieto, del resto, contenuto nella detta sentenza è certo rinnovato nella L. 11 C. *depos.* citata nel testo; nè essa dà alcun motivo di ritenere il contrario. Deve pertanto rigettarsi l'opinione di coloro che, come il COCCEJO, *Ius controv.* Tit. 16, 3 qu. 13, sostengono che in diritto giustinianeo non sono esclusi dalla compensazione i controcrediti derivanti dallo stesso deposito.

Un'altra controversia si è agitata circa il punto accennato dal nostro A. nel testo: cioè se il divieto fatto da GIUSTINIANO della compensazione in caso di *actio depositi* debba intendersi valido anche nella ipotesi che, non potendo o non volendo l'obbligato restituire in natura la cosa depositata, ne debba pagare il valore di stima. Per quanto concerne il diritto classico, la sentenza di PAOLO sopra citata suppone l'esistenza della cosa (*res ipsa reddenda est*); e quindi il divieto in essa contenuto non può intendersi se non nel senso che al giudice vien proibito tanto di ammettere in qualsiasi caso il convenuto che può restituire a pagare invece la *litis aestimatio* e su quella compensare il suo controcredito, quanto di concedere a questo convenuto la compensazione sulla condanna a denaro, qualora non *voglia* restituire. Confronta pure la L. 26 D. *depos.* (16, 3) dove sempre è supposta l'esistenza della cosa. Convien dedurre che il divieto di cui si tratta non debba estendersi al caso in cui il convenuto non *possa* restituire la cosa; nè in tal caso esiste più la ragione per cui il divieto è stato stabilito.

L'EISELE, pag. 353, a ragione sostiene che il diritto giustinianeo ha mantenuto questo stato di cose. E mette in rilievo le frasi della L. 11 C. cit. che anch'esse nascondono il presupposto che la cosa depositata ancora sussista. La costituzione in discorso per conseguenza non contempla il caso dell'impossibilità della restituzione, e quindi è errata l'argomentazione del nostro autore contro HELLFELD, che cioè non possa ammettersi quivi la compensazione, perchè la legge stessa non fa eccezioni.

Il divieto di GIUSTINIANO per riguardo alla compensazione nell'azione di deposito, perpetuatosi nel diritto di mezzo, si trova ripetuto nelle legislazioni moderne. Lo hanno: il Diritto territoriale prussiano I, 16 § 364, il Codice civile austriaco § 1440, il Codice francese, art. 1293, ed il nostro Codice civile art. 1289 num. 2. Riguardo a quest'ultimo è poi da osservare che la proibizione è estesa anche al comodato, disposizione che ha il suo precedente nel diritto comune anteriore, che ha in parecchi riguardi eguagliato il dovere di restituzione del deposito a quello del comodato.

Però la disposizione medesima non ha un fondamento nel diritto romano puro. Si è addotta la L. 4 C. *Commodati* 4, 23: *Praetextu debiti restitutio commodati non*

pensazione liberarsi dall'obbligo che gli incombe della immediata restituzione della cosa, qualunque sia il credito che egli sia in grado di opporre. GIUSTINIANO infatti dice nella L. ult. § 2 Cod. h. t.: « Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur » [h]. Subentra cioè in questo caso la nota regola: *Spoliatus ante omnia est restituendus* [i]. Se le due parti contendenti si sono a vicenda spogliate del possesso, può, è vero, una opporre l'*exceptio spolii* contro l'altra che agisca *actione spolii*, ma non per questo si può dire che abbia luogo una compensazione: chè invece l'effetto dell'eccezione opposta consiste soltanto in ciò che il convenuto non può essere obbligato a rispondere alla pretesa contenuta nell'azione, se prima dall'attore non sia stato restituito nel possesso [87]) [l].

---

[87]) Vedi Just. Henn. BOEHMER. *Ius eccles. Protestant.* tom. I lib. II tit. 13 § 5 n. II, ed EISENBACH, *Diss. de compensatione circa maleficia,* praes. Sixt. Jac. KAPFF *Defens.* § 22 pag. 66 sq.

---

probabiliter recusatur. — Non si ammette che si possa negare la restituzione di cosa commodata in base ad un controcredito che abbia diverso titolo (*debitum*). Però questo testo non parla di compensazione, ma nega la *ritenzione* del commodato.

h) Concordi sono gli scrittori ad ammettere che non sia necessario in questo caso che colui al quale la cosa vien tolta violentemente ne sia il proprietario: basta un qualsiasi possessore. Inoltre, basandosi sulla frase generale — *possessionem alienam* — ben a ragione si sostiene comunemente che la regola va applicata anche al caso in cui si occupi con violenza una cosa benchè occasionalmente nessuno nell'atto ne sia in possesso (EISELE, pagina 355 e seg., DERNBURG, pagina 511 seg., WINDSCHEID, I § 350 nota 25).

i) La regola richiamata dall'autore ha, come a tutti è noto, origine canonica, non romana, e, posta così nudamente, può far nascere il dubbio che il GLÜCK intenda che il divieto di GIUSTINIANO debba limitarsi al caso del vero *spolium*, il che però non sarebbe in armonia con quanto prima egli afferma, essere in genere la compensazione esclusa in ogni caso in cui taluno apprende illegalmente un altrui possesso.

l) Anche il nostro Codice civile art. 1239 n.° 1 esclude la compensazione quando si tratta della domanda per la restituzione di una cosa di cui il *proprietario* fu ingiustamente spogliato.

Il Codice medesimo al num. 3 dell'articolo citato indica un altro caso in cui la compensazione è esclusa, cioè quando si tratta di un debito il cui titolo deriva da alimenti non soggetti a sequestro.

Questa disposizione non ha alcuna base nel diritto romano; è un portato della pratica antica, condotta a tale risultato da un sano sentimento giuridico (DERNBURG, pag. 519): a torto si è citata a favore di questa massima la L. 3 C h. t., che non lo prova affatto.

Uguale disposizione ha il Cod. civ. francese art. 1293 num. 3; il Diritto territoriale prussiano §§ 366, 367 che però non restringe l'eccezione agli alimenti *insequestrabili*; col Cod. franc. ed il nostro il Cod. civ. sassone § 995. Il Codice austriaco tace sull'argomento.

§ 931.

I crediti debbono esser liquidi e scaduti [a].

In terzo luogo i crediti che debbono l'un l'altro compensarsi è necessario siano *liquidi*. GIUSTINIANO nella L. ult. § 1 C. h. t. dice: « Ita

a) Su questo tema sono da consultare: REH nell'*Archiv für die civilistische Praxis* [Archivio per la pratica civilistica] vol. II pag. 210 e segg.; SEUFFERT, *ivi* III pag. 195-198; GENSLER, *ivi* III pag. 209-210; HASSE e TELLKAMPF nelle memorie citate; BETHMANN-HOLLWEG, pagine 258-263; KRUG, §§ 89-93; FUHR, pagina 235 e segg.; HARTTER, pag. 219 e segg.; BRINZ, *Comp.* pag. 151 segg.; SCHEURL, pag. 174 segg.; DERNBURG, §§ 66-68; EISELE, § 29; FRITZ, *Erläuterung* [Commento al WENING-INGENHEIM] II pag. 406-408; VANGEROW, III § 618 n.° 2; SINTENIS, II pag. 432; BRINZ, II (2.ª ediz.) pag. 425; ARNDTS, § 264 nota 8. — Ora sopra tutti l'APPLETON che ha visto nella liquidità dei crediti la condizione necessaria perchè si potesse compensare anche nell'età classica romana.

In questo paragrafo il nostro Autore espone circa il requisito della liquidità la teorica stabilitasi nel processo del diritto comune, la quale si riassume nel domma, che la liquidità non è richiesta nel processo ordinario, a meno che l'eccezione di compensazione non sia opposta per impedire il processo; e che è sempre richiesta invece nello stadio esecutivo e nel processo sommario.

I suoi ragionamenti quindi non hanno per noi interesse, se non in quanto rappresentano all'incirca una delle opinioni sostenute in diritto romano puro riguardo alla liquidità dei crediti da compensarsi. È questa la opinione di DONELLO (*Comm.* ad L. ult. C. *de compens.*).

Egli affermò che nel diritto classico la liquidità non fu affatto richiesta: che pel diritto introdotto da GIUSTINIANO era una condizione necessaria, se il convenuto, che la opponeva, era già *convictus*, ovvero la opponeva troppo tardi; non era invece necessaria se la compensazione era opposta nella *litis contestatio* dal convenuto, il quale non fosse *convictus*.

Il CUIACIO invece (*Observat.* VIII, 16; XV, 12, in f.) sostenne l'opinione opposta, secondo la quale sarebbe incondizionatamente richiesta dal diritto romano la liquidità dei crediti dedotti in compensazione.

Per dare brevemente i risultati della scienza moderna su questo oggetto conviene tener distinto il diritto classico dal diritto giustinianeo.

Per quanto concerne il diritto classico i due grandi romanisti citati si riportano ad alcuni testi per sostenere le opposte opinioni.

CUIACIO si riferisce in suo appoggio alla L. 22 D. h. t. ed alla L. 3 D. *de tutelae act.* 27, 3. Però la prima non parla affatto di liquidità, ma dice soltanto che nel caso di una obbligazione alternativa il debitore deve attendere che l'altra parte abbia scelto per potere opporre la compensazione, poichè, essendo la prestazione una cosa fungibile, ovvero una specie, solo nel caso egli scelga la prima, può ammettersi la compensazione.

Quanto poi al secondo testo, esso non parla affatto di compensazione (DERNBURG, pag. 559).

Il DONELLO invece, per sostenere non necessaria la liquidità, cita la L. 6 C. h. t. Però basta un benchè lieve esame di questa legge per convincersi che, se una deduzione può

tamen *compensationes obici* iubemus, *si causa, ex qua compensatur, liquida sit,* et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici fa-

---

trarsene per la nostra quistione, si è quella che anche un credito illiquido si potesse compensare, ma non quella che sempre fosse compensabile, poichè nel testo son supposti illiquidi tanto il credito che il controcredito, e quindi non se ne può trarre conseguenza pei casi in cui la loro relazione sia diversa quanto alla liquidità.

Il vero sta in ciò che nè l'una nè l'altra delle due opinioni assolute dei citati autori è accettabile.

Le fonti, che in genere son molto povere in materia di compensazione, non rispondono direttamente alla nostra quistione. Convien quindi risolverla secondo i più verosimili risultati che possono trarsi dalla maniera con cui l'istituto della compensazione è in genere regolato nel diritto classico. Quivi, come meglio si vedrà nell'appendice storica annessa a questo trattato, la compensazione percorse un cammino diverso secondo che si trattava di giudizi di buona fede, o di stretto diritto. Nei primi, secondo Gaio, IV, 61 e 63, essa venne accordata soltanto per controcrediti derivanti *ex eadem causa,* cioè dallo stesso rapporto giuridico; e, come nella formola dei giudizi di buona fede non vi era alcun ordine pel giudice di aver riguardo al controcredito del convenuto, e soltanto si ammetteva ciò perchè lo si credeva consentaneo alla natura di questi giudizi, il giudice medesimo aveva libera facoltà di far luogo alla compensazione o di rifiutarla, secondo ciò che ritenesse più conforme alla buona fede. Data questa condizione di cose, è naturale indurre che anche per motivo di illiquidità o di difficile liquidabilità del controcredito il giudice potesse negare la compensazione nel giudizio principale e rimandare il controcredito *ad separatum.* Questa supposizione viene appoggiata da parecchi testi, come i seguenti, riguardanti tutti giudizi di buona fede: l. 18 § 4 D. *Commod.* (13, 6); L. 7 (8) D. *de neg. gest.* (3, 5); l. 1 § 4 D. *de contr. tut.* (27, 4), nei quali si accenna manifestamente alla facoltà del giudice di rimandare il controcredito ad altro giudizio.

Quale norma direttiva abbiano poi seguìto i romani in ciò, e fino a che punto pel diritto antico potesse essere importante la quistione della liquidità, non ci è possibile dire con certezza (Cfr. in proposito Eisele, pag. 5 e seg., anche contro lo Schwanert, pag. 18 e segg., che vorrebbe negare la possibilità di rimandare *ad separatum* sinora ammessa).

Nè abbiamo motivo per ritenere che lo stato del diritto a questo riguardo siasi mutato sino a Giustiniano.

Per quel che concerne i giudizi di stretto diritto, ci troviamo ancora in peggior condizione, poichè pei medesimi non esistono neanche testi dai quali possa prossimamente dedursi la maniera con cui era regolata la quistione della liquidità. Si è quindi ricorso a ragionamenti molto generali per sostenere le opposte opinioni.

Per quanto controverso sia lo sviluppo storico avuto dall'istituto della compensazione in questa specie di giudizi, pure in un punto gli autori moderni (meno il Brinz) concordano; nel ritenere cioè esatta la notizia del § 30 *Inst. de actionib.* IV, 6, secondo il quale la compensazione medesima fu quivi introdotta (e secondo alcuni estesa) come diritto comune da un rescritto di Marco Aurelio: ad ogni modo è con questo rescritto che l'istituto trova la via per generalizzarsi.

Tutti concordano pure nell'accettare il racconto delle Istituzioni, secondo le quali il convenuto in base a tale rescritto faceva valere la compensazione mediante una *exceptio doli,* comunque poi diversifichino nel particolare funzionamento di tale *exceptio.* Ora alcuni derivando da questa forma caratteristica dello svolgimento equitativo del diritto romano e dai testi espressi che parlano di un'*aequitas compensationis* (cfr.

cilem exitum sui praestare ». Ora il contrario credito, che vien fatto valere mediante l'eccezione di compensazione, allora deve ritenersi

---

L. 18 pr. D. h. t., L 5, 6 C. h. t., L. 1 C. *rer. amotar.* 5, 21, L. 36 D. *de adm. tut.* 26, 7) che la compensazione fu sempre ricondotta ad un principio di equità, ne argomentano che anche nei giudizi di stretto diritto dovesse il giudice aver facoltà di non ammetterla per illiquidità del controcredito opposto, giacchè la stessa equità vuole che un creditore, che avanza una domanda già liquida o facilmente liquidabile, non debba attendere ad essere soddisfatto che si esamini, e nel caso si deduca, un'obbligazione attiva che ha verso lui il suo debitore e che può soltanto dopo lunghe controversie e prove liquidarsi. Ma, nonostante tali considerazioni, noi crediamo doverci piuttosto accostare all'opinione contraria, oramai forse prevalente negli autori più recenti (Dernburg, pag. 558 seg., Eisele, pag. 339 seguenti). E ciò per una ragione formale: cioè pel motivo che, ammesso come principio che avveniva l'opposizione di una *exceptio doli*, appunto allo scopo che il giudice avesse riguardo al controcredito del convenuto, non sappiamo se questi potesse per causa di illiquidità non prenderlo in considerazione: l'*exceptio* era per lui un ordine e non poteva per qualsiasi ragione sottrarvisi.

Piuttosto noi riteniamo che in questa specie di giudizi la quistione della liquidità trovasse la sua salvaguardia nell'ufficio del Pretore. Non abbiamo infatti ragione per non ammettere che questi, nel suo potere discrezionale, non avesse facoltà di respingere già *in iure* un controcredito opposto in compensazione, quando riconoscesse troppo oneroso per l'attore, cui competeva un credito liquido, esporsi agli indugi necessari alla liquidazione del controcredito.

Nel diritto giustinianeo troviamo la prima disposizione veramente espressa, relativa alla liquidità.

Essa è contenuta nel § 1 della L. ult. C. h. t. in parte riportato nel testo. Sul contenuto di questo testo e sull'estensione, che Giustiniano abbia voluto dare al requisito della liquidità in caso di compensazione, le opinioni non concordano. La stessa costruzione della legge vi dà appiglio, perchè è redatta con singolare inettitudine. Mentre sul principio sembra stabilire in genere e senza eccezione che la causa, *ex qua compensatur*, deve esser liquida, quasi a giustificare tale disposizione passa poi ad esprimersi in modo che farebbe credere si voglia stabilire il requisito di una causa liquida nel solo caso estremo che la lite principale sia già in istato di esser decisa. Questo stato di cose ha fatto sì che alcuni, dando valore soltanto alla disposizione richiedente che la causa *liquida sit*, hanno sostenuto (Cuiacio, loc. cit.) che Giustiniano abbia voluto introdurre il requisito della liquidità in via assoluta; altri, dando peso al ragionamento susseguente dell'imperatore, dal quale parrebbe rilevarsi che occorra per tale requisito tener calcolo del momento in cui l'eccezione di compensazione è opposta in processo, hanno voluto affermare (Donello e con lui il nostro Autore e molti altri. Vedi Tellkampf, pag. 326) che il requisito della liquidità non deve intendersi in senso assoluto, ma ristretto al solo caso che il convenuto non opponga a tempo debito la compensazione, ma si riservi a pensarvi troppo tardi, quando la lite è pressochè decisa.

Ora a noi sembra che, se si parte dal principio che la L. ult. citata parli effettivamente e soltanto di *liquidità*, la sua interpretazione è impossibile. Infatti tra il concetto di *causa liquida*, e l'attributo che fa seguito « *non multis ambagibus innodata* » che regge tutto il ragionamento successivo, vi è una contraddizione in termini, poichè ciò che è *liquido* non è che non sopporti più o meno ambagi, ma esclude ogni ambage; ciò che è liquido non richiede ulteriore esame.

Dato ciò, e tenuto conto che per necessità logica l'attributo « *non multis ambagibus innodata* » ci rappresenta l'idea che sotto la parola liquidità stava nel pensiero

sia *liquido*, quando il fatto sul quale riposa, o viene ammesso come vero dalla parte contraria, ovvero è in altro modo giuridicamente

---

di GIUSTINIANO, dobbiamo concludere che egli intendesse parlare di *liquidabilità*, disponendo che la causa per essere ammessa in compensazione (Cfr. TELLKAMPF, p. 333) dovesse essere facilmente liquidabile.

Se poi la costituzione, per esemplificare la norma data, non fa se non il caso in cui la compensazione sia opposta dalla parte, *quae iam paene convicta est*, cioè presso la sentenza, ciò si spiega o colla verosimile supposizione, raffermata da tanti altri esempi che ne porge il diritto giustinianeo, che questo sia stato il caso speciale che abbia dato origine alla legge, e quindi il redattore di questa vi sia rimasto impigliato e non se ne sia saputo districare; o col riflesso, forse più accettabile, perchè meno accusa, che dovendo l'esempio fatto servire non solo a dichiarare, ma anche a giustificare la disposizione data, si sia scelto, come di solito avviene, il caso estremo che meglio fa risaltare il danno cui vuol rimediare la norma stessa.

Ad ogni modo la costituzione si deve interpretare nel senso che sia richiesta per la compensazione una liquidità relativamente facile del controcredito opposto. Al giudice deve poi essere rimesso l'apprezzamento dell'opportunità di ammettere o non ammettere ad esame il credito opposto.

Una norma decisa è in questo caso impossibile; ed è tale impossibilità la ragione forse non ultima per cui la costituzione di GIUSTINIANO ha un contenuto così generico.

L'opinione da noi esposta, che è quella generalmente accettata, ebbe la sua prima dimostrazione fondata nella citata importantissima memoria dell'HASSE. Egli però sostenne anche una modificazione alla medesima: che cioè il requisito della liquidità, il quale deve intendersi nei limiti sopra accennati per tutti i crediti derivanti *ex causa dispari*, debba essere escluso del tutto qualora il controcredito opposto in compensazione derivi *ex eadem causa*, cioè dal medesimo rapporto giuridico che sta a base della domanda dell'attore.

Questa teorica non trova alcun appoggio nella costituzione di GIUSTINIANO; nè l'HASSE ha potuto trovare sicura prova per quanto egli sostiene, ma ha dovuto ricorrere ad argomenti tratti dalla natura dei rapporti da cui questi crediti reciproci nascono. Egli ha cioè detto che in questi rapporti come la società, la tutela, ecc., deve intendersi sia nell'intenzione delle parti già sin dal momento in cui si costituiscono che si abbia in ogni caso ragione del reciproco dare ed avere, e che una sola parte debba rimaner debitrice. Ora, per quanto interessanti possano essere le osservazioni di questo autore *de iure constituendo*, non hanno che un valore secondario per l'interpretazione di un diritto storico come il romano.

Di un'altra opinione infine è ancora da far menzione; quella dell'EISELE (p. 338 seg.). Egli crede che la disposizione di GIUSTINIANO relativa alla liquidità sia in istretta connessione con l'innovazione da lui introdotta: che cioè la compensazione avvenga *ipso iure*, e che quindi si debba intendere applicabile ai casi di compensazione compresi in questa innovazione. E siccome egli dà all'*ipso iure* un senso formale (vedi per maggiori particolarità l'Appendice), crede cioè che esso significhi potersi ora la compensazione opporre in qualsiasi stadio del giudizio, mentre prima la si doveva opporre avanti la *litiscontestatio*, così ritiene che GIUSTINIANO richieda la liquidità solo pei crediti opposti in compensazione dopo la *litiscontestatio*.

Ma a parte il fatto che la verità di questa opinione dipende dalla verità dell'altra sul significato da darsi all'*ipso iure compensatur*, e che il senso attribuitogli dall'EISELE non è a nostro vedere quello che stette nella mente di GIUSTINIANO; prescin-

dimostrato [88]). Il decidere poi se la verità di detta base di fatto debba subito potersi rilevare da titoli evidenti, ovvero se basti invece che i fatti appariscano indubitati negli atti del processo al momento in cui il giudice deve conoscerne, in modo che possano valergli come base della sua sentenza, dipende in parte dalla specie di procedimento che si è scelto, in parte dalla qualità dell'effetto cui si tende per mezzo della compensazione.

Occorre pertanto distinguere il procedimento ordinario dal procedimento esecutivo.

I. Nel procedimento ordinario bisogna vedere se l'eccezione sia stata opposta sin dall'inizio del processo o soltanto dopo la sentenza.

a) Se l'eccezione è opposta subito al primo inizio del processo, non vi ha che un caso in cui si richiede che sia liquida all'istante, ed è quando si oppone allo scopo d'impedire il processo, vale a dire quando, opponendola, il convenuto tenta di non accettare il giudizio.

---

88) Jo. VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 17.

---

dendo — diciamo — anche da ciò, l'opinione del detto autore si sostiene tutta sull'affermazione che il § 1 della costituzione sia in istretta connessione col principio, nel senso che le disposizioni nella liquidità siano date solo per quelle compensazioni *quae ipso iure fiunt.*

Ora ciò non è giustificato affatto.

Il § 1 della nostra legge non parla che di *compensationes* in genere, ed è arbitrario imporgli qualsiasi restrizione: il fondarsi sull'*ita tamen*, che serve di passaggio, come fa l'EISELE, a nulla può servire, perchè queste parole non indicano, ai nostri occhi, che la transizione ad altra idea, e può benissimo, nonostante esse, il § 1 contenere una disposizione nuova che non ha nessuna relazione con la particolarità del principio, e che voglia dare una norma per le compensazioni in genere. Del rimanente, salvo la restrizione accennata, l'EISELE è dell'opinione comune, che cioè per liquidità qui debba intendersi una relativa liquidabilità.

Il nostro Cod., art. 1287 (art. 1291 C. fr.) non ammette compensazione se non tra due debiti che siano egualmente liquidi ed esigibili. Da questo articolo, interpretato secondo la lettera, si dovrebbe indurre che nel diritto patrio siano richiesti per la compensazione debiti liquidi nello stretto senso della parola, cioè a dire debiti *certi* nella loro esistenza, e *determinati* nella loro quantità. Però in omaggio ai bisogni della pratica ed in base ad un senso di equità si è svolta in Francia e presso di noi una benevola giurisprudenza, la quale parte dal punto di vista che, quando i requisiti di esistenza e quantità di un debito possano facilmente e prontamente provarsi, la sua illiquidità sia più apparente che reale, e quindi ritiene ammissibili come liquide alla compensazione quelle obbligazioni che rispondano alle dette esigenze (Vedi nel BORSARI, *Commentario al C. C.* all'art. 1287 e nel PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, IV della 3.ª edizione, pagina 270 e seguenti, i richiami alla giurisprudenza francese e nostra in questo senso).

Fuori di questo caso il convenuto deve essere ammesso a provare la sua eccezione, se anche egli abbia nella prima risposta concesso che originariamente il credito dell'attore era ben fondato. Questa è la stessa regola del resto che vale per tutte le eccezioni perentorie, che il convenuto abbia opposte a tempo opportuno [89]). Essa quindi deve valere anche per l'eccezione di compensazione, dal momento che le leggi non hanno fatto, rispetto a quest'ultima, eccezione di sorta. Nè a ciò osta neppure la costituzione di GIUSTINIANO addotta di sopra, poichè evidentemente essa non riguarda se non il solo caso in cui alcuno non opponga l'eccezione di compensazione subito sul principio del processo, ma cerca di farne uso soltanto a procedimento finito, quando la causa è al momento di esser decisa con la sentenza, ovvero ha proceduto sino allo stadio esecutivo, per tentare dolosamente di tenere in tal modo la lite sospesa. Ciò è posto fuori d'ogni dubbio dalle parole: *Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi* [90]). Farebbe dunque cosa ingiusta ed affatto contraria all'intenzione delle leggi il giudice che sotto l'usbergo della regola: *illiquidi cum liquido nulla est compensatio* [91]) che, di per sè giusta, qui però sarebbe male applicata, volesse respingere l'eccezione di compensazione pel motivo che essa non possa esser subito liquidata, e rimandasse il convenuto ad altro processo da istituirsi distintamente [92]). E così anche per provare la

---

[89]) L. 9 Cod. *de except.* (8, 35); L. 1 Cod. *de probat.* (4, 19); L. 1 D. *eodem* (22, 3).

[90]) Su ciò si confrontino specialmente Hug. DONELLUS, *Commentar. ad L. ult. Cod. de compensat.* n. 9. — Arn. VINNIUS, *Selectar. iuris Quaestion.* lib. I cap. 50, e Tob. Jac. REINHARTH, *Select. Observation. ad Christin. Decision.* vol. I obs. 69.

[91]) Jo. Tob. CARRACH, *Progr. de brocardico: illiquidi cum liquido nulla est compensatio* Halae 1738. — G. T. SCHIRGES, *Diss. de eo, quod iustum est circa separationem debiti in litem deducti illiquidi a liquido* Goett. 1798.

[92]) Vedi Joh. Christ. von QUISTORP, *rechtliche Bemerkungen* (Osservazioni giuridiche) parte 2 osserv. 69. — Ad. Diet. WEBER, *Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden* (Contributi alla teoria delle azioni giudiziali e delle eccezioni) sez. 1 n. 6 pagine 60-63. — Fratelli OVERBEK, *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* (Meditazioni su diverse materie di

sua eccezione al convenuto deve essere concesso di servirsi di tutti gli ordinari mezzi di prova, e perciò pure di deferire il giuramento [93]). Inoltre devono essergli accordati i termini ordinari [94]). Soltanto il Fisco ha il privilegio che l'eccezione di compensazione opposta contro di esso deve essere esaurita e posta in chiaro entro i due mesi [95]).

b) Se al contrario l'eccezione di compensazione è proposta dopo avvenuta la sentenza giudiziale, allo scopo di impedire l'esecuzione, in tal caso essa non può essere ammessa se non quando possa essere liquidata senza indugio.

II. La stessa norma vale anche pel caso che si agisca per la via del *procedimento esecutivo* in base ad un titolo di credito evidente (*instrumento guarentigiato*). Infatti in tale specie di processo che si presenta addirittura in forma esecutiva e quindi è da considerarsi come una eccezione alla regola, è certo che il giudice di fronte ad un credito dell'attore che è ammesso dalla parte contraria ovvero che non può più impugnarsi da questa con speranza di buon esito, non deve aver riguardo a quelle eccezioni che al momento in cui ha da rendersi la sentenza non siano già liquide [96]). E secondo la consuetudine forense inoltre anche per la prova dell'opposta eccezione di compensazione si richiedono istrumenti evidenti e guarentigiati nè più nè meno di quelli che debbono essere adoperati per potere istituire l'azione esecutiva medesima [97]).

In quarto luogo infine i debiti reciproci, perchè possa aver luogo tra di essi una compensazione, debbono nell'ugual maniera essere *scaduti* ed *esigibili* [b]). Per conseguenza non può entrare in compen-

---

diritto) vol. 8 medit. 425, e HÖPFNER, *Commentario alle Istituzioni di Ennecio* § 979 nota 4.

93) Vedi Christ. THOMASIUS *ad Huberi Praelection. in Pandect.* h. t. § 3.

94) CARPZOV, *Jurisprud. for.* parte 1 const. 8 definit. 13.

95) L. 46 § 4 D. *de iure fisci* (49, 14): « Qui compensationem opponit fisco intra duos menses debitum sibi docere debet ».

96) Vedi WEBER, *über die Verbindlichkeit zur Beweisführung in Civilprozess* (Sull'obbligo della prova nel processo civile) pag. 303.

97) CARPZOV, parte 1 const. 8 def. 14.

---

b) Tale disposizione è una conseguenza del fatto che colui il quale oppone a compensazione non solo intende in tal modo soddisfare l'avversario, ma vuole soddisfare

sazione tanto una obbligazione condizionata con una incondizionata, quanto una già esigibile con un'altra non ancora scaduta, a meno che la condizione ovvero il termine di scadenza non sia stato aggiunto ad esclusivo vantaggio di colui che oppone l'eccezione di compensazione [98]).

Diverso da questo è il caso in cui il credito di per sè sia esigibile, e soltanto per ragione di equità sia stata concessa al debitore una dilazione al pagamento, poichè allora tale termine non impedisce avvenga la compensazione [99]). E PAPINIANO infatti distingue accuratamente questo caso dagli altri nella L. 16 § 1 D. h. t. ove dice: « Cum intra diem ad iudicati executionem datum [100]) iudicatus Titio agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem illi iudicatus est, compensatio admittetur: aliud est enim, diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis » [1]) *c*).

§ 932.

Tra quali persone ha luogo la compensazione? a).

La compensazione ha luogo tra quelle persone che si trovano ad esser debitrici l'una dell'altra vicendevolmente, senza distinzione di

---

[98]) L. 7 pr. D. h. t.: « Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat ». Vedi Ger. NOODT, *Commentar. ad Dig.* h. t. pag. 357 sq., e BOEHMERI, *Consultat. et Decis.* tom. II parte I resp. 301 e 302.

[99]) VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 17.

[100]) Vedi la 5.ª parte di questo *Commentario* § 450 pag. 504 nota * (Ediz. ital. Libro IV pag. 100 nota *) e Ger. NOODT, h. t. pag. 358.

[1]) Si confrontino ancora L. 7 D. *de re iudicata* (42, 1), e L. 2 Cod. h. t., ed inoltre Ant. FABRI, *Rational. in Pand.* ad L. 16 § 1 D. h. t.

---

anche sè stesso di quanto è in credito: nè ciò può avvenire qualora il credito non sia scaduto.

La stessa disposizione è sanzionata dall'art. 1287 del nostro Cod. civ.

c) Art. 1288 Cod. civ. Le dilazioni, che si fossero concesse gratuitamente dal creditore, non sono di ostacolo alla compensazione.

a) Il presente ed il successivo paragrafo parlano delle relazioni che devono intercedere tra le parti controstanti, perchè possa avvenire la compensazione. In proposito sono da confrontarsi KRUG, §§ 58-70, DERNBURG, §§ 44-54, EISELE, pag. 283 e seg., SINTENIS, pag. 419-423.

sesso, età e condizione [2]). La si può quindi opporre anche ad una città, e perfino allo stesso fisco [3]), poichè in tal materia il fisco ha i diritti medesimi della persona privata [4]). Soltanto non si può opporre in compensazione ad uno degli uffici dipendenti dal fisco (*stationes fisci*) il debito di un altro ufficio, dappoichè ne deriverebbe una confusione nella contabilità dei diversi uffici fiscali [5]) *b*). Se invece si agisce direttamente col fisco medesimo, ovvero, come ora noi diciamo, con l'ufficio camerale del principe, è permesso ad entrambe le parti di opporre i debiti e crediti competenti ad uno degli uffici dipendenti [6]). *Stationes enim omnes,* dice molto giustamente PUFENDORF [7]), *fisco continentur, eoque deferuntur, vix aliter, quam rivuli in maiorem fluvium, vel flumina in mare defluunt.* È prezzo dell'opera segnalare inoltre a tale riguardo anche i seguenti testi di diritto romano.

L. 1 Cod. h. t.: « Et Senatus censuit, et saepe rescriptum est, compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, *si eadem statio quid debeat* [8]), quae petit. Hoc iuris *propter confusionem diver-*

---

2) L. 2 D. h. t.; L. 11 Cod. *eodem;* L. 3 Cod. *de contr. tutelae iudic.* (5, 58).

3) L. 46 § 5 *de iure fisci* (49, 14). — DONELLUS in *Commentar. iur. civ.* lib. XVI cap. 15, e Jo. Ge. FICHTNER, *Disput. de compensatione fisci* Altdorfii 1702 § 15 sq.

4) L. 12 pr. D. h. t.

5) L. 1 Cod. h. t.; L. 3 Cod. *eodem.*

6) L. ult. D. h. t.: « Iussit Imperator audiri adprobantem sibi a fisco deberi, quod ipse convenitur ». BAUDOZA legge qui più correttamente: *in quod ipse conveniatur,* il che equivale ad *id,* in *quod,* ecc., che è il modo con cui interpreta questo testo Jos. FINESTRES in *Hermogeniano* tom. II pag. 1018 ad L. 46 § 4 D. *de iure fisci* § 1. Si veda anche THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette* parte 2 § 1000.

7) *Observation. iuris univ.* tom. III obs. 79 § 3.

8) Nei Basilici lib. XXIV tit. 10 constit. 25 (FABROTO, tom. III pag. 579) a commento di questo testo si ha la seguente parafrasi: Ὁ δημόσιος ἐν διαφόροις

---

b) Come si vede dunque, non è che l'unità della persona dello Stato venga in questo caso negata, ma sono semplici riguardi amministrativi che escludono la compensazione. La disposizione presente forma quindi una vera eccezione al principio che la compensazione debba poter avvenire (dati gli altri requisiti) quando i crediti sono reciproci; e ciò in privilegio del fisco.

Su tutto quel che segue circa i privilegi dello Stato e delle città in materia di compensazione puoi vedere APPLETON, pag. 515 e seg., che riassume tutti i risultati ottenuti dagli scrittori antecedenti sulla materia; i quali del resto essenzialmente collimano con quelli dati dal nostro Autore.

sorum officiorum tenaciter servandum est. Si quid autem tibi ex ea statione, cuius mentionem fecisti deberi constiterit, quam primum recipies ».

L. 3 Cod. *eodem.* « In ea, quae Reipublicae te deberi fateris, compensari ea, quae ab eadem tibi debentur, is, cuius de ea re notio est, iubebit, si neque *ex kalendario*, neque *ex vectigalibus*, neque *ex frumenti vel olei publici pecunia*, neque *tributorum*, neque *alimentorum*, neque eius, *quae statutis sumptibus servit*, neque *fideicommissi* civitatis debitor sis ».

L. 46 § 5 D. *de iure fisci* (49, 14). « Ut debitoribus fisci, quod fiscus debet, compensetur, saepe constitutum est; excepta *causa tributoria* et *stipendiorum*, item pretio *rei a fisco emptae*, et quod *ex causa annonaria* debetur ».

Da questi passi delle leggi risulta chiaro a prima vista che si dan casi in cui la compensazione non può essere opposta al fisco. Tali casi sono i seguenti:

1) Se il debitore deve pagare al fisco del denaro ricevuto in pre-

---

ἐπαρχίαις ἐπει τοὺς προνοητὰς τῶν διαφερόντων αὐτῷ πραγμάτων. καὶ λέγεται ἑκάστη φροντὶς στατίων; id est: *Fiscus in diversis provinciis habet rerum suarum procuratores, et dicitur unaquaeque procuratio statio* ». Statio propriamente presso i Romani significava quel luogo dove risiedeva un pubblico funzionario, in ispecial modo un *Procurator fisci*, incaricato di ricevere le gabelle. Da ciò il nome di *Stationarii* dato anche agli ufficiali imperiali preposti alla riscossione delle rendite dello Stato. L. 5 Cod. *de vectigalib.* (4, 61). Tuttavia qui *Stationes* stanno a significare quelle che oggi noi chiamiamo Esattorie (*Bureaux de receptes*), come osserva Jac. Gothofredus in *Commentat. ad L. 19 Cod. Theodos. de susceptorib.* tom. IV pag. 584. Si veda anche Jac. Cujacius in *Recitation. Solemn.* ad L. 1 Cod. h. t. e ad L. 1 Cod. *Ne fiscus rem, quam vend. evincat.* I Basilici inoltre aggiungono: *Illud quoque disce* (secondo la versione del Fabroto), *fisco agenti opponi compensationem. Verum hoc ita procedit, si eadem statio quid debeat, quae petit; utputa si Catholicus Alexandrinus fiscale debitum petat, debitor autem dicat, sibi quid debere Catholicum Antiochenum: quoniam alia statio est, exceptionem non habet: separata enim est utriusque stationis ratio: et si compensationem admittamus, confunduntur procurationes et rationes Catholicorum.* Io aggiungo qui soltanto questa osservazione che i *procuratores fisci*, addetti a riscuotere le entrate governative, in genere vennero chiamati *Catholici* od anche *Catholiciani*, a differenza di quelli che amministravano soltanto una delle diverse specie di entrate. L. 9 § ult. Cod. *de bonis proscriptor.* (9, 49). Vedi Cujacius, *Recitat. ad L. 5 Cod. de iure fisci*, e Gottfr. Mascov, *Disp. de procuratore Caesaris* Altdorfii 1724 § 7.

stito a contanti. Questo è il significato delle parole: *Si ex kalendario debitor sis*, che si leggono nella L. 3 C. h. t., significato che ugualmente si ricava dai Basilici [9]) dove dette parole son così riprodotte: « εἰ μὴ ἄρα ὁ χρεωστῶν, ἡ ἀπὸ χρημάτων πολιτικῶν, τῶν ὁανειξομένων τοῖς δεομένοις χρεωστεῖ; id est: nisi ex pecunia civitatis, quae petentibus credi solet, debitor sis ». *Kalendarium* infatti si chiamava presso i Romani il *codex foenebris pecuniae*, nel quale venivano inscritti i nomi dei debitori cui era stato prestato denaro ad usura. Tale prestito ad usura si soleva fare d'ordinario al principio del mese (*Kalendae*) e quindi le usure scadevano anch'esse al primo d'ogni mese, come ha dimostrato Giuseppe AVERANIO [10]) con l'aiuto di parecchi testi classici. Usavano tenere di questi calendari non solo i privati creditori, ma anche le città ed il *fiscus:* ed a tale uopo furono istituiti speciali *curatores kalendarii* [11]). Ed è perciò pure che la parola *Kalendarium* per metonimia è passata a significare lo stesso mutuo dato ad usura [12]).

2) Non è ammessa compensazione inoltre se alcuno abbia da sborsare imposte, dazi e pubbliche prestazioni in natura [13]), ovvero del denaro che debba servire per acquisto di grano necessario allo Stato o per provvedere ad altri pubblici bisogni. Oltre la citata L. 3 C. h. t. e la L. 46 D. *de iure fisci* [14]) conviene qui addurre la L. 20 D. h. t. nella quale PAPINIANO dice: « Ob negotium copiarum expeditionis tempore mandatum curatorem condemnatum, pecuniam iure compensationis retinere non placuit: quia ea non compensatur »: il che significa che se alcuno ha ricevuto denaro dallo Stato per comprarne vettovaglie da servire all'esercito durante una campagna, e se egli è caduto in responsabilità e vien chiamato a dar conto del

---

9) Lib. XXIV tit. 10 constitut. 27 (FABROTO, tom. III pag. 580. — HEIMBACH, tom. III pag. 48).

10) *Interpretation. iuris* lib. II cap. 28 n. 5. Vedi anche questo *Commentario* lib. VII § 632 pag. 144 dell'Ediz. ital. (Ediz. ted. vol. IX pag. 178).

11) L. 10 Cod. Theod. *de curator. calendar* (12, 11); L. 18 § 2 D. *de munerib. et honorib.* (50, 4); L. 9 § 7 D. *de administr. rer. ad civitat. pertinent.* (50, 8).

12) Vedi FICHTNER, Diss. cit. § 16.

13) Tuttavia si suol fare una eccezione se il debitore ha anticipato parte di dette prestazioni in natura. — STRYCK, *Us. mod. Pand.* h. t. § 10, e Mich. God. WERNHER, *Lectiss. Commentat. in Pand.* h. t. § 3.

14) Si veda, circa questa L. 46, Jos. FINESTRES, *Hermogenianus* tom. II pagina 1020 segg.

suo operato, non può dedurre in compensazione un credito che egli abbia verso il fisco [15]). La parola *copiae* quindi in questo caso sta a significare ciò che altrimenti vien detto *annona militaris* ovvero *commeatus*, accezione nella quale apparisce di sovente nei classici romani, come ha dimostrato Francesco DUARENO [16]). Questi *curatores annonae* si chiamavano σιτῶναι, ovvero *frumentarios* [17]). Se invece il detto curatore aveva bensì da parte sua impiegato il denaro ricevuto agli scopi pei quali gli era stato concesso, ma poi l'edile [18]), al quale era stato consegnato il grano comprato ovvero l'approvvigionamento dell'esercito perchè ne facesse la distribuzione, ne avesse distribuito meno di quello che doveva, a quest'ultimo, qualora fosse condannato ad un indennizzo, competeva il diritto di richiamarsi ad un contrario credito ch'egli avesse verso il fisco e dedurlo in compensazione, poichè in questo caso egli non poteva considerarsi come un *debitor pecuniae frumentariae*. La distinzione ora accennata vien fatta da PAPINIANO nella L. 17 h. t., ove dice: « Ideo condemnatus, *quod arctiorem annonam aedilitatis* [19]) *tempore praebuit* [20]) (*V. nota a pag. seg.*), frumentariae pecuniae debitor non videtur; et ideo compensationem habebit ».

---

15) L. 2 § 4 D. *de administr. rer. ad civitat. pertinent.* (50, 8).

16) *Disputation. anniversar.* L. 1 cap. 26. Si consultino anche ULR. HUBERI, *Enarrat. Rom.* pag. 587. — Ev. OTTO, *de aedilib. coloniar. et municipior.* cap. 10 § 1 pag. 343, e Jo. Guil. HOFFMANN, *Meletem. ad Pand.* disp. XV § 7.

17) L. 18 § 5 D. *de munerib. et honorib.* (50, 4).

18) Gli edili, cui competeva la distribuzione del grano, non erano gli edili curuli, come falsamente affermano RAEVARDUS, *Varior.* lib. III cap. 17, e SCHILTER, *Prax. iur. Rom.* exercit 28 § 35, ma gli *aediles municipales*. Vedi Ev. OTTO, *de aedilibus coloniar. et municipior.* cap. 10 §§ 6 e 7.

19) In luogo di *aedilitatis*, che è la lezione delle Pandette fiorentine, alcuni vogliono si legga piuttosto *edulitatis*, la qual parola indicherebbe una distribuzione di generi commestibili che veniva fatta dalla generosità del principe al popolo nel tempo di qualche grande carestia. Vedi DUARENUS, loc. cit. Allo stesso modo legge BAUDOZA, ed ha la stessa lezione il nostro Codice di Erlangen. La medesima è preferita anche da FICHTNER in *Diss. de compensatione fisci* § 21. Sostengono invece la lezione fiorentina Jac. CUJACIUS, *Observation.* lib. II cap. 23, e lib. XIV cap. 13. — Ant. FABER, *Rational. in Pand.* ad h. L. 17. — Jo. VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 16. — Ev. OTTO, loc. cit. § 7 pag. 364 sq. — Ant. SCHULTING, *Thes. controv.* Decad. LVII Th. 3. — Jos. FINESTRES in *Hermogeniano* pag. 1025 § 10, e POTHIER, *Pandect. Justin.* tom. I h. t. n. IX nota *a*. Confermano questa lezione pure i Basilici lib. XXIV tit. 10 const. 17 (FABROTO, tom. III pag. 578. — HEIMBACH, tom. III pag. 46), dove è detto: ἐν τῇ ἀγοραναμίᾳ.

3) La compensazione poi non si può opporre contro lo Stato da chi gli sia debitore del denaro contenuto in un legato di alimenti ad esso lasciato perchè servisse a mantenere i suoi poveri e bisognosi di soccorso [21]). Ecco la parafrasi che a questo riguardo si riscontra nei Basilici [22]): « διατροφαὶ δὲ εἰσίν, ὡς ἐάν τις τελευτῶν, καταλείψῃ πόλει τινί λαγάτον, πρὸς ἀποτροφὴν τῆς ἀχρήστου ἡλικίας; id est: *alimenta autem sunt, puta si quis legatum reliquerit in alimenta infirmae aetatis* ». Ad ulteriore illustrazione di questo caso può servire anche un testo delle Pandette, al quale i Basilici si richiamano; cioè la L. 122 pr. *de legatis* I (30), nella quale PAOLO dice: « Quod in alimenta infirmae aetatis (puta senioribus, vel pueris, puellisque) relictum fuerit, ad honorem civitatis pertinere respondetur ». Molti autori [23]) però non vorrebbero che questa eccezione si considerasse come un privilegio dello Stato, ma invece pongono a fondamento della medesima l'intento della legge di favorire coloro a beneficio dei quali vennero legati gli alimenti allo Stato; ed in conseguenza essi pongono come principio generale che nessun debitore, che abbia da prestare alimenti, possa dedurre contro di essi la compensazione. Però non vi sono prove per ammettere che sia stato accordato agli alimenti in genere questo privilegio, e quindi non si può far luogo ad alcuna estensione oltre i casi sopra accennati [21]).

4) Non si dà compensazione anche se il debitore deve pagar somme destinate ad uno scopo determinato, ad esempio a corrispon-

---

[20]) L'interpretazione delle parole di PAPINIANO: *arctiorem annonam praebuit* è data da Ev. OTTO, *de aedilib. coloniar.* cap. 10 § 6 pag. 359, d'accordo col greco scoliasta nel modo seguente: *quod, cum in magistratu esset* (sc. aedilis) *panes civiles, vel quidquid annonae nomine venit, erogarat parcius, vel iniusto pondere, aut pretium publica auctoritate constitutum excesserat.* Al contrario POTHIER in *Pandect. Justinian.* tomo I h. t. n. IX nota *b* pag. 448 dice: *quod aliquid subduxit ex quantitate annonae, quae viritim populo praebenda erat.*

[21]) L. 3 Cod. h. t.: « Verb. neque alimentorum ».

[22]) Basilici lib. XXIV tit. 10 const. 27 (FABROTO, tom. III pag. 580. — HEIMBACH, tom. III pag. 48).

[23]) CARPZOV, parte I const. VIII definit. 9. — SCHILTER, *Prax. iur. Rom.* exercit. XXVIII § 36. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 8. — STRYCK, *Us. mod. Pand.* h. t. § 9. — VOET, *Comm.* h. t. § 16. — FABER in *Cod. definit. for.* h. t. defin. 7, e FICHTNER, *Diss. de compensat. fisci* § 23.

[21]) Vedi Sam. de COCCEJI, *ius civ. controv.* h. t. qu. 7, e THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette* vol. 2 § 1000.

dere lo stipendio ai funzionari dello Stato, a servir di capitale o di fondo per mantenere taluni istituti pubblici, ovvero per sopperire alle spese di certe solennità pubbliche stabilite. Così CUIACIO [25]) interpreta le parole della citata L. 3 C. h. t. « *eius* (sc. pecuniae) *quae* (così deve leggersi in luogo di *qui*) [26]) *statutis sumptibus* servit ».

5) Finalmente la compensazione è esclusa se il debitore è obbligato verso lo Stato in base ad un fedecommesso. La L. 3 Cod. h. t. dice: « neque *fideicommissi civitatis debitor sis* »: ciò vuol dire che egual privilegio viene accordato anche ai municipi [27]).

È ancora da notare che pure colui il quale è debitore verso lo Stato del prezzo di una compra-vendita con esso conclusa non può opporre di fronte alla domanda di tal prezzo l'eccezione di compensazione.

L. 7 Cod. h. t. « Si ex venditione pretium venditori debetur, compensationis ratio opponitur. *Adversus fiscum enim solum emptores petitioni pretii compensationem obicere prohibentur* ».

Questa decisione è confermata anche dal passo di ERMOGENIANO sopra citato, cioè L. 46 § 5 D. *de iure fisci* (49, 14). La ragione che di essa comunemente vien data è quella che i beni fiscali non sogliono d'ordinario esser venduti se non in caso di necessità, cioè quando lo Stato ha bisogno di denaro [28]). HELLFELD tuttavia fa una eccezione per il caso in cui il fisco vende una cosa ad un compratore che vanti sopra di essa un credito privilegiato per diritto di priorità, in modo che sul prezzo di vendita egli debba essere soddisfatto innanzi a tutti gli altri creditori. Però questa eccezione non ha nulla

---

25) *Recitation. Solemn. in Cod. h. t. ad rubr.*, e POTHIER. *Pand. Justinian.* h. t. n. IX nota 1.

26) Questa lezione è accettata anche dal RUSSARD e CHARONDAS nelle loro edizioni del Codice ad L. 3 h. t. — Ugualmente THIBAUT, loc. cit. nota *q* pag. 386 9.ª ediz. vol. 1 § 609 pag. 508 nota *e* c).

27) Vedi FICHTNER, Diss. cit. § 15.

28) LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 8 in fine. — FINESTRES, *Hermogenian. ad L. 46 § 5 D. de iure fisci* § 8 pag. 1023 sq., e FICHTNER, Diss. cit. § 26.

---

c) Tale lezione è ora quella accettata dal MOMMSEN, e secondo la medesima abbiamo più innanzi rettificato nel testo la L. 3 C. h. t.

che fare coll'ipotesi che lo Stato venda cose di proprietà fiscale, ma riguarda il caso in cui il fisco vende d'autorità pubblica cose appartenenti ad un debitore nella qualità d'uno dei creditori che prendono parte al concorso, e rientra quindi nella quistione che tosto esamineremo, cioè entro quali limiti nel concorso dei creditori possa aver luogo la compensazione.

§ 933.

Entro quali limiti può opporsi in compensazione il debito di un terzo [a].

È regola generale che i crediti e i debiti reciproci da compensarsi devono appartenere alle medesime persone tra le quali deve avvenire la compensazione, e non devono riguardare un terzo [29]) [b]. Il creditore quindi non può essere obbligato ad ammettere che il debitore computi in deduzione del suo credito quello che egli deve non a lui direttamente, ma ad una terza persona, anche se questo terzo creditore sia disposto a lasciar compiere la compensazione. Questa è la dottrina di PAPINIANO ricavata dalla L. 18 D. h. t., al § 1 della quale egli dice: « Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor eius pro eo, qui convenitur ob debitum

---

[29]) BELLOJUS, *de compensationib.* tom. IV *Thes. Meermann.* pag. 730. — VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 7. — STRUV, *Syntagm. iuris civ.* exercit. XXI th 24.

---

a) Per la letteratura cfr. not. *a* del paragrafo precedente.

b) La stessa norma è prescritta dal nostro Codice civile (art. 1285) il quale dice che la compensazione si ha quando due sono debitori *l'uno verso l'altro*. Cfr. art. 1289 Cod. fr.; Diritto territoriale prussiano I, 16 § 300; Cod austr. § 1438.

Il DERNBURG si occupa di alcune speciali applicazioni di questo principio, ponendo le questioni circa quanto sia ammissibile la compensazione nei rapporti tra soci (§ 52) e tra coniugi (§ 53).

Però, come bene osserva l'EISELE (pag. 284) è certo che quivi la compensazione avviene in via normale e le quistioni che nascono riguardano piuttosto il decidere a chi appartengano le obbligazioni da compensare o chi abbia la facoltà di disporne; riguardano cioè piuttosto i temi della società e del matrimonio che la compensazione. I casi invece che in seguito commenteremo sono interessanti perchè sembrano implicare una modificazione al principio della reciprocità dei crediti.

proprium, velit compensare » [c]). Uguale contenuto ha un rescritto di GORDIANO Imperatore nella L. 9 Cod. *eodem.* « Eius, quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest ». Un esempio ci è pôrto da PAPINIANO nella L. 16 D. h. t. « Cum militi castrensium bonorum alius, ceterorum alius heres extitit, et debitor alteri heredum obligatus, vult compensare quod ab alio debetur, non audietur ». Cioè a dire se un soldato ha istituita erede una persona nei suoi beni castrensi, un'altra nel rimanente patrimonio, tal divisione porta che, per quanto riguarda i soldati, si considerano esistenti due eredità affatto differenti [30]). I debiti quindi che furono contratti in relazione alle cose castrensi deve assumerli soltanto chi di esse è stato istituito erede, e così pure l'altro erede solamente deve accettare i debiti che pesano sul rimanente. Ora se un terzo, il quale è debitore verso l'erede delle cose castrensi, ha a sua volta un credito verso l'istituito nel rimanente patrimonio, non può opporlo al suo creditore, pretendendone la compensazione [d]). Allo stesso modo

---

30) L. 17 § 1 D. *de testam. militis* (29, 1): « *Julianus* ait, si quis alium *castrensium rerum*, alium *ceterarum* scripsisset, *quasi duorum hominum duas hereditates intelligi:* ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset; extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset ». Vedi Ger. NOODT, *Commentar. ad Dig.* h. t. § *Revertamur* pag. 361.

---

c) Il DERNBURG, pag. 378 e seg., accogliendo le idee del BÄHR (*Ann.* dello IHERING, I, 376 e seg.), e pur mantenendo il principio che di regola i crediti da compensarsi debbono essere reciproci, crede che la disposizione proibitiva contenuta in questa legge sia una peculiare conseguenza del formalismo del diritto romano, il quale non ammetteva una cessione di crediti priva di forme (doveva essere intervenuta la *litis-contestatio* per parte del cessionario): e che quindi nei diritti moderni la dichiarazione di un creditore al suo debitore di voler compensare con un credito che questi ha verso un terzo debba interpretarsi come una cessione del primo credito a questo terzo e sia quindi ammissibile la compensazione. Vedi però giustamente in contrario EISELE, pagina 286 e segg.: non si intende in fondo perchè il permesso di un terzo di usare del proprio credito per opporlo in compensazione debba interpretarsi come cessione.

d) La L. 16 pr. h. t. qui commentata dall'autore non può giustificarsi di fronte al principio che i crediti da compensarsi debbano essere reciproci tra le parti, se non attraverso all'*ius singulare* relativo all'eredità dei soldati, dall'autore stesso accennato, e quindi è troppo volerla chiamare un esempio di applicazione del principio stesso. L'applicazione del principio starebbe invece in ciò che, essendo ogni debito del testatore debito dell'erede, la compensazione dovrebbe poter avvenire. Quindi, o si costruisca questo caso, dicendo che il creditore del testatore perde di fronte all'erede l'eccezione

non può il tutore, qualora sia convenuto per cosa propria, opporre in compensazione un credito che il suo pupillo abbia verso l'attore. E viceversa, se è convenuto in nome del pupillo, non può neppure opporre ai creditori del medesimo i crediti che del proprio ha verso di loro, perchè avvenga compensazione. In tali casi invero la ragione per cui si esclude la compensazione non istà soltanto nella forza della regola addotta più avanti, ma vi si aggiunge anche un altro motivo: quello cioè che il tutore diventerebbe nel primo caso debitore, nel secondo creditore del suo pupillo, vale a dire insinuerebbe nelle sue relazioni col medesimo un rapporto che dalle leggi è vietato [31]). E da queste considerazioni consegue inoltre che se il tutore persegue con azione un diritto di credito del suo pupillo, il debitore del pupillo non può pretendere di dedurre in compensazione ciò di cui è creditore verso il tutore in persona. Ed infatti in tal caso dal punto di vista giuridico sarebbe la stessa cosa che se il pupillo medesimo istituisse l'azione. Ciò è confermato da PAOLO, il quale nella L. 23 D. h. t. tassativamente decide: « Id, quod *pupillorum nomine* debetur, si tutor petat, non posse compensationem obici eius pecuniae, quam ipse tutor *suo nomine* adversario debet » [32]).

Diverso sarebbe invece il caso in cui il pupillo avesse parecchi tutori, tra i quali fosse divisa l'amministrazione tutelare, poichè allora

---

31) Sam. de COCCEJI, *ius civ. controv.* h. t. qu. 4. — EMMINGHAUS, *ad Eundem* nota *e*. — STRUV, *Synt. iuris civ.* exercitat. XXI th. 24. — MÜLLER, *ad Eundem* nota *c*, e THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette* vol. 2 § 999. Tuttavia sostengono una diversa opinione VOET in *Comm.* h. t. § 8. — CARPZOV, parte 1 const. VIII definit. 7 ed HELLFELD. Però in contrario si veda EMMINGHAUS, loc. cit. nota *f* pag. 310.

32) Vedi Jac. CUIACIUS *in Julio Paulo ad h. L.*, e Ger. NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. § *Simile* pag. 362.

---

di compensazione, già acquistata verso il primo (DERNBURG, pag. 389), o dicendo che il diritto a compensare di questo creditore sia già precario sin dal suo sorgere per la facoltà di divisione del patrimonio competente al suo debitore soldato (EISELE, p. 292), resta sempre il fatto che il divieto di compensare è un derivato del privilegio concesso ai soldati di trattare i beni castrensi, per riguardo all'eredità come un *quid* distinto dagli altri loro beni. Certo, dato questo *ius singulare* ed il principio della reciprocità dei crediti, la decisione di PAPINIANO è logica; essa però contiene, non una applicazione ma una deviazione dal principio ora detto.

un debitore del pupillo, se vien convenuto dall'uno dei tutori per un credito del pupillo medesimo, può senza alcun dubbio opporre in compensazione un credito che egli abbia, derivante da un negozio concluso con un altro tutore per conto del pupillo. La ragione sta in ciò, che in questo caso il debitore non ha nulla che vedere direttamente col tutore, benchè questi agisca contro di lui, ma sibbene col pupillo, in nome del quale il tutore istituisce il processo; cioè a dire qui è il caso medesimo che se il pupillo in persona avesse convenuto il debitore. A ciò si riferiscono le parole di PAPINIANO nella L. 36 D. *de administr. tutor.* (26, 7): « Inter tutores divisa tutela est: aequitas, quae merum ius compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur. Nam divisio tutelae, quae non iuris, sed iurisdictionis est, modum administrationi facit, et inter ipsos locum habet, nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet ».

La regola sopra detta, che le obbligazioni dei terzi sono escluse dalla compensazione, soffre eccezione soltanto nel caso che si vogliano considerare come terzi coloro che subentrano nel luogo di un'altra persona, dalla quale derivano i loro diritti e le loro obbligazioni [33]). Tali sono:

I. *In base all'unità giuridica della persona:*

a) L'erede: egli può in proporzione della sua quota ereditaria compensare quanto debba ad una terza persona, mediante i crediti che a sua volta il testatore aveva verso di quella. E così pure, sempre nella proporzione suddetta, deve ammettere la compensazione, qualora, istituendo un'azione contro un suo debitore, questi gli opponga un credito che gli competeva contro il testatore [34]) *e*). E ciò ha luogo

[33]) Nicol. KOLLIGS (*Bodmann*), *Diss. de debito tertii in compensatione deducendo* Moguntiae 1791, e ANKELMANN nella dissertazione citata sopra alla nota 44 del § 928 pag. 93 dell'Ediz. ital. (Ediz. ted. vol. XV pag. 60).

[34]) L. 25 § 9 D. *Famil. ercisc.* (10, 2); L. 6 Cod. *eodem* (3, 36); L. 1 Cod. *Si certum petat.* (4, 2); L. ult. Cod. *de contr. iud. tut.* (5, 58): MÜLLER *ad Struvium* ex. XXI th. 25 nota *i.*

e) Se all'erede parziale è stato dal giudice, che ha operato la divisione dell'eredità, assegnato un credito ereditario, egli per la sua parte istituisce l'azione come erede,

anche se l'erede ha adito l'eredità col beneficio dell'inventario, poichè nonostante ciò egli rappresenta il testatore e subentra nei suoi diritti nè più nè meno che se avesse adito *puramente* l'eredità. Se non che, visto come l'erede, appunto pel detto beneficio di legge, non è tenuto pei debiti inerenti all'eredità, se non nella misura in cui questa è sufficiente a pagarli, è chiaro di per sè stesso che il debitore dell'erede medesimo ha il diritto di chiedere la compensazione, soltanto in quei limiti nei quali egli, come creditore del testatore, avrebbe ottenuto, sui beni ereditari e secondo la natura dei medesimi, il pagamento del suo credito [35]). Se poi tale proporzione pel momento è ancora incerta, egli può pretendere la compensazione di tutto il suo debito, qualora però presti idonea cauzione che restituirà il di più di quello che gli sarebbe spettato sui beni ereditari [36]) *g*).

---

[35]) Vedi Ant. Fabri, *Cod. definit. for.* lib. IV tit. 23 def. 9. — Jo. Voet, *Comm. ad Pand.* h. t. § 11. — Mevius, parte 1 decis. 121. — Carpzov. *Jurispr. for.* parte 1 const. VIII def. 8. — Struv, *Synt. iur. civ.* exercit. XXI th. 25, e Kolligs, Diss. cit. § 25.

[36]) Arg. L. 5 § ult. D. *de tribut. act.* (14, 4) e arg. L. 9 § 1 D. h. t. *f*).

---

per quella dei coeredi *cessionario nomine*, e quindi deve ammettere — salvo regresso contro i coeredi — la compensazione dei controcrediti che ha verso i medesimi il convenuto, anche per la parte che a lui spetta.

f) L'argomento tratto da queste leggi non è valido, poichè pel diritto comune (cfr. Dernburg, pag. 399) l'erede beneficiario non ha bisogno d'una cauzione pel caso si presentino altri creditori della massa ereditaria oltre quelli già soddisfatti, poichè, esaurito l'importo dell'eredità, egli ha diritto di respingere chiunque presenti crediti anche poziori. Piuttosto nel caso fatto dal testo, che cioè sia incerto quanto il creditore del testatore che chiede la compensazione di fronte ad un credito proprio dell'erede verso di lui, avrebbe ricevuto dalla massa ereditaria, la compensazione sarebbe inammissibile per illiquidità del controcredito opposto.

g) Un'apparente deviazione dal principio, che i crediti reciproci di due stesse persone sono compensabili, si ha nel caso che i creditori di una eredità abbiano ottenuto il *beneficium separationis*.

Questo beneficio dà loro il diritto di escludere i creditori propri dell'erede, sinchè essi non siano stati soddisfatti sulla massa ereditaria. Ma se *di fatto* il patrimonio ereditato è diviso da quello già appartenente all'erede, *giuridicamente* si ha un solo patrimonio e quindi un solo soggetto.

La deviazione starebbe in ciò, che l'erede non può certamente in questo caso compensare con un attivo dell'eredità un debito proprio sinchè tutti i creditori che hanno ottenuto il *beneficium separationis* non sono soddisfatti. Ma tale eccezione è apparente poichè, sebbene nel caso fatto la reciprocità dei crediti esista, manca all'erede la *facoltà di disposizione* sui beni separati e quindi, contenendo la compensazione una disposizione dell'attivo, non gli può essere concessa.

b) Quegli cui sia stato ceduto un credito. Se costui procede *actione cessa* contro il debitore, può essergli opposto in compensazione, non soltanto un debito che egli abbia del proprio verso il convenuto, ma anche un contrario credito che questi vanti verso il cedente, poichè il cessionario subentra al luogo del cedente, e dal punto di vista del diritto vien considerato come formante con questo una sola persona [37]) *h*). E ciò vale non solo per quei debiti del ce-

[37]) Vedi Ge. Frantzkius, *Variar. Resolution.* lib. I quaest. 13. — Stryck, *Us. mod. Pandect.* h. t. § 6. — Kolligs, Diss. cit. §§ 20-23, ed Ankelmann. Diss. cit. §§ 20 e 21.

h) Nelle fonti di diritto romano non trovasi alcun testo che tratti di questo caso. Esso è quindi rimasto lungamente controverso nella storia dell'interpretazione del diritto giustinianeo. Vi è infatti nella glossa di Accursio (gl. *et non in fraudem* ad l. 34 D. *de procur.*) un accenno ad una opinione negativa « *et credo quod non* ».

Dino è il primo ad ammettere possa il *debitor cessus* opporre in compensazione i crediti, che vantava contro il cedente, anche contro il cessionario (Ad reg. *is qui in ius*, in *Comm. iuris pontif.*); ma la sua opinione non divenne dominante. Troviamo invece usuale e come ricevuta nella pratica la distinzione tra il caso in cui la cessione sia avvenuta a titolo *oneroso*, e quello in cui sia avvenuta a titolo *lucrativo*: solo in questa seconda ipotesi si ammette nel *cessus* il diritto di compensare coi controcrediti a lui pertinenti verso il cedente. Ma questa teorica non regge col tempo, e cade di fronte all'argomento che l'essere la cessione avvenuta nell'uno o nell'altro dei modi accennati innanzi non può aver alcuna influenza sui diritti del *debitor cessus* (V. anche il nostro Autore che qui nel testo — a not. 40 — rigetta tale distinzione riferendosi agli autori che l'hanno definitivamente eliminata; cui bisogna aggiungere Tyndarus art. 7 n.° 4, Carpzow. *Dec.* parte III dec. 255, n.° 18 e seg.). La dottrina moderna si è mantenuta per l'opinione affermativa che è anche sostenuta dal nostro Autore. Tutte le teorie, che diversamente hanno concepito l'essenza della compensazione giudiziale (come tra breve vedremo), trovano dal loro punto di vista particolare giustificata la soluzione affermativa del caso in quistione.

Data la teoria rappresentata dal glossatore Martino, secondo la quale i crediti reciproci compensabili si estinguono con la semplice coesistenza, la cosa si spiega facilmente, poichè, opponendo al cessionario la compensazione mediante i crediti che ha verso il cedente, il *debitor cessus* non fa che affermare come, al tempo in cui la cessione avvenne, il credito ceduto era estinto o totalmente o in parte a seconda dell'importo del suo controcredito.

Con un uguale ragionamento giustificherebbe la regola la teoria dominante che diversifica da quella di Martino in quanto non fa estinguere i crediti reciproci con la semplice coesistenza ma ammette la retroattività dell'efficacia dell'opposta compensazione al momento della coesistenza dei detti crediti.

Il Windscheid (§ 350 *d*) giustifica la regola di cui ci occupiamo dal punto di vista della sua teoria in una maniera naturale, dicendo che il credito ceduto per la coesistenza anteriore alla cessione di un controcredito del debitore ceduto era affetto già da una eccezione, e che con tale eccezione vien trasferito al cessionario, il quale è quindi obbligato ad ammetterla, e perciò è anche obbligato a compensare.

Il Dernburg (pag. 405) a sua volta si fonda sul principio che la cessione, questo

dente, che già esistevano prima che intervenisse la cessione, poichè è naturale che il credito poteva esser ceduto solo in quanto ancora non era stato estinto mediante un contrario credito del debitore [38]); sibbene pure per quei debiti venuti in essere dopo la cessione, ma prima che il debitore ceduto ricevesse notizia dell'avvenuto trasferimento; e ciò perchè il debitore sino a questo momento aveva il diritto di considerare tuttavia il cedente come suo creditore, e gli poteva fare il dovuto pagamento ovvero costringerlo a compensare [39]) *i*). Nulla può inoltre influire che la cessione sia avvenuta per

---

[38]) Jo. VOET, *Comment.* h. t. § 4. — Ant. SCHULTING, *Thes. controvers.* decad. LVII thes. 5, ed Ulr. HUBER, *Praelect. ad Pand.* h. t. § 11.

[39]) L. 3 Cod. *de novat.* (8, 41). — Ant. FABER, *Conjectur. iuris civ.* lib. XII cap. 3. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand.* h. t. § 11 in fine. — HUBER, *Praelect. ad Pand.* h. t. § 12. — SCHULTING, *Thes. contr.* decad. LVII thes. 5 in fine.

---

atto unilaterale (rispetto al *cessus*) del cedente, non può render peggiore la condizione del debitore ceduto, e quindi a quest'ultimo deve esser libero di far valere contro il cessionario tutte quelle eccezioni che gli competevano contro il cedente.

L'EISELE infine (pag. 308) si associa a quest'ultima ragione, pòichè dal suo punto di vista i crediti col coesistere non esercitano alcuna influenza l'uno sull'altro, e non si ha riguardo se non al momento in cui la compensazione viene opposta in giudizio.

Anche le nuove legislazioni, sorte sul precedente del diritto romano, hanno in genere favorito il debitore ceduto riguardo alla compensazione. Contengono espressa disposizione per cui al detto debitore vien concesso di opporre in compensazione al cessionario un credito che ha verso il cedente: il diritto territoriale prussiano I, 16, § 313. il Cod. civ. gen. austriaco § 1442, il Codice francese, art. 1295, ed il nostro Cod. civ. art. 1291. Quest'ultimo fa però una distinzione del caso in cui il debitore ceduto abbia consentito senza riserve alla cessione fatta dal suo creditore delle proprie ragioni ad un terzo, da quello in cui la cessione sia avvenuta senza ch'egli l'abbia accettata. Nell'ultima ipotesi accorda contro il cessionario la compensazione dei crediti che il debitore aveva contro il cedente; e ciò è naturale, dal momento che il nostro Codice segue la teoria che la compensazione avviene *ipso iure*, cioè *sine facto hominis* dal momento della coesistenza dei controcrediti (cfr. art. 1286 C. c.). Nel primo caso invece nega al debitore questo diritto di compensare, e si può dire opinione comune nella giurisprudenza che faccia ciò in base al principio che l'accettazione senza riserva della cessione valga come una rinunzia fatta dal debitore medesimo al diritto di opporre la compensazione (Vedi in PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni* IV, 280-281 le citazioni in proposito di autori e di decisioni giudiziali).

i) Qui l'autore risolve il quesito più interessante della presente speciale compensazione contro i crediti ceduti; quella cioè in qual punto debba esser nato il credito che il debitore ceduto ha verso il cedente perchè possa opporlo in compensazione al cessionario. Anche la dottrina moderna è concorde a riconoscere che il credito deve esser sorto o prima dell'avvenuta cessione, od anche dopo, purchè anteriormente alla de-

volontà libera delle parti o sia stata obbligatoria per necessità giuridica, nè che abbia luogo a titolo lucrativo od oneroso [10]); come pure è indifferente che sia il primo cedente, o il secondo, ovvero il terzo quello che trovasi debitore verso colui che vien convenuto con l'*actio cessa*. Si supponga, ad esempio, che A abbia ceduto a C un credito che gli competeva verso B, e che C lo abbia a sua volta trasferito per cessione a D. In questo caso il *debitor cessus* B, se vien convenuto da D in base al credito statogli ceduto, può dedurre in compensazione non solo ciò di cui gli è debitore A, ma anche ciò che gli deve C [11]). E di fatti la ragione per ammettere la compensazione rimane sempre la medesima, poichè un credito non può essere ceduto se non in quanto non sia stato estinto da un contrario credito [12]) [l]).

---

[10]) HUBER, loc. cit. § 11. — ANT. FABER, *Conjectur. iuris civ.* lib. XII cap. 5.

[11]) VOET, *Comm.* h. t. § 5. — Christoph. SCHREITER, *Diss. de compensatione cessionarii posterioris cum priori* Lipsiae 1710.

[12]) Arg. L. 76 D. *de solut.* (46, 3).

---

nunzia della cessione stessa fatta al debitore ceduto. Naturalmente le varie teorie divergono nel motivare tale decisione.

L'EISELE porta la stessa ragione addotta dal nostro Autore; il DERNBURG (pag. 404 a 406) ed il WINDSCHEID (§ 350 nota 21 cfr. § 331) la giustificano col motivo che a loro vedere il credito ceduto si intende trasferito ovvero completamente staccato dal cedente agli effetti della compensazione solo coll'avvenuta denunzia al debitore ceduto.

l) A proposito di questa compensazione concessa al debitore ceduto, conviene notare ancora che non è indifferente siano i crediti da compensarsi scaduti oppur no. L'opinione dominante anzi vorrebbe che già prima della denunciazione tanto il credito che vien ceduto, quanto il credito che il *debitor cessus* vanta contro il cedente, fossero scaduti perchè fosse ammissibile compensazione contro il cessionario. Ma noi crediamo che, a prescindere da questo caso che non può destar dubbio circa l'ammissibilità della compensazione, ve ne sia ancora qualche altro nel quale essa deve parimenti concedersi, sebbene non tutti e due i crediti siano scaduti. Può darsi cioè:

1. che all'istante della denunzia fosse scaduto il credito del cedente e non quello del *debitor cessus*. In questa ipotesi, e supposto che il *dies* sia — come in diritto romano deve sempre presumersi — a favore del debitore, è certo che l'opinione comune è giusta.

Il *debitor cessus* non può compensare contro il cessionario perchè non lo avrebbe potuto fare contro il cedente, che avesse agito egli stesso invece di cedere ad altri le sue ragioni.

2. che al contrario fosse scaduto il credito del *debitor cessus* verso il cedente, non quello del cedente. Qui, se il *dies* è apposto *pro debitore*, il *debitor cessus* al

Se al contrario chi è convenuto è il cessionario, la compensazione può avvenire non solo per riguardo ai crediti suoi propri verso l'attore, ma anche per quei debiti che l'attore stesso avea verso il cedente. Lo dice ben preciso PAPINIANO nella L. 18 pr. D. h. t.: *In rem suam procurator datus, post litis contestationem si vice mutua conveniatur,* AEQUITATE COMPENSATIONIS UTETUR. Ad illustrazione di questo passo aggiungo ancora soltanto le seguenti osservazioni: Se alcuno vende, dona o dà in pagamento ad altri un credito ovvero un diritto personale che debba essere perseguito mediante azione, il diritto romano, per una sottigliezza ad esso particolare, vuole che a questo trasferimento vada unito un mandato del trasferente ad istituire in suo nome l'azione [43]) *m*). Il negozio in tal caso si chiama *cessione,* ed il cessionario diviene *procurator in rem suam;* però secondo il diritto più recente non occorre più intervenga la detta autorizzazione

---

[43]) L. 3 § 5 D. *de in rem verso* (15, 3); L. 21 pr. D. *de minorib.* (4, 4); L. 8 in fine D. *mandati* (17, 1); L. 1 Cod. *de novat.* (8, 41); L. 4 Cod. *de procuratorib.* (2, 12). Vedi HÖPFNER, *Commentar. über die Institutionen* (Commento alle Istituzioni) § 992, e THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette* parte I § 75.

---

momento della denuncia poteva compensare a suo piacimento sul suo credito scaduto quello non scaduto del cedente; e quindi questa sua condizione non può venir mutata dalla cessione. Al contrario se il *dies* è apposto *pro creditore* il *debitor cessus* non potrà compensare contro il cessionario, poichè non lo poteva fare al momento della denunzia neanche contro il cedente.

3. che entrambi i crediti non fossero scaduti. E neanche in questo caso vorrebbe l'EISELE (pag. 310) che il *debitor cessus* potesse opporre al cessionario la compensazione, dal momento che all'istante della denuncia non lo poteva. Ma il DERNBURG (pagina 410), partendo dal principio che anche le legittime aspettative del debitore ceduto non devono essere frustrate per l'avvenuta cessione, sostiene che almeno nel caso che le due obbligazioni non scadute avessero lo stesso termine ovvero che quella del *debitor cessus* debba scadere prima — ed, aggiungiamo noi, il *dies* apposto al controcredito del cedente sia a suo favore — possa avvenire la compensazione anche contro il cessionario. In fondo in questo caso, se la cessione non avveniva, il *debitor cessus* avea la certezza di poter far uso del suo diritto di compensazione contro il cedente; ed il fatto della cessione, in cui la sua volontà non ha avuto parte, non deve togliergli tal diritto.

Altre particolarità riguardo a questa compensazione contro crediti ceduti vedi in DERNBURG (pag. 410 e segg.), specie per quel che concerne il regresso del cessionario contro il cedente, qualora debba subire la compensazione; cose che del resto appartengono più al tema della cessione che al nostro.

m) Il cessionario doveva contestare la lite in vece del cedente. Solo dopo tale atto formale la cessione ritenevasi avvenuta.

specifica, e l'acquirente del diritto trasferito può procedere in proprio nome *actione utili* [44]). Inoltre dal primo passo di PAPINIANO ora riferito potrebbe apparire che il *procurator in rem suam* possa fare la compensazione soltanto dopo che sia intervenuta la *litis contestatio*. E ciò è stato pure sostenuto da molti giureconsulti [45]) pel motivo che il procuratore acquista il dominio dell'oggetto della lite solamente dopo la contestazione della lite stessa, e sino a quel momento anche il mandato può sempre essere revocato [46]). Però già il CUIACIO [47]) rigettò a buon diritto l'opinione suddetta siccome erronea. E di fatti ULPIANO ci insegna che anche prima della contestazione della lite la cosa trasferita è da considerarsi in proprietà del cessionario a causa dell'*actio utilis* che gli compete in proprio nome, e per conseguenza non possa aver luogo revoca di sorta. L. 55 D. *de procurator.* (3, 3): « Procuratore in rem suam dato, praeferendus non est dominus procuratori in litem movendam, vel pecuniam suscipiendam: *qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit* » [48]). Le parole della L. 18 h. t.: *post litis contestationem* non ostano alla nostra opinione, poichè quel testo contempla il caso in cui il *procurator in rem suam* vien colpito da una domanda riconvenzionale del *debitor cessus* soltanto dopo che era avvenuta la contestazione della lite, e quindi, come ha già fatto notare lo HUBER [49]), è ben naturale che non potesse compensare prima *n*).

---

44) LL. 7 e 8 Cod. *de hereditate vel act. vend.* (4, 39).

45) Ant. FABER, *Conjectur. iuris civ.* lib XII cap. 6, e *Rational. in Pand.* ad L. 18 D. h. t. — Jo. SCHILTER, *Prax. iuris Rom.* exerc. XXVIII § 18. — Hub. GIPHANIUS, Lectur. Altorphin. ad L. 55 D. *de procurator.* pag. 65, e Sam. de COCCEJI, *iur. civ. controv.* h. t. qu. 5.

46) L. 29 D. *de procurator.* (3, 3).

47) *Observation.* lib. XXIV cap. 37. Concordano anche Ant. SCHULTING, *Thes. controvers.* decad. LVII th. 4. — HUBER, *Praelect. ad Pand.* h. t. § 10. — POTHIER, *Pandect. Justin.* t. 1 h. t. n. XV nota *i.* — WISSENBACH, *Exercitat. ad Pand.* parte 1 disputat. XXXI th. 10, ed EMMINGHAUS, *ad Coccejum* l. c. nota *h* pag. 311.

48) Si confrontino pure LL. 1, 6 e 7 Cod. *de obligat. et action.* (4, 10); L. ult. Cod. *Quando fiscus vel privatus* (4, 15) e L. 33 Cod. *de donation.* (8, 53).

49) Loc. cit. § 10.

---

n) Il risultato al quale qui giunge l'autore è senza dubbio esatto pel diritto giustinianeo. Il cessionario può compensare col credito ricevuto per trasferimento un debito

Al contrario un *procurator in rem alienam*, che sia stato chiamato in giudizio per un proprio debito, non può in nessun caso dedurre in compensazione quello di cui il suo creditore è in debito al suo rappresentato. Ciò non gli è permesso nè prima nè dopo la contestazione della lite [50]). Il procuratore dunque, soltanto nel caso che in tale qualità istituisca un giudizio ovvero sia convenuto in nome di colui che gli ha dato il mandato, può dedurre in compensazione i debiti ed i crediti del suo rappresentato [51]).

c) Ugualmente per ragione d'unità di persona, il padre, qualora come tale sia convenuto con l'*actio de peculio,* può dedurre in compensazione un contrario credito che competa al figlio in base al *peculium profecticium,* e viceversa se il figlio è convenuto per riguardo a quest'ultimo peculio può compensare con un credito che vanti il padre, purchè presti cauzione che questi ratificherà la compensazione avvenuta. A ciò si riferisce la seguente decisione di PAOLO nella L. 9 D. h. t. « Si cum filiofamilias vel servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus: quamvis, si ageremus, dumtaxat de peculio praestaretur. § 1 Sed si cum filiofamilias agatur, an, quae patri debeantur, filius compensare possit, quaeritur. Et magis est admittendum: *quia unus contractus est:* sed cum condicione, ut caveat, *patrem suum ratum habiturum,* id est non exacturum, quod is compensaverit » Si supponga dunque il caso che un terzo abbia concluso col figlio di famiglia un contratto di so-

50) L. 9 Cod. h. t. — DUARENUS in *Comm.* ad h. t. cap. 1. — CUIACIUS, *Observation.* lib. XXIV cap. 37. — WISSENBACH, *ad Pand.* vol. I diss. XXXI thes. 10.

51) L. 21 D. h. t. — CUIACIUS. *Recitat. solemn.* ad L. 9 Cod. h. t.

proprio verso il *cessus*, e le parole *post litem contestatam* non possono nel diritto della codificazione avere senso ed importanza se non facendo del testo un caso speciale, come l'autore fa sul precedente dell'HUBER, cioè riferendolo al caso speciale che il controcredito sia fatto valere dopo la contestazione della lite. Ma pel diritto classico l'interpretazione del testo non può a meno di essere differente. Nulla di più verisimile cioè che al tempo di PAPINIANO fosse ancora richiesta la *litiscontestatio* perchè si avesse vera cessione; e quindi, dato che il giureconsulto avesse in animo di determinare la posizione del *procurator in rem suam* di fronte al diritto di compensare, era naturale che dovesse fare il solo caso di un controcredito opposto dopo la *litiscontestatio,* per la semplice ragione che prima di essa non poteasi parlare di *procurator in rem suam.*

cietà per riguardo al costui *peculium profecticium*. Questo contratto obbliga il padre allo stesso modo con cui lo avvantaggia degli acquisti: egli quindi pel motivo dell'unità di persona col figlio è da considerare come fosse un socio, con la sola distinzione che il figlio in base a tale contratto può essere convenuto con l'*actio pro socio* per l'intero, il padre invece può essere convenuto con l'*actio de peculio* soltanto però fino alla concorrenza di questo peculio stesso. Se pertanto il padre istituisce azione contro il socio, questi può dedurre in compensazione l'intiero credito che ha verso il figlio: in ugual maniera però a sua volta il figlio, se è convenuto dal suo socio con l'azione del contratto per l'intiero, può opporre in compensazione il credito che vanta suo padre [52]) *o*).

II. *A causa dell'unità dell'obbligazione.*

a) Il fideiussore; il quale può dedurre in compensazione un credito che competa al debitore principale, qualora venga convenuto in base alla fideiussione prestata [53]). Ed invero il fideiussore non può essere obbligato di più di quello che non lo sia il debitore principale medesimo; e per conseguenza quante volte l'azione è estinta per compensazione per riguardo al debitore principale, non può più aver luogo neanche contro il fideiussore. Lo insegna PAOLO nella

---

52) Vedi CUIACIUS, *Recitat. solemn.* ad L. 9 Cod. h. t. — Ant. FABER, *Rational. in Pand.* ad L. 9 § 1 D. h. t. — Ger. NOODT, *Commentar. ad Dig.* h. t. § *Quod dixi* pag. 362, e POTHIER, *Pand. Justin.* tomo 1 h. t. n. XVIII nota *b*.

53) VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 11. — Ger. NOODT, *Comm.* h. t. § *Sive haec.* pag. 362. — MEVIUS, parte II decis. 216 e 217, e PUFENDORF, *Observation. iuris univ.* tom. IV obs. 74.

---

o) L'autore, seguito in ciò dal KRUG (pag. 61), vuol vedere la ragione per cui qui è ammessa compensazione nonostante manchi reciprocità dei crediti per riguardo alle persone, nel fatto di una unità personale tra padre e figlio. Ma si è bene osservato che questa pretesa unità personale non esiste, dappoichè non è detto che il padre debba esser tenuto pei debiti del figlio e viceversa. Invece la ragione è data da PAOLO medesimo nel testo con le parole: *quia unus contractus est;* vale a dire che nel caso le controprestazioni e quindi i controcrediti derivino dallo stesso rapporto giuridico — *ex eadem causa* — la reciprocità oggettiva di questi è ritenuta bastevole alla compensazione nonostante che per l'intromettersi di un terzo al luogo d'una delle parti venga a mancare il requisito della reciprocità soggettiva. Vedi DERNBURG, p. 373 seg., EISELE, p. 296 seg., 303 e seg.

L. 4 D. h. t.: « Verum est quod et NERATIO placebat, et POMPONIUS ait, *ipso iure* eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest; sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita et *fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest* » *p*). Al contrario il debitore principale, qualora sia convenuto in persona propria, non può opporre in compensazione al creditore i debiti che questi abbia verso il suo fideiussore [54]), poichè, sebbene l'obbligazione del fideiussore sia la stessa di quella del debitore principale, nondimeno un credito del fideiussore non è affatto un credito del debitore pel quale ha interceduto, allo stesso modo come il debitore non è tenuto per le obbligazioni del fideiussore.

b) Il socio, il quale ha pure a suo favore la compensazione, se il suo socio ha, in tale sua qualità, un controcredito, ed ambedue si sono obbligati *correaliter* [55]). Fuori però del rapporto sociale un *correus* non può dedurre in compensazione il debito che il suo creditore ha verso l'altro *correus*, come dice espressamente PAPINIANO nella L. 10 D. *de duobus reis* (45, 2): « Si duo rei promittendi *socii non sint*, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet » *q*).

---

[54]) Vedi COCCEII, *iur. civ. controv.* h. t. qu. 3. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand.* h. t. § 9, e KOLLIGS, Diss. cit. § 27.

[55]) CUIACIUS, *Recitat. solemn.* ad L. 9 Cod. h. t. — de COCCEII, *iur. civ. controv.* h. t. qu. 7, e KOLLIGS, Diss. cit. §§ 9 e 10.

---

p) Cfr. anche la L. 5 D. h. t.: « Si quid a fideiussore petetur, aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit: sed et si utrumque velit compensare, audiendus est ». Vedi in proposito DERNBURG, pag. 457 seg., EISELE, pag. 297 seg., 300 segg., WINDSCHEID, § 350 not. 18.

q) Il dettato dell'autore ha qui bisogno almeno di una esplicazione. Egli dice che fuori del rapporto sociale non si dà pel correo, colpito da azione, compensazione coi crediti dell'altro correo verso l'attore. Ciò non è esatto. La ragione per cui nel caso di debitori correali la compensazione è da PAPINIANO ammessa (trattando di un caso speciale) se essi son soci, esclusa se non sono tali, è quella che la semplice correalità non dà il diritto all'un debitore di compensare coi crediti che competono all'altro debitore correale, allo stesso modo che non gli dà il diritto di servirsi in genere dei costui averi per pagare il debito correale.

Nel caso di società invece il *correus debendi* che nello stesso tempo ha un controcredito verso il creditore che agisce contro l'altro correo è a questo obbligato per regresso. Ora il regresso fa sì che venga a ricostituirsi la reciprocità dei crediti che sembra manchi, quando un debitore oppone all'attore un credito del suo condebitore, dal mo-

c) I coniugi egualmente possono compensare, qualora vivano in comunione di sostanze [56]), poichè altrimenti il marito non può dedurre in compensazione contro il suo creditore ciò di cui questi è debitore alla moglie, a meno che il credito che costei vanta non gli sia stato da lei portato in dote [57]).

§ 934.

Efficacia della compensazione.
La compensazione è ammessa anche nel concorso dei creditori?

Riguardo all'efficacia della compensazione era anticamente importante la distinzione che allora si faceva tra *iudicia bonae fidei* e *stricti iuris*, giacchè soltanto le azioni della prima specie si estinguevano *ipso iure* mediante la compensazione [a]). Alle azioni invece della se-

---

[56]) VOET, *Comm.* h. t. § 10. — KOLLIGS, Diss. cit. § 11. — THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette* vol. 2 § 999.

[57]) Ant. FABER in *Cod. definit. for.* lib. IV tit. 23 def. 16. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 9. — LEYSER. *Meditat. ad Pand.* vol. III specim. CLXXIV med. 4. — MÜLLER, *Observat. pract. ad Leyserum* tom. II fasc. I obs. 367, e WALCH, *Introd. in controv. iur. civ.* sect. III cap. VIII § 1 pag. 703.

---

mento che nel processo *res agitur* anche di quest'ultimo come tenuto per regresso. È la ragione stessa che autorizza il fideiussore ad usare in compensazione controcrediti spettanti al debitore principale. Data quindi la *ratio legis* è naturale che la disposizione della medesima debba oltre pel caso del *socius* che, come osservammo, qui è occasionalmente citato, estendersi a tutti i casi in cui vi è un obbligo a regresso. E questa stessa ragione risolve il quesito sollevatosi, se cioè il correo possa opporre in compensazione tutto il credito competente all'altro correo, oppure solo quella parte di esso nella quale quest'ultimo sarebbe obbligato a contribuire all'estinzione del debito correale. Lo può naturalmente usare soltanto in quest'ultima misura. Concordi DERNBURG, pag. 462 seg.; EISELE, pag. 299 segg.; WINDSCHEID, § 350 not. 19.

Il nostro Codice art. 1290 al. 2 dispone esso pure che il debitore in solido non può invocare la compensazione di quanto dal creditore è dovuto al suo condebitore, se non sino alla concorrenza della parte dello stesso condebitore. Ciò a differenza del Codice fr. art. 1294 al. 3 il quale contiene una disposizione affatto negativa in proposito, non ammettendo questa compensazione entro nessun limite.

a) Il cenno storico, che qui ed appresso l'autore dà sullo sviluppo della compensazione giudiziale nella storia del diritto romano, merita di essere completato e corretto. Siccome però esso va soggetto a discussioni impossibili a restringersi in pochi cenni

conda specie non si poteva da principio opporre compensazione di sorta [b]); e soltanto una costituzione dell'imperatore MARCO AURELIO in seguito concesse al convenuto una *exceptio doli* per questo caso. Tale eccezione però doveva essere opposta sul principio della lite prima della *litis contestatio,* acciocchè il pretore potesse inserirla nella formula *iudicii.* Se si trascurava di opporla a tempo, essa non era poi più ammissibile. Invece nelle azioni *bonae fidei* la compensazione poteva opporsi anche dopo la contestazione della lite innanzi al giudice pedaneo [58]) [c]). In seguito per opera dell'interpretazione dei

---

[58]) L. 38, L. 58 D. *de petit. hered.* (5, 3). Vedi Jac. CUIACIUS, *Observation.* lib. VIII cap. 16. — Ger. NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. § *Expensis* pag. 360, ed Arn. VINNIUS, *Commentar. ad* § *so Instit. de actionib.*

---

rimandiamo all'esposizione fattane nell'Appendice al presente titolo, contentandoci qui di qualche osservazione.

È vero quanto dice l'autore che nei tempi classici la compensazione fu diversamente trattata secondo che avvenisse in giudizi di buona fede o di stretto diritto. Nei primi, come già altrove notammo, era al tempo di GAIO ammessa in forma più generale, per tutti i crediti reciproci derivanti *ex eadem causa* (GAIO. IV. 61 combinato coi §§ 30 e 39 I. 4, 6); nei secondi in due casi singoli, nelle azioni cioè istituite dall'*argentarius* e dal *bonorum emptor* sotto le forme peculiari dell'*actio cum compensatione* e dell'*actio cum deductione* (GAIO, IV, 64-68).

La compensazione differiva dunque nelle due specie di giudizi anzitutto per il campo di applicazione, poi per la forma. In senso formale di fatti deve rettificarsi quanto l'autore dice circa l'avvenire *ipso iure* della compensazione nei giudizi di buona fede, poichè il riferir ciò all'efficacia della compensazione può dar luogo ad equivoci. Fatti che operano *ipso iure* sono nel processo classico quelli che possono opporsi anche per la prima volta *in iudicio,* e non han quindi bisogno di essere menzionati *in iure* ed inseriti nella formula. Ed in tal senso appunto può dirsi che la compensazione avveniva *ipso iure* nei giudizi di buona fede, poichè GAIO, IV, 63 ci attesta che per riguardo alla medesima la formola dei giudizi di buona fede non subiva alcuna modificazione (*nec enim aperte formulae verbis praecipitur*).

b) L'autore non conosceva le istituzioni Gaiane e non poteva quindi aver notizia dei casi dell'argentario e del *bonorum emptor,* da noi sopra menzionati. Egli si serve qui della narrazione del § 30 I. 4, 6, dove è naturale che di questi istituti non sia fatto cenno, poichè erano spariti al tempo di GIUSTINIANO. Ecco perchè la compensazione nei giudizi di stretto diritto viene appresso ricondotta in genere al rescritto di Marco Aurelio, mentre questo non fece, come meglio vedremo a suo tempo, che servir di ponte alla sua introduzione come diritto ordinario, da ristretta che era prima ai due casi suddetti.

c) Non è incontroverso se l'*exceptio doli* venisse inserita nella formula (Vedi Appendice). Sostituisci poi a giudice pedaneo *giudice giurato,* falsa essendo l'opinione che confonde queste due specie di giudici: il secondo era il giudice normale del processo classico. Quanto poi l'autore dice, circa la possibilità di opporre la compensazione anche *in iudicio* pei giudizi di buona fede, non è che il contenuto dell'*ipso iure*

giureconsulti romani si venne a stabilire il principio che la compensazione avviene sempre *ipso iure* [59]). Tale regola di diritto venne poi anche confermata da una costituzione dell'imperatore ALESSANDRO SEVERO [60]). Nondimeno sembra che sia ancora rimasta una differenza riguardo alla compensazione tra le azioni personali e le reali; cioè a dire che la medesima poteva essere opposta soltanto alle prime, e non invece alle seconde [61]).

Fu soltanto GIUSTINIANO a toglier via ogni distinzione di azioni per rispetto alla compensazione: lo dice egli stesso nel § 30 I. *de actionib.* (4, 6). « In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti iuris iudiciis, ex rescripto *D. Marci*, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed *nostra constitutio* [62]) easdem compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, *ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive in personam*, sive alias quascumque; excepta sola depositi actione » *e*). Di modo

---

[59]) L. 21 D. h. t.: « Posteaquam placuit inter omnes, *id quod invicem debetur, ipso iure compensari* », ecc. Si confrontino anche la L. 4 D. *eodem*, ed Ant. SCHULTING, *Thes. controv.* dec. LVII th. 9.

[60]) L. 4 Cod. h. t.

[61]) L. 95 § 8 D. *de solution.* (46, 3) *d*). Vedi Jac. CUIACIUS, *Observation.* lib. XV cap. 12, e Franc. BROEUS, *Exposition. in Justin. Institution. ad* § 30 *Institut. de actionib.* n. 5 pag. 785 sqq.

[62]) L. ult. Cod. h. t.

---

più avanti da lui menzionato. La prova testuale si ha, come abbiam veduto, in GAIO, IV, 63. I testi dell'autore citati a nota 58 non contengono che due applicazioni speciali estranee alla compensazione.

d) Questo passo non nega la compensazione nelle azioni reali perchè non tratta di compensazione, ma si riferisce alla facoltà di disposizione che nel diritto classico ha il possessore di una eredità di pagarsi su di essa pei crediti che ha verso il defunto. Del resto però è esatto quel che dice l'autore esser la compensazione nelle azioni reali stata ammessa per la prima volta nel diritto giustinianeo. Prima non ve ne è traccia nelle fonti.

e) L'autore, come ben si vede, ritiene che l'innovazione dovuta alla L. ult. C. h. t. di GIUSTINIANO si limiti alla estensione alle azioni reali della compensazione che già nel diritto classico avveniva *ipso iure*, per interpretazione dei giuristi, nelle azioni personali.

Questa stessa opinione è oggi sostenuta dalla maggior parte degli scrittori. Riser-

che pel diritto giustinianeo ogni debito, ogni pretesa dell'attore, con tutto quello che ne dipende era per via di compensazione estinto *ipso iure;* il che vuol dire che i crediti reciproci compensabili, al momento in cui cominciano a coesistere, si estinguono di per sè per ragione di legge, senza che a tale uopo occorra una speciale convenzione o dichiarazione delle parti, od un atto ordinativo del giudice [63]). Da ciò consegue che, se anche il contrario credito non sia sul principio liquido, l'efficacia giuridica della compensazione non deve dipendere dalla sua liquidità, ma dalla prova dell'esistenza di detto credito opposto in compensazione. Di modo che se in seguito venga provata la verità di esso, l'efficacia della compensazione non deve ritenersi incominci soltanto al momento in cui tal prova è completa; ma è d'uopo invece considerare detto contrario credito siccome un pagamento intervenuto *ab initio,* ed ora soltanto provato, ed ammettere per conseguenza che sin dal momento della esistenza di esso il debito sia stato estinto, o interamente, ovvero sino alla concorrente somma [61]) *f*).

[63]) VOET, *Comm.* h. t. § 2. — Casp. SCHIFORDEGHER, *ad Ant. Fabrum* lib. I tract. II qu. 5. — Jo. WUNDERLICH, *Diss. de re litigiosa non compensanda* Jenae 1756 § 11.

[61]) Vedi Fratr. BECMANNORUM, *Consil. et Decision.* parte 1 resp. VII n. 43 pag. 143, e *Consil.* XXXIX n. 15 pag. 461.

---

vando all'Appendice storica l'esame accurato della medesima, ci limitiamo qui a far notare che essa non ispiega l'ultimo periodo del § 30 I. (4, 6), sul quale nonostante si fonda. Quivi il contenuto del *latius introduxit* è detto essere: *ut actiones ipso iure minuant* anzitutto, e che poi è indifferente si tratti di azioni personali o reali. Noi opiniamo quindi che l'*ipso iure compensatio* sia di origine giustinianea. Il trovarsi essa in testi dell'età classica, come le LL. 4, 10 pr., 21 D. h. t., e L. 4 C. h. t. è dovuto al fatto che i compilatori, in base alla innovazione della L. ult. C., li hanno interpolati.

f) Il punto che qui tocca l'Autore, del senso che abbia cioè la massima del diritto romano (giustinianeo) *compensatio fit ipso iure* ovvero *ipso iure compensatur,* forma il vero enigma della dottrina della compensazione. Dai glossatori in poi questa controversia si è dibattuta con varia sorte, ed ancora oggi *lis sub iudice est.* Noi riteniamo, riservandoci di darne a suo tempo la prova, e riassumendo ora soltanto i risultati, che, se la massima si vuol ricondurre al diritto classico, si cade in un letto di Procuste: essa non è spiegabile da alcun lato (V. Appendice). Perciò la riteniamo, come si è detto sopra, di derivazione giustinianea, anche nei testi del diritto classico. Qual costruzione giuridica nascose GIUSTINIANO sotto la regola suddetta, non ci vien detto da lui stesso. Egli nella L. ult. C. h. t. con insolita brevità non dice altro se non:

La costituzione dell'imperatore ALESSANDRO SEVERO contenuta nella L. 4 Cod. h. t. si esprime a questo riguardo in maniera tanto

Compensationes ipso iure fieri sancimus. Il senso di tali parole però ci è svelato dal § 30 I. 4, 6 che rende l'innovazione giustinianea con la frase: *ut (compensationes) actiones ipso iure minuant.* In base a questa espressione non dubitiamo che nella mente di GIUSTINIANO la massima, che la compensazione avvenga *ipso iure*, ha un senso di diritto materiale: con la coesistenza dei crediti le azioni reciproche restano *minutae* (diffalcate cioè) *quoad concurrentes quantitates* in forza del diritto stesso senza partecipazione degli interessati.

Il giudizio sulla correttezza di tale costruzione deve rimanere indipendente dalla quistione della sua esistenza: tale è. Ed in base a siffatta nuova teorica della compensazione i compilatori hanno modificato alcuni dei testi dell'età classica; quelli che più sopra incontrammo. Però, siccome al tempo dei grandi giuristi la compensazione spiegava tutta la sua efficacia in giudizio ed era data alla disposizione della parte interessata, la modificazione dei testi non è avvenuta per parte dei compilatori in modo così completo che non si riscontrino traccie dell'antico sistema, come ad es., nella L. 16 pr. D. h. t. di PAPINIANO, ove la compensazione dipende dalla volontà del convenuto « ... *et debitor.... vult compensare* » ed in altre che vedremo; il che mal si adatta ad una compensazione fatta di diritto. Per chi, come noi, non riguarda la compilazione qual codice pratico, ma dal punto di vista storico, sarebbe con ciò detto tutto. Invece la necessità di usare questo codice nel medio evo in Italia, e nei tempi moderni in Germania, ha prodotto il sorgere di molte teorie, le quali hanno tentato in un modo o nell'altro di toglier di mezzo l'impedimento che alla pratica opponeva la osservata contraddizione.

Rimandando all'Appendice per l'esposizione critica di esse, come rappresentanti l'ultimo stadio di svolgimento storico del diritto romano puro, le enumereremo qui dal punto di vista del domma.

In omaggio ai testi che fanno avvenire la compensazione mediante l'opera combinata dalle parti e del giudice, alcuni scrittori hanno addirittura negato all'*ipso iure* significato materiale, e gli hanno attribuito un senso procedurale. *Ipso iure* sta in contrapposto ad *ope exceptionis*, e vuol dire che non è necessario per opporre la compensazione venga introdotta nella formula una *exceptio* (DONELLO, BRINZ nel suo scritto sulla compensazione, UBBELOHDE). Ciò pel diritto classico; ma la distinzione è mantenuta dall'UBBELOHDE (pag. 182 seg.) anche nel diritto giustinianeo sebbene con senso diverso. Cioè a dire che le difese le quali una volta operavano *ipso iure* a differenza di quelle che faceansi valere *ope exceptionis* per riguardo alla costruzione della formula, ora operano in maniera diversa per riguardo alla prova. Esse cioè possono essere opposte e provate nello stesso tempo che la domanda, mentre quelle che una volta avean bisogno di apposita *exceptio*, non sono ammesse alla prova se non dopo provata la domanda. Alle prime appartiene la compensazione ed in tal senso si dice che essa avvenga *ipso iure*.

Secondo altri invece la distinzione tra l'*ipso iure* ed *ope exceptionis* consiste nel diritto giustinianeo in ciò che, come nell'epoca classica ogni *exceptio* doveva essere opposta *in iure*, mentre le difese che operavano *ipso iure* potevano opporsi anche *in iudicio*, così ora le difese corrispondenti alle prime devono opporsi avanti la *litis contestatio* (che chiude il periodo corrispondente allo stadio *in iure* del diritto classico), mentre le difese ammesse *ipso iure* possono opporsi anche dopo. *Ipso iure compensatur* significa quindi che la compensazione può opporsi anche nell'ultimo stadio del giudizio (WIEDING, *der Iustinianesche Libellprozess*, pag. 221, SCHWANERT, EISELE, BEKKER, *Aktionen* II, p. 356 e segg.).

Tutti questi autori, dato il precedente dell'esposta spiegazione dell'*ipso iure com-*

chiara, che fa financo meraviglia, come HELLFELD ed altri autori [5]) abbiano potuto sostenere una contraria opinione:

---

[5]) Vedi, ad esempio, Ulr. HUBER, *Praelect. ad Pand.* h. t. § 4. Ma lo ha confutato il PUFENDORF nelle *Observation. iuris univ.* tom. I obs. 178. Si consulti anche WEBER nei *Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden* (Contributi alla teoria delle azioni giudiziali e delle eccezioni) sez. I n. 6 pag. 68 nota 39, e nella sua nota al *Commentario* di HÖPFNER, § 980 nota 2.

---

pensari, vengono naturalmente alla conseguenza che i crediti con la semplice coesistenza non esercitano alcuna influenza l'uno sull'altro e che per la compensazione non si ha riguardo se non al momento in cui viene opposta in giudizio: quivi essa avviene, non prima, e l'estinzione delle concorrenti quantità è prodotta dalla sentenza del giudice, la quale quindi non è semplicemente declaratoria di un fatto giuridico avvenuto, ma è ordinativa di un fatto nuovo.

L'EISELE ha formulato nella maniera più netta tale idea ed ha fatto anche della compensazione giudiziale un negozio giuridico non libero, sostituendo alla volontà dell'attore, che la nega, la volontà del giudice.

Noi non crediamo dover accettare tali teoriche perchè, come nella parte storica sarà dimostrato, esse non corrispondono alle disposizioni date da GIUSTINIANO, il quale certo ha attribuito alla *compensatio* una efficacia di diritto materiale. Per quanto si faccia, non si toglierà mai il vero che « *compensatio fit ipso iure* » della L. ult. Cod. h. t. è dalle Istituzioni interpretato: « *compensatio minuit actiones* (loc. cit.). Se è l'*actio* che resta diminuita per compensazione, trattasi di un effetto anteriore al giudizio ed essenzialmente di diritto materiale. Inoltre le teorie formali, negando l'efficacia derivante dalla coesistenza delle obbligazioni, ci sono in debito della spiegazione di alcune norme, come l'arrestarsi delle usure da questo momento, la *condictio indebiti*, data a chi potendo compensare ha pagato, ecc., e, come vedremo appresso (not. *g*), non sono riuscite a spiegarle sufficientemente.

Se lo scopo di dar la prevalenza ai testi che pongono la compensazione in arbitrio della parte e sotto il presupposto della sentenza giudiziale, ha fatto nascere le menzionate teoriche, lo stesso non può dirsi per quella di recente sostenuta dal BRINZ (Nei *Jahrb.* cit. a nota * del § 928 pag. 33 seg., e nel suo *Manuale* 2.ª ediz. II, 419 e segg.). Egli sostiene che la compensazione avvenga *ipso iure* nel senso che porta la liberazione dei debitori, senza estinguere le obbligazioni. Come giustamente osserva l'EISELE (p. 215 seg.), questa teorica, non richiedendo un atto di volontà della parte all'effetto della compensazione, non è che la teorica da noi ammessa come giustinianea pura, però indebolita. Invece della estinzione delle *concurrentes quantitates* mediante la sola coesistenza, abbiamo la liberazione dei debitori, pur continuando ad esistere le obbligazioni. E se la prima teoria trova inciampo nelle fonti — dal punto di vista del sistema —, questa del BRINZ partecipa di tali difficoltà, e ve ne aggiunge un'altra, poichè si risolve nel dare come strano effetto della compensazione operata *ipso iure* la esistenza di due debiti di cui spariscono i debitori.

Più giusta e più consentanea al diritto giustinianeo è la via presa dalla maggior parte degli autori moderni per conciliare la costruzione puramente materiale della compensazione, fatta di diritto, con le dichiarazioni delle fonti, che chiedono un atto di volontà della parte.

Una delle teorie medie, nate a tale scopo, è quella del WINDSCHEID. Egli (*Pand.* II

« Si constat pecuniam invicem deberi, *ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte de-*

§ 349) vuole che i crediti reciproci non vadano estinti con la semplice coesistenza, ma anzi conservino la loro esistenza giuridica e sia libero ai titolari di servirsene o no per la compensazione. Invece questi crediti reciproci col semplice coesistere restano affetti da una eccezione che, pur lasciandoli liberi nelle altre loro relazioni, li mette in uno stato di impedimento l'uno di fronte all'altro. Questo stato di impedimento è quello che subentra da sè; e questo fatto le fonti caratterizzano con la frase: *ipso iure compensatur* (loc. cit. not. 4). Questa teorica è stata variamente attaccata (Vedi gli autori addotti dal WINDSCHEID nella citata nota); ma a noi quel che importa — più che i dubbi sollevati contro la sua correttezza dommatica, da un punto di vista astratto — è la circostanza che detta teorica non trova appoggio nelle fonti. A suo tempo avremo occasione di esaminare i testi portanti l'*ipso iure*, e vedremo che nulla affatto sanno di affezione dei crediti mediante eccezione, ed il WINDSCHEID ha loro arbitrariamente attribuito tale significato. Avrebbero ad es. le Istituzioni giustinianee (§ 30 cit.) voluto esprimere l'idea del WINDSCHEID col dire che mediante la compensazione « *actio ipso iure minuta sit?* ».

Rimane un'ultima teoria; quella rappresentata dal glossatore AZONE, sostenuta dal nostro Autore, seboene in maniera alquanto oscillante, e che può dirsi l'opinione dominante nella scienza e nella pratica: quella cioè che la compensazione non avviene se la parte interessata non vi si richiami; ma, se il debitore la chiede, è da ammettere che i crediti controstanti si siano estinti *ipso iure* fin dal momento della loro coesistenza. Questa teorica è variamente stata attaccata; ma in fondo l'EISELE, che ne è il più deciso oppositore, ammette che, pensata secondo egli la pensa (v. EISELE p. 217 seg.), *è giuridicamente e logicamente possibile*. Per lui non corrisponde alle fonti, secondo noi invece è l'unico mezzo di far onore al pensiero di GIUSTINIANO, quando si debba pei bisogni della pratica metterlo d'accordo e combinarlo con la teorica differente dei giureconsulti classici.

La teoria pura giustinianea è poi indubitatamente la teoria del nostro Codice civile il quale dispone, molto più chiaramente delle Istituzioni Giustinianee, e senza lasciar luogo a dubbiezze che (art. 1286 C. c.) « la compensazione si fa di diritto in virtù della legge, *ed anche senza saputa dei debitori*, al momento stesso della contemporanea esistenza dei due debiti che reciprocamente si estinguono per le quantità corrispondenti.

Ma la scienza e la pratica si è dovuta ben accorgere che il principio della compensazione strettamente legale, assolutamente *sine facto hominis*, non è nella realtà applicabile. Si può anche mettere d'accordo con questa teorica il fatto che alla compensazione è indispensabile la partecipazione del giudice, senza la cui sentenza non può avvenire — dicendo che questa sentenza è semplicemente declaratoria dell'avvenuta compensazione, quando essa ha riscontrato nei crediti reciproci le condizioni di legge; ma quello che col principio assoluto non può mai convenire è l'altro fatto che la compensazione non può esser sottratta alla disposizione della parte. Il senso pratico dei giureconsulti romani ben vide ciò, e la compensazione rimase allo stato di *exceptio* sino all'epoca bizantina. Di fatti nè un principio politico vi è, che consigli di sottrarre la compensazione alla disposizione della parte, facendola avvenire di diritto, nè vi è la possibilità pratica di mantenere questo principio, se vi fosse. Infatti, se l'interesse della parte può spingere il diritto a disporre ch'essa abbia facoltà di dare, invece del contenuto del credito, una liberazione, qualora sia a sua volta creditrice verso l'attore, sarebbe forse giustificato che il diritto si avanzasse con un sentimento tutorio sino a volere che ciò avvenga anche se l'interessato non lo desideri? E poi, siccome il giudice

betur, utique *quoad concurrentes quantitates,* eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit ».

Non occorre osservare come quanto vien qui detto è cosa di non lieve importanza per le usure, poichè significa che la compensazione, allo stesso modo che il pagamento, estingue l'obbligazione in tutta la sua estensione; e quindi nello stesso momento in cui viene in essere il controcredito compensabile cessano dal correre le usure [66]) *g*), i fide-

[66]) LL. 11 e 12 D. h. t.; L. 5 Cod. *eodem;* L. 7 Cod. *de solution.* (8, 42).

---

non ha modo di dichiarare avvenuta la compensazione di diritto se non ha conoscenza del controcredito della parte interessata, questa avrà ad ogni modo in suo arbitrio di opporlo oppur no, poichè non si penserà certo che sia l'altra parte quella che verrà nella normalità dei casi ad informare il giudice per ottenere invece d'un pagamento una liberazione. Per queste ragioni anche nella scienza del diritto patrio predomina la teoria che la compensazione avviene di diritto nel senso che, opposta e riconosciuta nella sentenza, è da ritenersi avvenuta al momento della coesistenza prima dei crediti reciproci (Vedi PACIFICI-MAZZONI, op. cit. p 277 sub. 140; BORSARI, *Comm.* § 324 A in fine). Anche qui però la teorica ora detta non è che un rimedio, poichè la dottrina del Codice sarebbe quella assoluta (Cass. Firenze, 16 maggio 1876, *Racc.* XXVIII, 1, 611). La teoria giustinianea è anche ripetuta da altri Codici moderni, sorti sulla base del diritto romano. Cfr. Diritto territoriale prussiano P. I tit. 16 § 301, Cod. civ. gen. austriaco § 1438 e sulle traccie del POTHIER e del DOMAT, difensori di questa opinione, il Cod. civ. fr. art. 1290. Hanno invece riconosciuta la necessità di un atto di volontà della parte il Cod. civ. di Zurigo §§ 1052, 1054 ed il Cod. civ. sassone § 992; però essi ammettono nel tempo stesso che per retrotrazione la compensazione debba calcolarsi avvenuta al momento in cui per la prima volta le obbligazioni coesisterono, avendo i requisiti della compensabilità. Questi due ultimi sono due esempi di codificazione dell'opinione dominante.

g) Questa disposizione, come l'altra contenuta nella L. 10 § 1 D. h. t., che cioè a colui, il quale potendo compensare abbia pagato, competa una *condictio indebiti* — sono lo scoglio non ancora superato da coloro che vogliono negare (s'intende nel diritto giustinianeo) ogni importanza materiale all'*ipso iure compensari,* e quindi ogni effetto alla semplice coesistenza dei crediti contrari. Infatti, per parlare prima delle usure, data la teoria che sostiene l'estinzione delle quantità concorrenti dei capitali colla semplice coesistenza dei crediti reciproci, il cessare del decorrere delle usure per la parte di capitale estinta è una naturale conseguenza. Anche le teorie medie, come quella dominante, ovvero quella del WINDSCHEID, non trovano difficoltà dal loro punto di vista a spiegare la disposizione che ci occupa (Contro il WINDSCHEID, l'EISELE, pagina 272, ha opposto delle sottigliezze). I sostenitori invece della teoria sopra accennata hanno invano ricercato un principio cui ricondurre quest'effetto riguardante le usure. L'idea dell'EISELE in proposito (*Arch. für civ. Pr.* N. F. V, 5 p. 195 e *Comp.* p. 271 e segg.) è questa, che anche per la cessazione del decorrere delle usure è necessario l'atto di volontà dell'interessato, diretto alla compensazione, ma espressa in giudizio tale volontà è, per riguardo alle usure, come se fosse stata espressa sin dal momento della coesistenza dei crediti, poichè il debitore del credito portante usure, mentre che

jussori restano liberati [67]), si estinguono le ipoteche [68]), ed i pegni

[67]) L. 4 D. h. t.; L. 43 D. *de solution.* (46, 3).

[68]) L. 4 D. *Qui potior. in pign.* (20, 4); L. 43 D. *de solutionib.* (46, 3).

il suo controcredito non ne porta, o portante maggiori usure del proprio controcredito ha così ad evidenza un interesse a compensare, che, espressa a tal riguardo la sua volontà in giudizio, è naturale presumere l'avesse sin dal momento della coesistenza dei crediti reciproci. [Uguale è in sostanza l'opinione dell'Appleton, p. 442 segg., specialmente p. 445]. Tutto ciò per equità. Ma il Windscheid (§ 349 not. 6) ha giustamente osservato, come anzitutto non sia vero dire che l'equità richieda alcuno non paghi le usure di un debito che avrebbe potuto estinguere, ma che non ha estinto, e poi come, sebbene sia certo l'interesse del debitore nel caso nostro ad esprimere la sua volontà per la compensazione, questo solo interesse non autorizza a presumere come già fatta la detta dichiarazione quando non è tale.

Citiamo ancora l'opinione del Kretschmar: *Secum pensare* p. 26, il quale sostiene l'arrestarsi del decorrere delle usure sia fondato sul principio che non è equo un creditore esiga delle usure, mentre per un debito che ha verso lo stesso suo debitore non ne paga affatto o le paga in tasso inferiore. Chi sa poi perchè sarebbe iniquo?

Allo stesso modo stanno le cose per quanto concerne la *condictio indebiti.* Essa risulta, come s'è visto, provata dalla L. 10 § 1 D. h. t., e si ricava inoltre per un incontrastabile *argumentum a contrario* dalla L. 30 D. *de cond. ind.* 12, 6. Spiegarsi come colui che, potendo compensare, ha pagato abbia una *condictio indebiti,* riesce facile dal punto di vista delle teorie che ammettono una modificazione materiale dei crediti mediante la semplice coesistenza, sia che li ritengano estinti, sia che li vogliano, come il Windscheid, resi inefficaci.

La disposizione di cui ci occupiamo ha invece molto imbarazzato i fautori dell'opinione contraria, ed è già un fatto che poco rende inclinevoli ad accettarla, il vedere come essi siano tornati e ritornati affannosamente su questo punto speciale senza riuscire a porlo con essa in armonia, se non attraverso costruzioni sottili e che non hanno alcuna base su dichiarazioni dei giureconsulti romani.

L'Eisele (*Archiv.* p. 194) avea tentato dapprima giustificare la *condictio indebiti,* dicendo che essa vien concessa perchè non si è compensato mentre si poteva compensare, cioè a dire perchè per errore il debitore ha tralasciato di infirmare, come poteva fare, il credito controstante (Cfr. anche Stampe, p. 23 e seg.). Si è però contro osservato che un debito, che poteva estinguersi, e nondimeno non è stato estinto, non è per questo un *indebitum.*

Lo Schwanert (p. 12 segg.) ha affermato un'opinione uguale, sotto veste diversa, sostenendo che la *condictio indebiti* non sia che una compensazione posteriore: in essa vi è la dichiarazione implicita di voler compensare, la quale fa apparire ciò che si è pagato un *indebitum.* Cosicchè, secondo lui, il pagamento ha già portato l'estinzione dell'obbligazione, estinzione che posteriormente vien ritirata; in altri termini con questa compensazione posteriore si vuole l'estinzione di una obbligazione già estinta. La cosa non si intende come sia possibile (Eisele, pag. 262, Windscheid, § 349 nota 5). L'Eisele (*Comp.* p. 259 e seg.) ha rinunziato alla sua prima spiegazione della *condictio indebiti,* ed appropriandosi l'opinione dello Schwanert ha cercato di toglierle quanto vi era di non giuridico. Cioè a dire anch'egli crede che la ragione stia in una compensazione posteriormente concessa, ma in questo senso: La *condictio indebiti* presuppone un pagamento per errore. Ora, chi ha il diritto a compensare (il quale sorge

conviene siano restituiti [69]): così pure gli effetti della mora vengono

[69]) L. 12 Cod. h. t.

colla sola coesistenza dei crediti reciproci e paga non conoscendo tale suo diritto, non si deve considerare come vi abbia rinunziato.

L'efficacia di tale pagamento rimane quindi in uno stato di sospensione ed allora il suo carattere si dichiara quando, posteriormente, chi lo ha fatto dichiara sul diritto a compensare, che ancora gli compete, la sua volontà. O ratifica il pagamento operato e vuol dire che vi ha rinunziato, ed il debito rimane estinto retroattivamente, o dichiara di voler compensare, ed allora il pagamento non ha estinto l'obbligazione, e ciò che si è pagato può ripetersi come un *quasi indebitum* (son le parole della L. 10 § 1 cit.). Nessuno potrà negare all'Eisele di aver trovato una ingegnosa soluzione del problema, peccato però che essa non trovi appoggio nelle fonti. Egli non può dedurla (e non senza sforzi ed artificii) che dai presupposti della propria teoria; ma nè la L. 10 cit., nè la L. 30 D. *de cond. ind.*, nè la L. 56 eod. (vedi contro quest'ultima cui l'Eisele si è riferito Windscheid § 349 not. 5) parlano affatto dei motivi per cui l'Eisele vuole sia concessa la *condictio*.

Noi riteniamo che la quistione sui due punti essenziali delle usure e della *condictio* si risolva da un punto di vista storico, e cioè con la collisione avvenuta nella compilazione tra il sistema antico ed il sistema Giustinianeo. Come vedremo nell'Appendice storica, nella L. 4 C. riguardante le usure e nel *principium* della L. 10 D. h. t. cui fa subito seguito il domma della *condictio indebiti*, fu dai compilatori interpolato l'*ipso iure* nel senso materiale della C. ult. h. t. di Giustiniano, e ciò con tutta verisimiglianza allo scopo di costruire le due massime sotto la nuova teoria materiale. Invece nel diritto anteriore entrambe quest'ultime sono indipendenti da tale teorica.

Per quanto concerne il cessar del decorso delle usure, se alla L. 4 C. cit si toglie l'*ipso iure pro soluto*, non rimane che una disposizione positiva, la quale non ci informa delle ragioni che l'hanno chiamata in vita. Però nel Digesto alla L. 11 h. t. Ulpianus (apparentemente) lib. 32 ad Ed. il cessar delle usure è ricondotto ad una *constitutio Severi*. È ben difficile indovinare i motivi di questa costituzione; però l'Appleton ha fatto una fondata ipotesi (pag. 85 segg.). Abbiamo nella parte storica del presente titolo riassunto i suoi ragionamenti riguardo alla L. 11 cit. Il risultato di essi è che il frammento suddetto è spostato dal suo luogo naturale, che sarebbe stato dopo la L. 9 h. t. di Paolo che deriva dalla stessa massa; dimodochè l'*idem*, sua iscrizione, non deve riferirsi ad Ulpiano, come fa credere l'attuale sua posizione, ma a Paolo. Ora Paolo nel lib. 32 ad Ed. trattava del contratto di società: è quindi molto probabile che la disposizione di Severo riguardasse il cessar del decorso delle usure per crediti reciproci intercedenti tra soci. In questo caso l'Appleton crede che la *ratio legis* stia in una clausola di compensazione convenzionale che è intrinseca al contratto di società di modo che i crediti reciproci, come nati, si compensano, ed è naturale il cessar delle usure da questo momento.

È una ipotesi questa, ma val molto di più delle fantastiche spiegazioni da noi sopra esposte, trovate da chi vuol sfuggire alla compensazione legale.

Del resto la L. 5 C. h. t. — Alexander — riconduce la cessazione delle usure alla *aequitas compensationis*; e ciò è prova sufficiente che nel diritto classico essa non poteva derivare da un principio di diritto.

Ma, se nell'età classica il cessar delle usure ha un motivo indipendente dalla natura stessa della compensazione, la L. 4 C. h. t. col suo *ipso iure* interpolato ci indica che nel diritto giustinianeo la stessa disposizione si è voluta sottordinare al principio della compensazione legale. A questa conseguenza l'Eisele non può sfuggire se

a cessare [70]) [h]). Inoltre, appunto perchè la compensazione ha la stessa

70) L. 17 § 3 D. *de usur.* (22, 1). — VOET, h. t. § 2, e LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand.* h. t. § 25 in fine.

non consigliando (come fa a p. 274 del suo libro) di metter da parte la L. 4 C. cit. ed attenersi alle altre leggi relative alle usure. Ciò però si potrà accettare come consiglio *de lege ferenda*, ma non è esatto ammettere tale uscita per chi voglia esporre un diritto storico quale il giustinianeo.

Passando alla *condictio indebiti*, si entra in un campo molto più sicuro. Anche questa disposizione si spiega nel diritto classico indipendentemente dalla compensazione legale. È un merito dell'APPLETON aver dato tale spiegazione (p. 188 segg.). Secondo gli studi del LENEL, che a suo tempo esamineremo, tutta la L. 10 D. h. t. il cui § 1 concede la *condictio*, trattava originariamente della special forma di compensazione del diritto classico che è l'*actio cum deductione*, già da noi accennata. Basti qui conoscere che essa interveniva in caso di fallimento; e costringeva il *bonorum emptor* a dedurre, perseguendo i crediti del fallito contro i terzi, i crediti che questi stessi reciprocemente avessero contro il fallito, ed a dedurli per intiero. I creditori invece, agendo in base ai loro crediti, non ricevevano che una percentuale sulla massa dei beni. Onde a colui, che era creditore del fallito e nello stesso tempo debitore, conveniva piuttosto aspettare ad esser convenuto dal *bonorum emptor* ed opporgli il suo controcredito che veniva così interamente dedotto, che non esercitare *sui crediti petitionem*, giacchè sarebbe stato pagato in moneta di fallimento. Chi, essendo debitore e creditore del fallito, ha pagato il suo debito, viene a trovarsi nell'impossibilità di ottenere il risultato dell'intera deduzione, poichè non può esser più convenuto, e non gli rimane che l'azione pel credito suo, ond'è che per raggiungere quell'effetto, manifestamente equo, i giureconsulti opinarono gli competesse la *condictio, quasi indebito soluto*.

Questa *condictio* cioè, ricostituendolo debitore, rende possibile di nuovo l'azione del *bonorum emptor* e la conseguente deduzione dell'intero controcredito. Puoi inoltre vedere in APPLETON pagina 193 e segg., come la L. 30 D. *de cond. ind.* (essendo interpolate le parole « *in his casibus in quibus compensatio locum non habet* ») non provi, ma neghi la *condictio indebiti* nell'età classica. Siccome però si riferiva originariamente all'*actio cum compensatione* degli argentarii (APPLETON, loc. cit.), è facile ammettere che ULPIANO la negasse in questa azione in contrapposto all'*actio cum deductione* in cui era per le ragioni addotte concessa.

Dopo quanto si è detto, è inevitabile dedurre che la spiegazione data dall'EISELE per la *condictio* non quadra neanche al diritto classico. Dello sforzo da lui fatto, non rimane se non questo di esatto: che nel diritto classico la *condictio* non era ricondotta al principio della compensazione legale. E questo non si può negare. Però conviene ammettere che i compilatori, staccando la L. 10 h. t. dal suo primitivo riferimento alla special forma della *deductio* ed interpolandovi al luogo di questa il generico « *compensatio, compensare* » hanno generalizzato la sua soluzione. Ed il *principium* di questa legge contiene indubbiamente la costruzione della compensazione legale. Anche l'EISELE lo ammette. Ma se ciò è, invano egli protesta che il § 1 di detto passo, che concede la *condictio indebiti*, era originariamente staccato dall'attuale *principium*. Anche ammesso che ciò sia vero, il ravvicinamento sarebbe l'opera dei compilatori che lo hanno effettuato per sottordinare la *condictio* alla costruzione fatta nel *principium*. Tanto meglio allora: ciò prova che questa è la teoria del diritto giustinianeo nel quale passò attraverso la compilazione.

h) Come può vedersi dal testo citato dal nostro autore, al quale deve aggiun-

efficacia del pagamento, non può perfino ostare ad essa neanche una promessa giurata di voler pagare, a meno che dalle circostanze non risulti chiaro che si è voluto con ciò rinunziare alla compensazione [71]). E quest'ultimo fatto dovrebbe ritenersi nel caso che il debitore avesse promesso col suo giuramento il pagamento in denaro contante, ovvero nel caso che al momento in cui il giuramento fu prestato già esisteva il controcredito del debitore, e la promessa fu fatta solo nell'intento di escludere la compensazione [72]). Nel dubbio però la rinunzia non vien mai presunta [73]).

Coi medesimi principî ora posti è da risolversi anche il quesito entro quali limiti sia ammissibile la compensazione nel concorso dei creditori *i*). Alla disamina però di tale quistione, molto controversa [74]),

---

[71]) Jac. Frid. LUDOVICI, *Diss. de iuramento compensationem non excludente* Halae 1717. — De COCCEII, *iur. civ. controv.* h. t. qu. 1. — Fratelli OVERBECK, *Meditationen über verschiedenen Rechtsmaterien* (Meditazioni su diverse materie di diritto) vol. 1 meditat. 49, e H. L. WEBER, *Untersuchung der Frage, kann derjenige, welcher eine Schuld eidlich zu bezahlen verspricht, sich durch vorgeschützte Compensation von selbiger befreien?* (Esame della quistione se alcuno, il quale abbia promesso con giuramento di pagare un debito, possa liberarsene opponendo la compensazione) Rostock 1793.

[72]) Cap. 7, X *de iureiur.* (2. 24). — WERNHER, *Lectiss. Commental. in Pand.* h. t. § 15, ed EMMINGHAUS, *ad Coccejum* l. c. note *a* e *b*.

[73]) Ant. MERENDA, *Controvers. iuris* lib. I cap. 4 § 3.

[74]) Si confrontino Christ. Amand. DORN. *Diss. de compensatione in concursu creditorum* Kilon. 1754. — Car. Frid. WALCH, *Diss. de compensatione in con-*

---

gersi la L. 40 D. *de R. C.* (12, 1) cui si riferiscono il DERNBURG, p. 589, il BRINZ, *Pand.* 2.ª ediz. pagina 428 nota 39 ed il WINDSCHEID, § 349 nota 7, questa regola non è espressamente appoggiata dalle fonti, ma deriva dal principio che la coesistenza dei controcrediti ne porta l'estinzione (ovvero secondo altri la semplice affezione mediante una *exceptio*). Naturalmente, secondo il loro concetto della compensazione non vogliono riconoscerla lo SCHWANERT, p. 5 e l'EISELE p. 270 segg.

i) L'autore qui espone la teorica del diritto comune. Oltre gli scrittori da lui citati a nota 74 conviene aggiungere: KRUG, §§ 68-69, DERNBURG, p. 429 segg., EISELE, pagina 311, SINTENIS, pag. 421-423, HOLZSCHUHER, III § 147 n.° 8, 9. Circa la forma che prendeva nel diritto classico la compensazione nel concorso dei creditori, la *deductio*, vedi Appendice.

Del rimanente l'ammissibilità della compensazione in questo caso non presenta dubbiezze, poichè, nonostante il concorso si effettuasse attraverso una *bonorum venditio*, per la quale tutta la massa dei beni passava in proprietà di un terzo, il requisito della reciprocità dei crediti da compensarsi, il quale potrebbe sembrare che venisse a mancare dopo tale passaggio, sussisteva sempre. E di fatti il *bonorum emptor* agiva contro i debitori del patrimonio o con l'*actio Serviana* o con l'*actio Rutiliana*, secondo i casi

è necessario far precedere alcuni concetti e principî generali riguardanti il concorso dei creditori. Per *concorso dei creditori* io qui intendo quel procedimento giudiziario, che ha per iscopo di suddividere secondo la legge tra i varî creditori instanti, ed a seconda del diritto di precedenza che a ciascuno di essi compete, la massa del patrimonio del debitore comune che è insufficiente a tacitarli completamente [75]).

Il concorso presuppone quindi:

1) Una collisione di parecchi creditori i quali fanno valere giudizialmente i loro titoli contro una medesima massa di beni;

2) L'insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare completamente tutti questi creditori.

3) Esso inoltre esige da parte del giudice, qualora questi dopo aver riscontrato l'attivo del patrimonio, si sia bastantemente convinto della sua insufficienza, una decisione apposita; la pubblicazione di un decreto *de aperiendo concursu,* dato il quale il concorso ha il suo principio [76]).

4) Con tale provvedimento vien tolta al debitore ogni facoltà di disporre del suo patrimonio attuale in maniera che possa recare svantaggio ai suoi creditori; il patrimonio medesimo vien posto sotto

---

cursu creditorum Jenae 1770. — Christ. Car. KANNE, *Diss. de compensatione et retentione in concursu creditorum locum habente* Lipsiae 1779. — Jo. LINDE, *Diss. de compensatione in concursu creditorum* Giessae 1782. — Car. Godofr. de WINCKLER, *Progr. eiusd. argum.* Lipsiae 1786, e Christoph. Christ. DABELOW, *ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger* (Svolgimento completo della teoria del concorso dei creditori) Halle 1801, 4 cap. 26 pagine 685-694.

[75]) Vedi GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses* (Manuale del processo comune tedesco) vol. 4 n. LXXXII § 7.

[76]) GÖNNER, op. cit. § 21 segg.

(V. GAIO, IV, 35). Nella formula della prima però egli appariva quale successore universale pretorio del *fraudator* o debitore fallito, e nella seconda qual *procurator in rem suam.* In entrambi i casi quindi, secondo i principii esposti, seguitava ad esistere la reciprocità, nella formula Serviana come per ogni successore universale, nella Rutiliana come nella cessione ordinaria.

Di tali peculiarità del procedimento del diritto classico nulla più esiste nel diritto giustinianeo; convien quindi decidere secondo i principii generali, i quali non ostano all'ammissibilità della compensazione, dal momento che la massa dei creditori subentra al luogo del fallito come in seguito ad una cessione, e non viene quindi a mancare la reciprocità dei crediti

tutela giudiziaria; e son date tutte le disposizioni necessarie alla sua conservazione ed amministrazione [77]).

5) I creditori ora, per riguardo a tale patrimonio, oggetto del concorso, vengono a trovarsi in una specie di comunione; a loro appartiene la massa del patrimonio, e rispetto alla medesima, e quanto ai pesi reali che la aggravano, essi rappresentano, sì attivamente che passivamente, la persona del comune debitore, nonostante che, in vista dell'ordine con cui dovranno essere soddisfatti, esista tra di loro una collisione di interessi, che ne fa altrettante parti litiganti, quanti sono i titoli di credito tra loro cozzanti che essi avanzano [78]). Questa comunione ha per conseguenza che sino al momento in cui il giudice non abbia deciso sulla giustezza e sul grado di priorità dei titoli di credito liquidati dai creditori concorrenti, nessuno di questi può a danno dei rimanenti venir soddisfatto sull'importo del patrimonio del debitore [79]), il che però non esclude pel creditore privilegiato il diritto di pretendere a preferenza degli altri il suo pagamento [80]). L'importanza di queste conseguenze fa sì che per portare alla conoscenza di tutti quel decreto giudiziale si renda necessaria la citazione edittale dei creditori [81]).

Preposte tali nozioni generali, per risolvere la questione che trattiamo conviene considerare due diversi casi:

I. I crediti reciproci del debitore e del suo creditore esistono prima dell'apertura del concorso. In tal caso può darsi:

a) Che ambedue i crediti già prima dell'inizio del concorso erano riconosciuti fondati ed esigibili. Dato tale presupposto, se il *curator bonorum* conviene un terzo pel pagamento di un credito che il debitore soggetto a concorso ha verso di lui, quegli può senza alcun dubbio opporgli l'eccezione di compensazione. E di vero, poichè i crediti mediante la compensazione si estinguono *ipso iure,* è natu-

---

77) GÖNNER, op. cit. § 25.

78) GÖNNER, op. cit. § 26. — DABELOW, *cit. Svolgimento, ecc.* pag. 708 segg. — KIND, *Quaestion. forens.* tomo II cap. 5.

79) L. 6 § 7 D. *Quae in fraudem creditor.* (42, 7). — DABELOW, op. cit. pagina 679 segg.

80) GÖNNER, op. cit. § 27.

81) GÖNNER, op. cit. § 29.

rale che anche il credito del debitore soggetto a concorso resti distrutto dal contrario credito che il suo debitore vantava contro di lui già prima che si aprisse il concorso. Come dunque il creditore che oppone la compensazione non era obbligato di liquidare il suo controcredito nel concorso, perchè tale controcredito per lui non esisteva più, così pure non ha ora facoltà il *curator bonorum* di agire in base ad un credito ch'era già estinto prima del concorso [82]). La compensazione ha luogo anche nel caso che il terzo, verso il quale il debitore soggetto a concorso aveva un credito, si è fatto cedere il controcredito che ora oppone in compensazione da un altro creditore di quello, appunto con l'intenzione di potersi servire della compensazione nel caso che il suo creditore personale cadesse in concorso: ciò, s'intende, purchè la cessione sia avvenuta prima della apertura del concorso e già a quel tempo entrambi i crediti fossero esigibili [83]). Nè può rimproverarsi al creditore cedente che abbia agito in *fraudem creditorum*, anche se nel concorso il suo credito avrebbe dovuto essere posposto ad altri, o perfino andare perduto; poichè con la sua vigilanza egli ha migliorato la sua posizione, e lo poteva fare, giacchè le leggi non riprovano chi vigila [84]).

b) Può darsi, invece, che soltanto il credito del debitore soggetto a concorso sia esigibile prima che questo si apra, e che al contrario il controcredito del creditore sia divenuto esigibile dopo iniziato il concorso. In tal caso la compensazione non può aver luogo. Infatti l'obbligazione del debitore fallito non era ancora stata estinta alla apertura del concorso dalla reciproca obbligazione del creditore, poichè un credito non ancora scaduto non può compensarsi con uno già esigibile [85]). Il credito del debitore faceva quindi già parte della massa del concorso, e non poteva andare estinto per compensazione già pel motivo che la compensazione è una specie di pagamento, ed il debitore comune non può durante il concorso ricevere pagamento

---

[82]) Vedi PUFENDORF, *Observat. iuris univ.* tomo I obs. 79. — HOFACKER, *Princip. iuris civ.* tomo III § 4124.

[83]) D'altra opinione è LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. III specim. CLXXIV medit. 5. Però si veda in contrario DABELOW, op. cit. pag. 688 segg.

[84]) L. 24 in fine D. *Quae in fraud. creditor.* (42, 7).

[85]) L. 7 pr. D. h. t.

di sorta. Il creditore deve quindi versare alla massa quel che deve al debitore comune, e liquidare il suo controcredito in conformità della citazione edittale. Se egli non ha fatto ciò, viene escluso dalla massa del concorso, e non può più far valere il suo credito anche dopo per *modum exceptionis* [86]).

II. Se, facendo l'altra ipotesi, i crediti reciproci sono venuti in essere durante il concorso, possono anche qui darsi i seguenti casi:

a) Al momento in cui si è aperto il concorso io era creditore del debitore fallito, ed ho infatti liquidato il mio credito in conformità della citazione edittale; però durante il concorso divengo debitore della massa, perchè, ad esempio, ho preso in conduzione un fondo ad essa appartenente, ovvero lo ho acquistato *sub hasta*. In questa ipotesi importa distinguere, se il mio credito sia liquido e sia privilegiato per indubbia priorità, ovvero non concorrano tali condizioni. Soltanto nel primo caso posso valermi della compensazione: nel secondo invece essa non può aver luogo [87]).

b) Al momento in cui si aprì il concorso io era debitore del comun debitore, ma durante il concorso divengo creditore della massa, come sarebbe, ad esempio, se io avessi dato in fitto per la custodia delle cose appartenenti alla medesima delle stanze nella mia casa, od avessi prestato altro servigio qualsiasi per la conservazione di detta massa. Anche in questo caso la compensazione può aver luogo: *mutuum enim debitum et creditum adest inter easdem personas, massam nempe et me* [88]).

---

[86]) Su ciò si confronti BOEHMER, *Consultat. et Decision.* tomo II parte I resp. 302, e DABELOW, op. cit. pag. 685 e nota *w*.

[87]) BERGER, *Oecon. iuris* lib. III tit. 15 § 4 nota 5. Il LEYSER, specim. CLXXIII meditat. 4, vuole che basti anche un probabile diritto di priorità. Però in contrario è da notare che in tal caso viene a mancare evidentemente anche il requisito della liquidità del credito. Si veda invece WALCH, Diss. cit. § 5. — Christ. GMELIN, *Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger* (Teoria del concorso materiale dei creditori) § 31, e MÜLLER, *Observ. pract. ad Leyserum* tomo II fasc. I obs. 365.

[88]) MALBLANC, *Princip. iuris rom.* parte II sect. I § 520 pag. 395.

§ 935.

Della eccezione di compensazione: sua natura ed efficacia [a].

Sebbene l'estinzione di una obbligazione per mezzo della compensazione avvenga *ipso iure,* non appena si trovino di fronte crediti di uguale natura, nondimeno la parte che può compensare, qualora voglia respingere da sè le pretese dell'avversario, deve richiamarsi espressamente a tale suo diritto [89]). Ciò vuol dire che è necessario sia opposta una *eccezione di compensazione,* nè al giudice è concesso supplirvi di sua iniziativa in tutti i casi nei quali egli non debba d'ufficio intercedere pel convenuto [90]) [c].

---

[89]) L. 13, 15, L. 22 D. h. t. § 39 I. *de action.* (4, 6). — MEVIUS, parte VII decis. 52, e decis. 242 nota 3. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 26 [b]).

[90]) MEVIUS, parte IX decis. 154 numeri 4 e 5, e SCHAUMBURG, *Compend. iuris* Dig. h. t. § 7. Tuttavia nutre una diversa opinione STRUBEN nei suoi *Rechtl. Bedenken* (Dubbi giuridici) parte 4 dub. 43.

---

a) Cfr. KRUG, §§ 79-96; DERNBURG, § 69; EISELE, §§ 31 e 33.

b) Delle quattro leggi, citate dall'autore, tre possono addursi a provare la necessità dell'eccezione di compensazione; non così la L. 22 h. t. che non ne parla affatto. Piuttosto sono da confrontare le LL. 2, 5, 9 § 1, 10 § 1, 16 pr., 23 D. h. t.; l. 8, 10, C. h. t.

c) Circa questa eccezione, ed in genere circa il modo di venire alla compensazione in giudizio, sono da rilevare i seguenti punti essenziali:

1. Il carattere della eccezione. Nell'epoca classica la forma con cui si opponeva la compensazione era quella di una ***exceptio*** (Cfr. § 30 I. 4, 6 ed Appendice), quindi l'eccezione del convenuto non può interpretarsi che come un atto dispositivo di volontà, diretto a chiedere dal giudice una sentenza che estingua ora le quantità concorrenti dei crediti reciproci. Concordano con questa concezione le dichiarazioni dei testi sopra citati.

GIUSTINIANO cambiò, come sappiamo, la base all'istituto, facendo avvenire la compensazione in virtù della legge e senza partecipazione dell'interessato. Il riferirsi di questo alla compensazione non può quindi dal suo punto di vista caratterizzarsi se non come una allegazione di un fatto avvenuto di diritto; la sentenza giudiziale prende un carattere semplicemente declaratorio.

Abbiamo però notato come la teoria giustinianea pura non sia sostenibile da un punto di vista sistematico; ma che convenga combinarla colle dichiarazioni delle fonti classiche. Ed a tal fine la teoria da noi difesa (quella dominante: Cfr. anche WINDSCHEID, § 349 n.° 4) ha preso il punto di partenza dal diritto classico caratterizzando l'eccezione di compensazione come un atto di volontà libera del debitore, che con esso chiede la

Se tale eccezione non viene opposta, si possono dare due casi:

a) O il convenuto pagò il suo debito per errore, perchè non era a conoscenza della compensabilità del suo controcredito; ed in tale ipotesi egli può ripetere quanto ha pagato con la *condictio indebiti* [91]) *d*).

---

[91]) L. 3; L. 10 § 1 D. h. t. — De Cocceii, *iur. civ. contror.* h. t. qu. 16.

---

realizzazione della compensazione mediante il giudice; la compensazione di diritto è da essa invece stata riferita ad un'efficacia che questa compensazione riconosciuta e sanzionata in giudizio manifesta sulle obbligazioni, quali erano al momento della loro prima coesistenza e compensabilità. Lo stesso punto di vista pel carattere dell'eccezione è naturalmente fatto valere dall'Eisele e dal Dernburg (luoghi citati) poichè il primo vuole escludere affatto la *ipso-iure compensatio* in senso materiale, il secondo le dà un senso che è compatibile con una dichiarazione di volontà: cioè quello che la compensazione è un diritto riconosciuto della parte.

2. Da chi può essere opposta la compensazione. Il caso normale è che la opponga il debitore convenuto. Però, siccome il debitore, offrendo la compensazione al suo creditore su un proprio controcredito, lo fa cadere in mora (L. 20 § 2 D. *de statutib.* 40, 7; l. 12 C. h. t. Cfr. Dernburg, p. 364, Schwanert, p. 68 seg., Eisele, p. 252 seg., Stampe, p. 31 seg., Windscheid, § 349 not. 15[a]), non può di conseguenza negarglisi una azione diretta alla compensazione, sebbene questa non sia espressamente riconosciuta dalle fonti. Giustamente nota il Windscheid (loc. cit. nota 16) che la disposizione testuale che fa cadere in mora il creditore che non accetta l'offerta di compensazione dimostra che questi, ciò facendo, agisce illegalmente, e quindi non v'è ragione di negare al debitore di raggiungere con una azione quello scopo medesimo che egli avrebbe raggiunto se il creditore non gli avesse fatto torto. Questa stessa idea e quella che l'Eisele e prima di lui il Dernburg hanno espresso sotto la forma che non solo la compensazione può derivare dal convenuto, ma anche dall'attore (Cfr. Eisele, pag. 360, Dernburg, § 64, Krug, § 100, Schwanert, p. 68).

3. Come si diporta l'eccezione di compensazione nel caso che una delle parti abbia parecchi crediti verso l'altra. Su tale questione sono da consultare Fuhr, *Arch. für prakt. RW.* I, 141-155, Krug, § 52, 81, Dernburg, § 65, Schwanert, p. 71 seg., Eisele, pag. 365 seg., Sintenis, *Civilrecht* II pag. 438, Brinz, *Pand.* 2.ª ediz. II pag. 427, Kretschmar, *Secum pensare* pag. 62 seg., Dernburg, *Pand.* I § 64 nota 4. Il caso che si trova deciso nelle fonti è quello soltanto in cui di fronte al credito dell'attore, al convenuto (debitore) competano parecchi controcrediti. In tale ipotesi spetta a lui la scelta del credito che vuole opporre in compensazione. Cfr. L. 5 D. h. t. Indeciso invece lasciano le fonti il caso che all'attore competano più crediti contro il convenuto. Si tratta di decidere se rispondendo questi con un'eccezione di compensazione all'azione istituita dal creditore in base ad uno dei suoi crediti, il creditore medesimo possa opporre a sua volta una replica di compensazione in base ad un altro dei suoi crediti. Le opinioni sono disparate. La più comune (Windscheid, § 349 n.° 6) è che decida la precedenza di tempo dei varii crediti dell'attore; che cioè allora la replica sia ammissibile, quando il credito che ne è base è di data più antica che quello su cui si basa l'azione principale, e questa sia posteriore al controcredito del convenuto.

d) Cfr. in proposito nota *g* del paragrafo precedente.

b) O il convenuto, che poteva opporre l'eccezione di compensazione, e sapeva bene di poterla opporre, non se ne è servito; ed in tal caso s'intende bensì che egli abbia rinunziato alla compensazione, ma con ciò non si deve ritenere egli abbia rimesso il suo controcredito al creditore; poichè le leggi lasciavano in suo arbitrio di far luogo o non alla compensazione, e nel dubbio non è da ritenersi che egli abbia voluto far donazione del suo [92]).

Quid iuris se alcuno abbia tralasciato più volte di opporre l'eccezione di compensazione, quando appunto era il caso di servirsene e lo poteva fare? In tal caso HELLFELD — e con lui parecchi autori [93]) — sostiene che da tale contegno si debba trarre la presunzione che si sia rinunziato al controcredito. Ma ciò non può accettarsi come regola, se non intervengano a rinforzare il fatto dell'omissione altri motivi, dai quali si possa desumere una presunzione giuridica della intenzione di rinunziare [94]). Questo avverrebbe nel caso che alcuno, al quale si sarebbe potuta opporre la compensazione, avesse dichiarato che egli ritiene l'omissione della medesima siccome una rinunzia, ed in base a ciò avesse chiuso i conti; e l'altro si fosse taciuto [95]) *e*); ovvero nel caso si tratti di stretti parenti, tra i quali l'intenzione di

---

[92]) L. 2 D. h. t.; L. 1 § 4 *D. de contrar. tut. act.* (27, 4); L. 30 D. *de condict. indeb.* (12, 6); L. 25 pr. D. *de probat.* (22, 3. — VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 3.

[93]) LEYSER, *Meditat. ad Pand.* specim. CLXXIII medit. 5. — SCHAUMBURG, *Compend. iur.* Dig. h. t. § 7.

[94]) Vedi Joh. Christ. QUISTORP nella dissertazione che ha per titolo: Se dalla omissione della compensazione da parte di chi vi aveva diritto si possa valevolmente concludere sulla sua intenzione di rinunziarvi, nei suoi *Beiträgen* (Contributi all'illustrazione di diverse materie giuridiche) n. 10 pagina 147 segg. — Jo. Ern. Just. MÜLLER, *Observat. pract. ad Leyserum* tom. II fasc. I obs. 366. — Ern. Lud. SCHMERSAHL, *Diss. de remissione debiti praesunta ob compensationem omissam.* Helmst. 1801. — THIBAUT, *System* (Sistema del diritto delle Pandette) vol. 2 § 997.

[95]) Vedi GÜNTHER, *Princip. iuris rom. privati noviss.* tomo II § 1139.

---

e) Una regola generale nella presente quistione non si può stabilire: la regola sta in ciò che l'omettere l'eccezione di compensazione non lascia di per sè inferire rinunzia alla medesima. In quali casi poi dal complesso dei rapporti questa rinunzia si possa dedurre è *quaestio facti.* Per la rinunzia alla compensazione come negozio libero vedi § 929 nota ** sub 3.

donare può ammettersi con una presunzione giuridica [95]). PAPINIANO ci presenta uno di questi casi nella L. 26 D. *de probat.* (22, 3): « Procula [97]) magnae quantitatis fideicommissum, a fratre sibi debitum, post mortem eius in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur, *nunquam id a fratre, quamdiu vixit, desideratum, cum variis ex causis saepe in rationem fratris pecunias ratio* [98]) *Proculae solvisset,* DIVUS COMMODUS, cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, *quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum* [99]).

L'eccezione di compensazione del resto, secondo il Diritto Romano, può essere opposta, non soltanto prima, ma anche dopo la contestazione della lite; anzi perfino dopo avvenuta la sentenza giudiziale può proporsi contro l'esecuzione, purchè sia tale che possa essere subito liquidata [100]) *f*).

---

[95]) L. 11 Cod. *de negot. gest.* (2, 18). — L. 10 Cod. *de legat.* (6, 37). — VOET, *Comm ad Pand.* h. t. § 3 in fine.

[97]) Nel manoscritto delle Pandette di Erlangen si ha dopo *Procula* la particella *cum* che i critici lamentano manchi nel testo, lacuna che si sono studiati perciò di riempire con una quantità di rimedi. Vedi CORN. VAN BYNKERSHOEK, *Obs. iuris rom.* lib. VII cap. 8.

[98]) Jo. Guil. HOFFMANN in *Meletemat. et Observat. var. ad Pand.* diss. XX § 3 legge in luogo di *ratio, actor.*

[99]) Si consulti riguardo a questo passo Em. MERILLIUS, *Observation.* lib. IV cap. 20, e Ger. NOODT, *Commentar. ad Dig.* lib. XXII tit. 3.

[100]) L. 2 Cod. h. t. — WESTENBERG, *Princip. iur. rom.* h. t. § 22. — HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tomo III § 4125. — DANZ, *Grundsätze des ordentlichen Prozesses* (Principii fondamentali del processo ordinario) § 186. Però si sostiene che oggigiorno questo privilegio non sia più in vigore per effetto della disposizione del § 37 del Decreto della Dieta del 1654 (*Iüngst. Reichs-Abschied*). Vedi GÖNNER, *Handbuch* (Manuale del processo comune) vol. 2 n. XXXIII § 11 pag. 194 segg.

f) Ciò è incontrastato pel diritto giustinianeo, non così pel diritto classico ove la maniera ed il punto del giudizio in cui la compensazione deve farsi valere sono controversi (V. Appendice). Non è poi vero che nel diritto classico, per opporre la compensazione all'*actio iudicati,* fosse richiesta la liquidità del credito opposto. La L. 2 C. h. t., cui l'autore si riferisce nella nota 100, almeno non lo dice affatto. Anche l'APPLETON, p. 289 seg., sostiene, dal punto di vista che per aversi compensazione mediante *exceptio doli* occorresse passare per un procedimento di liquidazione dei crediti reciproci, che contro l'*actio iudicati* dovesse sempre esser liquido il credito opposto. Però l'affermazione è ingiustificata.

Se il convenuto ha opposto l'eccezione di compensazione, ma non è riuscito nel suo intento, ed è quindi stato condannato a pagare il debito, oggetto dell'azione istituita contro di lui, le conseguenze di tale fatto sono diverse secondo le seguenti ipotesi:

1) Il giudice ha respinto l'eccezione dichiarandola infondata. In questo caso non vi è più luogo a compensazione di sorta, e perciò neppure può istituirsi un giudizio separato, una volta che la sentenza sia passata in giudicato, e qualora da tale sentenza non solo, ma anche dagli atti finora compiuti dalle parti, risulti chiaro che sia stato giudicato pure del fondamento e della legalità del controcredito [1]) *g*).

2) Il giudice non ha avuto riguardo alla proposta eccezione di compensazione, pel solo motivo che questa era illiquida, e mancava quindi dei requisiti necessari per essere accolta. Nel caso presente rimane libero al convenuto di perseguire per via di azione in un giudizio separato il diritto di credito da lui addotto nel primo processo collo scopo di compensare; ed a tale uopo egli può istituire o l'azione che nasce dal credito medesimo, ovvero, se questo derivasse da una obbligazione naturale, non perseguibile con azione, far valere il suo diritto con una *condictio indebiti* o *sine causa* [2]) *h*).

---

[1]) L. 7 § 1 D. h. t.; L. 1 § 4 D. *de contr. tut. et util. act.* (27, 4); L. 8 § 2 D. *de negot. gest.* (3, 5).

[2]) L. 10 § 1 D. h. t. — Vedi Voet, *Comment. ad Pand.* h. t. § 19. — Pufendorf, *Observat. iur. univ.* tomo I obs. 178. — Weber, *Beiträge* (Contributi alla teoria delle azioni giudiziali e delle eccezioni) sez. 1 n. VI pag. 66, e *Systematische Entwickelung* (Sviluppo sistematico della teoria delle obbligazioni naturali) § 97. — Thibaut, *System* (Sistema del diritto delle Pandette) vol. 2 § 997 in fine.

---

g) All'azione quindi che fosse istituita in base a tale controcredito giudicato inesistente potrebbe opporsi l'*exceptio rei iudicatae.*

h) Il caso normale di compensazione è poi quello in cui il giudice, esaminato il credito dell'attore ed il controcredito del convenuto, li trovi entrambi fondati e forniti dei requisiti di compensabilità. In tal caso egli dichiara estinta le *concurrentes quantitates*, e condanna, se del caso, il convenuto a pagare il saldo.

L'atto del giudice è diversamente concepito, secondo le diverse teorie sulla compensazione. La teoria pura giustinianea non fa della sentenza se non un pronunziato declaratorio dell'avvenuta compensazione di diritto. Ma nelle fonti classiche è incontrastato, che la sentenza medesima è trattata come atto ordinativo e dispositivo. Da

§ 936 *).

Del diritto di ritenzione. Concetto e suddivisioni.

Diverso dalla compensazione è il diritto di ritenzione (*ius retentionis*), nonostante che con essa abbia somiglianza per parecchi riguardi [3]).

Per diritto di ritenzione adunque si intende quel diritto, in forza del quale trovandosi nel possesso legale di una cosa che ad altri si

---

[3]) Casp. SCHIFORDEGHER, *ad Ant. Fabrum* lib. I tract. I. — Wolfg. Ad. LAUTERBACH, *Disput. de retentione* Tüb. 1660. — Phil. Jac. HEISLER, *Diss. de iure retentionis* Halae 1751. — Ge. Lud. BOEHMER, *Diss. de iure retentionis eiusque effectu* Goett. 1773 (in *Elect. iuris civ.* tomo II n. 13). — Ern. God. SCHMID, *Diss. de iis, quae ad exercendum ius retentionis necessaria sunt.* praes. Jo. Lud. SCHMID def. Jenae 1785. — FASELIUS, *Versuch einer syst. Darstellung der Lehre vom Retentionsrechte* (Saggio di una esposizione sistematica della teoria del diritto di ritenzione) 2.ª Ed. Halle 1793, 8, e Frid. Aug. Christ. SCHNORR, *Diss. de iure retentionis eiusque causis et effectu* Lipsiae 1808, 4.

---

tal punto di vista stanno le teorie medie e perciò la dominante, riconoscendo che l'estinzione delle concorrenti quantità è un prodotto della sentenza. Così pure il DERNBURG, p. 580.

Come altrove fu notato l'EISELE (p. 249 seg.) concepisce la compensazione giudiziale come un negozio giuridico tra le parti. Per l'attuazione di questo occorrono due atti di volontà reciproci l'uno all'altro; uno di essi sta nella dichiarazione del convenuto di voler compensare. L'attore si negherà ad ammettere la compensazione (altrimenti il giudizio è finito e non si può più parlare di compensazione giudiziale): ma la sua volontà vien sostituita a perfezionare il negozio da quella del giudice. Con tutto ciò non v'ha meno un contratto delle parti dirette alla compensazione. Questa sforzata costruzione è però contraria alla realtà delle cose: la compensazione è *imposta* all'attore: ogni supplemento di volontà non ha nulla di reale.

*) Agli autori citati dal GLÜCK conviene aggiungere i seguenti scritti tedeschi: SCHENCK, *La dottrina del diritto di ritenzione* 1837; LUDEN, *Il diritto di ritenzione* 1839; GROSSKOPF, *Sul diritto di ritenzione* 1858 (Su questo scritto cfr. WINDSCHEID, *Rivista critica* I pagine 127-130); CRAMER, *Archivio per la pratica civ.* XXXVII p. 305 segg, 415 segg. anno 1854; LENZ, nel *Lessico giuridico* del WEISKE, IX, 377-401 anno 1855; ZAUN, *Archiv. per la scienza prat. del dir.* Nuova Serie IV, 369 seg. (1857); HARDER, *Arch. per la pr. civ.* LI p. 110 segg. (1868); LANGFELD, *La teoria del diritto di ritenzione* 1886 (Su questo scritto cfr. BÄHR, *Rivista critica* XXVIII p. 411 seg.; LEPA. *Rivista di dir. comm.* XXXIII p. 473 segg.); GOLDSCHMIDT, *Dir. comm.* I pag. 962-996; DERNBURG, p. 365 segg.; HOLZSCHUHER, I § 10; WINDSCHEID, II § 351 num. 3; PERNICE. *Labeo*, 2.ª ediz. II, 1 pag. 252 seg. Per ulteriori notizie bibliografiche vedi l'ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, 4.ª ediz., vol. I § 102 nota 7 pag. 429-430.

deve restituire, si può mantenervisi di proprio arbitrio [a]), a causa di un credito che si ha verso il precedente possessore, e sino a che tale credito non sia stato soddisfatto.

Da tale concetto consegue:

1) Che un diritto di ritenzione anzitutto non può esistere senza che si abbia il possesso della cosa [4]).

2) Che il detto possesso, sebbene non occorra sia un possesso giuridico nel senso stretto, deve però essere stato legalmente acquistato [5]).

3) Non è però requisito essenziale — sebbene sia il caso più comune — che la cosa su cui si esercita il diritto, sia sempre una cosa altrui. Si può esercitare un diritto di ritenzione anche su una cosa propria, se si è in obbligo di trasferirla ad un terzo in forza di un contratto, ed in base al medesimo si è nello stesso tempo in diritto di conseguire un'altra prestazione. Così ad esempio il venditore può esercitare un diritto di ritenzione sulla cosa venduta, sino a che il compratore non ne abbia pagato il prezzo [6]).

---

4) L. 1 pr. *de pignorib.* (20, 1).

5) L. 1 Cod. *unde vi* (8, 4); *b*) L. 25 D. *de pignorib.* (20, 1).

6) L. 13 § 8 D. *de action. emti vend.* (19, 1); L. 22 D. *de heredit. vel act. vend.* (18, 4); L. 31 § 8 D. *de aedilic. Edict.* (21, 1).

---

a) Convien sopprimere questo concetto di arbitrio, di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (*Eigenmacht*) che — per quanto lo voglia permesso dalla legge — il nostro autore introduce nel concetto della ritenzione (V. appresso nota *c*). Ecco la definizione che ne dà il WINDSCHEID: « Il diritto di ritenzione consiste nella facoltà di negare una prestazione alla quale si sarebbe di per sè obbligati, sino a che l'attore non abbia da sua parte soddisfatto ad una domanda che si eleva contro di lui ». Come si vede una differenza fondamentale tra questa definizione e quella del nostro autore sta in ciò, che egli vorrebbe con l'antica dottrina ammettere ritenzione solo nel caso che oggetto del credito contro cui la ritenzione stessa si esercita sia la restituzione di una cosa, mentre il WINDSCHEID giustamente la ammette per qualsiasi prestazione; nè si vede ragione perchè quivi non si possa esercitare la ritenzione. Deve quindi ritenersi errato quel che il nostro autore dice nella definizione e ripete spesso in seguito, che cioè la ritenzione sia una facoltà del possessore o detentore soltanto nel senso materiale. V. ZAUN, pagina 370, DERNBURG, pag. 370; contro SCHENCK, pag. 36, LENZ, pagina 377.

b) La citazione di questa legge che riguarda il caso della legittima difesa di chi, assalito, può respingere la violenza con la violenza, dipende sempre dal fatto che l'autore confonde la ritenzione legale con l'esercizio arbitrario (legale) delle proprie ragioni.

Se la cosa è una cosa altrui, essa può appartenere o al debitore medesimo o ad un terzo, il che avverrebbe, ad esempio, nel caso che questi l'avesse data al debitore perchè se ne servisse a darla a sua volta in pegno al suo creditore [7]).

4) L'essenza del diritto di ritenzione è riposta nella facoltà che a me compete di non separarmi dal possesso di una cosa sino a che non sia stato soddisfatto perfettamente di un debito che ha da saldare meco, o quegli stesso che da me richiede la cosa, ovvero un terzo per garanzia della cui obbligazione la cosa fu trasferita nelle mie mani. Ed io posso esercitare questo diritto di mio proprio arbitrio, senza che si renda necessario un decreto giudiziale qualsiasi [c]), poichè nel caso presente non si tratta dell'acquisto di un possesso, ma si tratta di conservarselo e di sostenerlo. Il rimedio che le leggi mi concedono per l'esercizio di un tale diritto consiste nella *exceptio doli mali,* con la quale posso respinger l'attore, nel caso mi richieda la cosa avanti di avermi soddisfatto del suo debito [8]) [d]).

[7]) L. 5 § 12 D. *Commodati* (13, 6).

[8]) L. 14 § 1 D. *Communi divid.* (10. 3); L. 21 D. *ad SCt. Trebell.* (36, 1); L. 23 § 4, L. 27 § 5, L. 48 D. *de rei vindicat.* (6, 1); L. 4 § 9, L. 5 § 1, L. 14 D. *de doli mali except.* (44, 4); L. 28 D. *de pign. act.* (13, 7). — V. Boehmer, cit. Diss. § 16.

---

c) Ciò non è esatto. Per quanto controversa possa essere la determinazione dell'essenza del diritto di ritenzione, è cosa certa ch'è da rigettare quest'antica opinione che vuol confonderla con l'arbitrio legale (*Selbsthülfe*). I due istituti differiscono sostanzialmente appunto nel fatto che il diritto di ritenzione di cui ci occupiamo deve essere riconosciuto dal giudice perchè possa col suo aiuto esser posto in opera. Cfr. in proposito Lenz, loc. cit. p. 382; Dernburg, p. 366. Come bene osserva quest'ultimo autore, l'essenza del diritto di ritenzione consiste piuttosto in ciò, che la facoltà in sè incondizionata di costringere il convenuto ad una prestazione che è realmente dovuta, viene sottoposta alla condizione di una controprestazione da parte dell'attore.

d) Si tratta dunque di pretese che vengono dal diritto tutelate non con un'*actio propria,* ma con una *exceptio* soltanto; hanno quindi una tutela più debole (Cfr. Pernice, II, 1 p. 253 seg.). È impossibile riunire sotto un concetto giuridico unitario i casi nei quali la *retentio* è accordata in diritto romano. Il Langfeld modernamente ha voluto caratterizzarli come obbligazioni naturali (op. cit. p. 25 seg.); ma da un lato con ciò poco si guadagna, poichè le obbligazioni naturali non formano parte di un concetto unitario, e dall'altro è certo che questa teorica non fu sentita nè espressa mai dai giureconsulti romani. Essi hanno concepito l'istituto della *retentio* da un punto di vista essenzialmente procedurale. Come vi sono cioè titoli che si fanno valere in via di azione, così ve ne sono alcuni che si effettuano in via di difesa; in entrambi è ne-

Dalle cose fin qui dette risultano chiari i caratteri che distinguono il diritto di ritenzione dalla compensazione. La compensazione comprende sempre in sè una ritenzione di quello che senza di essa si sarebbe dovuto pagare. Questo concetto è affermato anche da PAOLO e PAPINIANO [9]); ed è questo il motivo per cui talvolta nelle fonti le voci *retentio* e *compensatio* si riscontrano mutuamente usate l'una per l'altra [10]). Al contrario non si può affermare che ognuno, il quale ritenga, nel tempo stesso compensi, come giustamente nota lo SCHIFORDEGHER [11]). Le differenze molto rilevanti tra ritenzione e compensazione sono le seguenti [12]):

1) Mediante la compensazione, allo stesso modo che col pagamento, si estingue una obbligazione: invece con la ritenzione non si mira se non a garantirsi pel riacquisto di un credito [e]). In base a questo concetto difatti le fonti dicono che la ritenzione tenga luogo di un pegno (*quasi pignoris loco est*) [13]). Con ciò però bisogna guardarsi bene dal confondere tra loro diritto di pegno e diritto di ritenzione [14]).

---

[9]) L. 4, L. 20 D. h. t.

[10]) L. 7 § 5 D. *soluto matrim.* (24, 3); L. 5 D. *de dote praelegata* (33, 4); L. 11 Cod. *depositi* (4, 34); L. 1 Cod. *rer. amotar.* (5, 21).

[11]) Ad Ant. FABRUM, lib. I tract. I qu. 1 et 2.

[12]) Casp. SCHIFORDEGHER, cit. loc. qu. 5 et 6, ha espressamente illustrata la detta differenza.

[13]) L. 13 § 8 D. *de act. emti* (19, 1); L. 22 D. *de heredit. vel act. vend.* (18, 4) L. 31 § 8 *de aedilic. Edicto* (21, 1); L. 15 § 2 D. *de furtis* (47, 2). — V. Greg. MAJANSIUS, *Disput. iuris civ.* tom. I disp. XXVIII § 6 p. 428. — KIND, *Quaest. for.* tom. II cap. 8.

[14]) Questi due diritti sono chiaramente distinti nella L. 1 Cod. *Si aliena*

---

cessario l'*officium iudicis*. Di modo che l'eccezione di ritenzione è un mezzo generale di procedura (Così PERNICE, loc. cit.). Ciò non toglie che una certa tendenza si dimostri a costruire questa *exceptio* come un diritto materiale indipendente. Il PERNICE (Cfr. op. cit. p. 254 e seg.) fa notare il ravvicinamento di questa eccezione al pegno, alcune espressioni da cui si rileva che parecchi giureconsulti sentivano l'iniquità che il diritto al rifacimento delle *impensae* mancasse di un'*actio propria*, ed infine alcuni casi in cui l'*exceptio doli* per la ritenzione è indifferentemente concessa accanto all'*actio contraria* che è propria di certi negozi.

e) Vero è in fondo quel che dice l'autore; però ci sembra che la differenza, posta in questi termini, sia alquanto esagerata in quanto rilevi troppo il contrapposto tra liberazione e semplice cauzione. Lo scopo ultimo di entrambi i rimedi, compensazione e ritenzione, è il soddisfacimento: vuol dire che nella compensazione esso si ottiene direttamente, nella ritenzione in via indiretta.

2) Chi avrebbe potuto compensare, ed ha omesso di farlo per errore, può ripetere ciò che ha pagato con la *condictio indebiti* [15]; al contrario chi poteva ritenere una cosa ed invece ne ha abbandonato il possesso non ha alcuna azione per ripetere la cosa stessa [16].

3) La compensazione avviene *ipso iure;* invece la ritenzione per mezzo della *exceptio doli.*

4) Per conseguenza la compensazione ha una efficacia durevole, mentre la ritenzione ne ha una soltanto temporanea, cioè che cessa non appena il creditore è soddisfatto *g*).

5) La ritenzione richiede come condizione essenziale il possesso della cosa, senza del quale essa non può assolutamente aver luogo [17] *h*): che al contrario nella compensazione non si abbia affatto riguardo al possesso, risulta manifesto dal fatto che il fideiussore può compensare con ciò che il creditore deve al debitore principale [18].

6) Infine la compensazione può aver luogo dove non è ammissibile la ritenzione, e viceversa. Il marito infatti, ad esempio, non può

---

res pignori data sit (8. 15). — V. PUFENDORF, *Observat. iur. univ.* tom. III Obs. 172 § 1 e WESTPHAL, *Pfandrecht* (Del diritto di pegno) § 6 not. 18 *a.*

15) L. 10 § 1 D. *de compensat.*

16) L. 51 D. *de condict. indeb.* (12, 6); L. 30 D. *eodem.* Fa una eccezione la L. 21 D. *ad SCt. Trebell.* (36, 1): « Heres, cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit. Similem eum Aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt. Sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nancisci » *f*).

17) L. 29 § 1 D. *de eviction.* (21, 2 ; L. 36 D. *ad SCt. Trebell.* (36, 1). « Et addi velim, dice a questo proposito SCHIFORDEGHER, c. l. qu. 6, retinere posse unumquemque. *qui modo detinent,* licet non possideat eo possessionis genere. quod proprium est interdictorum, ut Ulpianus loquitur in L. 9 D. *de rei vindicat.* ».

18) L. 5 D. h. t.

---

f) Questa decisione speciale, cui puoi aggiungere L. 58-60 D. *de leg.* I, L. 40 § 1 D. *de cond. ind.* 12, 6; L. 3 § 10 D. *si cui plus quam* 35, 3; L. 7 pr. D. *usufr. quemadmodum* 7. 9, dimostra sempre più l'oscillazione già fatta notare che nella mente dei giureconsulti classici si è avuta tra il concetto procedurale della *retentio* come semplica difesa, ed il concetto materiale di essa come diritto indipendente.

g) Per tale ragione si è voluta concepire l'eccezione di ritenzione come una semplice eccezione dilatoria. Ciò non ostante, concretandosi essa in diritto romano in una *exceptio doli*, portava, se l'attore non si prestava a ridurre le sue pretese o a dar cauzione, al suo completo respingimento.

h) V. sopra l'osservazione fatta a nota *a.*

nel caso delle *res amotae* usar contro la moglie del diritto di ritenzione sulle cose dotali [19]), mentre invece può benissimo per la stessa ragione aver luogo una compensazione [20]). Inoltre il diritto di ritenzione si può esercitare su tutte le cose capaci di possesso, ed è escluso solamente per le cose incorporali [21]); per conseguenza può essere ritenuta anche una *species* benchè l'obbligazione che si ha verso il creditore ritenente sia un *debitum generis* [22]). Invece la compensazione può avvenire soltanto per cose fungibili di ugual genere, ma non mai per cose individuali [23]).

Il diritto di ritenzione poi può essere di diverse specie.

I. Per quanto concerne il suo *fondamento* esso è:

a) O basato su una immediata disposizione di legge, ed in tal caso si chiama *necessario* o *legale* (ius retentionis *necessarium* seu *legale*). Lo ha, ad esempio, la moglie pei suoi beni dotali [24]), così pure lo ha quegli che in buona fede ha edificato sul terreno altrui per le spese fatte a tale uopo, finchè trovisi in possesso della cosa edificata [25]).

b) O fondato sulla volontà di colui del quale si ritiene la cosa; ed allora si ha un diritto di ritenzione *volontario* (ius retentionis *voluntarium*). Questo a sua volta può basarsi o su un contratto o su una disposizione di ultima volontà; e quindi si ha rispettivamente un diritto di ritenzione *convenzionale* o *testamentario*. L'uno e l'altro prendono poi una più speciale determinazione dal contenuto della dichiarazione di volontà colla quale furono concessi, e non possono essere estesi al di fuori di quei limiti che con essa furono posti al creditore [26]).

II. Per quanto concerne poi la *forma* si usa distinguere anche

---

19) L. un. § 5 Cod. *de rei uxor. act.* (5, 13).

20) L. 6 Cod. h. t. — V. Hug. Donellus, *in Comment.* ad h. L. Cod. numero 5. — Schifordegher, loc. cit. qu. 2 pag. 3.

21) L. 36 Cod. *ad SCt. Trebell.* (6, 49).

22) L. 33 D. *de condict. indeb.* (12, 6).

23) L. 18 pr. D. *de pign. act.* (13, 7).

24) L. 29 Cod. *de iure dot.* (5, 12).

25) § 30 I. *de rer. divis.* (2, 1).

26) V. Dabelow, *Handbuch des heutigen röm. deutschen Privatrechts* (Manuale dell'odierno diritto privato romano-tedesco) part. 1 § 360.

un diritto di ritenzione *qualificato* ed uno *semplice*, a seconda che vada unito ad un altro diritto reale oppur no [27]). Il primo può andare unito, o ad un diritto di pegno [28]), e lo esercita, ad esempio, il locatore sulle cose del colono per garanzia dei crediti derivanti dal prezzo d'affitto [29]); ovvero al diritto di proprietà e compete al venditore pel prezzo non ancor ricevuto della cosa venduta [30]); ovvero infine ad un diritto ereditario, come è il diritto di ritenzione che ha l'erede in base alla quarta Falcidia o Trebelliana [31]). Per rivendicare a questa distinzione un interesse pratico si suole d'ordinario dire [32]) che il diritto di ritenzione qualificato conserva la sua efficacia, anche dopo l'aprirsi del concorso [33]), e dà facoltà al creditore, sia di soddisfarsi da sè sulla cosa ritenuta [34]), sia anche di ripeterne il possesso, se lo avesse per errore trasferito [35]), effetti tutti che non si riscontrano nel diritto semplice di ritenzione. Però è da osservare che queste massime in parte non sono perfettamente esenti da dubbio, come per parecchie di esse si avrà occasione di vedere in seguito, in parte non sono applicabili a tutti i casi che si fanno rientrare sotto la categoria del diritto qualificato di ritenzione. Per conseguenza la suddivisione sinora trattata viene da parecchi odierni giureconsulti rigettata, e non senza ragione [36]).

---

27) V. Boehmer, *Diss. de iure retentionis* § 17. — Schmid, *Diss. de iis, quae ad exerc. ius retentionis necessaria sunt* § 4. — Malblank, *Princ. iuris Rom.* parte I § 196 nota *a* in fin. — Thibaut, *System* (Sistema del diritto delle Pandette) vol. I § 311.

28) L. 25 D. *de pignorib. et hypoth.* (20, 1).

29) L. 4 D. *In quibus caus. pignus* (20, 2).

30) § 41 I. *de rer. div.* (2, 1) (V. questo *Commentario* lib. VI § 582 p. 108 dell'ediz. it. (Ediz. ted. vol. VIII pag. 114)).

31) L. 14 § 1, L. 15 § 1, L. 16 pr., L. 80 § 1, L. 90 D. *ad leg. Falcid.* (35, 2); L. 21 D. *ad SCt. Trebell.* (36, 1).

32) V. Boehmer, cit. *Diss.* §§ 19 et 21. — Malblank, *cit. Princip. iur. Rom.* § 196 nota *a* in fin.

33) L. 15 § 5 D. *de re iudic.* (42, 1).

34) L. 4, L. 9 D. *In quibus caus. pign.* (20, 2); L. 29 Cod. *de iure dot.* (5, 12).

35) L. 21 D. *ad SCt. Trebell.* (36, 1).

36) V. Dabelow, *Handbuch* (Manuale del diritto privato romano-tedesco) parte I § 359 nota *e*. — Gönner, *Handbuch* (Manuale del processo comune) vol. IV num. LXXXII § 10 e Schnorr, *Diss.* cit. § 4.

Al contrario è da ritenere che il diritto di ritenzione si presti ad esser suddiviso più esattamente, in analogia a quanto si fa per l'*usus fructus*, in *materiale* e *formale*. Si chiama materiale quel diritto di ritenzione che deriva dal diritto di pegno e forma una delle parti costituenti di esso: formale quello che scaturisce dalla legge e sussiste di per sè. Il primo quindi è una conseguenza del diritto di pegno, come l'*ususfructus materialis* è una parte della proprietà: l'ultimo è invece, come l'*ususfructus formalis*, un diritto per sè stante.

Del rimanente il diritto di ritenzione porta con sè l'obbligo di custodire la cosa che si ritiene, di amministrarla, nel caso che occorra, ed anche di render conto di tale amministrazione [37]); tuttavia non deriva affatto dal diritto di ritenzione l'altro di amministrare ad esclusione di tutti la cosa che si ritiene, a meno che il debitore non abbia concesso tale facoltà al creditore, ovvero essa non derivi dalla natura medesima del diritto reale, in forza del quale si esercita il diritto di ritenzione [38]).

E di fatti non basta, per poterne dedurre un diritto di esclusiva amministrazione, la facoltà che ci garantisce il diritto di ritenzione di mantenersi infrattanto nel possesso della cosa, come non basta a giustificare l'altro diritto di potersi soddisfare del proprio credito con l'alienazione della cosa, ovvero con l'usarla altrimenti [39]). Quello che v'ha di certo si è che il diritto di ritenzione passa tanto agli eredi di colui al quale appartiene, quanto ad ogni altro successore, al quale egli abbia ceduto il suo credito, come già il VOET [40]) ha giustamente notato.

§ 937.

Requisiti del diritto di ritenzione legale.

Il diritto di ritenzione legale, qualora lo si voglia legittimamente esercitare, esige:

---

[37]) MEVIUS, parte I decis. 172. — LAUTERBACH, *Diss. de retentione* § 31.

[38]) V. BOEHMER, *Diss. de iure retentionis* § 18.

[39]) Henr. BROKES, *select. observat. for.* Obs. 263. — DABELOW, nel citato Manuale vol. I § 364.

[40]) *Commentar. ad Pand.* h. t. § 10 in fin.

I. L'esistenza di una legge che nel caso speciale permetta l'esercizio del medesimo [41]). La ritenzione infatti incontestabilmente è una specie di esercizio arbitrario delle proprie ragioni [42]) *a*). Ora nello Stato nessuno, il quale creda di avere un credito verso un altro, può diversamente perseguire contro costui il suo diritto, se non con l'adire l'autorità giudiziaria, salvo il caso che non sia tassativamente permesso l'esercizio arbitrario sopra detto. È ben noto il decreto dell'imperatore MARCO riportato da CALLISTRATO nella L. 13 D. *Quod metus causa* (4, 2): « Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. — *Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit* ». Ora contraddice evidentemente a questa costituzione l'arbitraria ritenzione di una cosa dovuta ad un terzo, e che a me non sia stata data in pegno. La detta ritenzione quindi non può aver luogo se non nei casi nei quali la legge espressamente la permette, nè può far luogo in questo caso ad interpretazione estensiva di sorta [43]).

II. Il credito, in base al quale viene esercitato il diritto di ritenzione, deve essere un vero credito, non riprovato dalle leggi; non importa poi che abbia il suo fondamento in una obbligazione natu-

---

41) V. HEISLER, *Diss. de iure retentionis* § 30. — BOEHMER, cit. *Diss.* § 7. — Walter Vinc. WIESE, *Diss. de retentione pignoris*. Rostochii 1780 § 5 nota *c*. — SCHNORR, *Diss. de iure retentionis* § 8.

42) HEISLER, cit. *Diss.* § 28.

43) Sostengono un'opinione diversa SCHIFORDEGHER ad Anton. FABRUM, lib. I tract. I qu. 3 e 4 e LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. III Specim. CLXXV Cor. 2. Quest'ultimo si richiama alla L. 12 D. *de vi et vi armata* (43, 16): però in questa legge non si fa parola alcuna di un diritto di ritenzione, ma si tratta il quesito se al locatore competa l'*interdictum unde vi* contro l'affittuario, nel caso questi gli neghi la restituzione del fondo datogli in locazione. V. HEISLER, cit. *Diss.* § 30 not. 2. Si vedano anche L. 25 § 1 in fin. D. *soluto matrim.* (24, 3), L. 5 Cod. *in quib. caus. pign.* (8, 14), e L. ult. Cod. *Commodati* (4, 23).

---

a) Ricordiamo quanto si è detto nel paragrafo precedente su questo ravvicinamento fatto dall'autore della *retentio* all'arbitrio. Il Decreto di MARCO AURELIO che appresso vien citato è prova della confusione che così si viene a produrre. Del rimanente appunto nel passo di CALLISTRATO che cita il decreto è detto che esercita una *vis* chi *non per iudicem reposcit*, ed in ciò sta la differenza della *vis* con la *retentio*, che questa vien operata mediante il giudice.

rale o civile, sia pure poi detta obbligazione di per sè non perseguibile con azione [44]). Dipende poi dalla specie di procedimento che si sceglie il decidere se il credito del creditore che esercita la ritenzione debba essere liquido senz'altro. Se egli vien convenuto per la restituzione della cosa per la via del processo ordinario, egli può usare del diritto di ritenzione, anche se il suo credito non è ancora liquido. Se invece vien contro di lui scelta una specie di processo esecutivo, egli può esercitare il diritto di ritenzione, soltanto nel caso che il suo credito sia immediatamente evidente [45]). Tuttavia anche nella prima ipotesi, l'attore può far cessare il diritto di ritenzione del convenuto, offrendo cauzione che soddisferà il convenuto medesimo pel valore del suo credito nel caso che questo venga da lui provato [46]). La cauzione può esser prestata mediante fideiussore o con pegno [47]). Non è invece necessario e sarebbe anche inopportuno richiedere che essa debba essere prestata allo stesso momento appunto che la cosa, la cui restituzione si desidera, come alcuni [48]) han voluto sostenere.

III. Il credito in forza del quale si vuol ritenere una cosa deve avere con questa un rapporto di connessione (*debitum connexum*) [49]) [b]). Ciò avviene:

---

44) L. 16 § 4 D. *de fideiussor.* (46, 1); L. 6 D. *de compensat.* (16, 2); L. 51 D. *de cond. indeb.* (12, 6). — V. Iac. Cujacius, *Observ.* lib. XVIII cap. 10.

45) V. Thibaut, *System* (Sistema del diritto delle Pand.) vol. I § 311 in fin.

46) L. 5 D. *de statuliber.* (40, 7). — Carpzov, *Iurispr. for.* part. II Const. 25 def. 17. — Mevius, parte III Decis. 368. — Leyser, *Meditat. ad Pand.* Specim. CLXXV medit. 3 et 4. — Schaumburg, *Compend. iuris* Dig. h. t. § 9. — Pufendorf, *Observat. iuris univ.* tom. II obs. 130. — Tuttavia parecchi autori sostengono il contrario, pel motivo, essi dicono, che è difficile stabilire una cauzione conveniente, quando ancora non consta la portata del credito. V. Ant. Faber in Cod. lib. II tit. 22 def. 15 num. 4. — Lauterbach, *Diss. de retentione* Th. 7 e Schnorr, *Diss.* cit. § in fin. — Voet al contrario in *Comment. ad Pandect.* h. t. § 21 affida tutto all'arbitrio del giudice.

47) Berger, *Oecon. iuris.* lib. III tit. 15 Th. 4 nota 9.

48) Stryck, *Diss. de possessione per cautionem non auferenda* cap. II § 15. — Schaumburg, *Compend.* Dig. h. t. § 9. — Schmid, *Diss. de iis, quae ad exerc. ius ret. nec. sunt* § 12.

49) Boehmer, cit. *Diss.* §§ 9-13.

---

b) Questo requisito della connessità delle pretese vicendevoli nella *retentio* non è

1) Se il possessore ha fatto delle spese *necessarie ed utili* sulla cosa o per riguardo ad essa. Per la medesima ragione che qui, cioè in base alla *versio in rem*, le leggi dànno al *bonae fidei possessor* la *exceptio doli*, nel caso venga convenuto dal proprietario della cosa per la restituzione della medesima [50]). E così pure la stessa ragione giustifica il diritto di ritenzione che può esercitare il *magister navis* sulle cose salvate dal naufragio [51]). Nondimeno, poichè tutto dipende dalla disposizione di legge che permette la ritenzione, si deve in base alla medesima decidere se il diritto in quistione venga concesso soltanto per spese necessarie ovvero anche per quelle utili. Così, ad esempio, la dote della donna può essere ritenuta soltanto per le spese necessarie fattevi, ma non per quelle semplicemente utili [52]). In forza poi della *versio in rem* può anche il creditore ritenere il pegno, benchè il contratto di pegno di per sè sia nullo [53]). Sono equiparati alle spese utili i servizi, che alcuno ha prestati in relazione ad una data cosa. Così, ad esempio, gli avvocati e procuratori possono ritenere gli atti e documenti privati dei loro clienti o mandanti, e i notai gli strumenti rogati sino a che non abbiano ricevuto i loro onorari [54]). Allo stesso modo operai e professionisti possono ritenere nelle loro mani la cosa sulla quale hanno applicato il loro lavoro, sino a che non abbiano conseguito il salario meritato [55]).

---

50) § 30 I. *de rer. div.* (2, 1); L. 27 § 5, L. 48 D. *de rei vindicat.* (6, 1); L. 7 § 12, L. 9 § 1 D. *de adquir. rer. dom.* (41, 1); L. 14 D. *de doli mali et met. except.* (44, 4).

51) L. 2 pr. D. *ad Legem Rhod. de iactu* (14, 2). Vedi il vol. XIV di questo *Commentario* pag. 227 (Ediz. ital., Libro XIX § 889) e THIBAUT, *System* (Sistema del diritto delle Pandette) parte I § 311 nella 3.ª ediz.

52) L. un. § 5 Cod. *de rei uxor. act.* (5, 13), § 37 I. *de action.* (4, 6); L. 5 pr. D. *de impens. in res dot. fact.* (25, 1).

53) L. 1 Cod. *Si aliena res pign.* (8, 15).

54) L. 25 in fin. D. *de procurat.* (3, 3). — LAUTERBACH, *Diss. de retentione.* Th. 21. — SCHMID, cit. *Diss.* § 13. — Non è però affatto permesso ad un pubblico ufficiale esercitare un diritto di ritenzione sugli atti giudiziali. — V. CRAMER, *Observation. iur. univ.* tom. I obs. 305.

55) FASELIUS, *Vom Retentionsrecht* (Del diritto di ritenzione) § 16.

---

senza controversia. Nelle fonti non è messo in rilievo. Basta poi leggere i casi fatti dall'autore medesimo in base alle fonti, per convincersi quanto sia indeterminato questo concetto sotto il quale tutti si vogliono costruire. — Cfr. in proposito WINDSCHEID, § 351 nota 9.

2) Se il credito del possessore sorse appunto dal medesimo negozio, in base al quale egli vien convenuto per la restituzione della cosa, il che avviene quando si può far valere un credito derivante da un contratto o quasi contratto mediante un'*actio contraria*. In tal caso io ho facoltà di ritener la cosa, se essa mi vien chiesta in restituzione mediante l'*actio directa*. Insegna così GAIO nella L. 18 § ult. D. *Commodati* (13, 6): « Quod autem *contrario iudicio* consequi quisque potest, id etiam *recto iudicio*, quo cum eo agitur, potest salvum haberi *iure pensationis* ». Già Wilhelm FORNERIUS ha notato [56]) che qui per *ius pensationis* bisogna intendere il diritto di ritenzione. Si ponga il caso adunque che io avessi, senza averne ricevuto mandato, liberato un pegno altrui, che il creditore voleva vendere, perchè il debitore non lo perdesse. In questa ipotesi, se il debitore mi conviene con l'*actio negotiorum gestorum directa* per la esibizione della cosa, io posso pretendere che egli mi indennizzi della spesa fatta per liberarla; ed a tale scopo mi compete un'*actio negotiorum gestorum contraria*. Però siccome qui il mio credito scaturisce dal medesimo negozio in base al quale il mio avversario chiede la restituzione della cosa, ho, oltre l'azione, anche il diritto di ritener la cosa medesima, sino a che non sia stato indennizzato [57]). Per la medesima ragione il diritto di ritenzione compete anche al Commodatario [58]), al creditore pignoratizio [59]), al tutore [60]), ecc.

3) Se il debito deve essere pagato sulla cosa che vien ritenuta, senza distinzione se l'obbligazione derivi da un contratto, ovvero da un principio di equità riconosciuto dalle leggi. Il BOEHMER [61]) vuol spiegare in base a questo principio il diritto di ritenzione che può esercitare il *magister navis* sulle cose salvate dal naufragio; egli cioè apporta come motivo della concessione di tal diritto, che gli altri

---

56) *Selection.* lib. II cap. 14 (in Thes. Ottonian. Tom. II pag. 63).

57) L. 1 pr. D. *Quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* (20, 6).

58) L. 15 § 2, L. 59 D. *de furt.* (47, 2). — Vedi questo *Commentario* vol. XIII pag. 464 dell'ed. ted. (Ediz. ital. libro XIII tit. 6 § 857 lett. *d*).

59) L. 8 pr. D. *de pignor. act.* (13, 7).

60) L. 1 § 4 D. *contr. et utili tut. act.* (27, 4); L. 3 Cod. *de contr. iud. tut.* (5, 58). — V. Io. WUNDERLICH, *Disq. de iure retentionis, quatenus tutori competat.* Jenae 1758.

61) *Diss.* cit. § 11.

aventi interesse sulla nave i quali possono chiamar responsabile il *magister navis,* debbono ottenere risarcimento delle perdite sofferte pel gettito fatto a scopo di salvare il carico, sulle cose che lo compongono. Però a noi pare che questo diritto del *magister navis* meglio si giustifichi col principio dato sopra al numero uno. Un altro esempio dell'applicazione del principio ora in quistione crede il BOEHMER di trovarlo nella L. 26 § 4 D. *de condict. indeb.* (12, 6). Un tale che era debitore verso un terzo di cento talleri soltanto, credendo erroneamente di dovergliene 200, gli dà invece di pagamento un fondo il quale effettivamente vale 200 talleri. In questo caso secondo la decisione di ULPIANO, egli ha il diritto di chiedere la restituzione del fondo intero, per evitare di venire a trovarsi in una importuna comunione col creditore. Ora con ciò il debito non è estinto: e quindi, dal momento che il fondo già era stato dato in luogo di pagamento, il creditore lo può ritenere sino a quando il debito non gli sia stato pagato. Dice ULPIANO: « Condictio integrae rei manet, et obligatio incorrupta: *ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.* Anche questo caso però si può sottordinare ad una ragione più appropriata, e lo vedremo appresso. Invece molto più giustamente possono qui citarsi quei casi nei quali il creditore si trova nel possesso legale di una cosa pegnoratagli con vincolo ipotecario. Così ad esempio: il locatore di una casa può esercitare un diritto di ritenzione sugli *illata* dell'affittuario, e la moglie sulle cose del marito per quello che ha portato in dote [62]).

4) Se si è sofferto da una cosa altrui un danno che il proprietario di quella è obbligato a risarcire. In questo caso le leggi ci tutelano nel possesso della cosa, finchè il danno non sia stato completamente risarcito. Così, ad esempio, se l'edificio del vicino mi ha causato, ruinando, un danno, io posso ritenere i materiali caduti sul mio fondo sinchè quel danno non mi sia stato riparato [63]). Ugualmente accade se per la violenza del vento e del mare l'altrui naviglio viene spinto sul mio campo; giacchè in tale ipotesi le fonti dicono espres-

---

[62]) L. 4 et 9 D. *In quib. caus. pignus* (20, 2); L. 29 Cod. *de iure dotium* (5, 12).

[63]) L. 6, L. 7 § 2, L. 9 pr. *de damno infecto* (39, 2).

samente che posso ritenere la nave sinchè non mi sia stato risarcito il danno che essa mi ha causato [64]). Invece non a ragione si vogliono computare in questa categoria di casi, i pignoramenti che il diritto tedesco permette di esercitare ad esempio sugli altrui animali che hanno recato dei danni al nostro fondo, dei quali io ho trattato in altro luogo [65]). E di fatti tra questi pignoramenti ed il diritto di ritenzione vi è una forte differenza: quest'ultimo presuppone il possesso della cosa da ritenersi in via così essenziale, che senza di esso non è nemmeno concepibile; il diritto di pegnoramento invece serve appunto ad acquistare il possesso, e si esercita quindi giusto allorchè il possesso manca [66]). E perciò pure il diritto romano vieta assolutamente i pegnoramenti privati [67]).

5) Infine se si deve consegnare una cosa verso una controprestazione, si può ritenerla, sinchè detta prestazione non sia avvenuta; ad esempio: si può ritenere la cosa venduta sinchè il prezzo non sia stato pagato. In questa categoria è da porre anche l'esempio addotto al n.° 3 in base alla L. 26 § 4 *de condict. indeb.* [68]).

Se non si riscontra alcuno di questi motivi di connessità il diritto di ritenzione non ha luogo [69]). Le fonti non fanno eccezione che pel detentore di un pegno [70]): questi, dato un pegno convenzionale vali-

---

64) L. 9 § 3 D. *eodem.* L. 8 D. *de incendio ruin. naufragio* (47, 9).

65) V. il vol. X di questo *Commentario* § 497 (Ediz. ital. Libro IX § 697) Confr. anche Henr. God. Bauer, *Exercitat. iur. civ. de pigneratione privata.* Lipsiae 1810.

66) V. Henr. Gottfr. Bauer, *Observationes grammaticae atque historicae circa pignerationem privatam.* Lipsiae 1810 part. II § 2 p. 18 seg.

67) L. 39 § 1 D. *ad Leg. Aquil.* (9, 2).

68) V. Thibaut, *System* (Sistema del diritto delle Pandette) part. I § 311.

69) Sostiene un'opinione diversa Iac. Frid. Ludovici in *Diss. de iure retentionis ex diversa etiam causa competente.* Halae 1716; però a tale opinione contrastano evidentemente le L. 5 D. *de dote praeleg.* (33, 4), L. 5 Cod. *In quib. causis pignus* (8, 14), L. 4 Cod. *Commodati* (4, 23), L. 11 Cod. *depositi* (4, 34). Si consultino inoltre Boehmer, *Diss. de iure retentionis* §§ 12 et 13. — Leyser, *Meditat. ad Pand.* Specim. CLXXV medit. 5. — Schmid, *Diss. de iis, quae ad exercend. ius ret. necess. sunt* § 15 e Müller, *Observ. pract. ad Leyserum* tom. II fasc. I obs. 368.

70) L. un. Cod. *Etiam ob chirographar. pecun. pignus teneri posse* (8 26: « At si in possessione fueris constitutus; nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quae *sine pignore* debetur, eam restituere

damente costituito [71]), ha facoltà di ritenere il pegno anche per altri crediti non connessi col medesimo, finchè non si sia pagato tutto quello che rimane di debito, sebbene il debito che direttamente era stato garantito col detto pegno sia già stato di per sè estinto [72]). Tuttavia questo diritto di ritenzione spiega la sua efficacia soltanto contro il debitore ed i suoi eredi. Invece non ha luogo contro i terzi, ad esempio contro un creditore ipotecario posteriore d'ordine, il quale si voglia valere del suo diritto a subentrare nel pegno. A tale uopo basta che questi paghi il debito garantito in primo grado dal pegno ed acquista a sè il diritto ed il pegno del creditore già soddisfatto [73]). Non gli si può quindi neanche opporre l'*exceptio doli*.

---

propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, *cuius nomine ea pignora obligarunt*, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, *quam mutuam simpliciter acceperunt* ». Si consultino anche su questa legge dell'Imperatore GORDIANO Iac. CUJACIUS. *Recitat. solemn.* in Cod. lib. VIII tit. 26. — Hugo DONELLUS, *Comm. ad eundem tit.* e Hub. GIPHANIUS, *Explanat. difficilior.* LL. Cod. ad h. Tit. P. II pag. 360.

[71]) V. Reinh. BACHOVIUS, *Tr. de pignorib. et hypothecis* lib. III cap. 5 n.° 7. — Io. Henr. Christ. ERXLEBEN, *Principia de iure pignor. et hypothecar.* § 202 ed in ispecial modo Walt. Vinc. WIESE, *Diss. de retentione pignoris tam ob eadem quam ob diversa*, Rostochii 1780 §§ 30 et 31, e Ioh. Christ. von QUISTORP, *rechtliche Bemerkungen* (Osservazioni giuridiche) parte II oss. X.

[72]) V. WEBER, *Systemat. Entwickelung* (Svolgimento sistematico della teoria delle obbligazioni naturali) § 108. Di opinione diversa è WIESE, cit. *Diss.* § 13. Egli distingue con COCCEJI, *in iur. civ. controv.* lib. XX tit. 1 qu. 17, se il creditore abbia ovvero non abbia accettato il pagamento offertogli del debito garantito con pegno. Nel primo caso il diritto del creditore sul pegno sarebbe estinto e quindi egli non potrebbe esercitare un diritto di ritenzione per i rimanenti crediti chirografarii. Però le L. 11 § 3 D. *de pign. act.* (13, 7) L. 3 Cod. *de luit. pign.* (8, 30) da lui addotte a sostegno di questa distinzione non provano nulla come neanche una parola di ciò contiene la L. un. Cod. *etiam ob chirographar. pecun.* Si veda il vol. XIV di questo *Commentario* al § 871 (Ediz. ital. Libro XIII tit. 7 § 871).

[73]) L. un. Cod. *etiam ob chirogr.* (8, 26). « Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre ». A questo caso in cui il creditore pegnoratizio che possiede il pegno si trova di contro un creditore d'ordine posteriore a lui nel diritto di pegno, il quale mediante il pagamento del debito garantito dal detto pegno vuol subentrare al luogo e nei diritti del primo, è da ritenere si riferisca senza dubbio anche la L. 4 Cod. *de usuris* (4, 32), su cui si è tanto conteso: lo ha già dimostrato con ragioni convincenti

Colui poi che al di fuori del caso anzidetto illegalmente facesse uso di un diritto di ritenzione rimane obbligato a risarcire al debitore ogni danno che così operando gli abbia causato [74]).

Una quistione giuridica molto controversa è questa: se il diritto di ritenzione spieghi la sua efficacia anche nel concorso dei creditori, allorquando uno di questi ha nelle sue mani una cosa di proprietà del debitore. Il contrasto si ha specialmente pel caso che il creditore vi vanti sopra un diritto di pegno, dappoichè nessuno dubita che nel concorso cessi di avere efficacia il così detto diritto di ritenzione semplice. La quistione invero per quanto riguarda il diritto romano, non può farsi, poichè presso i Romani tanto il concorso, che propriamente cominciava con la *cessio bonorum* o con la *missio in bona debitoris,* quanto la comunione che ne nasceva, non interveniva se non tra i creditori chirografarii non privilegiati, e per conseguenza ad esso concorso non era obbligato a prender parte alcun creditore pignoratizio, nè ad entrare nella suddetta comunione. Ciascuno di questi creditori perseguiva indipendentemente dagli altri il suo diritto ipotecario e restava, sinchè non fosse stato completamente soddisfatto, nel pacifico possesso del pegno. Per conseguenza, sinchè i creditori pignoratizii non erano stati pagati, i chirografarii non potevano ottenere l'immissione nel possesso dei beni del debitore [75]). Invece l'odierno processo relativo al concorso dei creditori si distingue appunto in ciò dal romano, che esso è un *iudicium universale,* la cui caratteristica si esterna precipuamente in ciò che l'intero patrimonio del debitore deve essere suddiviso tra tutti coloro i quali hanno su di esso titoli di credito [76]). Questo spirito di generalità, che informa la suddivisione del patrimonio oberato dai debiti, produce per ciascuno dei creditori citati l'obbligo di liquidare il suo credito nel concorso, qualora egli voglia essere soddisfatto sulla massa attuale del patrimonio.

Weber nei suoi *Versuchen über das Civilrecht* (Saggi di diritto civile) pagine 197-201.

74) Boehmer, *Diss. de iure retentionis* § 14.

75) L. 10 Cod. *de bonis auctorit. iudicis possidend.* (7, 72). — Dabelow, *ausführliche Entwickelung* (Svolgimento completo della teoria del concorso dei creditori) p. 273 segg.

76) V. Gönner, *Handbuch* (Manuale del processo comune) vol. IV n.° LXXXII § 5 segg.

E poichè oggigiorno i creditori ipotecari devono intervenire nel concorso, una ragione di eguaglianza giuridica esige sia imposto un simile obbligo anche ai creditori pegnoratizii, poichè questi non possono avere un diritto più forte di quelli. La natura dell'odierno concorso, l'essere cioè il medesimo un *iudicium universale*, porta quindi con sè che il creditore pignoratizio sia obbligato a versare il pegno alla massa del concorso, e ad attendere di venir soddisfatto nel concorso medesimo e nell'ordine che gli spetti [77]). Nonostante che questa veduta mi sembri tanto naturale, ho nondimeno trovato parecchi giuristi che hanno un'opinione diversa. Alcuni [78]) sostengono addirittura che il concorso non fa cessare menomamente il diritto di ritenzione del creditore pegnoratizio, e quindi il detentore del pegno non può essere tenuto a consegnarlo se prima non abbia ottenuto il pagamento del suo credito. Altri [79]) al contrario credono che colui il quale ha nelle sue mani il pegno goda i vantaggi del diritto di ri-

---

77) V. CLAPROTH, *Einleitung* (Introduzione alla dottrina dei processi sommari) § 319. — STEPFS, *Syst. Lehre vom Contradictor bei einem förmlichen Schuldwesen* (Dottrina sistematica del contradditore in un processo relativo ad un debito formale) § 88. — ERXLEBEN, *de iure pignor. et hypoth.* § 204-210. — DABELOW, *Lehre vom Concurse der Gläub.* (Teoria del concorso dei creditori) p. 682 e segg. — GÖNNER, *Handbuch* (Manuale del processo comune) vol. IV num. 82 § 10. — DANZ, *Grundsätze der summar. Prozesse* (Principii fondamentali dei processi sommari) § 160 num. V pagina 252. — MARTIN, *Lehrbuch des bürg. Prozesses* (Trattato del processo civile) § 312 e SCHNORR, *Diss. de iure retentionis* § 16.

78) Io. Flor. RIVINUS, *Diss. de iure retentionis moto concursu.* Lipsiae 1728. — MEVIUS, part. II decis. 15 et parte VII decis. 40. — DE CRAMER, *Observ. iur. univ.* tom. I obs. 336. — Ge. Lud. BOEHMER, *Diss.* cit. *de iure retentionis* § 19 ed in ispecial modo Io. Ad. Th. KIND, *Quaest. for.* tom. II cap. 8 e Georg. HAPPEL, *die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder besonders bey ausgebrochenen Concurse* (Dei diritti dei creditori per riguardo ai pegni, specialmente dopo l'apertura del concorso) sez. III pag. 74 segg.

79) LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. III Specim. CCXXXI medit. 1 et 2 et vol. VII Specim. CCCCLXXXVI medit. 1 *a.* — PUFENDORF, *Observation. iuris univ.* tom. III obs. 60. — Paul Wilhelm SCHMID, *Diss. de iure retentionis circa pignus post notum concursum in tantum cessante,* Ienae 1759. — Amand. Christ. DORN; *Diss. de iure retentionis in concursu creditorum,* Kilon 1764 § 22. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. R. G.* tom. III § 4127 num. IV. — WEBER, *Syst. Entwick. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeiten* (Sviluppo sistematico della dottrina delle obbligazioni naturali) § 109 e THIBAUT, *Syst.* (Sistema del diritto delle Pandette) parte III § 1225.

tenzione per lo meno sino al momento in cui si presentino creditori che vantano un diritto di preferenza maggiore, i quali appunto in base al loro diritto più forte lo possono costringere a consegnare il pegno. Prima di questo momento egli non è obbligato neanche a prender parte al concorso, e, passato questo, si trova sempre in tempo per agire in base al suo credito.

Le ragioni però che si vogliono derivare dal diritto romano [80]) a sostegno dell'opinione dei nostri contraddittori sono inapplicabili all'odierno concorso dei creditori, a causa della sua diversità dal concorso romano. Nè dal fatto che il comune debitore non abbia facoltà di richiedere in restituzione il pegno senza il pagamento del debito si può concludere che neanche ai creditori competa la facoltà medesima; poichè, sebbene i creditori rappresentino tanto attivamente che passivamente la persona del comun debitore per quanto riguarda la massa del patrimonio ed i pesi reali che vi incombono, essi nondimeno non sono da considerarsi per tal motivo come *successores universales* del decotto, di modo che, alla stessa guisa degli eredi, debbano adempiere a tutte le obbligazioni di lui [81]). I creditori continuano sempre ad avere interessi tra loro distinti, e quindi se alcuni di essi, perchè *potiores in pignore,* fanno valere i loro speciali privilegi sulle cose date in pegno, non per questo può dirsi che essi richiedano la restituzione del pegno con l'*actio pignoraticia* in qualità di rappresentanti della massa del concorso. A ciò è vero si oppone che in molti concorsi non si hanno creditori che possano vantare un privilegio. Però questa obbiezione non vale a distruggere la regola che i pegni, i quali si trovino nelle mani dei creditori, debbano, anche prima del pagamento del debito, essere dai medesimi versati alla massa del concorso, poichè, dal momento che questi pegni rimangono proprietà del debitore comune, essi fanno incontrastabilmente parte della massa alla quale giustamente ricade ciò che, dopo pagati i debiti con la loro vendita, rimane del prezzo ottenutone. Per conseguenza finchè questi pegni non siano incorporati nella massa del

---

[80]) L. 15 § 5 D. *de re iudic.* (42, 1); L. 4 Cod. *de pignorib.* (8, 13).

[81]) Questa massima è splendidamente commentata da Io. Ad. Th. Kind, *Quaestion. for.* tom. II cap. 5. Si consultino anche Fratr. Becmannorum, *Consil. et Decision.* parte II decis. 94.

concorso, quei debiti non possono considerarsi completamente estinti. Il concedere poi ai creditori pignoratizii il diritto di procurarsi un pagamento separato, dopo l'apertura del concorso, sarebbe illegale anche perchè l'alienazione di un patrimonio soggetto a concorso non può effettuarsi che per l'intervento dell'autorità giudiziaria. E dove è dunque la legge che dichiara liberi i creditori pignoratizii dall'obbligo di consegnare al tribunale il pegno perchè sia venduto con le forme volute dal diritto? Nè è da trascurare che lasciando i pegni in arbitrio dei detentori il credito ne verrebbe ad essere distrutto. Certamente il creditore conserva intatto il suo diritto di pegno sulla cosa che ha consegnato, ed ottiene anche il pagamento sul prezzo della vendita di essa, a meno che non lo precedano creditori che vantino un diritto poziore, i quali del resto gli avrebbero potuto anche fuori concorso evincere il pegno.

APPENDICE DEL TRADUTTORE
AL LIB. XVI TIT. II

SULLO SVILUPPO STORICO DELLA COMPENSAZIONE GIUDIZIALE NEL DIRITTO ROMANO [1]).

I.

SOMMARIO. — § 1. *Esisteva la compensazione nel periodo delle « legis actiones »?* — § 2. *Compensazione limitata a tempo di Gaio: nei giudizi di buona fede.* — § 3. *Idem: nei giudizii di stretto diritto: « actio cum compensatione » degli*

[1]) La pubblicazione di questa Appendice, tendente ad esporre i risultati delle moderne ricerche sulla storia della compensazione, rimase, come la parte dommatica, sospesa per poter usufruire dei nuovi contributi portativi dal PERNICE nella 2.ª edizione del suo *Labeo* II, 1 e dall'ultima pubblicazione dell'APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain.* Godiamo nel trovare che parecchi dei risultati da noi ottenuti vengono da tali autorevoli scrittori confermati.

argentarii. — § 4. *Actio cum deductione del bonorum emptor.* — § 5. *Insussistenza delle opinioni che ammettono in questo periodo senza restrizioni la compensazione.* — § 6. *Della ulteriore storia della compensazione nei giudizi di buona fede sino a Giustiniano.*

§ 1.

Il descrivere lo sviluppo storico della compensazione nel diritto romano è reso più che ogni altra dottrina difficile dalla povertà delle fonti da un lato, e dall'altro dall'esserci le medesime pervenute in uno stato di alterazione notevole. Di qui un certo numero di ipotesi, cui converrà dare soltanto un valore di probabilità.

Già circa l'esistenza della compensazione nel periodo delle *legis actiones* non sono concordi le opinioni. Alcuni [2] tendono ad una soluzione negativa, basandosi in parte sul carattere strettamente unilaterale delle antiche obbligazioni, in parte sulla semplicità del processo per *legis actiones* e sulla sua nota essenziale, consistente nel famoso principio, formulato dallo IHERING, della unicità della quistione: altri come il KARLOWA [3] invece non vedono difficoltà a concepire una *legis actio* costruita sul tipo dell'*actio cum compensatione* degli argentarii, di cui vedremo subito la forma. Ma la quistione, in mancanza di testimonianze, deve lasciarsi indecisa [4]; e conviene contentarsi di cominciare dall'epoca della procedura formulare in cui lo sviluppo della compensazione trova appoggio sulle dichiarazioni positive delle fonti.

Anche in questo momento è certo però che l'istituto trovò difficoltà a generalizzarsi. Si rileva cioè dal racconto di GAIO, IV. 61-68, unica fonte non sospetta della storia più antica della compensazione, che questa non fu subito ammessa come regola per tutte le obbligazioni che fossero l'una con l'altra scomputabili, ma che fu necessario intercedesse tra queste un legame di connessione.

Le obbligazioni per sè stesse non avevano forza di ravvicinarsi, perchè concepite da un punto di vista unilaterale, e quindi la compensazione non potè introdursi, che con l'aiuto di un elemento estraneo alla sua essenza, il quale, se nei giudizi di buona fede ha ancora carattere giuridico, e risiede nel contratto stesso, in quelli di stretto diritto è completamente esteriore: consiste cioè in una relazione di continuità o di coerenza economica tra le singole obbligazioni, e quivi quindi la compensazione è ammessa in un campo più ristretto ed in via completamente eccezionale. La riprova di tali idee si ha da GAIO, che distingue egli stesso le forme prese dal nostro istituto, secondo si tratti di giudizi di buona fede o di stretto diritto.

§ 2.

Il § 61 del lib. IV dei suoi *Commentarii*, che tratta dei primi, è mutilo sul principio, ma può ricostruirsi, almeno secondo il senso, con l'aiuto dei §§ 39 e 30, IV, 6 delle Istituzioni Giustinianee [5]. Esso suona così, secondo la ricostruzione dell'HUSCHKE:

---

[2] DERNBURG, pag. 19 segg., EISELE, pag. 29 not. 29.

[3] *Storia del Dir. rom.*, II, pag. 824.

[4] Anche l'APPLETON, *op. cit.*, pag. 10 not. 2, riferendosi agli *arbitria*, crede sia da esercitare per quest'epoca remota l'*ars nesciendi*.

[5] Nel manoscritto di Verona dopo l'attuale § 60 del lib. IV di GAIO sono illeggibili le pagine 210 e 211. Ben fondata è la supposizione dell'APPLETON, *op. cit.* pag. 59 e seg., che quivi GAIO parlasse dei casi in cui si ottiene in giudizio una parte soltanto del

Compensationes quoque oppositae plerumque efficiunt ut minus quisque consequatur quam ei debebatur: in bonae fidei enim iudiciis cum libera potestas permitti videatur iudici ex aequo et bono aestimandi, quantum actori restitui oporteat, hac in potestate (qui GAIO secondo STUDEMUND) *continetur, ut habita ratione eius quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est, condemnare.* E dopo avere al § 62 enumerati i giudizi di buona fede, il giureconsulto continua (§ 63): *Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.*

Da questi passi si ricavano due caratteri essenziali del diritto di compensazione nei giudizi di buona fede sul finire del 2.° secolo dell'èra nostra:

1. la compensazione è ammessa soltanto se il controcredito derivi *ex eadem causa*, cioè dallo stesso rapporto giuridico che sta a base della domanda dell'attore;

2. anche entro questi limiti è rimesso al prudente arbitrio del giudice (*libera potestas*) l'avervi o no riguardo, e deve essergli soltanto presente un principio di responsabilità inerente al dovere della sua carica (*officio eius continetur*), pel quale è suo debito imporre alle parti quanto la buona fede richiede che l'una conceda all'altra.

Considerate astrattamente, queste due condizioni non soddisfano, poichè da un lato il requisito dell'*eadem causa* è estraneo al concetto puro di compensazione, il quale non richiede se non due crediti controstanti, e di natura tale che siano atti a scomputarsi vicendevolmente, derivino dallo stesso rapporto giuridico, o da due rapporti diversi, non monta; e dall'altro non si comprende perchè, se la compensazione era tanto consentanea alla buona fede, essa non sia stata resa obbligatoria pel giudice. Ma ambedue i requisiti si spiegano tenendo presenti alcune considerazioni.

Per quanto riguarda l'*eadem causa* si è visto che i Romani, dato il loro concetto dell'obbligazione, sentirono il bisogno, per ammettere la compensazione, che le obbligazioni reciproche fossero legate da un vincolo; ora se si considera che è nell'essenza dei negozi di buona fede di dar luogo a prestazioni e controprestazioni reciproche, apparirà chiaro che il legame più vicino si dovè vedere appunto tra queste ultime come quelle che avevano origine dallo stesso rapporto giuridico. Si aggiunga una ragione procedurale: la formula dell'azione di buona fede era tagliata sul modello di un solo negozio, anzi, come formula incerta, portava di regola una *demonstratio*, nella quale era indicato il rapporto giuridico, la *causa*, base dell'azione (GAIO, IV, 47 ed esempi in KELLER, *Civilpr.* § 39 pr.): il giudice quindi aveva lì il campo limitato a questo solo rapporto, nè poteva considerarne un altro, senza eccedere dalle sue facoltà. Era così salvaguardato il principio della unicità della quistione.

Parimenti una ragione formale spiega perchè al giudice sia libero aver riguardo o meno alla compensazione: *nec enim aperte formulae verbis praecipitur*, dice GAIO. E difatti l'*intentio* nella formula delle azioni di buona fede è concepita in termini generali — *quidquid ob eam rem Nm Nm A° A° dare facere oportet ex fide bona* — e non contiene il comando espresso di compensare: quindi il giudice non vi è obbligato. Ma GAIO dice che, sebbene la formula non imponga *aperte* questo dovere, esso è contenuto implicitamente nella natura del giudizio di buona fede. Si possono consultare le leggi: 18 § 4 D. *Commod.* (13, 6) di GAIO, 7 (8) § 2 D *de neg. gest* (3, 5), 1

---

proprio credito, come nell'*actio de peculio* e *de dote*. materie che nelle Istituzioni Giustinianee occupano i §§ 36, 37, 38, che precedono il § 39 corrispondente a GAIO IV, 61 relativo alla compensazione.

§ 4 D. *de contr. tut.* (27, 4) di ULPIANO, per accertarsi che questo *arbitrium boni viri* del giudice siasi perpetuato nei giudizi di buona fede.

Come avvenisse poi la compensazione in questi giudizi è facile vedere. Le prestazioni derivanti *ex eadem causa* difficilmente hanno contenuto di egual natura, e quindi, per divenir atte alla compensazione, hanno bisogno di una trasformazione. E così avveniva, poichè il giudice doveva estimare a danaro l'importo del controcredito opposto dal convenuto e dedurlo dalla condanna, la quale, come si sa, era sempre a denaro. Tal procedimento è chiaramente accennato da GAIO ove dice: *ut habita ratione eius, quod inuicem actorem ex eadem causa* PRAESTARE *oporteret*, ecc.

Indubbio ci sembra infine, che il giudice avesse facoltà in questi giudizi di rimandare *ad separatum* un controcredito perchè non liquido: la sua posizione libera di fronte alla compensazione ve lo autorizzava.

Superfluo è osservare quanto ciò sia consentaneo alla buona fede, poichè non è equo che il titolare d'un credito già liquido attenda sino a che il controcredito del convenuto sia liquidato perchè possa ottenere una sentenza. Non vi contraddice il carattere unitario dei negozi di buona fede, perchè, da un lato, le reciproche obbligazioni quivi, sebbene legate da un vincolo di connessione, non cessano di avere un carattere individuale distinto, e dall'altro questi negozi talvolta sono soltanto imperfettamente sinallagmatici.

In quest'ultimo caso il rinvio *ad separatum* dovette essere più facile, e se si confrontano i testi più avanti citati per riguardo all'*officium iudicis*, si vedrà che essi trattano appunto del rinvio in negozi della detta natura, pei quali è data oltre l'*actio directa* un'*actio contraria* [6]).

A proposito di questi giudizi è stata anche fatta quistione se in essi la compensazione abbia avuto facile adito, ovvero abbia incontrato difficoltà a guadagnarvi terreno ed il DERNBURG per giungere a quest'ultimo risultato vi ha dedicato una dotta ed attraente dissertazione sulla natura dei giudizi e dei negozi di buona fede. La controversia è poco interessante [7]). E quanto poi ad una veduta dello SCHEURL (p. 152) che

---

[6]) Circa la presente quistione sono concordi: HASSE, pag. 175; BETHMANN-HOLLWEG, pag. 259; BRINZ, pag. 129; KARLOWA, op. cit. pag. 823 pr.; EISELE, pag. 5 segg.; APPLETON, pag. 72 segg., il quale fa notare che il giudice rinviava talvolta *ad separatum* per illiquidità dietro cauzione prestata dall'attore di pagare il credito riconvenzionale. Contro questo rinvio lo SCHWANERT, pag. 18 segg., ha citato la L. 8 D. h. t. GAIUS, l. 9 *ad Ed. prov.* Però dal solo fatto che quivi il credito ammesso in compensazione era già stato dedotto in giudizio non si deve, come quest'autore fa, dedurre che fosse illiquido. Anche un credito liquido può esser fatto valere mediante azione, quando altro mezzo non v'è di ottenerne il soddisfacimento. Del resto la legge citata non si riferisce a giudizi di buona fede, ma alla compensazione dell'*argentarius* (v. appresso).

[7]) Vedi ad ogni modo DERNBURG, pag. 47-95. La sua idea in fondo è questa, che i negozi di buona fede non abbiano avuto mai tal natura da formare un tutto unico: le prestazioni reciproche hanno conservato invece un carattere di indipendenza; e quindi non senza fatica hanno dovuto esser combinate allo scopo della compensazione. A suo favore egli cita (oltre un testo di CICERONE, *de off.* III, 17, 70, che però, a dir vero, non parla di compensazione) la L. 10 § 9 *mand.* 17, 1 e la L. 52 § 2 *fam. erc.* 10, 2, nelle quali LABEONE e GIULIANO esprimono dei dubbi circa l'ammissibilità della compensazione nell'*actio mandati*, e nell'*arbitrium familiae erciscundae*. Vedi in proposito però EISELE, pag. 9 segg. ed APPLETON, pag. 69 segg., i quali, a ragione, sono concordi nello spiegare tali dubbi con motivi estranei alla incompatibilità della compensazione col carattere dei *bfiudicia*. Del resto, derivando la L. 52 § 2 cit. da GIULIANO, come si potrebbe ancor dubitare di tale compatibilità, se GAIO suo contemporaneo ci dà la

la compensazione nei giudizi di buona fede sia anteriore a quella dei giudizi di stretto diritto, convien dire che tale opinione non può essere se non ipotetica, visto che non conosciamo l'età della formula degli argentarii.

§ 3.

Comunque sia di tali quistioni, certo la soluzione del problema della compensazione giudiziale dovette presentare la massima difficoltà nei giudizi di stretto diritto. Il primo ostacolo era opposto dal carattere delle stesse *obligationes stricti iuris* (delle *actiones in rem* non si fa quistione sino a GIUSTINIANO), giacchè esse si presentavano concretate in formole severamente unilaterali, più comunemente, nelle stipulazioni, le quali si riducono ad una promessa astratta, assodata la quale ogni altra ricerca è esclusa, ed è chiusa quindi la via all'introduzione di un altro rapporto. Il secondo intoppo derivava dalla posizione del giudice negli *stricti iuris iudicia*. Egli cioè non è autorizzato dalla formula in uso in questi casi, se non ad esaminare, se la domanda dell'attore sia in modo perfetto corrispondente al diritto materiale che gli compete; nel caso affermativo deve condannare il convenuto; nel caso invece, che, d'una quantità anche minima, la pretesa accampata dall'attore superi il reale contenuto del suo diritto, assolverlo completamente.

Non poteva cioè il giudice bilanciare le reciproche pretese delle parti e moderare la condanna in conseguenza, ciò che è il necessario presupposto, perchè possa darsi compensazione eseguita per decisione giudiziale.

I Romani vinsero solo imperfettamente il primo ostacolo, in quanto che non ammisero la compensazione per le *obligationes stricti iuris*, se non in via eccezionale, nei casi cioè d'un'*actio* istituita da un *argentarius*, e nella *bonorum venditio*, dove una forza esteriore potè trarre dall'isolamento le singole obbligazioni, e porle in un legame di connessione.

Questo elemento consiste, per l'argentario, nel carattere di continuità che ha quella specie di conto corrente (*ratio*) da esso tenuto, pel caso della *bonorum venditio*, nel carattere di generale liquidazione del patrimonio che questa ha, e che porta seco la necessità di ravvicinare, esaminare ed esaurire tutte le obbligazioni, sì attive, che passive, riferentisi al patrimonio medesimo.

Vinsero invece perfettamente il secondo ostacolo, poichè introdussero la compensazione senza affatto mutare il carattere degli *stricti iuris iudicia*. Ciò è ad evidenza dimostrato dalla formula con cui erano costretti ad agire gli argentarii, tramandataci da GAIO (IV, 64):

Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur; nam is cogitur cum compensatione agere, et ea compensatio verbis formulae exprimitur; adeo quidem ut ab initio compensatione facta minus intendat sibi dari oportere. ecce enim si sestertium X milia debeat Titio, atque ei XX debentur, sic intendit: si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet.

Gli argentarii [8]) facevano principalmente l'ufficio di banchieri e quello di istituire vendite all'incanto; e non par dubbio che esercitassero anche il commercio di prodotti

---

compensazione in questi giudizi come un istituto ormai stabilito da tempo? Con la formola dei giudizi di buona fede dovè nascere la possibilità di compensare.

[8]) Su di essi vedi DERNBURG, pag. 22 segg. e gli autori ivi citati. Aggiungi SIGONIUS, *de antiq. iur. civ. rom.* lib. II, cap. 11; PADELLETTI-COGLIOLO, *Storia del diritto romano*, pag. 554 nota *b*, e sopra tutti VOIGT. *La tenuta dei libri*, etc., trad. ital. del CARNAZZA, Catania 1891. Quivi può trovarsi un'ampia letteratura sull'argomento.

all'ingrosso (Eisele, pag. 36). Ne nasceva una sequela di affari, i quali, ove intercedessero col medesimo cliente, acquistavano un carattere di concatenazione e di continuità. Ciascun argentario era obbligato a tenere un apposito libro — *codex rationum mensae* — in cui era dedicato un foglio ed un conto (*ratio*) ad ognuno dei clienti: quivi erano segnati scrupolosamente tutti i crediti e debiti dell'argentario verso il medesimo cliente, tutti i pagamenti e gli incassi con le relative date. A periodi fissi, forse alle calende d'ogni mese, veniva fatto il bilancio in modo che si operava una vera compensazione dei crediti dell'argentario coi debiti dello stesso cliente [9]).

Questo procedimento economico divenuto dominante nella pratica si volle fosse mantenuto anche nel caso che l'argentario dovesse agire giudizialmente: egli doveva per dir così esporre nella sua azione il bilancio dell'azienda da lui condotta, per quanto riguardava il convenuto. A questo tende la formula sopra riportata, nella quale lo scopo è raggiunto conservando il carattere del giudizio di stretto diritto. L'argentario infatti deve *ab initio* operare la compensazione, introducendola nell'*intentio* della formola, ma non può addurre quivi in maniera distinta i proprii crediti ed i controcrediti del convenuto, ma deve invece sottrarli ed agire in base al saldo. Di modo che l'*intentio* della formula viene a concretarsi in un *certum* ben determinato; soltanto è concepito come un *amplius* rispetto ai crediti del convenuto. Rimane sempre però una pretesa unilaterale, ben decisa sino al millesimo, e consentanea quindi ad un giudizio di stretto diritto. Tanto vero che Gaio accenna chiaramente che, se l'argentario eccedeva di una quantità anche minima le sue pretese, correva il rischio di decadere della lite per *plus petitio*. Gaio, IV, 68: *Praeterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur: quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat.*

Il carattere del resto della compensazione è conservato perfettamente, poichè oggetto della medesima possono essere soltanto crediti *eiusdem generis et naturae* (Gaio, IV, 66), nè diversamente poteva essere, dal momento che la *compensatio* avveniva nell'*intentio*, e questa doveva formularsi in una maniera certa; il che non era possibile se non per quantità che si prestassero a sottrarsi l'una dall'altra.

Circa la maniera, con cui l'argentario veniva costretto ad agire *cum compensatione* nulla ci dice Gaio; ma può ammettersi col Dernburg (pag. 26) e coll'Eisele (pag. 29) che il rimedio a ciò diretto consistesse nella *denegatio* dell'*actio* pura, senza compensazione, che il pretore metteva in opera, qualora un argentario istituisse un giudizio. Vuol dire che a questo rimaneva libero, qualora non riconoscesse i controcrediti del suo cliente, di introdurre nella formula, come saldo, l'intero importo dei suoi crediti, salvo a correre il pericolo di perdere il tutto per *plus petitio* nel caso che le pretese del convenuto si rinvenissero fondate.

Accettata inoltre è l'opinione pel Dernburg (pag. 30) che il costringimento *ad agere cum compensatione* valesse per l'argentario, quando si trattasse di azioni derivanti da negozi compresi nell'ambito della sua azienda commerciale, e che per le sue private obbligazioni egli ricadesse sotto il dominio del diritto comune.

L'Eisele infine (pag. 30) e lo Stampe (pag. 51) sono del parere, che l'argentario dovesse agire *cum compensatione*, soltanto se il convenuto lo richiedesse. A noi l'asserzione sembra ingiustificata; poichè Gaio IV, 64 non dice se non: *is* (argentarius) *cogitur cum compensatione agere*, e sicuramente, come sopra abbiamo notato, egli era *ab initio* costretto a causa del suo pubblico ufficio ad agire presentando la *intentio* in corrispondenza al bilancio dei suoi libri [10]). Ciò non toglie, s'intende, che dovesse l'argentario usare dell'*actio* anche sopra domanda del convenuto.

---

[9]) Karlowa, op. cit., pag. 823; Voigt, op. cit., pag. 35 segg. (della trad. cit.).

[10]) L'Eisele (loc. cit.) in fondo altra ragione non dà se non la sua opinione che l'ar-

Sorge ora una quistione. Perchè l'argentario possa essere costretto a compensare, occorre che tra lui ed il suo cliente esistano crediti e debiti reciproci. La stessa *intentio* della formula sopra riportata (Gaio, IV, 64) indica che l'argentario deve chiedere il suo credito come un *amplius quam ipse Titio debet*; suppone cioè un controcredito esistente a favore di Tizio al momento dell'azione. Ora, come convien concepire la tenuta dei libri degli argentarii, perchè questi crediti e debiti reciproci possano verificarsi?

Il *codex* degli argentarii, secondo sopra si è visto, è un registro particolare, il quale non poteva avere forse una forma unica, perchè doveva adattarsi ad una varietà d'affari che questi banchieri trattavano.

In alcuni casi non è difficile immaginare come potessero esistere crediti reciproci tra l'argentario ed il cliente, nonostante la vicenda dei negozi.

Infatti, secondo le ricerche del Voigt (p. 19 e segg.), gli argentarii mentre davano da un lato a mutuo, contraevano anch'essi dei prestiti di danaro, mentre pagavano all'ordine per terzi, accettavano depositi pecuniarii; e tutti questi negozii potevano naturalmente intercedere con la medesima persona.

Pare accertato inoltre che le somme andassero inscritte sui libri col nome del negozio giuridico da cui derivavano; come depositi ad es. (Voigt, op. cit. § 1 not. 44. — Cfr. Papin., L. 8 D. XVI, 3 « *ex deposita pecunia* »). Ora, se il cliente è dell'argentario creditore per un deposito operato, mentre l'argentario diviene poi a sua volta creditore di lui per avergli concesso un mutuo, non si vede come, dato il carattere indipendente delle antiche obbligazioni, questi due crediti derivanti da cause diverse avrebbero potuto scomputarsi, nonostante l'iscrizione sui libri. A ciò serve il concetto che nella relazione di continuità, stabilitasi tra l'argentario ed il cliente, siavi la volontà di scomputare i reciproci crediti, ed il concetto di pubblica vigilanza, che sopra è stato rilevato. L'*actio cum compensatione* non ne è che l'espressione.

Così pure senza difficoltà si spiega come potessero rinvenirsi sui libri crediti reciproci tra l'argentario ed il suo cliente nel caso che (secondo la testimonianza di Gaio, IV, 66) le prescrizioni reciprocamente dovute si riferissero a cose fungibili (*triticum vinum*).

Il difficile è vedere come potessero darsi questi crediti, e quindi *actio cum compensatione* nel caso che trattisi di un rapporto semplice di danaro tra argentario e cliente; come ad es., se è stato fatto all'argentario un deposito, che poi vien ritirato ratealmente, ovvero vien dall'argentario erogata una somma a favore o per conto di un cliente, e questa vien ratealmente rimborsata. E su questo caso si è aggirata sinora la contesa tra gli scrittori relativamente alla tenuta dei libri degli argentarii.

Se si ammette che, di fronte ad un credito inscritto a favore dell'argentario o del cliente, i pagamenti fatti dalla parte debitrice abbiano senz'altro l'efficacia di diminuirlo con la semplice iscrizione nel libro, si comprende facilmente, come non vi possa mai essere se non una sola parte che, a conti fatti, si trovi in debito od in credito. Ma allora a che servirebbe in questo caso l'*actio cum compensatione?* Per poterne comprendere la utilità senza restrizioni bisogna concepire i sopra detti pagamenti in maniera che continuino ad avere esistenza indipendente di fronte al debito principale; bisogna concepirli siccome formanti un debito per l'accipiente.

Per arrivare a tale risultato l'Eisele (pag. 20 e segg.) sostiene che tra l'argentario ed il cliente gli affari compivansi mediante *nomina trascripticia* ed in tal modo ogni

---

gentario, agendo *cum compensatione*, deduce in giudizio e consuma anche il controcredito del convenuto; ne dispone quindi, e ciò non può avvenire, senza la volontà del convenuto. Vedremo appresso che ciò non è esatto. Un esempio di *actio cum comp.*, imposta senza domanda del convenuto, lo vediamo nella L. 21 D. h. t. (Vedi più oltre).

operazione, fosse anche un pagamento a conto, veniva inscritta come una obbligazione della parte accipiente.

Tutte queste obbligazioni conservavano quindi un carattere indipendente e l'*argentarius* avrebbe potuto agire in base ad una *literarum obligatio*, senza tener conto dei controcrediti del cliente, poichè quella è strettamente unilaterale. Ma, così facendo, avrebbe agito contro lo scopo della relazione commerciale stretta col suo cliente, scopo, che è quello di scomputare sempre le reciproche obbligazioni: di qui la ragione dell'*agere cum compensatione* imposto in questo caso.

La veduta dell'Eisele è stata assolutamente contrastata dal Karlowa [11]). E di vero se l'Eisele vuol fare della *literarum obligatio* il tipo della tenuta dei libri degli argentarii, dare cioè alla sua idea un valore assoluto, non si può convenire con lui sulla sua esattezza. Difatti, dato che i negozi del cliente e dell'argentario potessero, come sopra si è notato, andare iscritti sul *codex* col loro nome, con la causa cioè dell'obbligazione, non è ammissibile che tal Codice somigliasse ad un *codex accepti expensi ordinario*, e che la obbligazione nascente dalla *ratio argentaria* fosse una *literarum obligatio*, poichè questa è astratta.

A prescindere poi da ciò, l'osservazione tratta dal § 66 di Gaio, poco fa citato, che cioè potessero nei libri degli argentarii andare inscritte obbligazioni di dare riferentisi a cose fungibili, e come tali formassero queste oggetto di processo, vale anche contro la concezione che i negozii degli argentarii fossero sempre operati con contratti letterali, poichè questi non possono avere per contenuto che una somma di danaro. La concezione dell'Eisele dunque non è accettabile in via generale [12]). Essa non contiene se non una parte di verità.

Noi non abbiamo cioè un motivo di negare che nel *codex* degli argentarii potessero essere accolte anche delle obbligazioni contratte *litteris*, in corrispondenza al *codex accepti expensi* privato del cliente; ma per le ragioni suddette non può dirsi sia stata questa la forma ordinaria di tenuta delle *rationes argentariae*. Che poi questa forma fosse appunto usata nel caso da noi discusso, dei depositi ritirati rateal mente, e dei mutui rimborsati a rate, è una ipotesi non appoggiata da alcuna prova.

L'Appleton [13]) dà un'altra spiegazione, restringendosi anch'egli a parlare di quest'ultimo caso, ciò che a noi sembra un difetto. Egli dice: Non occorre chiamare in iscena i *nomina transcripticia*: anche se intervengono semplici versamenti, di fronte ad un credito del banchiere, non è necessario considerarli come dei pagamenti parziali. È invece verosimile che tra le parti intercedesse una convenzione speciale, per la quale questi versamenti erano considerati come prestiti fatti al banchiere, prestiti che non producevano interessi o li producevano ad un tasso meno elevato di quelli del banchiere.

Anche questa però è una ipotesi gratuita, nè ha alcun appoggio testuale.

Secondo quello che più avanti si è detto sulla natura dei libri degli argentarii e sulla loro tenuta, possiamo affermare che essi istituissero dei veri conti correnti coi loro clienti, e che le partite rimanessero in sospeso sino a determinate scadenze nelle quali veniva fatto il bilancio.

---

[11]) Op. cit., pag. 824 seg. Cfr. Voigt, op. cit. § 2 nota 20, ove è chiaramente provata con un testo di Gellio, XIV, 2, 7 la differenza tra la *ratio mensae* dell'argentario ed il *codex accepti et expensi* ordinario.

[12]) L'Appleton, pag. 102 segg., l'ha accettata senza criticarla. Però abbiamo ragione di credere ch'egli ne neghi l'assolutezza, poichè crede possa coesistere con la propria opinione, che non fa uso dei *nomina trascripticia*.

[13]) Op. cit. pag. 104, sub 6.

Il carattere stesso del conto corrente spiega facilmente come nei negozi unilaterali, come mutui estinti a rate e depositi ratealmente ritirati si venissero a costituire delle partite che non avevano, sino alla chiusura, alcuna reciproca influenza. E l'*actio cum compensatione* non è che la chiusura giudiziaria di una *ratio argentaria*.

Una seconda quistione, se è sorta, lo si deve all'Eisele. Quest'autore, siccome deve giungere a fondare una sua opinione, secondo la quale l'*actio cum compensatione* non era già al tempo di Gaio un diritto singolare stabilito per gli argentarii, ma era stata estesa in certo modo al diritto comune, mette intanto la base di tale costruzione con la veduta che sopra abbiamo criticata; che cioè la tenuta dei libri dell'argentario fosse simile a quella di un *codex accepti expensi* ordinario; il che implicherebbe la relativa tenuta di uguale codice da parte del cliente, e la possibilità quindi anche per lui di esser costretto a compensare nell'*intentio* della formula. Ora l'Eisele mette un'altra pietra al suo edifizio, sostenendo che anche il cliente era costretto ad agire *cum compensatione*.

Noi non crediamo di dovere aderire a questa veduta dell'Eisele. Se l'obbligo di tener stretto conto dei debiti e crediti verso la medesima persona, obbligo che vien sancito con l'estremo rigore della *pluspetitio*, si comprende per l'argentario che esercita un ufficio per dir così pubblico, non ugualmente si intende per il privato. E poi, prescindendo da qualsiasi altro ragionamento, Gaio non parla che dell'argentario, nè fa accenno a quanto afferma l'Eisele (Cfr. Gaio, IV § 64: « actio qua *argentarius* experitur — *is* cogitur — *argentarius* minus intendit; § 66: compensatio *argentario* interponitur; § 68: si plus nummo uno intendat *argentarius* ». Quell'autore in fondo non oppone al Dernburg [14]), sostenitore della stretta interpretazione delle parole di Gaio, se non che Gaio stesso non intende fare una esposizione esauriente: e questo è gratuito.

Del resto vedi Karlowa (op. cit. pag. 825 pr.) ed il Lenel (*Ed. perp.* pag. 402), il quale anch'egli sostiene che il cliente dell'argentario non era costretto ad *agere cum compensatione*, ma gli si poteva opporre l'*exceptio pecuniae pensatae*, di cui Ulp. fr. 19 § 3 *de probat.* (22, 3), nel caso che chiedesse l'intero suo credito, senza tener conto dei controcrediti dell'argentario medesimo [15]).

Un'altra quistione riguarda il modo con cui nell'*actio cum compensatione* avvenisse l'estinzione delle concorrenti quantità. L'Eisele dice che l'argentario, così agendo, deduce in giudizio, non solo il proprio credito, ma anche quello del convenuto; e questo anche se è più forte, rimane dedotto sino alla concorrenza della domanda. Con tale *deductio in litem* le concorrenti quantità restano estinte per consunzione procedurale [16]).

---

[14]) Pag. 32, cfr. Eisele, pag. 28.

[15]) L'opinione del Lenel è stata abbracciata anche dall'Appleton (pag. 109 e seg.), il quale vi porta un notevole contributo, riferendosi a due testi:

1.° L. 8 D. h. t. Essa, tratta da Lib. 9 *ad Ed. prov.*, ove Gaio parlava della formula *cum compensatione*, suppone che il cliente abbia reclamato il suo credito senza operare compensazione.

2.° L. 2 D. h. t. Essendo al tempo di Giuliano, da cui il testo deriva, la compensazione ristretta a tre casi speciali, l'*unusquisque* portato dalla legge, e che la generalizza, deve essere interpolato dai compilatori giustinianei. D'altra parte la parola *summovet*, supponendo il respingimento completo dell'attore, non s'adatta, nè ai giudizi di buona fede, nè, come vedremo, al caso del *bonorum emptor*. Il testo quindi portava originariamente « *argentarius* » al posto dell'attuale *unusquisque*. Ma, se ciò è, esso dice che l'argentario può respingere con una eccezione il cliente offrendo di fare il bilancio; suppone cioè che il cliente non abbia compensato nella sua *intentio*, ma abbia chiesto l'intero.

[16]) Cfr. Eisele, pag. 30-35.

L'opinione di questo autore è però stata generalmente rifiutata [17]). E di fatti nulla autorizza l'Eisele a dire che l'argentario, colla sottrazione da lui fatta nell'azione, deduca in giudizio anche il credito del convenuto. È vero che egli dice ciò essere giustificato dalla volontà di compensare, implicitamente espressa dal convenuto nel chiedere al pretore che l'argentario sia costretto ad agire con la formola modificata. Ma convien ricordare (v. avanti nota 10) che l'Eisele dava per prova della necessità in tutti i casi di questa dichiarazione di volontà la consunzione procedurale; ora dà per motivo di questa consunzione l'espressa volontà: in tutto ciò v'è *petitio principii*. A prescindere da ciò poi è noto che secondo il diritto romano non vien dedotto in lite e consunto se non il *petitum*; e nella formula *cum compensatione* l'argentario non chiede che il saldo, l'*amplius* rispetto al credito del convenuto: le quantità concorrenti non fanno quindi parte della domanda, e non possono rimanere consunte. In fondo la concezione dell'Eisele non si può rinvenire nelle parole di Gaio, IV, 64, il quale dice: « *ab initio compensatione facta,* minus intendat sibi dare argentarius, etc », e non sa quindi nulla di consunzione procedurale.

Lo Stampe (pag. 56 segg.) vuole invece che la estinzione delle concorrenti quantità avvenga contrattualmente *in iure* in virtù di una convenzione giudiziale, all'uopo interceduta tra le parti. Ma per sostenere tale opinione anch'egli è costretto ad ammettere che all'*actio cum compensatione* non si possa giungere senza partecipazione della volontà del convenuto. Gaio invece non esclude che il pretore d'ufficio imponga all'argentario la formula modificata.

Noi riteniamo pure che l'estinzione delle quantità concorrenti avvenga nel caso degli argentarii in via contrattuale, ma non si tratta per noi di un contratto giudiziale; sibbene di una convenzione già implicita nella relazione stabilitasi tra argentario e cliente. Come nel nostro conto corrente, la relazione di mutui crediti e debiti tra costoro ha in sè come requisito essenziale la clausola compensativa. La iscrizione dei crediti e debiti reciproci sul *codex rationum* degli argentarii dimostra oggettivamente la volontà delle parti di compensare sino alle quantità concorrenti.

Il pretore quindi se, dopo aver ispezionato sommariamente il *codex rationum* edito *in iure*, trova l'esistenza di crediti reciproci, impone senz'altro all'argentario di agire *cum compensationem*, in omaggio alla natura della sua relazione col cliente, e solo si astiene dall'inquirere se la sottrazione è fatta esattamente per non invadere la competenza del giudice

Siamo pertanto del parere dell'Appleton (pag. 121) che le concorrenti quantità non son toccate dal giudizio fatto sull'*amplius* contenuto nell'*intentio* della formula *cum compensatione*.

Il cliente potrebbe perciò agire di nuovo in base al suo credito, ma allora sarebbe respinto dall'*exceptio pensatae pecuniae*.

Una prova della nostra asserzione, sul modo con cui avvenisse l'estinzione delle concorrenti quantità nel caso degli argentarii, la vediamo nella L. 21 D. h. t. Riservandoci a suo tempo a provare che essa nella sua forma originaria si riferiva a questi banchieri, ci interessa ora notare come la medesima dica che, convenuto un *procurator absentis* dall'argentario, non deve *cavere de rato* perchè *nihil compensat*. Ciò vuol dire che la compensazione è già avvenuta per altra via sino alla concorrenza del credito del *dominus*: essa è avvenuta convenzionalmente in base alla relazione tra l'argentario ed il *dominus* medesimo. Il *procurator* non dispone affatto quindi del credito ora detto; è in una posizione completamente passiva. Di qui, e dal fatto che l'argentario, aiutato come è dall'*exceptio pensatae pecuniae*, non può temere che il

---

[17]) Cfr. Stampe, pag. 51-56; Appleton, pag. 119.

dominus agisca novellamente pel suo credito, deriva benissimo la non necessità della *cautio de rato* [18].

§ 4.

L'altro esempio di compensazione addotto da GAIO occorre nel concorso dei creditori sui beni di un comun debitore insolvente. In tal caso è noto come subentrasse il procedimento della *bonorum venditio*. Il *bonorum emptor* veniva a trovarsi nella condizione di un successore del *fraudator*, e da un lato doveva corrispondere ai creditori della massa del patrimonio una certa percentuale del credito di ciascuno che si calcolava sul prezzo di compera [19]), dall'altro poteva agire contro tutti i debitori del patrimonio da lui acquistato per la realizzazione dell'attivo. Ora, poteva darsi che le qualità di debitore e di creditore del patrimonio concorressero nella medesima persona: in tale ipotesi il *bonorum emptor* era costretto ad *agere cum deductione*, cioè a dire, perseguendo il suo credito, a dedurre per compensazione quello di cui il convenuto era a sua volta creditore verso il *fraudator*. Ecco le parole di GAIO, IV, 65:

Item bonorum emptor cum deductione agere iubetur, id est ut in hoc solum adversarius condemnetur, quod superest deducto eo, quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet.

Si è d'accordo nel ricondurre la ragione di tale istituto ad un sentimento di equità [20]). Infatti il *bonorum emptor*, mentre non era tenuto pel passivo se non sino ad una data percentuale, poteva convenire i debitori del patrimonio pel solido: di modo che, nel caso un creditore fosse stato nel tempo stesso debitore, avrebbe dovuto contentarsi del riacquisto di una parte soltanto del credito ed invece avrebbe dovuto pagare l'intero debito. L'iniquità di un tal fatto era troppo patente, e ad essa si pose rimedio, introducendo la compensazione ora accennata [21]).

Di questa poi GAIO ci dà le caratteristiche essenziali. Siccome anzitutto il procedimento della *bonorum venditio* importa come s'è già detto una liquidazione generale del patrimonio, devono dedursi, a differenza di quanto accadeva per l'argentario, i crediti anche non scaduti e sebbene portanti prestazioni di natura dissimile. Si con-

---

[18]) Nei *bonae fidei iudicia* il credito dell'attore era dedotto in giudizio per intero, stante la forma generale dell'*intentio: quidquid ob eam rem. d. oportet:* invece il controcredito del convenuto non era estinto, se non quando il giudice lo dichiarava inesistente (a chi voleva chiederlo di poi si opponeva l'*exc. rei iudicatae*; cfr. L. 7 (8) § 2 D. *neg. gest.* 3, 5; L. 7 § 1 D. h. t.): in altro caso esso rimaneva salvo — *salva manet petitio:* L. 7 § 1 cit., L. 7 (8) § 2 cit., L. 1 § 4 *contr. tut.* 27, 4. Nel caso che il giudice ammettesse la compensazione, le concorrenti quantità andavano estinte in forza della sentenza. Ciò contro il BRINZ (*Comp.*, pagine 112, 113), che le vorrebbe estinte per consunzione procedurale. Cfr. in proposito STAMPE, pag. 46 segg., APPLETON, pag. 118 segg., 128 segg.

[19]) Cfr. DERNBURG, *La bonorum emptio*, 1850 pag. 153 segg., e KELLER, *Civilprozess*, nota 1059.

[20]) V. per tutti EISELE, pag. 47, APPLETON, pag. 158.

[21]) L'APPLETON (pag. 164 segg.) — associandosi del resto alla maggioranza degli scrittori tedeschi — ha ragione di sostenere, in base al principio di equità ora accennato, che il *bonorum emptor* era costretto a dedurre l'intero debito del fallito, non la sola percentuale che gli avrebbe pagata in causa del fallimento. GAIO infatti dice che conviene ch'egli deduca « *id quod defraudatoris nomine debet* »: quindi deve dedurre quanto il fallito doveva (tutto il debito) non quello ch'egli deve come *bonorum emptor* (la percentuale).

fronti GAIO, IV, 66, 67. In secondo luogo poi è testualmente affermato che nella *deductio* è evitato il pericolo che nella *compensatio* si aveva di decadere dalla lite per *pluspetitio* (GAIO, IV, 68).

Questo effetto si spiega mediante la posizione che la *deductio* occupava nella formula. Essa cioè non era introdotta nella *intentio*, ma nella *condemnatio* [22]), di modo che formalmente era un atto non della parte ma del giudice, ed era quindi impossibile quella potesse *plus petere:* ciò che invece poteva accadere nella *compensatio* dove l'attore stesso era costretto ad indicare esattamente nella *intentio* l'importo del saldo a suo credito. E con tale concezione della formola si spiega anche come fosse, sempre dal punto di vista formale, possibile qui contrapporre crediti di diversa natura; e sicuramente dovettero essere pure ammesse a deduzione le *condictiones incerti*. In questi casi il giudice, in base all'ingiunzione contenuta nella *condemnatio* concepita nel *quanti ea res est* (deducto *quanti id erit*, dice GAIO, IV, 66) riduceva a danaro la prestazione d'altra natura od incerta, ed in tal modo cadeva ogni difficoltà di far luogo alla deduzione.

Nonostante le differenze formali, sin qui notate, la *deductio* e la *compensatio* materialmente sono la stessa cosa; nè è da dubitare che il mezzo, di cui devesi esser servito il pretore per introdurre la deduzione, sia il medesimo che si è posto a base della compensazione, cioè la *denegatio* dell'*actio* pura; priva cioè della modificazione formulare, relativa allo scomputo del controcredito.

Poteva certo darsi infine che il *bonorum emptor* avesse a realizzare crediti che erano da perseguirsi con giudizi di buona fede. In tal caso è lecito supporre che la formula *cum deductione* servisse pel calcolo di controcrediti *ex causa dispari*, i quali non potevano venir contemplati nei giudizi di buona fede, al che si prestava l'*intentio incerta* della formula dell'*actio cum deductione*.

§ 5.

Riassumendo i risultati positivi ottenuti dall'esame sin qui fatto dei luoghi delle Istituzioni di GAIO, relativi alla compensazione, risulta che al tempo di questo giureconsulto, cioè nell'età adrianea, il nostro istituto era ristretto, nei giudizi di buona fede, a controcrediti derivanti da obbligazioni connesse (*ex eadem causa*), e, nei giudizi di stretto diritto, ai casi delle azioni istituite dall'*argentarius* e dal *bonorum emptor*. Si confronti poi il § 30 (4, 6) delle Istituzioni Giustinianee: esso da un lato non ci dà alcuna notizia, che nei primi giudizi sia avvenuto alcun mutamento nel requisito della connessione giuridica dei controcrediti — se questo sia troppo pei tempi di GIUSTINIANO non importa; vale come prova storica —; e dall'altra ci narra che fu l'Imperatore Marco Aurelio ad introdurre nei giudizi di stretto diritto la compensazione, *opposita doli mali exceptione;* e ciò confermerebbe — dal momento che i compilatori delle Istituzioni avevano sotto gli occhi GAIO, e conoscevano quindi i casi dell'argentario e del *bonorum emptor* — che la compensazione in questi giudizi aveva nel tempo anteriore carattere eccezionale, e, soltanto dopo il rescritto di Marco, divenne diritto comune; qualunque sia stata l'importanza che a tale riguardo ha questo rescritto.

Nonostante ciò, parecchi degli scrittori, che hanno trattato del nostro istituto, sostengono che anche a tempo di GAIO esistesse un diritto ordinario di compensazione

---

[22]) Concordano in ciò, basandosi del rimanente sulla esplicita dichiarazione di GAIO, IV, 68, tutti coloro che hanno tentato la ricostruzione della formula suddetta. Cfr. DERNBURG, pag. 42, SCHEURL, pag. 155, RUDORFF, *Rechtsgeschichte* II, pag. 303, HUSCHKE nella *Iurispr. anteiust. ad Gai* IV, 68.

nei giudizii *stricti iuris*, e taluno ha anche affermato che in quelli di buona fede già potesse compensarsi *ex causa dispari*.

La *ratio dubitandi* si ha nella presenza di tre testi nelle *Pandette*, riferibili a tempi anteriori a GAIO, e che sembrano dare un fondamento alle asserzioni sovra esposte:

L. 2 h. t. — JULIANUS, libro XC digestorum: *Unusquisque creditorem suum emdemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.*

L. 10 § 3 h. t. — ULPIANUS, libro LXIII ad Ed. *In stipulationibus quoque quae instar actionum habent, id est praetoriis, compensatio locum habet, et secundum Julianum tam in ipsa stipulatione quam in ex stipulatu actione poterit obici compensatio.*

L. 13 h. t. — ULPIANUS, libro LXVI ad Ed. *Quod Labeo ait non est sine ratione ut, si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in ceteris non obiciatur.*

Per cominciare dai giudizi di stretto diritto è stato il primo il BRINZ (pag. 77 seg.) il quale, rilevando dall'ultimo dei testi citati come già LABEONE conoscesse un *obicere compensationem* in questi giudizi (giacchè, secondo l'autore, ad essi soltanto può riferirsi la L. 13 h. t., che ammette implicitamente *compensatio ex causa dispari*), ha affermato che il contenuto di questo *obicere* debba determinarsi in base alla L. 2 cit. E, basandosi sul vocabolo — *summovet* — che apparisce nel testo, e che d'ordinario indica il respingimento dell'attore mediante un'eccezione, ha sostenuto che quivi si parli in genere di una *exceptio doli*, concessa a chi ha un controcredito compensabile; e che questo sia stato il mezzo col quale *ab antico* in Roma si fece luogo alla compensazione. Siccome però condizione essenziale, perchè si compensi per mezzo di eccezione, è che questa porti una riduzione della condanna, e tale effetto non poteva raggiungersi nei tempi classici, nei quali l'eccezione avea sempre l'effetto di escludere completamente l'azione, conviene affermare che non si compensasse *per exceptionem*, ma *propter exceptionem*; vale a dire che se l'attore, già *in iure*, non si adattava a far luogo allo scomputo del controcredito oppostogli, vedeva inserita nella formula una *exceptio doli*, in base alla quale correva rischio, se il controcredito stesso era dimostrato sussistente, di perdere il tutto. Come si vede si tratterebbe di un mezzo indiretto di indurre alla compensazione.

Nel testo è ben vero che non si parla di eccezione, ma la parola *exceptio* è stata sicuramente soppressa dai compilatori. E qui il BRINZ adduce parecchi testi dello stesso GIULIANO ove si ha il medesimo *summovere* unito ad *exceptio*: L. 28 D. (19. 1); L. 7 § 1 D. (44, 4); L. 4 § 32 D. eod.

Sulle tracce del BRINZ hanno ammesso, che nella legge citata si parli di un'*exceptio doli*, lo SCHEURL ed il DERNBURG: e se ne staccano soltanto nel concepire in qual maniera mediante la medesima, si addivenisse all'effetto della compensazione [23]).

---

[23]) Lo SCHEURL, pagine 159, 165, ammette che l'attore poteva ancora *in iudicio* sfuggire alla perdita totale del credito concludendo un negozio diretto alla compensazione con l'avversario. In tal modo quest'autore (che del resto è un sostenitore dell'effetto totalmente esclusorio delle eccezioni negli *stricti iuris iudicia*) crede potesse ottenersi una condanna parziale, in quello cioè di cui, anche dopo la compensazione volontaria, l'attore rimaneva creditore: sarebbe un effetto analogo, sebbene parziale, al recesso della lite (*omnia iudicia absolutoria*).

Il DERNBURG (§ 20), riconoscendo anch'egli una *exceptio doli* nella L. 2 cit., è giunto ad una ipotesi diversa sulla maniera con cui si operasse la compensazione negli ordinari giudizi di stretto diritto prima di MARCO AURELIO. Coerentemente alla storia delle eccezioni in genere (tracciata dall'autore al § 19), si è cominciato anche qui ad aver riguardo ai controcrediti mediante la inserzione nella formula di apposite *exceptiones*

In tutto od in parte in opposizione coi precedenti scrittori sono l'Ubbelohde (§ 10) e l'Eisele (§§ 3, 5).

Questi due autori in tanto hanno comunanza di idee, in quanto negano entrambi che nella L. 2 cit. vi sia alcun riferimento ad una *exceptio doli*. La legge non ne parla affatto, nè è lecito supporvela, come fa il Brinz e con lui gli altri. Nè Gaio poi, nè Teofilo (Parafr. al § 30 Inst. *de actionib*, 4, 6) sanno nulla della compensazione volontaria, che sarebbe l'effetto indiretto di questa eccezione. E poi ancora, dal § 30 I. 4, 6 si ha l'impressione che sia stato Marco Aurelio il primo ad introdurre l'*exceptio doli* a scopo della compensazione negli *stricti iuris iudicia* (Cfr. anche Teofilo ad h. §). Qui però i due scrittori si dividono, e, di fronte ai testi controversi, l'uno, l'Ubbelohde, procede per via di eliminazione, l'altro, l'Eisele, per via di costruzione.

L'Ubbelohde, respingendo insieme con l'*exceptio* ogni relazione della L. 2 cit. coi giudizi di stretto diritto, vuole che il testo sia uscito dalla mano di Giuliano in forma diversa da quella in cui ora si trova, cioè ristretto ai giudizi di buona fede. Prima dell'*unusquisque* vi sarebbero state le parole: *in bonae fidei iudiciis*, che i compilatori giustinianei soppressero per generalizzare il testo. Resterebbe così intatto il campo degli *stricti iuris iudicia*, pei quali non si potrebbe parlare di una compensazione giudiziale, come diritto ordinario, prima del rescritto di Marco, e si dovrebbe quindi stare strettamente alle sole eccezioni accennate da Gaio.

Il tentativo di rivendicazione completa della esattezza delle istituzioni Gaiane, fatto dall'Ubbelohde, non è sembrato fondato all'Eisele, il quale, senza imprenderne una critica, si è messo senz'altro per diversa via. Egli (§ 3) non ha affrontato direttamente la L. 2 h. t. tanto dibattuta, ma è partito invece dalla L. 10 § 3 di Ulpiano. Già facemmo vedere come l'Eisele, sforzando il carattere giuridico del contratto degli argentarii, avesse tentato di estendere l'obbligo di *agere cum compensatione* anche ai clienti di quelli, e facemmo notare come tal fatto avesse uno scopo tendenzioso. E di fatti sulla base di questa prima estensione egli ha tentato di costruire sull'*agere cum compensatione* degli argentarii tutto un diritto ordinario di compensazione negli *stricti iuris iudicia*, che gli altri avevano cercato nell'inserzione di una *exceptio doli*. Secondo lui, vi sono due casi nelle Pandette dai quali si ricava che, anche prima di Gaio, il pretore, su istanza d'una soltanto delle parti, dava una formula *cum compensatione*; il che fa indurre che già a quel tempo quest'*agere cum compensatione* fosse divenuto diritto ordinario.

---

in factum; un esempio ce ne è conservato nella L. 4 § 8 *de doli m. exc.* (44, 4). Anche qui però queste eccezioni spariscono col tempo, soppresse dalla forza assimilatrice dell'*exceptio doli generalis* che tutte le fonde in sè stessa durante il lavoro graduale che essa compie per la trasformazione dei giudizi di stretto diritto. Mediante questa eccezione la compensazione si va dilatando sino a che Giuliano ai suoi tempi nella legge che si commenta la ammette in maniera generale. Ma essa non poteva in questa epoca operarsi direttamente per mezzo di sentenza giudiziale, stante che ancora non si era abbandonato il principio tradizionale che il giudice di fronte alla formula *stricti iuris* non poteva se non condannare od assolvere completamente; avveniva invece indirettamente secondo un procedimento, che l'autore (vedi alla pagina 180 e seguenti) appoggia con analogie tratte da altre materie, analogie le quali tutte indicano uno sviluppo uniforme dell'efficacia dell'*exceptio doli*. Il giudice medesimo mediante sentenza interlocutoria, dopo essersi accertato della esistenza e compensabilità del controcredito, imponeva alle parti di estinguere le reciproche obbligazioni *quoad concurrentes summas* mediante accettilazioni ed al convenuto, ove fosse necessario, di pagare il saldo. Se l'attore si ostinava a non compensare, era completamente respinto; se il convenuto, era completamente condannato.

Il primo caso è appunto dato dalla L. 10 § 3 sopra addotta. Non è vero anzitutto che dalle stipulazioni pretorie nascano azioni di buona fede, come credono il DERNBURG e l'UBBELOHDE, ma si rimane nel campo dei giudizi di stretto diritto. L'accenno poi: *compensationem in ipsa stipulatione obicere* indica chiaramente, che la stipulazione era formulata in modo da contenere la compensazione, poichè tutto quello che viene accolto nella stipulazione prende un'impronta formale. E siccome *formulae* e *stipulationes* hanno la stessa capacità di modificarsi, non è lontana l'ipotesi che in questo caso la stipulazione fosse costruita sullo stampo della formula *cum compensatione*. L'*obicere compensationem* nell'*actio ex stipulatu* deve poi naturalmente intendersi allo stesso modo che nella stipulazione. Se si era stipulato così, e se, appena commessa tale stipulazione, il credito e controcredito si determinavano come *certa*, l'attore era costretto a formulare la sua *intentio* in un *amplius*, come l'argentario. Ammesso ciò il pretore non deve fare che un breve passo per concedere la compensazione nell'*actio ex stipulatu*, quando non si fosse introdotta nella precedente stipulazione pretoria: e quindi anche qui, data l'*intentio certa*, l'attore era costretto ad *agere cum compensatione*. Nel caso dell'*incertum* era necessario ricorrere alla *deductio* come pel *bonorum emptor*.

Posta così la possibilità di un *agere cum compensatione*, l'EISELE è passato al secondo caso, che egli vede nella L. 2 h. t. tanto controversa. *Paratus est*, che occorre nel testo, non si dice di chi *pretende* qualche cosa, come ad es. colui che oppone una *exceptio*, ma di chi è *disposto* ad agire in certo modo: quindi, esclusa la possibilità di una *exceptio*, anche pei motivi sopra addotti, bisogna trovare una spiegazione della legge per cui il convenuto debba essere disposto a qualche cosa. E questa si ha, intendendo sotto *compensare*, *agere cum compensatione* e nel *summovere*, la *denegatio* dell'*actio pura*, che, sappiamo, il pretore metteva in opera per imporre la formula *cum compensatione*, e che del resto ha fatto sempre via parallela all'*exceptio*. La legge si tradurrebbe così: « Chiunque sia convenuto con un'*actio stricti iuris* (per una certa *quantitas*) ed abbia un controcredito compensabile, può ottenere che dal pretore venga denegata l'azione, purchè si dichiari disposto ad agire egli stesso in base a tale suo controcredito; però *cum compensatione* ». L'EISELE ha ben visto che la sua concezione era naturale solo nel caso che il convenuto fosse creditore da sua parte di una somma maggiore di quella portata dalla domanda dell'attore. Nel caso contrario è costretto a fare questa costruzione. Se Tizio chiede 100 a GAIO, che da sua parte è creditore verso lui di 70, e se Tizio non vuol compensare, GAIO si dichiara disposto ad agire *cum compensatione*, e formula la sua *intentio* in un *amplius* di tutti i 70: viene respinto per *pluspetitio*, ma intanto, dei 100 di Tizio, 70 sono stati dedotti in giudizio e consunti; quindi quest'ultimo non potrà istituire altra azione che per 30, come se da principio avesse compensato.

Lo stesso cammino l'EISELE percorre per generalizzare la formula *cum deductione*: prima ammette che essa poteva, occorrendo, essere concessa al creditore, e debitore nel tempo stesso, del *bonorum emptor*, poi, che, stando la *deductio* nella *condemnatio* ed essendo quindi adatta per la compensazione di controcrediti incerti, dovette essere applicata anche fuori del concorso alle ordinarie obbligazioni. Fonti in appoggio l'autore non ne può citare; invece vi sostituisce « die Natur der Sache ». Basterà quindi avere citata questa concezione, senza che vi si possa dar peso [24]).

---

[24]) L'APPLETON (pag. 163 seg.) si oppone anch'egli a questa estensione dell'*actio cum deductione* al di fuori del caso speciale del concorso dei creditori. Quivi infatti vengono in compensazione crediti non scaduti. Come si potrebbe, egli dice, ammettere una cosa simile in via generale? Nel concorso la cosa è spiegata dalla necessità di liquidare il patrimonio; nel diritto ordinario sarebbe ingiustificata.

Se esaminiamo le idee degli scrittori sinora menzionati ci accorgiamo, che l'unico, il quale abbia sentito l'importanza decisiva delle dichiarazioni di GAIO, circa l'ambito ristretto della compensazione ai suoi tempi, e prima dei suoi tempi, è stato l'UBBELOHDE. Egli ha però urtato contro la forma generale della L. 2 D. h. t., e, costretto quindi a cercare il riferimento originario di questa legge ad una special forma di compensazione, ha creduto trovarlo, come s'è visto, nei giudizi di buona fede. Ma bisogna convenire che la presenza del *summovere* nella L 2 cit. impedisce ch'essa possa venir riferita ai giudizi di buona fede, poichè tal vocabolo in bocca a GIULIANO non può significare se non il completo respingimento dell'attore; e ciò mal s'adatta al carattere essenziale dei giudizi di buona fede [25].

Ha avuto quindi ragione il DERNBURG a non lasciarsi convincere dai ragionamenti dell'UBBELOHDE, ed ha continuato ciò nonostante a vedere nel testo in quistione una *exceptio*.

E noi in fondo siamo ben alieni dal negare la verità di tale asserzione [26]. Ma dall'ammetter ciò a volerne inferire che al tempo di GIULIANO, cioè al tempo di GAIO, esistesse un diritto comune di compensazione negli *stricti iuris iudicia* effettuato con tale *exceptio*, ci corre. Questa opinione e l'altra dell'EISELE, che tale diritto ordinario fosse tagliato sulla forma dell'*actio cum compensatione* e *cum deductione*, hanno il comune difetto di stare in opposizione con le istituzioni gaiane e con le giustinianee insieme.

Alla prima poi bisogna rimproverare che non si sia curata di sottoporre il testo di GIULIANO ad un'accurata critica. Nè il BRINZ, nè lo SCHEURL, nè il DERNBURG si curano di ciò; affermano che nella legge suddetta si nasconde un'*exceptio* e, sostenendo, senza dar prove, che questa fosse diretta alla compensazione ordinaria, si dànno, come abbiamo visto, ad immaginare qual potesse essere il procedimento compensativo. Il metodo non è veramente molto severo.

Quanto all'opinione dell'EISELE infine, essa ha una origine da un lato povera, dall'altro arbitraria. Povera, perchè fondata su una sottigliezza grammaticale. Non si comprende cioè perchè l'EISELE sostenga (sul precedente dello SCHWANERT, pag. 15) che nella L. 2 cit. *paratus* non possa applicarsi a chi pretende qualcosa; *paratus* vuol dire tanto *disposto*, quanto *pronto, deciso* [27]. Arbitraria è poi l'opinione di questo autore, perchè introduce nei testi ciò che essi non dicono. *Compensare* nella L. 2 dovrebbe stare per *agere cum compensatione*, ma non viene data prova della necessità di tale interpretazione; la parola può ben significare l'idea materiale di effettuare la compensazione e non una forma procedurale. Che poi *obicere compensationem in ipsa stipulatione* (L. 10 § 3 D. h. t.) supponga una costruzione speciale della stipulazione, bisogna necessariamente ammetterlo con l'EISELE, per le ragioni da lui addotte; ma non è necessario affatto che tale costruzione somigli a quella dell'*actio cum com-*

---

[25] L'argomento dell'UBBELOHDE (p. 89 seg.) per negare che il *summovet* indichi respingimento totale è che se questo vocabolo avesse il senso anzidetto non potrebbe stare unito con l'*unusquisque*, poichè molte volte si ha una condanna parziale, mediante la compensazione; e quindi GIULIANO non avrebbe potuto parlare in forma così generale se avesse voluto indicare il totale respingimento. Ma è da domandare all'UBBELOHDE: l'*unusquisque* deriva da GIULIANO? *Hic quaestio.* Vedi appresso.

[26] Non vale che l'UBBELOHDE, pag. 89 nota 10, abbia trovato dei testi in cui eccezionalmente il summovere non riferisca al respingimento dell'attore mediante *exceptio*. L'eccezione conferma la regola, e qui vedremo che esistono buone ragioni per attenersi alla regola.

[27] Cfr. i *Basilici* XXIV, 10, 2 che traducono con un participio corrispondente a « *volens* ».

pensatione, come egli ammette senza prova. Infine abbiam visto come l'EISELE abbia spiegato con una ipotesi, fondata sul principio della consunzione procedurale, il difetto che presentava la sua interpretazione della L. 2 di GIULIANO nel caso che il convenuto offertosi ad agire da sua parte *cum compensatione* sia possessore di una obbligazione inferiore a quella dell'attore.

Ora, dopo quello che si è detto avanti, sulla impossibilità di ammettere nell'*actio cum compensatione* la consunzione procedurale, anche pei crediti del convenuto, perchè non son dedotti in giudizio, noi non possiamo accettare la spiegazione dataci dall'autore: onde la costruzione rimane essenzialmente difettosa [28]).

Respingendo pertanto a priori tutte queste teoriche, converrà applicarsi alla esegesi dei testi che le hanno occasionate, esegesi che sarà nel tempo stesso una critica positiva delle opinioni medesime.

Cominciando dalla L. 10 § 3 h. t., essa è stata studiata dal LENEL [29]). È tratta dal libro 63.° dei *Commentari* di ULPIANO ad Edictum, ove il giureconsulto — come PAOLO nel libro 60.° ad Edictum — trattava dell'ultimo stadio del procedimento esecutivo della *bonorum venditio* [30]); dei rapporti giuridici cioè che si costituiscono *bonis venditis*, e quindi dell'*actio Rutiliana*, riguardante il *bonorum emptor*. Questa già è una prova sicura che il testo, nonostante vi si parli di *compensatio*, doveva originariamente riferirsi alla *deductio*. Ma, oltre a ciò, soltanto intesa così, la legge si spiega a soddisfazione e si risolvono i dubbi che l'EISELE stesso non ha potuto fare a meno di confessare rimanevano dopo l'interpretazione da lui data.

L'EISELE cioè [31]) non ha saputo capacitarsi del perchè ULPIANO citi nella nostra legge l'autorità di GIULIANO giust'appunto per sostenere che la compensazione poteva opporsi, non solo nella *stipulatio*, ma anche nell'*actio ex stipulatu*, quando ai suoi tempi (vale a dire dopo il rescritto di Marco Aurelio, che certamente, secondo l'autore fece della compensazione nei giudizi di stretto diritto un *ius* commune) questa regola non doveva sollevare più alcun dubbio.

Intendendo che qui si parli di un *agere cum deductione* del *bonorum emptor*, tutto si esplica.

Al tempo di GIULIANO la *deductio* era ammessa per ogni genere di obbligazioni, e quindi anche nelle stipulazioni pretorie che il *bonorum emptor* poteva provocare per riguardo al patrimonio soggetto a concorso. Poteva invece sorgere un dubbio; se cioè il *bonorum emptor*, che avea stipulato *sine deductione*, e quindi avea acquistato *suo nomine* un'*actio pura*, potesse essere costretto anche qui alla *deductio*; e si comprende come ULPIANO cerchi appoggiarsi ad autorità per decidersi all'affermativa. In conseguenza delle cose dette, conviene ammettere che « *compensatio* » nel nostro testo è interpolata al luogo di « *deductio* ». Come ulteriore riprova si confrontino i fr. 28 *pro socio* (17, 2) e fr. 45 *ad l. Falc.* (35, 2), tratti dal libro 60.° *ad Ed.* di PAOLO, che anch'esso parlava — come s'è visto — dell'*actio Rutiliana*, nei quali i compilatori hanno dimenticato di interpolare la *deductio*.

Passando alla L. 2 D. h. t., noi siamo del parere che anche della genuinità di quest'ultima non sia possibile fidarsi. Del resto tale opinione può chiamarsi generale, poichè, meno l'EISELE, al quale serve ammettere che il testo sia intatto per la sua costruzione dell'*agere cum compensatione*, un rifacimento di esso per mano dei com-

---

[28]) Contro l'EISELE vedi anche APPLETON, pag. 115 n.° 12.

[29]) *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, 1883, pag. 116 segg. Togliamo da questo studio i risultati, rimandando per più ampie spiegazioni all'APPLETON, pag. 178 e segg., il quale anch'egli li ha esposti, in forma diffusa.

[30]) Alla quale in genere erano dedicati i precedenti libri 59-62 (PAOLO: 57-59).

[31]) Cfr. *Comp.*, pag. 40.

pilatori è da tutti gli altri autori sostenuto, sia per l'indizio di una soppressione accanto al *summovere* della parola *exceptio* (Brinz, Dernburg, Scheurl), sia della frase iniziale « *in bonae fidei iudiciis* » (Ubbelohde), sia infine per quel pesante *unusquisque*, che difatti così come è messo non è di sapore classico (Stampe, pag. 43 seg.).

Per ricercare qual fosse il riferimento originario del testo, basterà a noi ripetere le osservazioni fatte in proposito dall'Appleton [32]) fondandosi essenzialmente sul Lenel. Il testo ha una forma generale, illimitata, a causa dell'*unusquisque* che lo inizia. Ora Giuliano non può avere scritto questa parola, poichè al suo tempo, prima di Gaio, la compensazione era ristretta ai giudizi di buona fede per crediti derivanti *ex eadem causa* ovvero ai casi dell'argentario e del *bonorum emptor*. La legge quindi doveva attagliarsi ad una di queste speciali compensazioni. Però, nè ai *bonae fidei iudicia*, nè alla *deductio* del *bonorum emptor* essa può riferirsi, poichè queste forme ammettono una *minutio condemnationis*, mentre nel testo si parla di *summovere*; e questo, come già osservammo, implica il completo respingimento di chi agisca. Non resta che il caso dell'argentario. E l'Appleton molto fondatamente suppone che al posto di *unusquisque* vi fosse nel testo *argentarius*.

La legge quindi direbbe che l'argentario, se è convenuto dal suo creditore-debitore per l'intero credito, può respingerlo, offrendo di compensare [33]).

I compilatori desideravano avere un testo autorevole, da porre in cima al titolo della compensazione, per esprimere l'idea che logicamente sussegue alla definizione dell'istituto: quella cioè dello scopo cui è diretto; ed hanno generalizzato il testo, nella forma in cui ora è, per dire che la compensazione serve come difesa a chi, essendo debitore e creditore nello stesso tempo di colui dal quale è convenuto, vuol infirmare in tutto od in parte la domanda dell'attore (Così e non altrimenti deve intendersi in diritto giustinianeo il *summovere*, poichè, qualunque sia il senso di esso nell'età classica, esso non lo ha più di certo nel diritto della compilazione, ma ha il senso generico del respingere, naturalmente in tutto o in parte). Che il cammino del pensiero dei compilatori sia stato questo, lo dimostra anche la L. 3 seguente, che dà la ragione dell'istituto, dopo che fu definito e spiegatane la funzione.

I risultati ottenuti dall'esame della L. 10 § 3 e L. 2 D. h. t., l'aver cioè visto come la prima si riferisse alla *deductio* del *bonorum emptor*, la seconda all'*actio cum compensatione* dell'*argentarius*, tolgono l'ultimo appoggio alle opinioni degli autori sopra enumerati.

Non si può cioè a tempo di Gaio parlare di una estensione delle forme dell'*actio cum compensatione* e *cum deductione* ai rapporti ordinari, come l'Eisele vorrebbe, perchè i testi su citati, ai quali egli si appoggia, parlano bensì di queste forme, ma rimanendo negli speciali rapporti per cui prima furono ordinate. Nella L. 2 poi è ben vero si parli di un'*exceptione summovere*, ma è dubbio anzitutto si tratti di una *exceptio doli* e poi è certo che questa eccezione non serviva ad ogni modo ad effettuare un diritto ordinario di compensazione, come sostiene il gruppo Brinz, Scheurl, Dernburg, ma a regolare con tale *exceptio* un momento particolare della compensazione degli argentarii.

Lo studio sin qui fatto ci serve infine anche a deciderci intorno alla quistione della estensione della compensazione nei giudizi di buona fede dell'epoca adrianea che, come a

---

[32]) Op. cit., pag. 112 segg.

[33]) Il Lenel, *Paling.*, I, pag. 484, all'occasione della nostra legge, cita (nota 3) la L. 4 D. h. t., nella quale evidentemente Paolo parlava della compensazione degli argentari, come a suo luogo vedremo: onde è da supporre che anch'egli riferisca la L. 2 cit. agli argentarii.

suo tempo notammo, è controversa, nonostante le dichiarazioni di GAIO. A tale riguardo i giuristi sinora citati non sono tutti della medesima opinione; poichè il BRINZ (p. 77) rimane fermo al racconto delle Istituzioni Gaiane, e ritiene che la compensazione prima di Marco Aurelio in questo campo fosse realmente ristretta ai controcrediti derivanti *ex eadem causa*, lo SCHEURL invece ed il DERNBURG anche qui si mettono in disaccordo con GAIO.

Il primo (p. 160) lo fa in forza di una semplice deduzione logica. Egli dice: GIULIANO ci informa che nei giudizi di stretto diritto la compensazione si otteneva in via generale senza riguardo alla causa mediante una *exceptio doli:* ora siccome *exceptio doli inest bonae fidei iudiciis*, bisogna ammettere che anche in quest'ordine di giudizi era al tempo di GIULIANO già stato abbandonato il requisito dell'*eadem causa*. È vero che GAIO ancora parla di questo requisito, ma egli si riferisce alla compensazione più antica, fondata sulla buona fede e sulle particolarità di questi giudizi, non alla compensazione posteriore, basata su semplice equità.

Una via più positiva ha percorso il DERNBURG. Egli si riporta cioè alla L. 10 § 3 D. h. t., sopra commentata, nella quale la compensazione viene ammessa nelle stipulazioni pretorie e nelle azioni che ne derivano. Contenendo queste stipulazioni una *clausola doli* espressa o sottintesa, l'*actio* che ne nasceva era di buona fede; e siccome difficilmente quivi si può parlare di connessione di crediti, così è necessario ammettere che già al tempo di GIULIANO, la cui autorità è citata nel testo, la limitazione dell'*eadem causa* fosse stata superata nei giudizi di buona fede.

L'UBBELOHDE invece (p. 83 e segg.) non crede col DERNBURG che da questa L. 10 § 3 h. t. sulle stipulazioni pretorie si possa dedurre un ampliamento del campo di efficacia della compensazione oltre i crediti derivanti da medesima causa, perchè, secondo lui, il testo in quistione conviene intenderlo limitato appunto ai controcrediti connessi. Pei risultati che ottenemmo guardando la legge controversa da un altro punto di vista le asserzioni dei due autori suddetti vengono a mostrarci prive di fondamento. Ad ogni modo poi, anche a prescindere da ciò, esse non erano di per sè prive di dubbio, tanto per quel che riguarda l'idea del DERNBURG che dalle stipulazioni pretorie per la inclusa *clausula doli* derivasse un giudizio di buona fede [34]), quanto per l'arbitraria restrizione sostenuta dall'UBBELOHDE per riguardo alla L. 10 cit. [35]). E così pure, visto come la L. 2 D. h. t. non parli affatto di una compensazione ordinaria, effettuata mediante *exceptio doli* negli *stricti iuris iudicia*, si rende insussistente la deduzione dello SCHEURL, che anche nei giudizii di buona fede in cui essa *inest*, si sia compensato *ex causa dispari* al tempo di GAIO.

A tale riguardo è d'uopo considerare ancora la L. 13 D. h. t., più sopra trascri ta, e sinora a bello studio tralasciata per non intralciare la conseguenza delle idee. Essa, se fosse possibile riferirla ai giudizi di buona fede, sarebbe una valida prova, che sino dai tempi di LABEONE vi si sia potuto compensare *ex causa dispari*. Sarebbe infatti inutile parlare di una *compensatio specialiter* destinata ad una determinata *petitio*, e di un divieto di *obicere in ceteris* questa stessa *compensatio*, se fosse vero che era richiesta l'*eadem causa*, poichè in tal caso ad un solo credito si può di per sè stessa opporre la compensazione: a quello derivante da causa connessa. Ma di comune accordo la legge citata è stata espulsa dal campo dei giudizi di buona fede.

L'EISELE (p. 40) la riferisce all'*actio cum compensatione;* ma non vi fonda alcuna pretesa di certezza. Sicura è invece l'opinione del DERNBURG (p. 44) il quale la rife-

---

34) Vedi in contrario BIRKMAYER, *die Exceptionen in bonae fidei iudiciis*, pag. 150-173. APPLETON, pag. 183.

35) Cfr. EISELE, pag. 38-39.

risce al caso del *bonorum emptor*, poichè essa è tratta dal libro 66.° del Commento di Ulpiano ad Edictum, la cui maggior parte trattava del concorso dei creditori [36]).

E con ciò è eliminato l'ultimo dubbio che esistano testi nelle Pandette, i quali, riferendosi al tempo di Gaio, parlino di una compensazione ammessa senza limiti [37]). Non rimane dunque che professar fede completa alle Istituzioni gaiane ed a quelle di Giustiniano, ammettendo come certo che prima di Marco Aurelio la compensazione nei giudizi di stretto diritto era concessa in via eccezionale nei casi delle azioni istituite dall'*argentarius* e dal *bonorum emptor* [38]), e che nei giudizii di buona fede era ristretta ai crediti derivanti *ex eadem causa*.

§ 6.

Prima di passare alla storia ulteriore della compensazione nei giudizii di stretto diritto, conviene esaurire il poco che possiamo dire circa i giudizii di buona fede sino a Giustiniano.

L'unica domanda che può farsi a tal riguardo è questa: Quando si introdusse nei detti giudizii la *compensatio ex causa dispari?* Eliminate le opinioni del Dernburg e dello Scheurl, che, come s'è visto, la vorrebbero far risalire ai tempi di Giuliano, lo stato delle fonti e della scienza riguardo al tempo posteriore è il seguente. Un testo espresso che provi l'esistenza della compensazione *ex causa dispari* non si incontra sino alla L 11 C. *depositi* (4, 34) di Giustiniano (a. 529), nella quale l'imperatore suppone già usuale nella pratica che contro l'*actio depositi* possa opporsi la compensazione in base ad un diritto personale o reale diverso, e lo vieta. D'altro canto il § 39 I. (4, 6), direttamente derivante da Gaio, parrebbe non ammettere ancora nei giudizii di buona fede che la compensazione *ex eadem causa*.

L'opinione generale riguardo a quest'ultimo testo riconosce trattarsi di una semplice svista dei compilatori delle Istituzioni giustinianee, i quali trascrissero letteralmente Gaio, senza badare alla restrizione in esso contenuta [39]).

Per quel che concerne invece l'essenza della quistione, se cioè dopo Gaio e prima della L. 11 C. depos. citata si sia potuto compensare *ex causa dispari*, divergono le opinioni.

L'Eisele (p. 14 segg.), appoggiandosi a questa legge, sostiene che anche dopo Marco Aurelio il requisito dell'*eadem causa* si sia mantenuto. Non vale cioè, egli dice, argomentare che, essendo dopo questo imperatore ammessa nei giudizii di stretto diritto la compensazione per mezzo di una *exceptio doli*, si sia per riflesso dovuto estendere alla *compensatio ex causa dispari* il campo della compensazione nei giudizii di buona fede (nei quali tale eccezione è supposta); poichè trattasi di due casi diversi. Nei giudizii di stretto diritto il convenuto deve opporre *in iure* la compensazione; quindi è evitato ogni pericolo che la lite sia tratta a bella posta per le lunghe con l'opporre la compensazione *in iudicio*, quando la domanda sta per liquidarsi, mentre nei giudizii

---

[36]) Vedi Lenel, *Paling ad. h. l.* L'Appleton, pag. 187 seg., crede che questa legge si riferisca alle stipulazioni pretorie, ma sempre entro l'ambito della *bonorum venditio*.

[37]) Per gli altri testi del titolo *de compensationibus*, vedremo man mano in seguito che anch'essi si riferivano, se anteriori a Marco Aurelio, alle azioni dell'argentario e del *bonorum emptor*.

[38]) Contro una compensazione ordinaria mediante *exceptio doli*, cfr. anche Bethmann-Hollweg, *Civilpr.* III, pagina 270 e gli autori citati dall'Appleton, pagina 319 nota 2.

[39]) Cfr. in questo senso Eisele, pag. 16 ed ora anche l'Appleton, pag. 89.

di buona fede ciò può sempre avvenire, perchè la compensazione è opponibile anche *in iudicio*. Inoltre ostava all'estensione del nostro istituto in questi giudizii un impedimento formale, quello cioè dell'essere nella *demonstratio* della formula indicata la *causa* dell'azione, fuori della quale quindi il giudice non poteva decidere. Secondo il citato autore la compensazione *ex causa dispari* nei giudizii di buona fede va collegata al cadere del processo formulare, collo sparire del quale cadde quell'impedimento formale [40]).

Lo STAMPE (p. 41) critica queste osservazioni dell'EISELE. Non vale l'argomento derivato dalla possibilità di trarre in lungo il processo, perchè è un difetto, che già avrebbe la compensazione *ex eadem causa* nei giudizii di cui trattiamo; non quello relativo alla formula, poichè, oltre alla *demonstratio* ed alla *intentio* il giudice deve aver riguardo alle eccezioni che formano una estensione del rapporto giuridico (*causa*) controverso. Ora, siccome dopo Marco Aurelio l'eccezione di compensazione si è concretata in una *exceptio doli*, che nei giudizii di buona fede è supposta, l'impedimento formale è eliminato. Si aggiunga ancora l'inverosimiglianza storica: che un secolo dopo che nei giudizii di stretto diritto si compensava *ex causa dispari*, non lo si potesse fare in quelli di buona fede, che sono di natura più libera.

La quistione allo stato delle fonti è invero alquanto disperata ed il miglior partito sarebbe quello di esercitare anche qui l'*ars nesciendi*, ma, dovendo decidersi per una opinione, noi propenderemmo più per quella dello STAMPE che per quella dell'EISELE. Anche noi infatti ci valemmo della ragione formale relativa alla *demonstratio* della formula dei giudizii di buona fede per ispiegare come quivi fosse la compensazione ristretta ai crediti derivanti *ex eadem causa*, ma, dopo che l'eccezione di compensazione ebbe presa la forma di una *exceptio doli*, dobbiamo riconoscere che tale ragione non può più sussistere. Resta ad ogni modo che un testo espresso non può essere citato al riguardo, onde ogni ragionamento può sempre esser tacciato di ozioso. Una sola cosa dobbiamo contro noi riconoscere; ed è che non si comprende, come, dato il carattere tradizionale che dovè acquistare la *compensatio ex eadem causa* nei giudizii di buona fede, non sia stato rilevato il mutamento avvenuto, quando essa venne ammessa anche per crediti, derivanti *ex causa dispari*.

II.

SOMMARIO. — § 1. *Compensazione negli « stricti iuris iudicia » dell'età postadrianea: rescritto di* MARCO AURELIO: *controversie circa l'importanza dell'innovazione da esso introdotta nel diritto sostanziale di compensazione e circa il procedimento per mezzo del quale la compensazione si operava.* — § 2. *Opinione di coloro che, attribuendo efficacia parziale all' « exceptio » in genere ed all' « exceptio doli » in ispecie nei giudizi di stretto diritto, vogliono che la compensazione si operasse mediante scomputo dei crediti vicendevoli per parte del giudice, « in iudicio », e condanna del convenuto nel residuo soltanto. Esame delle ragioni e dei testi addotti pro e contro l'efficacia parziale delle eccezioni, e dei passi addotti a favore dell'efficacia totalmente esclusoria.* — § 3. *Opinione di coloro che credono nell'età postadrianea siasi esteso al diritto ordinario l'« actio cum compensatione » e l' « actio cum deductione » del diritto antico. Opinione*

[40]) L'APPLETON, pag. 91, ha accettato senz'altro questa opinione.

*dell'*EISELE *che ritiene il rescritto di* MARCO AURELIO *non abbia fatto che rimediare ad un difetto speciale di queste procedure. Confutazione.* — § 1. *Opinione di coloro che attribuiscono al rescritto una importanza di diritto sostanziale molto limitata. Rivista dei testi delle Pandette e del Codice in materia di compensazione. Ipotesi dell'*APPLETON *che la compensazione si effettuasse tra le* « *actiones iudicati* » *mediante un procedimento anteriore di liquidazione dei crediti reciproci. Opinione del* PERNICE *che il rescritto si riferisse alle* « *cognitiones* ». *La compensazione non dovette avere che uno svolgimento imperfetto nei giudizi ordinari.*

§ 1.

Le testimonianze di GAIO ci dànno per l'età adrianea un sicuro punto di partenza, onde si possa stabilire quale estensione avesse nella medesima l'istituto della compensazione. Volendo procedere oltre, si entra invece in un periodo oscurissimo, pel quale, stante la scarsità e la certa alterazione delle fonti, ben difficilmente potrà — senza nuovo ausilio di testi — ottenersi un sicuro risultato. Il § 30 I. 4, 6, dopo aver parlato della compensazione nei giudizi di buona fede, ci informa che anche nei giudizi di stretto diritto essa trovava adito in base ad un rescritto di MARCO AURELIO:

Sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci compensatio inducebatur.

L'APPLETON (pag. 294 segg.) ha istituito un esame apposito per mostrare che questo passo non può derivare da alcuno dei giureconsulti, dai quali, come è noto, i compilatori delle Istituzioni trascrissero la maggior parte del materiale di esse; e che quindi è da attribuirsi ai compilatori medesimi. Del resto la cosa derivava dal contenuto stesso del testo, poichè esso ci dà la compensazione nei giudizi di stretto diritto siccome una innovazione fondamentale di MARCO AURELIO, mentre noi sappiamo che anteriormente esisteva già, sebbene limitata a casi speciali. Un giureconsulto dell'età classica non avrebbe potuto parlare a modo delle Istituzioni; e quindi il passo si dovrebbe ritener sempre tocco dai compilatori. Ad ogni modo il responso delle Istituzioni è sibillino, poichè da esso nulla può ricavarsi circa il modo come la compensazione si effettuava, opposta l'*exceptio doli*. Nè altre fonti direttamente esplicative di esso ci rimangono, fuori della parafrasi di TEOFILO. Ecco come egli commenta il testo suddetto (secondo la traduzione del REITZ):

. . . . . *In strictis autem* (iudiciis) *quia ipsius rigoris habetur ratio, si quis adversus me agens forte de solidis decem, etsi invicem quinque debet, nihilominus in decem condemnabor. Atque haec, quantum ex ipso rigore: sed facta est constitutio Marci imperatoris, quae ait, me stricta actione conventum de solidis X, cum mihi deberentur V, posse actioni opponere exceptionem doli; atque hac opposita exceptione, iudici occasio datur admittendi compensationem, et in solos V solidos condemnandi.*

In base a queste scarse fonti si è svolta una serie di opinioni l'una dall'altra divergenti sullo stato del diritto di compensazione nell'età classica posteriore alla adrianea. Esse differiscono: 1) circa l'importanza storica e l'estensione della riforma introdotta dal rescritto; 2) circa il procedimento che in questa età si metteva in opera per venire alla compensazione. 3) Un altro coefficiente di variazione si ha in ciò, che i singoli autori, nello spiegare il diritto vigente al tempo di MARCO AURELIO, hanno dovuto subire le conseguenze del parere che essi nutrivano circa lo stato anteriore del diritto di compensazione. Ecco le opinioni:

§ 2.

I. Un gruppo compatto per sostanziale comunanza di idee è quello formato dal DERNBURG, dall'UBBELOHDE e dallo STAMPE [41].

a) Quanto al diritto materiale di compensazione essi sono tutti d'accordo nell'ammettere che il rescritto di MARCO AURELIO apportò una modificazione profonda nel diritto anteriore, e sopratutto che l'innovazione ebbe per efficacia diretta del rescritto un carattere generale. Naturalmente poi detti autori sono costretti a divergere nel concretare l'importanza della riforma, avendo essi diversa opinione sul diritto antecedente. Il DERNBURG, come sappiamo, ammetteva, che anche a tempo di GAIO, prima del rescritto di MARCO, esistesse un diritto ordinario di compensazione mediante *exceptio doli*. Questa idea non imbarazza però l'autore a trovare una ragione del rescritto, il quale anch'esso non fa che condurre alla compensazione mediante la stessa *exceptio*. Tutto, secondo il DERNBURG, si spiega col riguardo che gli istituti giuridici non nascono di getto. La compensazione dapprima non è ammessa se non dove ragioni speciali, soggettive od oggettive, la consigliano; ed il suo effettuarsi dipende dal giudice, il quale, secondo la sua convinzione personale, la impone, se gli sembra necessaria, la rigetta nel caso contrario; essa non può ancora dirsi un diritto stabilito della parte interessata. L'istituto gradatamente si va generalizzando, sino a divenire una pratica comune che riceve una sanzione legislativa col rescritto di MARCO AURELIO [42]. Nei tempi classici posteriori si contrasse l'abito di riferirsi al solo rescritto per riguardo alla compensazione negli *stricti iuris iudicia*, perchè era la fonte che toglieva ogni dubbio sulla sua possibilità come quella che ne aveva fatto un diritto individuale; ma essò non è che l'ultimo stadio d'uno svolgimento storico. I ragionamenti fatti circa la compensazione al tempo di GAIO ci fanno apparire insussistente questa idea storica del DERNBURG. Il rescritto di MARCO AURELIO non sanzionò una pratica esistente, perchè prima di esso non ebbe vita un diritto ordinario di compensazione mediante *exceptio doli*.

Indotti dalle medesime ragioni, l'UBBELOHDE (pag. 195 segg.) e lo STAMPE (pag. 37 e segg.) attribuiscono al rescritto di MARCO l'importanza di avere pel primo introdotto, o per lo meno causata l'introduzione [43] di un diritto ordinario, comune di compensazione negli *stricti iuris iudicia* della ordinaria *cognitio*.

b) Per quel che riguarda il procedimento giudiziale, attraverso il quale questa compensazione si effettuava, tutti e tre gli autori sopra menzionati si trovano perfettamente d'accordo [44]. Il convenuto con un'*actio stricti iuris*, al quale competa contro l'attore un controcredito compensabile, può opporgli *in iure* allo scopo della compensazione una *exceptio doli*. Questa *exceptio* viene dal pretore inserita nella formola, ed, in base alla medesima, il giudice è autorizzato ad esaminare entrambi i crediti reciproci, e, trovatili sussistenti, a scomputare dalla domanda dell'attore il controcredito del convenuto e condannare quest'ultimo nel residuo soltanto. Tale, secondo i citati autori, è il senso delle parole di TEOFILO nel riportato passo della sua parafrasi delle Istituzioni, ed a TEOFILO essi vogliono si presti fede assoluta.

Lasciando per un momento da parte l'apprezzamento sull'opinione di questo gruppo

---

41) Per gli autori francesi cfr. APPLETON, pag. 320 nota 1. È da notare che all'opinione di questo gruppo aderisce il WANGEROW, § 618.

42) Cfr. DERNBURG, pag. 176 segg., pag. 187 segg.

43) STAMPE, pag. 45 fin.

44) Cfr. DERNBURG, § 21, UBBELOHDE, pag. 137 segg., STAMPE, § 23.

di autori circa l'importanza materiale del rescritto di Marco, conviene esaminare se la forma procedurale da essi sostenuta sia compatibile col processo classico. A colpo d'occhio si vede benissimo che tutto dipende dall'efficacia che si attribuisce all'*exceptio*. O l'*exceptio* in genere e l'*exceptio doli* in ispecie autorizzano il giudice ad esaminare il controcredito del convenuto e a dedurlo nella condanna, hanno cioè *efficacia parziale*, ed allora il procedimento non presenta difficoltà; o si crede invece che tale concetto dell'*exceptio* sia contrario al carattere degli *stricti iuris iudicia*, e le si attribuisce effetto sempre *totalmente esclusorio*, ed allora una via diretta di realizzare la compensazione, mediante tale *exceptio*, come ce l'hanno descritta gli autori in questione, è impossibile, e convien ricercare per mezzo di quale meccanismo i Romani vi pervenissero.

Per l'efficacia *minuens* delle eccezioni si sono naturalmente dichiarati il Dernburg, pag. 199, l'Ubbelohde, pag. 121 e segg. (anche Asher, pag. 11) e lo Stampe, pag. 79 segg.: in Francia May, *Elem. de droit rom.*, 2.ª ediz., n.° 209; *Petit traité de droit rom.*, n.° 524; Accarias, *Précis*, 4.ª ediz. n.° 901: possono, sebbene non decisamente vi si associno, computarsi tra i fautori di questa opinione il Keller, *Civilpr.*, pagine 36, 178 segg. (Ed. Wach) ed il Bekker, *Aktionen*, II, pag. 24 segg.: tra noi vi ha completamente acceduto Gandolfo, *Arch. giur.*, XXXIX, pag. 79 segg. — Per l'efficacia totalmente esclusoria si sono invece dichiarati il Bethmann-Hollweg, *Rhein. Mus.*, I, pag. 276 e segg. e *Civilpr.* III, pag. 270; lo Scheurl, pag. 160 segg., l'Eisele, pag. 61 segg.; l'Appleton, pag. 333 segg., ed il Pernice, *Labeo*, 2.ª ediz., II, 1, pag. 261 segg. (nella prima edizione si era, con tutta riserva, dichiarato per l'efficacia parziale delle eccezioni): in Francia, Ortolan, *Explic. histor. des Inst.* II n.° 2180 et s.; Pilette, *Revue hist.*, 1861.

Anche qui, come d'ordinario, si è tentato di cogliere senz'altro il risultato della controversia riferendosi allo svolgimento generale del diritto ed alle sue caratteristiche. Il Bethmann-Hollweg cioè (loc. cit. *Rhein. Mus.*), seguito energicamente dall'Eisele, pag. 65 seg., ha desunto l'impossibilità, che nell'età classica alle eccezioni fosse accordata efficacia di diminuire la condanna, dal trattamento fatto all'attore nel caso della *pluspetitio tempore* e *re*. Come è noto, di fronte all'eccezione dilatoria, l'attore doveva ritirar l'azione: che se lasciava inserire nella formula detta eccezione, e si arrischiava in giudizio, provata l'*exceptio*, era completamente respinto (Gaio, IV, 123). Così pure il decadere completamente dalla lite per *pluspetitio re*, è una delle caratteristiche del processo romano. A toglier la prima provvide solo l'Imperatore Zenone (C. 1, 3, 10); la seconda durò sino a Giustiniano (C. 2, 3, 10). Ora, dicono i citati autori, non si vede perchè colui il quale chiede il tutto, nonostante gli sia stata opposta una eccezione parziale, che *in iudicio* si dimostri fondata, avrebbe dovuto essere trattato dai Romani diversamente da chi *plus petit re*. Il ragionamento non pecca nella logica e, storicamente attrae, perchè sostiene un parallelismo probabile. Nè lo ha totalmente confutato lo Stampe quando (p. 78, *b*) dice che non conviene lasciarsi guidare da principii soverchiamente formalistici, e che nel caso della *pluspetitio re*, di fronte a quello dell'*exceptio compensationis*, la situazione di diritto materiale è diversa . . . . . cioè a dire: chi *plus petit re* eleva una domanda che è *in parte assolutamente infondata in diritto*; chi invece nega a torto la compensazione fa valere un credito che per sè è *completamente fondato in diritto*; quindi il diritto romano non aveva motivo, nel costruire il procedimento relativo alla compensazione mediante *exceptio*, di lasciarsi influenzare dai principî dominanti la *pluspetitio* . . . . . poichè, se ciò può valere per l'eccezione parziale diretta alla compensazione (*exceptio doli*), non è più vero per le altre eccezioni parziali — quella ad esempio della rimessione parziale del debito, o dell'ostacolo che soltanto in parte oppone il S. C. Velleiano — nelle quali l'attore domanda cosa parzialmente infondata in diritto: e pure se ne sostiene l'effetto diminutivo.

Piuttosto è da dire che in un diritto storico, come il romano, dove il dualismo tra l'*ius strictum* e l'*aequum* non fu mai completamente superato, questi argomenti d'analogia non hanno un valore proprio, ma ne acquistano uno riflesso, quando vien dimostrato coi testi, che, nel caso controverso, lo svolgimento ha avuto più l'una che l'altra tendenza [45]). Il peso quindi che si potrà dare all'obiezione che qui ci occupa sarà una conseguenza dell'esito dell'ulteriore controversia sui passi delle fonti, e vedremo che l'analogia non è del tutto senza fondamento. Meglio è rivolgersi dunque alle fonti.

Vengono in causa anzitutto le espressioni generali dei giureconsulti riguardo all'*exceptio* in genere. Abbiamo in proposito un testo di Gaio. IV, 119 che dice:

« . . . . . *omnis exceptio* obicitur quidem a reo, sed *ita formulae inseritur ut condicionalem faciat condemnationem;* id est *ne aliter iudex* eum cum quo agitur *condemnet*, quam si nihil in ea re qua de agitur dolo actoris factum sit; etc. ». Ad esso fa riscontro la definizione dell'*exceptio* dataci da Ulpiano nella L. 2 pr. D. *de exc.*, 44, 1 (Ulpiano, lib. 74 *ad Ed.*):

Exceptio dicta est, quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet, ad eludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est.

definizione, ribadita dal § 2 dello stesso frammento:

illud tenendum est, omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse: exceptio actorem excludit, replicatio reum.

Dal complesso di questi due passi, considerati senza preconcetti, si ricava:

a) La natura totalmente esclusoria delle eccezioni pensate come parti della formula (cioè dal punto di vista procedurale), natura che ha il suo fondamento nell'essere le medesime una condizione della condanna. Le parole di Gaio non lasciano dubbio ch'egli così concepisse l'*exceptio*. Questa deduzione è stata variamente attaccata. Gaio darebbe, non una definizione generale, ma si riferirebbe ai casi di speciali eccezioni fatti nei paragrafi antecedenti, casi, nei quali non è possibile che un effetto completamente esclusorio (Ubbelohde, pag. 124 nota 11); ma ognuno vede che le parole di Gaio (loc. cit.): « *omnis exceptio* condicionalem faciat condemnationem », non possono star d'accordo con questa idea, per quanto egli, nel decorso del ragionamento, si riferisca agli esempi fatti prima. Il Gandolfo (loc. cit., pag. 128 segg.) è ancora più arrischiato. Gaio non ha voluto entrare in minute ricerche, ma ha mostrato il modo di essere pratico ed esteriore delle eccezioni nel loro caso normale. Ma (Pernice, *Labeo*, II, 1, pag. 262 nota 2) era poi così difficile accennare in una definizione che l'eccezione talvolta porta condanna totale, talvolta parziale? Lo ha fatto Paolo nella L. 22 D. *de except.*, 44, 1, che il Gandolfo ritiene genuina. Gli attacchi infine si sono rivolti contro la L. 2 di Ulpiano. Ma il Gandolfo medesimo (rimandiamo al § 14 della citata sua memoria per una accurata disamina delle precedenti interpretazioni del testo) ha dovuto riconoscere falliti tutti i tentativi fatti per vedere nella detta legge un accenno patente a diminuzione di condanna. Lo ha però arrestato il timore di dover accusare Ulpiano di inesattezza, perchè dichiara l'*exceptio* sempre esclusoria, sebbene nei giudizi di buona fede conduca talvolta ad una *minutio condemnationis;* ed ha voluto quindi adottare il rimedio di ammettere che Ulpiano, dicendo che l'*exceptio* esclude, non nega possa escludere anche in parte. Osserviamo però che è arbitrario far dire al giureconsulto quello che nelle sue parole assolutamente non v'è.

b) Che da Gaio ad Ulpiano non si è verificato alcun mutamento nel carattere fondamentale all'*exceptio*.

---

45) Una diffusa trattazione dell'argomento trovasi in Appleton (pag. 345 segg.), ove egli discute, se lo spirito del diritto romano era oppur no favorevole ad una interpretazione benigna della formula dei giudizi di stretto diritto.

A ciò contraddice però direttamente la L. 22 pr. D. *de except.*, 44, 1 di PAOLO: *Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.*

Questa legge è la cittadella dell'opinione, che sostiene l'effetto diminutivo delle eccezioni; e le sue parole di fatti sono a tale riguardo chiare come il sole. Ma ha dessa forza probante pel diritto classico? La si è voluta questa negare dal BRINZ (pag. 69), affermando che PAOLO con la sua frase: (*exceptio*) « *modo minuit damnationem* » si sia riferito ad alcune eccezioni improprie, specie al *beneficium competentiae*, ossia all'*exceptio in quantum facere potest:* tale opinione è ormai abbandonata anche dai partigiani del BRINZ [46]), per la giusta considerazione che PAOLO, definendo l'eccezione una *condicio*, non poteva pensare al *beneficium competentiae* che non è tale sebbene impropriamente sia talvolta chiamato *exceptio* [47]). Piuttosto è una osservazione capitale quella che si riferisce al fatto di avere PAOLO caratterizzato l'*exceptio* una *condicio*, allo stesso modo che GAIO, nel frammento sopra riportato. Ora, mentre GAIO, coerentemente al carattere della condizione, che decide della esistenza o non esistenza di un fatto giuridico, non di una quantità o qualità (*modus*), dà l'*exceptio* effetto completamente esclusorio, se viene ad essere provata, PAOLO chiamerebbe *condicio* una *exceptio minuens* che giuridicamente non è tale. Nè vale opporre, come fa il GANDOLFO (pag. 114 segg.), che un fatto può esser condizionato tanto nella sua esistenza che nella sua quantità, poichè tanto varrebbe dire che PAOLO non abbia paragonato l'*exceptio* alla *condicio*, nel senso giuridico del termine, ma si sia servito di questo nel suo senso filosofico più sottile; il che non è verosimile [48]). Anzi il raffronto del suo testo con quello di GAIO dimostra che trattavasi di un concetto tradizionale e prettamente giuridico dell'*exceptio*, quando veniva ravvicinata alla *condicio.*

Data tale circostanza, e visto il contrasto di PAOLO col suo contemporaneo ULPIANO, non è arrischiata l'ipotesi che il testo che ora discutiamo sia stato toccato dai compilatori giustinianei [49]).

Ma, a prescindere da ciò, il testo non prova molto per la teorica dell'efficacia diminuente delle eccezioni in tutte le azioni. Infatti, anche ammesso l'effetto esclusorio nelle *condictiones certi*, il giureconsulto poteva parlare come ha parlato, poichè nelle *actiones a intentio incerta* l'efficacia diminuente esisteva [50]). Con ciò si giunge a una conseguenza — del resto solita nel diritto romano — che sulle sole dichiarazioni generali dei giureconsulti, la quistione della efficacia delle eccezioni non può sicuramente decidersi.

Un'unica illazione se ne può trarre, ed è quella che con tutta probabilità i giureconsulti classici nell'età di MARCO AURELIO concepivano le eccezioni dal punto di vista

---

[46]) Cfr. EISELE, pag. 90 segg.

[47]) GANDOLFO, § 13, PERNICE, pag. 263.

[48]) L'APPLETON, pag. 376, dice che può aversi giuridicamente una *condicio quae minuit*; quando ad esempio un testatore lega 1000 e poi aggiunge che, se avviene un dato fatto, non lega che 500. Noi però facciamo osservare che qui in senso non tecnico-giuridico ma soltanto economico può dirsi che si ha una condizione che diminuisce, cioè a dire riguardando al risultato ultimo, che sarà il minore incasso del legatario. Ma giuridicamente anche qui la condizione non decide che dell'inesistenza di un fatto (il legato di 1000) e della esistenza di un altro (il legato di 500), poichè nell'esempio addotto abbiamo difatti due diverse disposizioni, una differente dall'altra. La condizione non diminuisce giuridicamente la prima, la estingue, e fa vivere l'altra.

[49]) Cfr. EISELE, pag. 92.

[50]) Cfr. APPLETON, pag. 377 seg.

esclusorio di una condizione, da cui dipende l'esistenza o non esistenza della condanna. Del resto pel nostro tema la quistione, posta sulle dichiarazioni teoriche dei giureconsulti, spazierebbe in limiti troppo lati. Noi infatti conosciamo il modo di compensare nei giudizii di buona fede; dobbiamo quindi, per indagare il procedimento possibile al tempo del rescritto di MARCO, restringere l'esame ai giudizii di stretto diritto. Da questi conviene ancora escludere le azioni reali, poichè sino a GIUSTINIANO esse non vennero ammesse alla compensazione [51]). Conviene ancora escludere le azioni personali *ad intentio incerta*, poiche per le medesime non si fa quistione sulla possibilità di tener conto dell'eccezione nella condanna [52]). Ci rimangono le *condictiones* dirette ad una somma certa di denaro ed è qui il punto vivo della quistione.

Se si guarda alla formula della *condictio certi* con inserita una *exceptio doli* (poichè attorno a questa principalmente si restringe la questione fatta in termini astratti, a causa della sua diretta funzione nella compensazione):

Si paret, Nm Nm Ao Ao. C. dare oportere, si in ea re nihil dolo malo Ai A factum sit neque fiat, iudex Nm Ao C. condemna, s n. p. a.,

si vede manifestamente che altra possibilità essa non concede, se non di condannare a cento, ovvero, provata l'*exceptio*, di assolvere completamente..

Ciò non ostante, i sostenitori dell'efficacia diminutiva hanno voluto opporsi a tale conseguenza logica della costruzione della formula. Ecco i tentativi:

1. La formula con *exceptio* inserita contiene una lacuna (DERNB., p. 233 nota 2). Essa prescrive l'azione del giudice pel caso trovi fondata o l'*intentio* sola, o l'*exceptio* sola; non prescrive nulla pel caso che entrambe siano fondate. Dopo MARCO AURELIO si ammise che in questa ipotesi il giudice poteva stimare secondo equità quanto il convenuto dovesse pagare. Ciò non è esatto, poichè anche questo caso, secondo la formula è compreso sotto il *nisi paret*, e conduce quindi all'assoluzione [53]).

2. La formula prescrive al giudice, nel caso trovi fondata l'*exceptio*, di recedere dalla condanna; ma un solo modo vi è di recedere: quello di recedere completamente. Nel concetto è quindi inclusa una parziale deviazione dalla condanna (URBELONDE, p. 124). Però questo ragionamento sforza i termini della formula: essa non prescrive di *recedere* dalla condanna in questo od in quell'altro modo: prescrive di *assolvere*.

3. Un'ultima via [54]) per spiegarsi la *minutio condemnationis* di fronte alla formula della *condictio certi* è stata presa dal DERNBURG (p. 233) col riferirsi ad una più libera interpretazione che i giureconsulti dell'età classica posteriore abbiano dato alla formula medesima in omaggio all'equità. A questa idea possono riferirsi i ragionamenti

---

[51]) Contro la possibilità della diminuzione diretta della condanna negli *arbitria* e nelle *condictiones ex certa re* cfr. PERNICE, *Labeo*, II, 1, pag. 288 segg. 295 segg., APPLETON, pag. 368 segg., dai quali si desume bene lo stato della dottrina in proposito.

[52]) Cfr. APPLETON, pag. 348-349.

[53]) EISELE, pag. 62, APPLETON, pag. 340. È certo che anche una condanna parziale è una condanna. Ora, secondo la formola, condanna non vi deve essere, se non quando è dimostrata vera l'*intentio*, infondata l'*exceptio:* quindi il caso che anche questa sia fondata fa mancare una delle condizioni imprescindibili della condanna la quale per conseguenza non può più seguire.

[54]) L'ACCARIAS, citato dall'APPLETON pag. 340, vorrebbe spiegare la diminuzione della condanna mediante una modificazione della formula. Nulla nei testi prova tale asserzione; e poi è vero quanto a tale riguardo osserva l'APPLETON; che cioè in siffatta ipotesi non è più l'*exceptio*, ma la modificazione della formola che rende possibile la *minutio condemnationis*.

dello STAMPE (§ 24) sulla funzione equitativa dell'*exceptio doli*, che avrebbe servito a porre in consonanza il diritto materiale coi mezzi procedurali imperfetti [55]). Però noi facciamo notare che tali ragioni potrebbero avere un valore, se, sapendo certamente che la *condemnatio in minus* vi fu nel diritto romano, fossimo costretti a spiegarci con una ipotesi la via per cui vi si giungesse, data la formula *stricti iuris*; ma sono una semplice affermazione se quella prova non vien portata.

E la prova è stata tentata dal DERNBURG e suoi seguaci:

1. *Per le exceptiones in factum* [56]). Fuor di quistione sono ormai poste anche dai sostenitori del DERNBURG (Cfr. STAMPE, p. 79) le seguenti leggi:

L. 1 § 3 e L. 2 ad SC. Maced. 14, 6, poichè, come si vede dalle loro iscrizioni, sono tratte da due libri diversi di ULPIANO e messe assieme, così come ora si trovano, dai compilatori; è soltanto apparente quindi la prova che detti testi possano portare per l'efficacia *minuens* dell'eccezione del Senatoconsulto Macedoniano;

L. 9 pr. eod.: perchè essa si riferisce allo stadio *in iure*, e dice soltanto che il pretore nega l'*exceptio Senatusconsulti* al convenuto, se l'attore si limita ad agire per la sola parte del mutuo che corrisponde al valore del pegno (EISELE, p. 76). Di una efficacia qualsiasi dell'eccezione *in iudicio* non è parola nel testo. Infine la chiusa di esso: *usque ad pignoris quantitatem* è fortemente sospetta di interpolazione. Che ULPIANO abbia detto così, per indicare che l'eccezione vien negata per la *quantità del mutuo* corrispondente al valore del pegno? È nota l'abitudine dei compilatori di servirsi del vocabolo *quantitas* ad ogni uso [57]);

L. 15 pr. ad leg. Falcid. 35, 2 di PAPINIANO, perchè anche qui nulla indica che l'attore abbia chiesto l'intero credito, e non la sola parte che il debitore deve prestare per la legge Falcidia.

La controversia si restringe quindi ad una sola delle leggi addotte dal DERNBURG, la L. 17 § 2 ad SC. Vell. 16, 1 (Africanus lib. 4 Quaestion.):

Mulier et Titius, cum in rem communem mutuarentur, eiusdem pecuniae rei facti sunt: non omnimodo mulierem pro parte socii videri intercessisse dicebat, nam si ob eam causam mutuati fuerint, ex qua si creditor pecuniam non dedisset, maius damnum mulier passura fuerat, veluti quod communis insula fulta non esset vel quod fundus communis in publicum committeretur, potius esse, ut senatusconsulto locus non sit. at si in aliquam emptionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam videri; et ideo creditorem partem dumtaxat pecuniae a muliere petere posse: « quod si totum petierit exceptione pro parte submovetur ».

La forza probante di questo passo a favore dell'efficacia *minuens* delle eccezioni dipende dal giudizio che di esso si dà quanto alla sua genuinità. Bene ha sentito il DERNBURG, che la legge presentava delle difficoltà, qualora la si volesse ritenere derivante nella sua forma attuale da AFRICANO, e si è affannato ad eliminarle (p. 213). Tutte le ragioni — e son poche [58]) — addotte per dichiarare genuino il testo, naufragano contro la forma della parte di esso più decisiva. Nell'ultimo suo periodo: *quod si totum*, ecc., la costruzione indiretta, che ha regnato durante tutta la legge, viene d'un

---

[55]) Questa opinione trova il suo estremo nell'asserzione fatta da alcuni autori che l'*exceptio doli* muti il giudizio di stretto diritto in un giudizio di buona fede, nel quale, come è noto, era possibile una condanna parziale. Per amore di brevità rimandiamo, per la confutazione di tale infondata asserzione, all'APPLETON, pag. 322 segg., che diffusamente ne tratta e con mirabile chiarezza.

[56]) Cfr. DERNBURG, § 24.

[57]) Così anche PERNICE, *Labeo* II, 1 pag. 282 nota 2.

[58]) Cfr. PERNICE, pag. 265 nota 2, pag. 266 nota 1; APPLETON, pag. 380 segg.

tratto mutata in una diretta; e questa è appunto la parte che prova per l'efficacia parziale delle eccezioni. Essa è inoltre una inutile parafrasi di ciò che precede: *creditorem partem dumtaxat pecuniae petere posse*, come già osservò lo SCHEURL (p. 188); di modo che sa di giunta manifestamente. Noi la riteniamo con l'EISELR (pag. 72 segg.) ed il PERNICE (loc. cit.) interpolata dai compilatori [59]). Con questa legge cade l'ultimo puntello per l'efficacia *minuens* delle *exceptiones in factum* nei giudizi di stretto diritto.

2. *Per l'exceptio doli* [60]). Dei parecchi testi trovati dal DERNBURG a sostegno della sua opinione sono da eliminare quelli che non riguardano *condictiones certi* (fr. 85 *de leg.* I; fr. 20 *de statulib.* 40, 7; fr. 16 pr.; fr. 88 *ad L. Falc.* 35, 2; fr. 38 *de R. V.* 6, 1; C. 14 *de R. V.* 3, 32): ci conviene limitare quindi l'esame ai seguenti.

a) L. 45 pr. D. *de fideic. libert.* 40, 5 (ULPIANUS):

Si debitor rogatus sit a creditore, ancillam suam pigneratam manumittere, dicendum est fideicommissariam libertatem utiliter relictam a debitore. quid enim interest certa quantitas ab eo relinquatur an fideicommissaria libertas? et sive plus sit in pretio sive minus, cogitur libertatem praestare, si modo semel agnovit voluntatem creditoris. adgnovisse autem sic accipimus, si forte, cum conveniretur ab herede, usus est exceptione, vel alias voluntatem suam ostendit.

Sin qui il testo tratta del caso che un creditore pignoratizio abbia per fedecommesso imposto al debitore la manumissione della schiava pignorata: nel qual fedecommesso è tacitamente contenuta la liberazione dal debito. Ora, se il debitore ha riconosciuto la volontà del creditore, vien costretto a liberare la schiava, qualunque ne sia il valore rispetto al suo debito (*sive plus sit in pretio, sive minus*), cioè a dire, perdendo il di più, se valeva più dell'importo del debito; ma nello stesso tempo è equo dedurre che, anche nel caso la schiava valga meno, non gli possa essere richiesta la differenza tra questo valore e quello del debito, il quale deve intendersi rimesso completamente col fedecommesso [61]). Come esempio di riconoscimento della volontà del creditore dà ULPIANO appunto il caso che l'erede di esso agisca contro il fiduciario, e questi gli opponga una *exceptio doli* relativa, s'intende, alla liberazione già ottenuta secondo il volere del testatore: l'eccezione è quindi totale ed esclusoria dell'attore.

---

[59]) Tra noi il GANDOLFO nella citata memoria § 18 nega l'interpolazione, attribuendo la chiusa del testo, di costruzione diversa, ad AFRICANO. AFRICANO, commentando nelle sue *Quaestiones* GIULIANO, avrebbe corretto il suo maestro, poichè a suo tempo l'efficacia esclusoria delle eccezioni, che vigeva a tempo di GIULIANO, aveva ceduto il posto alla efficacia minuente. Ma l'APPLETON fa giustamente osservare che tra GIULIANO ed AFRICANO non v'è un lasso di tempo tale che renda verisimile una sì profonda mutazione di diritto. Quando AFRICANO scriveva le sue *Quaestiones* (al più tardi sotto ANTONINO PIO, secondo il LENEL, *Paling.*) GIULIANO viveva ancora! E poi AFRICANO è sperabile che non avrebbe corretto GIULIANO in maniera sì banale; ma avrebbe dato notizia del mutamento avvenuto nel diritto.

[60]) Cfr. DERNBURG, pag. 219 segg., STAMPE, pag. 79 segg., GANDOLFO, pag. 149 segg.

[61]) L'APPLETON, pag. 386, bene osserva a questo riguardo che non solo questa è una conseguenza equitativa, ma è il solo caso verosimile. Infatti un testatore che impone per fedecommesso la liberazione di una schiava pignorata deve aver presente che il fedecommesso non sarà accettato, se non quando il debitore vi abbia un tornaconto; cioè quando *minus sit in pretio*, la schiava valga meno dell'importo del debito: altrimenti il debitore non avrà interesse di sorta a liberarla. Attribuire in questo caso ad un testatore la volontà di liberare il debitore soltanto sino alla concorrenza del valore della schiava, dice giustamente l'APPLETON, è una idea veramente bizantina

Invece il testo continua:

nam si conveniatur debitor ab herede creditoris, doli exceptione uti potest in id quod intererit debitoris ancillam suam habere;

il che è in contraddizione con quanto precede, perchè suppone che l'eccezione non possa opporsi per la totale liberazione, ma per la liberazione di quella parte sola del debito che corrisponde al valore della schiava: il resto deve ancora pagarsi all'erede. Ciò dimostra ad evidenza che quest'ultimo periodo è aggiunto dai compilatori, ai quali sembrò necessario esplicare il precedente « *usus est exceptione* ». Il testo non prova quindi per questa ragione a favore dell'efficacia parziale dell'*exceptio doli* [62]. Del resto anche ammesso che il detto passo derivi da Ulpiano, rimane indeciso quale sia l'effetto di questa *exceptio in id quod interest*, poichè il testo non lo dice. Ma la fisonomia stilistica del medesimo non lascia dubbio sulla sua derivazione tribonianea. Ripetiamo qui le osservazioni dell'Eisele. Mentre nel testo antecedente si crede sufficiente dire *ab herede*, qui è aggiunto *creditoris*, che poteva anche tralasciarsi, perchè si intendeva. Non è certo poi bello quel « *debitor* uti potest..... in id quod intererit *debitoris* », dove è anche da notare che nel testo di Ulpiano, salvo all'inizio, il *debitor* è sempre supposto.

Si pongano assieme infine le parole di Ulpiano « *cum conveniretur ab herede. usus est exceptione* » con quelle del secondo passo « *nam si conveniatur debitor ab herede creditoris, doli exceptione uti potest in id*, ecc. », e non si potrà mancare di ammettere che le seconde non sono se non una parafrasi delle prime ed anche fatta senza gusto. Il tutto è poi legato con un *nam* quasi a dare la ragione, il fondamento della decisione anteriore; ed invece si viene a dichiarare l'estensione dell'*exceptio*, mentre il punto di quistione era se l'*exceptio* in genere valesse come riconoscimento della volontà del creditore [63].

b) L. 9 § 1 D. *de cond. c. d.* 12, 4. Anche questa legge, secondo il Pernice (loc. cit. p. 301 *b*), è interpolata nel punto che viene addotto a favore dell'efficacia *minuens* dell'*exceptio doli:*

sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo dumtaxat exceptionem obstare debere quod mulier receptura esset.

Ed è infatti vero che cambia la costruzione d'un tratto da una diretta in una indiretta. Ma, a prescindere da ciò, conviene associarsi all'Eisele quando dice (p. 85 seg.) che il testo può dire tanto che l'eccezione produca una parziale condanna, quanto che produca una restrizione dell'azione: nel passo non è detto altro, se non che l'*exceptio* in parte *obstat:* in che modo si effettui quest'ostacolo non è accennato.

---

[62]) Concordi nell'esegesi del presente testo: Eisele, p. 72 e seg. — Pernice, p. 300 I *a*. — Stampe, p. 79. — Appleton, p. 383 e seg.

[63]) Come riprova della corruzione del testo in discorso valgano due osservazioni. Una è stata fatta dall'Eisele. Lo scoliasta dei Basilici, all'occasione della nostra legge, riporta il testo sino al periodo da noi dichiarato sospetto. Quivi si arresta, e, comprendendo che esso è in contraddizione col rimanente, lo sopprime, sostituendolo con una idea differente, sia poi più felice o meno, non monta (Cfr. *Basil.* 48, 4, 45. — Heimbach, t. IV p. 680, 681). Una seconda appartiene all'Appleton (p. 388 seg.). Quest'autore, servendosi della *Palingenesia* del Lenel, ha visto che il nostro frammento è il seguito di un altro, che ora occupa il posto della L. 77 D. *de legatis* I (30), nella quale si trovano le parole: *nam si conveniatur*, ecc., che formano la parte sospetta del primo. Si tratta di uno di quei casi, in cui i compilatori, nel far le loro aggiunte, ed essendo costretti a servirsi del latino che non era la loro lingua, si servono delle parole trovate nei passi prossimi del giureconsulto da cui escerpiscono il frammento che devono modificare.

Lo stesso è da dire della L. 16 *de d. m. exc.* 44, 4:

Si debitor a furioso delegatus creditori eius solvat, quem compotem mentis esse existimabat, et ita cum eo agitur, exceptione doli in id quod in rem furiosi processit defenditur.

Essa non ci informa d'altro, se non che il debitore delegato, in parte *defenditur doli exceptione*: sulla forma procedurale non è data più precisa notizia; e lo stesso DERNBURG (p. 225) non ne ha potuto trarre altra conseguenza se non che qui l'*exceptio doli* « *tutela il convenuto soltanto per una parte* ».

c) L. 2 C. *de n. num. pec.* 4, 30 (CARACALLA, a. 213):

Minorem pecuniam te accepisse et maiorem cautionem interposuisse si apud eum, qui super ea re cogniturus est, constiterit, nihil ultra quam accepisti cum usuris in stipulatu deductis restituere te iubebit.

Che questa legge espressamente non parli di *exceptio*, non sarebbe motivo sufficiente per negarle forza probante, poichè (DERNB., p. 229) l'*exceptio* deve necessariamente supporsi, essendo impossibile altrimenti far valere nei tempi classici, contro una stipulazione, l'obbiezione che il denaro, contenuto dell'azione, sia stato solo in parte ricevuto effettivamente. Però questa legge non prova per un altro motivo: perchè essa non parla di un ordinario giudizio, ma di una *cognitio*. Se non si vuol dar peso al *cognoscere* che sta nel testo, si dovrà aderire all'osservazione dell'EISELE (pag. 75), che, se si trattasse di un *iudicium*, non potrebbe in un rescritto dell'età classica il *restituere iubere* che ora vi si vede essere stato indifferentemente sostituito al *condemnare* del *iudex*. Si tratta quindi di una *cognitio* del magistrato.

d) L. 43 pr. D. *de pign. act.* 13, 7 (SCAEVOLA):

Locum purum pignori creditori obligavit eique instrumentum emtionis tradidit, et cum eum locum inaedificare vellet, mota sibi controversia a vicino de latitudine quod alias probare non poterat, petit a creditore, ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet: quo non exhibente minorem locum aedificavit atque ita damnum passus est. quaesitum est, an, si creditor pecuniam petat vel pignus vindicet, doli exceptione posita iudex huius damni rationem habere debeat? respondit, si operam non dedisset, ut instrumenti facultate subducta debitor caperetur, posse debitorem pecunia soluta pigneraticia agere: opera autem in eo data tunc et ante pecuniam solutam in id quod interest cum creditore agi.

Rileviamo in maniera speciale questo frammento di SCEVOLA perchè esso è stato ritenuto non solo di gran valore come prova dell'efficacia *minuens* dell'*exceptio doli*, ma è stato dallo STAMPE (p. 62 seg.) riconosciuto come esempio di compensazione operata mediante *exceptio doli*, che conduce a sua volta ad una diminuzione della condanna.

Lo stesso DERNBURG (p. 231 seg.) non vi aveva veduto tanto. Eppure il testo non ha alcuna forza a favore della tesi di questi autori. Il caso da esso fatto è questo. Si domanda a SCEVOLA: Se il possessore di un fondo ipotecato ha sofferto danno, perchè il creditore non gli ha esibiti gli *instrumenta emptionis* consegnatigli quando fu contratto il mutuo, potrà ottenere, *opposita doli mali exceptione*, che il giudice ne abbia ragione? SCEVOLA non risponde, allo stato in cui il testo è attualmente, ma dice che il debitore, pagato il denaro, ha l'*actio pigneraticia* contro il creditore, se la non esibizione degli stromenti è avvenuta per semplice colpa di lui (*si operam non dedisset*); se avvenne per dolo (*opera data*), anche prima di pagare il debito medesimo ha un'*actio doli* per ottenere rifacimento. E l'*exceptio*? di essa non si sa più nulla. Lo STAMPE invero trova che il giureconsulto dichiara questa essere ammissibile nel caso di dolo; trova cioè a dire che SCEVOLA ammette debba il giudice *damni rationem habere*, quando dice potersi dal debitore *et ante pecuniam solutam.... cum creditore agi*. Ma in tal caso questo *agere* non deve prendersi nel senso tecnico che il debitore medesimo possa istituire una azione, ma nel senso di diritto materiale e generico che

egli abbia un diritto di credito (*ein Forderungsrecht sei zuständig*). Però questa esegesi parla da sè contro sè stessa. E così facendo, lo STAMPE vorrebbe provare con la nostra legge che l'*exceptio doli* autorizza il giudice a scomputare dalla domanda un controcredito derivante da danni: tutto il procedimento di compensazione cioè ed il contenuto del rescritto di MARCO AURELIO.

Invece bisogna confessare che la legge nella sua seconda parte si svia dalla domanda contenuta nella prima; o, se una risposta vi si vuol sottintendere, non può essere altra se non quella che SCEVOLA non credeva potesse in una *condictio ex mutuo* introdursi l'esame di contrarii crediti, e voleva fossero rimandati in tutti i casi *ad separatum* (PERNICE, p. 304). Noi del resto siamo convinti che la sconcordanza della legge nelle sue due parti derivi da mano estranea: dal « *respondit* » in poi non merita fiducia. Si osservino le due frasi ultime relative l'una all'altra: 1) *posse debitorem pecunia soluta pigneraticia agere* (costruzione personale); 2) retta dallo stesso *posse: opera data..... cum creditore agi* (costruzione impersonale). Il PERNICE (loc. cit.) infine ha dichiarate sospette le stesse parole « *doli exceptione posita* », e non ci par priva di verità la sua osservazione che, essendo queste parole poste nella parte del testo che contiene la quistione fatta dall'interessato al giureconsulto, sia inverosimile derivino da quest'ultimo, poichè si dovrebbe ammettere che la parte gli avrebbe già da sè indicato il mezzo procedurale, di cui si sarebbe servita per far valere di fronte alla *condictio* il suo controcredito. Ma, anche ammessa la genuinità di queste parole, concesso pure agli avversari che il testo sia comprensibile, corretto, e che il giurista accordi l'*exceptio doli*, si verrebbe al risultato che di fronte ad essa il giudice *damni rationem habere debeat.*

In qual maniera però non si verrebbe mai a sapere (EISELE, pag. 78). *Rationem habere* è una frase troppo generica, e qui inoltre è scelta apposta, perchè doveva servire per indicare l'aver riguardo, calcolo, del danno, tanto per l'*actio ex stipulatu*, che per la *pigneraticia*, entrambe ammesse nella ipotesi fatta. Dopo ciò il testo può eliminarsi dalla quistione perchè insufficiente a qualsiasi prova.

e) Resta un'ultima legge. L. 15 D. *de d. m. exc.* 44, 4 (SCAEVOLA):

Fideiussor evictionis nomine condemnatus id praedium quod evictum est et omnia praestare paratus est, quae iure empti continentur: quaero an agentem emptorem ex causa iudicati exceptione doli mali summovere potest, respondit exceptionem quidem opponere posse, iudicem autem aestimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat.

È il solo STAMPE (p. 82) quegli che ha voluto vedere in questa legge un esempio di *exceptio doli* con effetto diminutivo.

Di ciò però non è parola nel passo; chè anzi vi si dà come facoltativa l'opposizione dell'*exceptio* e quasi non se ne trae conseguenza; ma si rimette all'arbitrio del giudice di trovare il modo con cui l'attore resti assicurato dei danni patiti. Il DERNBURG medesimo (p. 183 e seg.) ha riconosciuto che qui si tratta di una totale assoluzione (*summovere*); ed ha spiegato come ciò si mettesse d'accordo col rifacimento di danno dicendo che il giudice emanava una disposizione interlocutoria relativa a questo rifacimento e dopo ciò assolveva il convenuto. Però questa esegesi è fondata sull'interpretazione della parola *aestimare* nel senso di *far la stima:* la stima del danno sarebbe il contenuto della sentenza interlocutoria. Ma è possibile spiegare così una frase come quella del testo « iudex aestimaturum UT *statisfiat* » ? Se questo *aestimaturum ut* non è di mano compilatoria, qui non lo si può interpretare se non nel senso generale di *giudicare, interporre il suo arbitrio* [64]).

[64]) Ugualmente PERNICE, p. 303 seg.

Il vero è che sulla forma procedurale con cui il giudice perveniva al soddisfacimento dell'attore, quanto al danno patito, nel testo nulla ci vien tramandato; e non è lontana l'ipotesi che tutto quello che a ciò si riferiva sia stato soppresso: e di fatti era inutile pel processo ordinario giustinianeo. A ciò ne induce anche quel modo indifferente di trattare l'*exceptio doli,* che per un giureconsulto classico ci sembra impossibile [65]).

Dopo i ragionamenti sin qui fatti, può dirsi fallito il tentativo del DERNBURG e sua scuola di dimostrare positivamente con le fonti l'efficacia *minuens* delle eccezioni. Ma v'è di più. — Esistono incontrastabilmente dei testi, oltre quelli generali innanzi addotti, nei quali è ignota questa efficacia e si giunge per altra via al risultato equo di attribuire all'attore meno di quanto ha richiesto.

Prescindendo dai testi di PROCULO (L. 17 § 4 D. *de inst. a.* 14, 3) e GIULIANO (L. 47 D. *ad leg. Aquil.* 9, 2) che non conoscono diminuzione di condanna — poichè pel tempo di questi giureconsulti non si fa molta quistione [66]) — si hanno i seguenti passi di giuristi dell'età classica posteriore, dimostranti che il diritto non si mutò col tempo:

a) L. 27 § 5 *de pact.* 2, 14 (PAULUS):

Si cum decem mihi deberes, pepigero, ne a te viginti petam, in decem prodesse tibi pacti conventi vel doli exceptionem placet. item si cum viginti deberes, pepigerim, ne decem petam, efficeretur per exceptionem mihi opponendam, ut tantum reliqua decem exigere debeam.

Il PERNICE invero (p. 298) crede che il secondo periodo, per la sua andatura impacciata e perchè cambia d'un tratto la costruzione in congiuntivo, sia tocco dai compilatori. L'interpolazione richiederebbe però una più fondata dimostrazione. Tal qual'è il testo prova a meraviglia che di fronte all'*exceptio* l'attore era costretto a restringere la sua domanda (*exigere debeam*) [67]).

b) L. 2 § 7 *de dol. m. exc.* 44, 4 (ULPIANUS):

Item quaeritur: si statuliberum mercatus quis fuerit iussum decem dare, cum hoc ignoraret, et duplam stipulatus fuerit, deinde (decem acceperit) evicto eo in libertatem agere ex duplae stipulatione potest, sed nisi decem, quae implendae condicionis causa acceperit, deduxerit, exceptione summovendus erit: et haec ita Iulianus quoque scripsit.

---

[65]) L'APPLETON (p. 375 nota 1), appoggiandosi alle osservazioni del LENEL, *Paling.* II p. 314, ritiene il testo interpolato, non solo dove quell'autore il credeva, ma anche nell'ultima frase: *iudicem autem aestimaturum ut pro damnis emptori satisfiat;* ciò perchè la frase *iudicem aestimaturum* è segnalata siccome favorita dei compilatori.

[66]) L'APPLETON aggiunge: L. 34 § 1 D. *de auro arg.* 34, 2. POMPONIUS, lib. 9 *ad Q. Mucium;* cfr. op. cit. p. 357 e seg.

[67]) Cfr. EISELE, p. 87. — LO STAMPE, p. 82, non nega in fondo che il nostro testo dica che l'attore è costretto *in iure* a restringere la sua domanda di fronte all'eccezione; ma nega che esso provi contro il sistema dell'efficacia parziale dell'eccezione stessa; poichè, anche dopo l'introduzione di questa, i danni che minacciavano l'attore medesimo (perdita della *poena restipulationis,* azione di calunnia), spesso lo avranno costretto a limitare la sua domanda *in iure,* quando riconosceva fondata l'*exceptio.* Peccato però che il testo non consenta vi si introducano tante limitazioni: *efficeretur ut..... debeam* indica un diretto costringimento dell'attore in base all'eccezione. Più arbitrario è il GANDOLFO, il quale (p. 179) dice che la fine del testo non sta ad indicare un momento procedurale, ma afferma soltanto che il risultato finale, di fronte alla

Il MOMMSEN ed il PERNICE (p. 298 nota 7) dichiarano un glossema le parole entro parentesi; e difatti mantenendovele il senso non corre. Così è strano l'*item quaeritur* senza che poi si faccia una quistione: invece si enuncia una decisione positiva. Del resto il testo è prova certa che di fronte all'*exceptio doli* nell'*actio ex stipulatu*, se l'attore non restringeva la domanda in conformità dell'*exceptio* era completamente respinto (*summovendus erit*) [68]).

c) L. 9 § 1 D. *Si*, q. *caut.* 2, 11 (ULPIANUS):

Si plurium servorum nomine iudicio sistendi (l. vadimonii) causa una stipulatione promittatur, poenam quidem integram committi, licet unius status non sit. Labeo ait, quia verum sit omnes status non esse, verum si pro rata unius offeratur poena, exceptione doli usurum eum, qui ex hac stipulatione convenitur.

Qui abbiamo riportata una sentenza di LABEONE, il quale riteneva che, nel caso di una penale promessa complessivamente per la comparizione in giudizio di una pluralità di schiavi, la penale stessa si commetteva interamente, anche se un solo non fosse presentato, perchè formalmente era vero che non s'erano presentati tutti. Ma, siccome qui era patente l'intenzione delle parti di far maturare la penale per la rata competente a ciascuno dei servi non presentati, l'attore agisce con dolo se la chiede tutta. Qui sarebbe stato facile, dando all'*exceptio doli efficacia minuens*, autorizzare il giudice a condannare soltanto in parte il convenuto. No; se questi offre la parte di pena relativa al servo assente, l'attore deve ridurre le sue pretese, altrimenti egli vien completamente respinto. Il testo che abbiamo riportato è tanto più interessante poi, perchè vi si scorge come ULPIANO tratti qual diritto ancor pratico ai suoi tempi quello che vigeva al tempo di LABEONE [69]).

E per tutti e tre i passi precedenti vale una osservazione del PERNICE (loc. cit.), che cioè essi hanno tanta più importanza contro l'efficacia *minuens* dell'*exceptio doli* in quanto trattano di casi nei quali la somma da dedurre dalla domanda per via della eccezione era certa e fissata [70]).

Il fatto che l'*exceptio doli* non possa avere nei giudizi di stretto diritto (*condictiones certi*) una efficacia parziale è, come fu osservato, un decisivo argomento contro la teoria del DERNBURG. Ma si potrebbe ancor giungere all'estremo di ammettere che questa efficacia, esclusa di regola, fosse vera eccezionalmente per l'*exceptio doli* opposta allo scopo della compensazione. Conviene a tal riguardo esaminare alcuni testi nei quali il DERNBURG vuol riconoscere una compensazione effettuata mediante *exceptio doli* e con diminuzione di condanna.

---

eccezione, è che io ottenga dieci. Ma ciò è far violenza al significato naturale dell'*exigere*.

[68]) Ciò è stato in fondo ammesso anche dai seguaci dell'efficacia parziale delle eccezioni; ma si è voluta spiegare la soluzione del testo facendo vedere che nel caso speciale era soltanto possibile l'esclusione totale dell'attore. DERNBURG, pag. 217 e seg. — URBELOHDE, p. 136 nota 33. — GANDOLFO, p. 177 segg. Noi possiamo fare a meno di dilungarci sulla presente quistione rimandando all'APPLETON, p. 363 seg., che ha confutato l'opinione su esposta.

[69]) Dobbiamo al PERNICE, *Labeo* p. 299 seg., questi ragionamenti.

[70]) L'APPLETON ha fatto notare un altro testo, che anch'esso porta un contributo alla teoria dell'efficacia totalmente esclusoria; la L. 50 D. *de solutionib.* 46, 3 (PAULUS, lib. 10 *ad Sabinum*): *Si cum aurum tibi promiserim, ignoranti quasi aurum aes solverim, non liberabor. Sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci. Petentem tamen te aurum exceptione submovebo si non reddas aes quod accepisti.*

a) Anzitutto egli (p. 198) crede potersi riferire alla L. 173 § 3 *de R. I.* 50, 17 ripetuta nella L. 8 *de dol. mal. exc.* 44, 4 (ambedue tratte dal l. 6 *ad Plautium* di PAOLO) in cui è contenuto il famoso motto:

dolo facit qui petit quod redditurus est,

motto che dalla maggior parte degli autori è posto a base giustificativa dell'intero istituto della compensazione. È chiaro però che, se anche tale frammento si riferisse alla compensazione, quasi a darne il suo fondamento giuridico, potrebbe servire a prova che la compensazione stessa si effettuava mediante *exceptio doli*, ma non servirebbe a darci notizia dell'efficacia di tale *exceptio* e del procedimento relativo, poichè non ne parla affatto. A prescindere poi da ciò, è certo che PAOLO ha espresso la massima suddetta in occasione dell'azione dotale [71]). Lo stesso DERNBURG lo ha riconosciuto [72]); ma ciò non ostante crede che PAOLO abbia accennato ad ogni genere di compensazione per la forma generale data alla massima. Tale affermazione però è arbitraria.

Lo stesso deve dirsi della L. 23 *sol. matr.* 24, 3 (DERNB., p. 197). Noi non sappiamo se essa tratti di compensazione o di ritenzione: la forza probante vien data dal DERNBURG al testo col metterlo in relazione con la L. 22 precedente che è di ULPIANO. Però questo ravvicinamento è opera dei compilatori, e per la storia non può avere importanza; noi non conosciamo il caso trattato da PAOLO: certo si riferiva a rapporti riguardanti la dote.

b) Bisogna pure rinunziare alla L. 4 § 8 *dol. mal. exc.* 44, 4 di ULPIANO:

Item quaeritur, si uniones tibi pignori dedero, et convenerit ut soluta pecunia redderentur, et hi uniones culpa tua perierint et pecuniam petas, extat Nervae et Atilicini sententia dicentium ita esse excipiendum: « si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddantur ». sed est verius exceptionem doli mali nocere debere.

Il DERNBURG (p. 177) dice che con la perdita della cosa nasce nel debitore un diritto a risarcimento, per opporre il quale in compensazione gli vien concessa da NERVA ed ATILICINO una *exceptio in factum*, da ULPIANO una *exceptio doli*. Questa opinione però è insostenibile. Non perchè, come vogliono l'EISELE, p. 96, 97 e lo STAMPE, p. 89, nel testo originariamente si parlasse di fiducia ed al suo luogo sia interpolato *pignus*, nel qual caso, essendo al momento del danno la fiducia in proprietà del creditore, non si può parlare di diritto a risarcimento da parte del debitore, ma di semplice diritto alla restituzione. Il riferimento alla fiducia è escluso dal fatto che nel testo si tratta di *res nec mancipi* per le quali non era in uso [73]). Il DERNBURG ha torto perchè nel testo non si parla affatto di compensazione (*exceptio pacti*), ma di una *exceptio* data a scopo di ritenzione. È un esempio della funzione generale dell'*exceptio doli* [74]).

---

[71]) Cfr. L. 44 D. *sol. matr.* 24, 3. — PAOLO, del resto, nel l. 6 *ad Pl.* trattava specialmente di quest'azione.

[72]) Loc. cit.; confronta riguardo a questo passo BRINZ, pag. 46 segg. — UBBELOHDE, p. 222 segg. — PERNICE, p. 308. Anche nella L. 8 cit. il seguito del passo dimostra come sia falso dare alla norma in quistione una portata generale: essa si riferisce al caso in cui un erede chiede un pagamento senza voler tenere conto di un legato di liberazione; commette dolo a chiedere ciò che poi dovrà restituire. Ciò non ha nulla che fare con la compensazione.

[73]) L'osservazione è del PERNICE, *Labeo* II, 1 p. 244 nota 1.

[74]) Giusto è poi quanto osserva l'APPLETON, p. 308, che, essendo nel nostro testo citata una sentenza di NERVA ed ATILICINO, non può esso riferirsi alla compensazione,

c) Rimane la L. 8 § 1 *ratam rem* di VENULEIO, attorno alla quale disparate sono le opinioni. Ecco il testo:

Si procurator a debitore pecuniam exegerit et satisdederit dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit et litem amiserit, committi stipulationem, et si procurator eandem pecuniam domino sine iudice solverit condicturum. sed cum debitor ex stipulatu agere coeperit, potest dici dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptione adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet.

Negano forza probante a questa legge nella nostra quistione l'UBBELOHDE (pag. 216 e segg.) e l'EISELE (pagine 93, 94), la sostengono il DERNBURG (p. 193 segg.) e lo STAMPE (p. 90-92).

Il certo si è che tutti gli autori sopra citati hanno dovuto riconoscere che il testo medesimo, qualora vi si voglia intendere un caso di compensazione, presenta una difficoltà. Il primo a rilevarla è stato l'UBBELOHDE, cui si associa l'EISELE. La difficoltà è questa. Per intendere che nella legge citata si tratti di compensazione si deve ammettere che il *dominus*, dopo che la stipulazione cauzionale fatta dal procuratore è commessa, assumendo le parti di quest'ultimo come *defensor*, opponga in compensazione il *debitum* naturale che è rimasto a suo vantaggio dopo la perdita da lui patita dell'antecedente processo. Ora, dato ciò, mentre questo debito e l'altro derivante dalla *cautio* data dal procuratore sono compensabili per tutti gli altri riguardi, da un lato la compensazione sarebbe irregolare, cioè per la reciprocità delle obbligazioni, dal momento che il *dominus* oppone un credito suo ad una obbligazione del suo *procurator*.

Invano il DERNBURG (p. 195) tenta sottrarsi all'obbiezione dicendo che il *dominus*, col divenire *defensor* del suo procuratore, fa sua la costui obbligazione, poichè ciò avveniva secondo le teorie romane solo con la *litis contestatio*, ed invece la compensazione opponendosi mediante *exceptio in iure*, doveva avere tutti i requisiti prima della *litis contestatio*.

Un'altra via ha preso lo STAMPE (loc. cit.) per giustificare la fede ch'egli presta al testo. Egli dice: Nulla di strano che VENULEIO abbia ammesso una compensazione, senza la necessaria reciprocità dei crediti, perchè questa a suo tempo non era una regola esente da controversie, tanto vero che PAOLO ancora nella L. 23 h. t. sente il bisogno di farla rilevare. Ci troviamo però di fronte ad uno dei ragionamenti purtroppo soliti, pei quali si viene a delle illazioni affrettate. Anzitutto, anche se PAOLO nella citata L. 23 avesse enunciato in termini generali e sostenuto con energia la regola della reciprocità dei crediti, si dovrebbe andare adagio ad ammettere una controversia di giureconsulti che non è attestata da alcun passo delle fonti. Poi PAOLO nel testo suddetto non fa che decidere una caso speciale d'*applicazione* di quella regola: non è concesso a chi è convenuto dal tutore per debito verso il pupillo opporre in compensazione un debito proprio del tutore medesimo. Quindi è anche meno lecito inferirne la controversia voluta dallo STAMPE: anzi, se una deduzione si può trarre dal passo citato, è che esso suppone la regola e non la mette in dubbio.

Anche la legge in quistione deve, dopo i ragionamenti fatti, eliminarsi dal novero di quelle che parlano di compensazione mediante *exceptio doli*, e con la medesima cade l'ultimo appoggio per la teoria del DERNBURG, per quanto riguarda le fonti classiche dirette.

---

poichè noi ben sappiamo che al tempo di quei giureconsulti si poteva compensare nei giudizii di buona fede, soltanto pei crediti derivanti *ex eadem causa*, e nei casi dell'argentario e del *bonorum emptor*.

La teoria degli autori appartenenti a questo primo gruppo deve quindi assolutamente respingersi.

§ 3.

II) Un secondo gruppo ben riconoscibile anch'esso per fondamentale comunanza di idee è quello formato dal BRINZ, dallo SCHEURL e dall'EISELE. Essi sono, come si è visto, fautori dell'opinione che esclude ogni efficacia *minuens* delle eccezioni nei giudizii di stretto diritto, ed hanno quindi ricercato per quale mezzo indiretto si pervenisse alla compensazione dopo il rescritto di MARCO AURELIO.

a) Il BRINZ a vero dire ha cominciato col mettersi in una posizione negativa di fronte al rescritto, e lo ha distrutto. Egli (pag. 45 seg.), partendo dai testi che fanno avvenire la compensazione *ipso iure*, si è deciso per la regola che nel diritto romano classico dell'epoca più avanzata non si compensò *per exceptionem*. È ben vero che nella L. 2 h. t. di GIULIANO l'autore vide una *exceptio doli*, ma questo testo è piuttosto l'indizio del decadere che non del sorgere di tale sistema (BRINZ, p. 83). Quanto al rescritto, è indubitato che nel passo delle Istituzioni si parli di una *exceptio doli*, e che questa intervenga in uno *stricti iuris iudicium*, ma quello che è incerto è il senso della parola *compensatio*.

Il compilatore delle Istituzioni aveva dinanzi a sè la L. ult. C. h. t. di GIUSTINIANO. Ora in questa costituzione — come si scorge dal fatto che vi si fa parola di compensazione nelle *actiones in rem* — è certamente avvenuta una confusione dei rimedii della compensazione e della ritenzione, che vengono indicati con la stessa parola *compensatio:* di modo che il compilatore ha chiamato *compensatio* ciò che al tempo di MARCO non poteva così denominarsi, e che nel suo rescritto sarà stato diversamente indicato. E che questo sia la *retentio* lo dimostra il seguito del testo delle Istituzioni dove è detto che GIUSTINIANO estese « *easdem compensationes* » di cui parla il rescritto. Detto testo quindi non merita fede. Invece è da sostenere che nei tempi dopo GIULIANO e prima di PAOLO divenne diritto comune l'*agere cum compensatione*, che era prima diritto eccezionale per gli argentarii, la stessa idea che vedemmo fu tolta a prestito dall'EISELE pel diritto anteriore a MARCO AURELIO. La prova di questa estensione si ha principalmente in un testo di PAOLO *R. S.* II, 5 § 3 ove è detto, che colui, il quale istituisce un'*actio stricti iuris* senza aver riguardo ad un controcredito compensabile del convenuto, *plus petendo causa cadit*. La *plus petitio re* non può essere effetto di una eccezione; nè può derivare dall'opporre che il convenuto faccia del suo controcredito *in iudicio*, poichè, anche questo sia dimostrato esistente, non può sostenersi che l'attore, perseguendo il suo credito, abbia chiesto di più del dovere. L'unico modo con cui si può giungere ad una *pluspetitio* è l'ammettere che già *in iure*, su domanda del convenuto, l'attore sia costretto ad aver riguardo al controcredito, e che questo nella formula sia indicato come sottraendo in maniera astratta, di modo che l'attore medesimo chieda come residuo quanto effettivamente creda gli competa di più. Allora si intende che questo residuo, a seconda che il controcredito sottraendo si rinvenga maggiore o minore, muti di livello, e possa, nel caso sia stato posto troppo alto, dar luogo alla *pluspetitio*. E tutto questo procedimento, se si rammenta quanto si è detto per gli argentarii, è essenzialmente quello dell'*actio cum compensatione*.

In tal modo vien fatta ragione ai testi che vogliono la compensazione avvenga *ipso iure*, giacchè questo formalmente sta in contrapposto a tutto ciò che vale *ope exceptionis;* ed appunto l'*agere cum compensatione* esclude ogni *exceptio* (BRINZ, pagina 89).

Il procedere del BRINZ verso il testo delle Istituzioni, che ci narra del rescritto di MARCO AURELIO, è sembrato a tutti ingiustificato. Anzitutto è stata riconosciuta generalmente inesatta l'osservazione su cui tutto il ragionamento, da lui fatto per demolire il rescritto, si basa: che cioè GIUSTINIANO abbia nella L. ult. C. h. t. compenetrati i rimedii della compensazione e della ritenzione. L'essere la prima ammessa nelle azioni reali non è una ragione bastante per sostenerla confusa con la *retentio;* poichè vedemmo nella parte dommatica come anche in queste azioni sia ammissibile una vera e propria compensazione. Nel testo di GIUSTINIANO non vi è poi il minimo cenno della compenetrazione dei due istituti, voluta dal BRINZ, e questi ha dovuto sostenere che nella legge manca un preludio che originariamente vi era, o spiegava quel che fosse da intendere sotto il nome di *compensatio*. Tutto ciò però è arbitrario. L'opinione del BRINZ naufraga poi completamente di fronte alla storia, dappoichè conduce ad ammettere che MARCO AURELIO pel primo introdusse la *retentio* mediante *exceptio doli* (V. il testo delle Istituzioni), mèntre è certo che anche prima la si trova dove l'equità la richiede. Cfr. L. 60 D. *de legat.* I (IULIANUS); L. 8 D. *de vino trit.* 33, 6 (POMPONIUS) e ARNDTS, *Pand.* § 264 nota 7, DERNBURG, pag. 188 seg., VANGEROW, III § 618 not. 1 num. II, 2, IV, UBBELOHDE, p. 169 seg. Spoglia però di tale esagerazione, l'idea del BRINZ, che l'*agere cum compensatione,* ristretto prima a casi speciali, sia stato esteso nell'età classica migliore ai rapporti ordinarii di compensazione, è sembrata geniale, perchè conforme al graduale svolgimento del diritto Romano. Non poteva mancare quindi chi tentasse porla d'accordo coll'innovazione, dalle Istituzioni attribuita al rescritto di MARCO AURELIO.

b) Lo SCHEURL infatti (p. 162), pur associandosi all'idea del BRINZ, accetta il testo delle Istituzioni e l'*exceptio doli* in esso contenuta. Però questa *exceptio* non deve prendersi in senso formale, come *pars formulae*, ma in senso materiale. Il convenuto in forza del suo controcredito, oppone il dolo dell'attore *in iure* prima della compilazione della formula, ed il pretore, in base a tale obiezione, non inserisce una *exceptio doli* nella formula medesima, ma costringe l'attore con la minaccia della *denegatio actionis* ad agire rispettivamente *cum compensatione* o *cum deductione*, a seconda che l'*intentio* è diretta ad un *certum* o ad un *incertum*. Indizio sicuro che tale fosse lo stato del diritto dopo MARCO AURELIO è per lo SCHEURL il passo delle *Receptae Sententiae* di PAOLO più sopra citato. Qui conviene considerarlo più da vicino. Ecco le sue parole:

Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur: velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera huiusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes: si totum petis plus petendo causa cadis.

In questo frammento però si riscontra una difficoltà; ed è quella che l'omissione della *deductio* produca un *causa cadere* per *pluspetitio;* il che è escluso da GAIO (IV, 68). Per conseguenza lo SCHEURL crede che mentre *compensare* nel testo in quistione debba intendersi in senso tecnico di *agere cum compensatione*, invece *deducere* si debba spiegare nel senso comune di dedurre. La sentenza di PAOLO direbbe: L'attore deve o *facere compensationem* (dato il credito di XX M ed il controcredito di X M con la *intentio: si paret* Nm Ae X M d. o. *amplius quam* As *N*o *debet*), o sottrarre da sè (*deducere*) il controcredito e intendere in base al semplice saldo (si p. X M d. o.); ma non può intendere: *si paret* XX M d. o. *amplius*, ecc. senza *causa cadere*. E questo sarebbe ciò che PAOLO dice *totum petere*. Una formula diretta all'intero credito, senza clausola compensativa, vien negata all'attore.

c) Allo SCHEURL si associa in parte l'EISELE (§ 10), in parte se ne distacca. Prendendo cioè le mosse dal passo di PAOLO, anch'egli vede nel *compensare vel deducere debes*, un riferimento patente all'*agere cum compensatione* o *cum deductione* nel

senso tecnico della frase, e con lo SCHEURL ammette che vi si perveniva, mediante l'opporre che il convenuto faceva *in iure* di una *exceptio doli*, *exceptio* che non veniva inserita nella formula.

Quanto però all'efficacia di tale eccezione, l'EISELE si distacca dal suo predecessore. Per lo SCHEURL essa portava sempre alla *denegatio* della formula pura, e quindi ad un vero costringimento ad agire *cum compensatione*. L'EISELE invece fa notare che il testo di PAOLO, dicendo « *si totum petis* », ammette la possibilità che l'attore si neghi ad agire in base alla formula modificata, ed istituisca l'azione pura per l'intero suo credito, senza aver riguardo al controcredito del convenuto. Lo SCHEURL inoltre che, data l'obbligatorietà della formula modificata, deve intendere il « *si totum petis* » nel senso che questo può chiedersi, ma sempre come *amplius*, è costretto dal conseguente *causa cadere* a dar senso tecnico al *compensare*, non tecnico al *deducere*, per il quale non quadra la *pluspetitio*. Ciò però mal si addice ad una sentenza del medesimo giureconsulto. E di più non si intenderebbe perchè PAOLO parli di *causa cadere* nel solo caso che si chieda come *amplius* l'intero credito, mentre è noto che tale conseguenza si aveva in qualsiasi caso si chiedesse più del dovere.

Escluso che il pretore denegava incondizionatamente l'*actio pura*, e visto come perciò l'attore potesse ostinarsi a chiedere tutto e a non volere una formula modificata, l'EISELE vede in ciò il difetto capitale di quel diritto ordinario di far uso dell'*actio cum compensatione* che egli fa risalire al tempo di GAIO. A tale difetto ha posto rimedio il rescritto di MARCO AURELIO, il quale non ha quindi una portata tanto estesa quanto farebbero credere le Istituzioni giustinianee; ma non fa che risolvere il quesito: autorizzare il giudice ad aver riguardo ai controcredito del convenuto, anche se l'attore vi si neghi del tutto. L'*exceptio doli*, opposta *in iure* e non inserita nella formula, non può essere il mezzo procedurale adatto a tale scopo; perciò convien dire che il giudice riceve questa autorizzazione direttamente dal rescritto.

In qual forma tale facoltà venisse impartita non sappiamo dalle fonti, ma si può fare una fondata ipotesi. Il rescritto, nel caso l'attore agisse con formula pura per l'intero, imponeva al giudice di considerare questa somma come se fosse stata chiesta quale saldo con una *formula cum compensatione*, il che conduceva alla *pluspetitio*; non però *cum deductione* perchè in tal caso il pericolo non si comprenderebbe. In altri termini l'attore doveva o *agere cum compensatione* o *agere cum deductione* secondo i casi: se si ostinava a chiedere il tutto, questo era (anche se si trattava di rapporti relativi alla *deductio*) considerato come un *amplius* di un'*actio cum compentione* e produceva il *causa cadere*. L'ipotesi fatta spiega meglio di ogni altra il testo di PAOLO perchè da un lato non infirma col *causa cadere* la *deductio*, e dall'altro spiega perchè il giureconsulto tratti solo della decadenza nel caso si agisca per l'intero; ciò deriva dal fatto che per gli altri casi di compensazione era già diritto esistente mentre pei casi di *deductio* non se ne poteva far parola.

Anche TEOFILO non osta all'ipotesi fatta, poichè egli in fondo altro non dice se non che, opposta l'eccezione, è dato al giudice agio (χώρα) di ammettere la compensazione; e se poi esemplifica tal regola con un caso in cui il giudice condanna al residuo, è perchè ha presente solo il caso in cui l'attore agisca *cum deductione* ovvero ponga esattamente nella sua *intentio* come saldo quanto gli compete oltre il controcredito del convenuto: ai casi che il saldo sia posto male, ovvero si istituisca l'azione per l'intero credito, ed alla conseguente decadenza per *pluspetitio*, non ha voluto aver riguardo, perchè non poteva farlo senza penetrare addentro nella natura dell'*actio cum compensatione*, ormai diritto storico, e per lui senza importanza. L'ipotesi infine corrisponde meglio alla notizia data dalle Istituzioni di GIUSTINIANO: *sed et in stricti iudiciis ex rescripto divi Marci compensatio inducebatur*, poichè prima, secondo l'EISELE, esisteva sì l'*actio cum compensatione* o *cum deductione* qual diritto ordinario,

ma doveva la compensazione effettuarsi *in iure;* e soltanto dopo il rescritto di MARCO AURELIO si potè venire alla compensazione anche addirittura *in iudicio.* Del rimanente il rescritto non ha toccato il carattere degli *stricti iuris iudicia,* poichè il giudice anche ora non può che, o condannare il convenuto, od assolverlo completamente: la possibilità di una condanna parziale non è data, se non nel caso si agisca *cum deductione.*

L'importanza nondimeno del rescritto per lo sviluppo del diritto di compensazione è ancora rilevante, e consiste in ciò, che anche in un *iudicium purum* viene prestata la possibilità di sottrarre da un credito un controcredito.

Gli autori appartenenti al secondo gruppo, oltre alla sentenza di PAOLO, citano in comune appoggio della loro opinione la L. 4 D. h. t. e la L. 21 *eodem* appartenenti al medesimo giureconsulto. L'EISELE poi apporta altri testi che in seguito discuteremo.

Come la teoria del gruppo DERNBURG e sua scuola, anche il complesso delle teorie del BRINZ, dello SCHEURL e dell'EISELE può riguardarsi da un doppio punto di vista: in quanto cioè questi autori determinano l'importanza storica del rescritto, ed in quanto descrivono il procedimento che, secondo essi, era quello ordinario per la compensazione nei giudizii di stretto diritto dopo MARCO AURELIO.

a) Sotto il primo riguardo ci sembrano insostenibili tutte tre le opinioni di questi autori.

Prescindendo dalla opinione negativa del BRINZ, di cui fu già avanti dimostrata l'assoluta insussistenza, quelle dello SCHEURL e dell'EISELE cadono per logica conseguenza della insussistenza delle altre che essi nutrivano circa lo stato del diritto di compensazione prima del rescritto.

Lo SCHEURL infatti (pag. 165), siccome ammette la preesistenza di un diritto ordinario di compensazione mediante *exceptio doli,* pone l'importanza storica del rescritto in ciò che esso fa avvenire la compensazione per via di diritto, mentre prima, di fronte all'*exceptio,* il convenuto, se non voleva perdere tutta la lite, doveva concludere un negozio volontario coll'attore per l'estinzione delle *concurrentes quantitates.* Falsa essendo come s'è visto la premessa, falsa è la conseguenza. Per la stessa ragione cade anche l'affermazione dell'EISELE. Egli, che sosteneva l'*agere cum compensatione* fosse divenuto diritto comune anche prima del rescritto, è stato costretto a vedere in questo una riforma dei difetti della procedura anteriore, e ravvicinando con arditezza il testo delle *Receptae Sententiae* di PAOLO al rescritto medesimo, ne ha visto tutto il contenuto nel « *si totum petis* ». Il rescritto quindi avrebbe provveduto al caso che l'attore si fosse ostinato a chiedere l'intero con formula pura. Ma tutta questa costruzione appare opera di fantasia, quando si pensa che, pei risultati antecedentemente ottenuti, non esiste l'*agere cum compensatione* anteriore al rescritto, quale diritto ordinario. E del resto, prescindendo dall'esegesi del testo di PAOLO, è già *prima fronte* un arbitrio ammettere, come fa l'EISELE senza discussione, che in questo piccolo frammento, a caso conservato, vi sia un diretto riferimento al rescritto, anzi vi sia rassunto tutto il diritto di compensazione dei tempi classici posteriori. È notevole poi come l'EISELE abbia dovuto lottare con le fonti senza voler loro negare autorità. Se il diritto di *agere cum compensatione* e *cum deductione* era diventato normale nei giudizii *stricti iuris* prima di MARCO AURELIO, non si intende perchè le Istituzioni ne attribuiscano a questo imperatore la prima introduzione.

Noi abbiamo veduto che al testo delle Istituzioni convien prestar fede, ma con cautela, perchè è certo derivante dai compilatori. L'EISELE invece, il quale (p. 102) ritiene bisogni a priori crederlo esatto, è costretto dal contenuto da lui dato al rescritto ad interpretare la parola *iudicium* in senso stretto, come stadio del processo. Ma ciò si chiama forzare i testi a parlare per la propria opinione; ed è certo che colui, il quale

scrisse nelle Istituzioni che la compensazione fu dopo il rescritto ammessa anche *in stricti iudiciis*, si riferì in genere alla categoria dei giudizii, e non volle affatto accennare che allora soltanto si potè farla valere anche *in iudicio*, quando l'attore si ostinava ad agire con formula pura.

Ed è strano infine il modo con cui l'EISELE si spaccia di TEOFILO. A quest'antecessore egli presta fede, poichè questi « possedeva completo il materiale storico relativo alla nostra quistione, e lo intendeva altresì » (EISELE, p. 102). Ma se ciò è, sarebbe per lo meno strano, che, per darci un esempio dell'innovazione introdotta da MARCO AURELIO, e stando da un punto di vista prettamente storico, avesse omesso quello che, secondo l'EISELE, formava l'unico contenuto del rescritto: il caso del *totum petere* con la conseguente *pluspetitio*; ed invece ci abbia dato un esempio di diminuzione di condanna.

b) Per quanto poi si riferisce al procedimento compensativo, che valse dopo il rescritto, esso, secondo i tre autori di cui ci occupiamo, è l'*agere cum compensatione* e *cum deductione*, al quale si perveniva mediante una *exceptio doli* opposta e non inserita nella formula. Bisogna esaminare se questo procedimento trovi appoggio nei testi.

Prima di passare alla esegesi di questi, vogliamo osservare che il procedimento del diritto antico che si è voluto generalizzare, urta contro un principio di naturale equità. Ci sembra cioè indiscutibile che, se l'*agere cum compensatione* era adatto per gli argentarii, sarebbe invece stato un procedimento rude e disadatto per la compensazione ordinaria. L'argentario era, come sappiamo, obbligato a tenere dei libri, ove erano segnate tutte le partite di credito e le partite di debito: era quindi cosa spiegabile si volesse presumere in lui l'esatta conoscenza delle quantità costituenti i controcrediti dei suoi clienti, e lo si volesse obbligare, a prezzo della decadenza per *pluspetitio*, a dedurre dalla sua domanda quanto a quelli spettava. Ma non si comprende con uguale facilità, come si potesse pretendere che in un giudizio ordinario l'attore dovesse conoscere così bene un controcredito compensabile opposto dal convenuto, sia nella sua quantità, che nel suo fondamento giuridico, da costringerlo *in iure*, ed in tutti i casi, a dedurlo nella sua domanda con tanta precisione da correr pericolo, *si plus petierit nummo uno*, di decadere dalla lite. Si pensi al caso, ad es., che a colui il quale agisce, il convenuto opponga un credito compensabile, peso di una eredità dal primo acquistata senza avere di esso notizia. Il diritto romano inoltre vuole che l'attore conosca il fondamento della sua domanda, e spinge la sua pretesa sino a stabilire che un *plus petere* anche minimo gli noccia; ma non nega al convenuto di contestare in buona fede la domanda dell'attore e senza pericolo. Nel caso della compensazione invece, l'attore, che pure è, di fronte all'avversario che oppone un controcredito, nella posizione medesima di un convenuto, sarebbe stato costretto, nel caso che non avesse potuto anche per le migliori ragioni adattarsi alla controdomanda, ad opporvisi in una maniera pericolosa: avrebbe cioè dovuto non tener conto della parte che contesta nello stabilire il saldo della formula *cum compensatione*, e se il giudice avesse poi trovato tale contestazione, benchè fatta in buona fede, eccessiva, anche di una minima quantità, e quindi di tanto eccessivo il saldo portato dalla formula, avrebbe dovuto decadere dalla lite per *pluspetitio*, perdendo anche quello che effettivamente gli spettava. Ora tutto questo formalismo non si può sottintendere, ma dovrebbe essere appoggiato da testi espressi, e gli autori che sostengono l'*agere cum compensatione*, come presto vedremo, non ne possono citare. Una osservazione poi ci sembra decisiva; ed è che i Romani, mentre per l'argentario stabilirono l'*agere cum compensatione* con tutti i suoi pericoli, al *bonorum emptor* non imposero se non l'*agere cum deductione*, forma più mite e scevra di pericolo; ciò certamente perchè comprendevano che questi non poteva avere sì esatta conoscenza dei rapporti in cui era entrato in

seguito alla *bonorum venditio*, da dedurre esattamente nella *intentio* i controcrediti compensabili.

Ora il diritto romano classico avrebbe disconosciuto tale necessità ed imposto a tutti l'*agere cum compensatione* ed i suoi pericoli? Non ci sembra possibile.

Tutto del resto deve dipendere dall'esame delle fonti relative al tempo di cui ci occupiamo.

Come sappiamo, il gruppo BRINZ-SCHEURL-EISELE adduce i seguenti testi:

L. 4, L. 21 D. h. t. di PAOLO e II, 5 § 3 delle sue *Rec. Sent.*

L'EISELE poi aggiunge ancora di suo i seguenti:

L. 18 § 1 D. h. t. di PAPINIANO;

L. 5 C. h. t. (ALEXANDER *a.* 229);

L. 46 § 5 D. *de iure fisci* 49, 14 di ERMOGENIANO;

L'*interpretatio* visigota alla sentenza di PAOLO citata.

1. Nella L. 4 cit. l'accenno all'*agere cum compensatione* si avrebbe nella frase «*cum totum peto a reo male peto*» che ricorda il «*si totum petas, plus petendo causa cadis*» della sentenza di PAOLO medesimo, più avanti commentata nel senso dei citati autori. Lo STAMPE pel primo però [75]) ha osservato che, a considerarlo bene nella sua costruzione logica, il testo non può, senza privarlo di correttezza, essere inteso nel senso voluto dalla teoria che esaminiamo. Infatti, nella prima parte di esso è detto che il *fideiussore* è debitore, soltanto nei limiti medesimi del suo garantito, *ex omni contractu;* poi, a maggiore esplicazione, si dice che ciò avviene per lo stesso motivo, per cui in via principale, qualora *totum peto a reo, male peto.* Ora, mentre con la prima frase il giureconsulto pare voglia trattare della posizione del fideiussore in genere, di fronte al diritto di compensare senza distinzione di giudizii, con la seconda dimostra di avere innanzi alla mente il caso di uno *stricti iuris iudicium*, nel quale soltanto si può parlare di *pluspetitio;* nè questo passaggio è fatto nel testo con alcun anello medio che lo spieghi.

Lo STAMPE (loc. cit.) per questa ragione si è deciso a negare al *male peto* significato tecnico, sostenendo che significhi soltanto *chiedo a torto* e non valga come indizio di una decadenza per *pluspetitio:* di modo che il testo non varrebbe più a prova dell'esistenza di un procedimento ordinario di compensazione, nel quale l'attore dovesse egli stesso nella domanda dedurre l'importo del controcredito oppostogli. A noi non sembra persuasiva la soluzione data dal citato autore. *Male peto* per sua stessa confessione ha un ordinario senso tecnico-procedurale, che sottintende lo *strictum iudicium* e la conseguente *pluspetitio.* Perciò, quantunque alcun testo vi sia che usi la stessa frase in senso non tecnico (lo STAMPE non ne cita del resto che uno: L. 4 C. *fin reg.* 3, 39), ha sempre dell'arbitrario intenderlo in questo secondo significato eccezionale, se necessarie ragioni non lo impongono. E qui tali ragioni non esistono, poichè, secondo noi, al testo può rivendicarsi la correttezza logica senza toccare il valore tecnico del *male petere.* Cioè a dire, ci sembra che il linguaggio di PAOLO, il quale parla dei diritti del *fideiussore ex omni contractu,* e li fonda su un *male petere* del creditore, sia una prova sicura che il giureconsulto avea dinanzi agli occhi una data categoria di persone per le quali ogni contratto portava ad uno *strictum iudicium* e ad una possibile *pluspetitio.* E queste persone erano gli argentarii: per essi poteva benissimo PAOLO parlare di un *male petere* che sorgesse da un'azione istituita pel tutto *ex omni contractu,* perchè sappiamo che dai contratti degli argentarii sorgeva un'*actio stricti iuris.* Il senso quindi del passo di PAOLO è questo: che l'argentario deve *agere cum compensatione* tanto contro il suo debitore diretto negli affari riguardanti la sua azienda, quanto

---

[5]) Cfr. p. 20: altre critiche in UBBELOHDE, p. 148 e segg.

contro il *fideiussore* di lui. Questa interpretazione a noi sembra si presenti logica, perchè corrisponde alla logica del testo, non arbitraria, perchè gli ridà la logica senza introdurre nelle sue parole significati oscillanti.

Naturalmente ogni traccia di riferimento agli argentarii è stata soppressa dai compilatori, dai quali, come vedremo in seguito, il testo fu anche in altro riguardo interpolato, ed ai quali certo si deve la frase *cum totum peto a reo male peto*, in prima persona, mentre PAOLO doveva parlare in terza persona citando l'argentario. Il risultato poi è che il passo nulla serve per la teoria dell'*agere cum compensatione* come diritto ordinario dopo MARCO AURELIO, dal momento che si riferisce solo agli argentarii: senza di che lo si dovrebbe accusare di inconseguenza [76].

2. Passando alla L. 21 h. t. la prova che essa fornisce alla teoria dell'*agere cum compensatione* sta in ciò, che vi è detto il *procurator absentis* non abbia bisogno di prestare la *cautio de rato*, poichè « *nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur* », nella qual frase si vedrebbe un accenno ad una diminuzione della domanda, fatta già *in iure* dall'attore, la caratteristica dell'*actio cum compensatione*. Però, per dare un giudizio preciso su questo passo, bisogna distinguere le due ipotesi; che lo si ritenga genuino, ovvero interpolato dai compilatori. Se si nutre la prima opinione, che è quella accettata dal BRINZ e dallo SCHEURL, il passo è inservibile a sostegno della loro teorica, poichè nella prima parte: « posteaquam placuit *inter omnes* .... ipso iure compensari » parla in forma generale, di modo che non v'è ragione di restringere l'applicazione a giudizii di stretto diritto. E se così è, è impossibile che nell'*ab initio minus ab eo petitur* vi sia un accenno all'*actio cum compensatione*, poichè si dovrebbe allora ammettere che anche nei *bonae fidei iudicia* avvenisse la limitazione forzata della domanda *in iure:* il che non sussiste [77]. Inoltre, allo stato in cui è, questa legge suppone, come vedremo, l'estinzione delle quantità concorrenti con la semplice coesistenza, giacchè altrimenti non si spiegherebbe come il *procurator*, disponendo d'un credito del suo autore, non debba *cavere de rato* [78]; e quindi non suffraga la teoria dell'*agere cum compensatione*. Se invece si fa la prima ipotesi, che, come in

---

[76] Anche l'APPLETON, p. 140 e seg., riferisce ora il nostro testo alla compensazione degli argentarii e lo ritiene quindi interpolato. Come noi crede sia stato soppresso il riferimento a questi banchieri nella seconda parte del testo, che fu così rifatta in prima persona. Ma inoltre egli afferma siano state intercalate nella prima parte del passo le parole *ex omni contractu*, che avrebbero servito a generalizzarlo; poichè NERAZIO e POMPONIO, parlando di giudizii di stretto diritto, come dimostra l'accenno seguente alla *pluspetitio*, non le avrebbero potuto dire, dal momento che al tempo loro nei giudizii suddetti la compensazione non era ammessa in tutti i contratti, ma in alcuni casi speciali soltanto. Noi facciamo notare però che abbiamo appunto da lottare con autori che sostengono essere falsa questa opinione: onde l'APPLETON potrebbe esser tacciato di non dare altra ragione dell'interpolazione se non la propria opinione circa lo stato del diritto al tempo dei citati giureconsulti. Prescindendo però anche da questa (e noi l'abbiamo, come s'è visto, trovata esatta) il passo di PAOLO si deve riferire, in base ai ragionamenti fatti nel testo, agli argentarii, anche senza ritenere interpolate le parole *ex omni contractu*. È una prova di più contro gli oppsitori che lo ammettono da questo lato genuino.

[77] V. UBBELOHDE, p. 164 e l'EISELE, p. 163 contro il tentativo del BEKKER, *Akt.* II, 357 di riferire il nostro testo appunto a speciali giudizii di buona fede con formula diretta ad un *amplius* come quella dell'argentario. È però una mera fantasia.

[78] Vedi STAMPE, pag. 69 e seg. (contro EISELE), ed il seguito della presente dissertazione.

seguito pure vedremo, è la vera: essere cioè il nostro testo interpolato dai compilatori, nella prima parte, e se ne tolga l'intera frase iniziale: *posteaquam placuit inter omnes ipso iure compensari;* il riferimento di esso all'*actio cum compensatione* non è privo di fondamento. Però la quistione non è esaurita; perchè il punto più importante sta nel vedere, se il testo, pur riferendosi a questa forma procedurale, possa servire a prova della generalizzazione di essa al tempo di PAOLO. L'EISELE è di quest'ultimo parere (p. 161, 165 segg.). Egli sostiene che nella L. 21 in quistione vi sia una conferma dell'interpretazione da lui data alla L. 2 D. h. t., ammettendo che prima di MARCO AURELIO il convenuto, qualora l'attore non voleva diminuire nella sua *intentio* la domanda, poteva ottenere la compensazione, solo se dichiarava di voler da sua parte *agere cum compensatione.* Ma in tal caso, se era *procurator absentis,* doveva *cavere de rato*, perchè faceva da attore, ed in siffatta qualità soltanto secondo GAIO, IV, 98, deve il procuratore prestare la *cautio de rato.*

Dopo MARCO AURELIO questa dichiarazione non era più necessaria, ma l'*intentio,* anche se fatta per l'intero, valeva come diretta ad un *amplius.* Ed è ciò che PAOLO vuol dire, affermando che il *procurator nihil compensat.*

Questa opinione però è introdotta con violenza nel nostro testo. Pur prescindendo dalla falsa interpretazione data dall'EISELE alla L. 2 D. h. t., nel passo di PAOLO è presupposto che il *procurator,* non solo se agisce, ch'è certo il caso principale, debba prestar cautione, ma se anche in genere dispone di una obbligazione competente al *dominus* in maniera che possa a causa della non *ratihabitio* di questo nascerne un danno per l'altra parte; in ispecie anche se oppone un credito in compensazione (arg. a contr. da..... *quia nihil compensat*). Ma oltre a ciò l'EISELE, per giungere alla sua costruzione, deve intendere *quia nihil compensat* in senso di *quia nihil — cum compensatione agit,* cioè non ha più bisogno il *procurator* di andare avanti con un'azione per ottenere la compensazione; e, siccome il *nihil* non quadra con questa nuova dizione, egli è costretto ad ammettere una nuova corruzione del testo per mano dei compilatori. Così facendo, non ha esaurito la lotta col testo, poichè dobbiamo avergli ancora fede che nelle parole *ab initio* si debba intendere il contrapposto: «senza che il procuratore abbia bisogno di chiedere per sè l'*actio cum compensatione* [79]). E vi abbia fede chi vuole.

Secondo noi il testo di PAOLO, privo della prima proposizione che certo appartiene ai compilatori, si riferisce all'*actio cum compensatione* degli argentarii. Quivi solo è vero che il procuratore *nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur,* poichè solo l'argentario era costretto a proporre la sua azione deducendo i controcrediti nella sua *intentio,* anche senza richiesta del convenuto, cosicchè un *procurator absentis* di fronte a lui si trovava sì proceduralmente, che materialmente, per riguardo alla disposizione dei crediti del *dominus,* in una posizione del tutto passiva, e non doveva certo *cavere de rato* per ciò che non gli era richiesto. Un non lieve cenno che ci indirizza verso questa interpretazione sta nella frase: *ab initio minus ab eo petitur* dove è impossibile non sentire la frase di GAIO, IV, 64: *ab initio comp. facta, minus intendat* (*argentarius*) *sibi dare oportere* [80]).

---

[79]) Si consideri poi che, secondo l'EISELE, il diritto romano dopo il rescritto era venuto a stabilire che se l'attore chiedeva il tutto senza aver riguardo al controcredito del convenuto, la sua domanda era dal giudice considerata come un *amplius* rispetto al detto controcredito, ma la formula non ne portava cenno: il giudice era autorizzato dal rescritto. Sarebbe curioso però che PAOLO, avendo presente anche questo caso (il suo testo non fa restrizioni), avesse detto che al *procurator* vien sempre chiesto *minus.* Ciò non sarebbe vero nè materialmente, nè formalmente perchè la formula non contiene l'*amplius*, solito negli altri casi.

[80]) D'uguale opinione si mostra ora l'APPLETON, p. 124 seg.

Si potrà opporre contro il riferimento delle LL. 4 e 21 ora commentate, che è inverosimile esse si riferiscano agli argentarii, quando PAOLO, loro autore, scriveva dopo emanato il rescritto di MARCO AURELIO, che avea fatto della compensazione un diritto comune.

A prescindere però dal fatto che non è fuor di dubbio il rescritto abbia portato una modificazione profonda e subitanea nell'istituto della compensazione, a noi non sembra quel riferimento inverosimile. La povertà estrema delle fonti in materia di compensazione ce ne è un argomento non lieve. Dovendo cioè escludere che i giureconsulti romani non se ne siano occupati, non rimane, a spiegare come tanto poco si trovi accolto nei Digesti, se non la fondata congettura che i commenti di costoro fossero in massima parte rivolti ad istituti, morti al tempo di GIUSTINIANO, come quello dell'*actio cum compensatione* degli argentarii: di modo che i compilatori poco ne hanno potuto escerpire; tutto quello cioè che si prestava ad essere generalizzato. E tali sono appunto i due testi citati, in cui si parla in generale della posizione del *procurator* e del *fideiussor* di fronte alla compensazione; anzi, secondo noi, la generalizzazione di testi riferentisi a speciali istituti è stato il procedimento di interpolazione predominante nel titolo *de compensationibus* dei Digesti [81]).

3. Il più importante appoggio della opinione di cui trattiamo è la sentenza di PAOLO II, 5, 3. Abbiamo più sopra veduto, come su di essa sia costruita tutta questa teorica.

I sostenitori della medesima partono dal principio che il testo di PAOLO sia stato a noi tramandato nella sua forma pura dai compilatori del breviario alariciano. Ma, anche ammesso ciò abbiamo veduto come poi regni la discordia nel campo nemico per la sua interpretazione. L'EISELE polemizza contro lo SCHEURL per sostenere che tanto *compensare*, quanto *deducere* debbano intendersi in senso tecnico di *agere cum compensatione*, *agere cum deductione*, ma per salvarsi dinanzi alla decadenza per *pluspetitio*, che non quadrerebbe con l'*agere cum deductione*, e poichè il testo deve per lui rendere tutto il contenuto del rescritto di MARCO AURELIO, è costretto a rifare questo rescritto di sana pianta nella maniera da noi veduta: lo SCHEURL invece, appunto per la difficoltà della *pluspetitio*, ha preso altra via: il *compensare* è usato in senso tecnico di *agere cum compensatione*, il *deducere* invece no: il BRINZ infine, che non ammette una generalizzazione dell'*actio cum deductione*, vuole che appunto il *deducere* del testo sia tecnico, e valga ad indicare l'*actio cum compensatione* come forma giudiziale, mentre il *compensare* si riferirebbe ad un consiglio di compensare contrattualmente.

Ora tutte queste interpretazioni hanno di comune il carattere di essere perfettamente arbitrarie; arbitrarie tanto più in quanto operano su un testo del quale è impossibile fidarsi. Esso ci è stato tramandato nel breviario alariciano, e non rappresenta che un riassunto della sentenza di PAOLO È già stato osservato da lungo tempo che questo passo non si adatta più al procedimento formulare, o, come dice il PERNICE (*Labeo*, II, 1 p. 281), « non lo conosce più ». E la presenza della parola *compensare*, e più che altro quella *deducere*, ci mostrano che originariamente il testo doveva parlare dell'*actio cum compensatione* e *cum deductione* degli argentarii e del *bonorum emptor*.

I compilatori del breviario hanno soppresso tutto ciò che si riferiva alle formule

---

[81]) V. l'interpretazione anteriormente fatta della L. 2 D. h. t., 10 § 3 *eod.*, 4 *eod.* La cosa resulterà anche meglio quando studieremo di proposito il rifacimento dei testi portanti l'*ipso iure compensari*. V. intanto PERNICE, *Labeo* II, 1 p. 306 nota 1 ed APPLETON, *passim*.

di queste azioni speciali, lasciando sussistere la *pluspetitio* che a loro tempo ancora era un istituto vigente. Con ciò si spiega la presenza di questa, in relazione al *deducere;* cosa che Paolo non avrebbe potuto mai dire. Pei Visigoti il *deducere* non poteva più avere l'antico significato e le antiche particolarità formulari, e poteva quindi ben coesistere con la *pluris petitio.*

Il riferimento del nostro testo ai casi dell'argentario e del *bonorum emptor* si trova anzitutto in Bethmann-Hollweg, pag. 285: contrastato invano dal Dernburg e dall'Eisele (v. quest'autore p. 103 e seg.) è ora risorto col Lenel, *Ed. perp.* pag. 202, e con l'Appleton, p. 309 segg. num. 14 (Rimandiamo a quest'autore per una più diffusa trattazione del nostro testo). Quanto all'idea dello Stampe (p. 93) il quale sostiene che il passo di Paolo sia stato mutato dai compilatori visigoti, nel senso che fu sostituito il *plus petendo causa cadis,* ad un' *exceptione summoveris* o *exceptio nocet,* che prima vi si trovava, noi osserviamo che tale opinione è figlia del preconcetto che il testo in quistione debba per forza riferirsi al diritto introdotto dal rescritto, e tra l'altro ha bisogno di venire ausiliata dalla arbitraria premessa che *compensare* e *deducere,* anche in bocca a Paolo, non abbiano potuto avere significato tecnico, ma quello ordinario, altrimenti si cade nella solita stretta di non poter spiegare una *pluspetitio* in materia di *deductio.*

4. Ecco il testo in ultimo degli altri quattro frammenti citati dall'Eisele in suo favore:

L. 18 § 1 D. h. t. (Papin., libro 3 *respons.*): *creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor eius pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare.*

L. 44 § 5 D. *de iure fisci* 49, 14 (Hermog. l. 6 *iuris epitomarum*): *ut debitoribus fisci quod fiscus debet compensetur, saepe constitutum est.*

Interpretatio alla sentenza di Paolo citata: *si quis debeat alicui solidos decem, et illi qui debet de quacunque ratione debeantur a creditore suo solidi quinque, et veniat creditor, et totos decem solidos a debitore petat, si probaverit ille debitor, sibi ab eo quinque solidos deberi, quare illum in solidum pro totis decem solidis convenit, causam perdit, qui noluit debitum compensare.*

L. 5 C. h. t. (Alexander, a. 229): *etiam si fideicommissum tibi ex eius bonis deberi constat, cui debuisse te minorem quantitatem dicis, aequitas compensationis usurarum excludit computationem, petitio autem eius quod amplius tibi deberi probaveris sola relinquitur.*

Ma questi testi, qualunque possa essere l'originario loro riferimento, come ben si vede al solo leggerli, non provano nulla in favore dell'Eisele, poichè, o decidono una quistione relativa al diritto materiale di compensazione, come i primi due (la l. 18 cit. stabilisce che i controcrediti devono essere vicendevoli; la L. 46 che è ammessa compensazione anche pei debitori del fisco); o ci dànno, come l'*interpretatio,* una conseguenza procedurale del diniego infondato di compensare; ma non parlano affatto del procedimento giudiziale della compensazione.

La l. 5 cit. poi non tratta che la quistione, se contro un fedecommesso è accordata compensazione, e se quivi pure ha luogo l'arrestarsi del decorso delle usure, ma non dice affatto come avvenga proceduralmente la compensazione: se poi si vuol sostenere che nell'ultima frase sia da vedere un accenno ad una restrizione processuale della domanda e non il risultato materiale dell'ammissibilità della compensazione; ciò, come tanti altri testi che a critica del Dernburg abbiamo addotti, non proverebbe se non che l'attore doveva *in iure* limitare le sue pretese, ma non porta come conseguenza necessaria l'*agere cum compensatione.*

Dopo il fin qui detto conviene asserire che questa forma procedurale, la quale da noi era già stata trovata disadatta agli scopi della ordinaria compensazione dal punto

di vista dell'equità, non trova appoggio neppure nelle dichiarazioni delle fonti; chè anzi vi si trova contraddetta la sua estensione ai rapporti comuni dal fatto che, ovunque essa è supposta, i testi sono da riferirsi agli istituti peculiari altrove da noi trattati. A ciò deve aggiungersi ancora una osservazione che si dirige specialmente contro l'Eisele. Egli, con la sua teorica del rescritto, giustifica la sua opposizione alla scuola del Dernburg colla pretesa di evitare le difficoltà procedurali che questa causava con l'attribuire *efficacia minuens* alle eccezioni nei giudizi di stretto diritto. Ma non può vantarsi di averle eliminate. Egli infatti non ha saputo che farsi dell'*exceptio doli* di cui parlano le Istituzioni giustinianee. Tanto valeva essere ardito col Brinz, che la ha eliminata dal campo della compensazione. Egli invece la mantiene nel caso tipico, secondo lui, del rescritto: che cioè l'attore chieda il tutto con formula pura. Ma allora, chiediamo noi, come faceva il giudice ad averne notizia, per poter considerare questo intero come un *amplius* di una formula *cum compensatione*? L'Eisele (p. 111) dice: Egli era autorizzato a ciò direttamente dal rescritto. Prescindendo però dalla completa gratuità di questa assersione, resta sempre a domandare: a che serviva allora l'*exceptio doli* opposta *in iure*? Essa, appunto nel caso del rescritto, rimaneva completamente oziosa. E, come ben osserva l'Appleton, si ha pure, seguendo il parere dell'Eisele, una stranezza che è poco consona con l'età classica in cui fioriva il processo formulare; cioè a dire si vede un giudice che si mette in tasca una formula pura che riceve dal Pretore e tratta l'azione in base ad altri principii che non quelli nella medesima contenuti.

§ 4.

III. Ripigliamo ora un punto, più innanzi ad arte tralasciato: il giudizio sulla parte sostanziale delle opinioni sinora svolte. Abbiam veduto che tanto la scuola del Dernburg, quanto quella che ammette l'estensione, per via del rescritto di Marco Aurelio, dell'*actio cum compensatione* e *cum deductione* ai rapporti ordinarii, attribuiscono al rescritto ora accennato una importanza somma nello svolgimento dell'istituto della compensazione. Esse, cioè a dire, ammettono che il rescritto contenesse una innovazione legislativa di ordine generale: si concretasse poi questa nell'una o nell'altra forma procedurale è controverso. Il più modesto a tale riguardo è l'Eisele che attribuisce al rescritto, come vedemmo, solo lo scopo di regolare quel caso singolo in cui l'attore, nonostante che il convenuto avesse opposto un controcredito in compensazione, si ostinasse a chiedere il tutto con formula pura. Ma anche qui egli finisce per affermare che il rescritto, in questo ambito limitato, abbia ordinato un procedimento generale e di massima.

Conseguenza di questa opinione comune è stato che la quistione circa il rescritto ha avuto un carattere unilaterale: ha gravitato cioè esclusivamente sulla parte procedurale; che del resto rimane sempre essenzialissima, anzi decisiva.

Oggi invece il Pernice nella sua 2.ª ediz. del *Labeo* e l'Appleton nel suo libro sulla compensazione, hanno affrontato il problema anche dal lato legislativo. Ed entrambi si trovano d'accordo a negare che il rescritto di Marco Aurelio abbia potuto avere l'importanza che sinora gli si è attribuita, di modificare profondamente in via generale e legislativa il diritto di compensazione, sia nella sua parte sostanziale (estensione ai rapporti comuni), sia nella sua parte formale (metodo procedurale di compensare).

Gli argomenti che si fanno valere in proposito sono i seguenti:

1. Il carattere generale dei rescritti. — Il Pernice [82]) fa notare che un rescritto di

[82]) Op. cit. p 307

solito non costituiva una innovazione legislativa, ma non era se non la risoluzione di un caso speciale, sottoposto alla sanzione dell'Imperatore. Un rescritto può essere tutt'al più imitato nella sua decisione; ed in tal modo può, in base al medesimo, venirsi a formare un ordine generale di cose; una pratica normale. Marco Aurelio non avrebbe mai, nel tempo in cui visse, stabilito, di sua iniziativa e senz'altro, una nuova forma di compensare negli *stricti iuris iudicia*, poichè questa sarebbe stata un'invasione nelle competenze del pretore, e quell'Imperatore non se la sarebbe permessa senza l'aiuto del Senato.

Anche l'Appleton (p. 274 seg.), dopo aver riportato l'esposizione del Krüger sul carattere dei rescritti nell'età classica [83]), conclude (*sub* 5) che il rescritto di Marco Aurelio non potè costituire una innovazione legislativa ben determinata, ma certo decise una quistione concreta: si limitò cioè a dichiarare ammissibile l'*exceptio doli* per arrivare ad una compensazione in un caso in cui si trattava di un giudizio di stretto diritto.

2. Come è noto, le Istituzioni Giustinianee, nel darci notizia dell'introduzione della compensazione nei giudizii di stretto diritto, si esprimono, dicendo che in questi « *ex rescripto divi Marci compensatio inducebatur* ». Questa frase, per quanto oscurissima in tutto il resto, e così magra da non potersene far conto alcuno per indovinare il procedimento relativo alla compensazione, ci dà almeno questa notizia di sicuro: che cioè il rescritto non fu un atto legislativo di carattere generale, poichè il suo senso chiaro è che la compensazione venne gradatamente introdotta (*inducebatur*) nei giudizii anzidetti *in base al rescritto del divo Marco;* essa accenna cioè ad una pratica formatasi in conseguenza alla decisione contenuta nel rescritto.

3. Non vi è alcuna traccia del rescritto nei testi delle Pandette e del Codice, relativi alla compensazione. Questa, secondo noi, è l'osservazione più interessante, e mediante la quale la scienza si è aperto il varco alle ipotesi più probabili circa l'importanza della costituzione Aureliana.

Gioverà una rapida rivista dei testi. Anzitutto il Digesto.

Le LL. 1 e 3 per la loro forma generale e teoretica non possono essere addotte a sostegno di alcuna forma procedurale.

La L. 3 poi deriva dal libro 25° *ad Sabinum* di Pomponio, scritto sotto Adriano e prima quindi di Marco Aurelio: Pomponio non conosceva certo il rescritto.

Per le Leggi 2, 4, 21 abbiamo veduto come nelle medesime si parlasse originariamente della compensazione degli argentarii [84]), e come esse debbano l'attuale loro forma generale alla mano dei compilatori giustinianei.

Le Leggi 5 ed 8 derivano da Gaio, lib. 9 *ad Ed. provinciale.* Al tempo di questo giureconsulto abbiam visto che la compensazione era ristretta ai casi dell'argentario e del *bonorum emptor*, e nei giudizi di buona fede ai crediti derivanti *ex eadem causa.* Le nostre leggi non possono quindi riferirsi ad una compensazione mediante *exceptio doli.* Anche la loro iscrizione prova ciò. Secondo il Lenel [85]) la formula *cum compensatione* trovavasi sotto il titolo *de rebus creditis*, comprendente le *condictiones*, il *commodato* ed il *pegno.* Ora Gaio nel lib. 9 *ad Ed. prov.* trattava appunto *de rebus creditis*, e quindi vi dovè trattare della compensazione degli argentarii. Ecco perchè generalmente, e con tutta probabilità di esattezza, i testi di cui ci occupiamo vengono

---

[83]) Cfr. Krüger, *Geschichte der Quellen* p. 97 seg.

[84]) Il Pernice, p. 306 nota 1, riferisce la L. 2 alla fideiussione, forse basandosi sulla rubrica sotto la quale il Lenel l'ha messa nella sua *Palingenesia.*

[85]) *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, 1883 p. 112 e seguenti, *Edictum Perpetuum*, pag. 202.

riferiti ai casi della compensazione degli argentarii [86]). Non è ammissibile poi potessero riferirsi alla compensazione nei giudizii di buona fede, poichè la loro forma non si adatta al requisito dell'*eadem causa*. Certo infine non si riferivano alla *deductio* perchè Gaio ne parlava certamente nel lib. 24 ove trattava della *venditio bonorum*. Per la L. 8 questo riferimento è escluso dal fatto che non può neanche ammettersi che quivi *compensatio* sia interpolato al luogo di *deductio*, poichè Gaio non avrebbe scritto mai *in deductionem..... deducitur*.

Sono parimenti da riferirsi alla compensazione dell'*argentarius*: — La L. 15 di Giavoleno che fiorì circa un secolo prima di Marco Aurelio. È escluso possa riferirsi a giudizii di buona fede, perchè vi si tratta di una stipulazione; è escluso si rapporti alla *deductio*, perchè il testo suppone che l'azione è intentata a profitto di colui stesso cui è nata [87]), mentre il *bonorum emptor* agisce in base a crediti trovati nel patrimonio del creditore. — L. 18 di Papiniano, poichè essa è tratta dal libro III dei *Responsi* nel quale, secondo le ricerche del Lenel [88]), il giureconsulto trattava *de rebus creditis*, pegno, ecc., materie fra le quali, come s'è visto, figurava l'*actio oum compensatione*, secondo l'ordine dell'editto. E Papiniano nei primi 12 libri dei *Responsi* seguiva l'ordine dell'editto. — L. 22 di Scaevola, lib. II *Quaest.* Questo passo merita essere studiato [89]): *Si debeas decem aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio huius debiti admittitur, si adversarius palam dixisset utrum voluisset.* Il testo nell'attuale forma dice una puerilità, poichè è naturale che allora soltanto il creditore, che ha la scelta, potrà opporre il suo credito in compensazione, quando lo avrà scelto. L'Eisele ha anche osservato giustamente che la mano dei compilatori è qui anche indicata da quel *palam dixisset*. Non vi è nulla di più certo che, se il creditore sceglie e tiene il segreto sulla scelta, nessuna conseguenza si potrà trarre da questa. Il *palam* occupa forse il posto di « *in iure* » che fu soppresso dai compilatori, perchè al loro tempo non esisteva più la distinzione tra *ius* e *iudicium*. Si osservi anche come non sia corretto il *voluisset* per la conseguenza dei tempi. L'Eisele dice che il testo originariamente affermava che la compensazione era soltanto ammessa se il creditore si fosse deciso per il denaro. La fine del testo diceva: *si adversarius in iure dixisset pecuniam velle*. In tal caso la nostra legge è da riferire agli argentarii, poichè questi sono tenuti soltanto a compensare *ex pari specie*. — La L. 7 di Ulpiano, lib. 28 *ad Ed.* Nel lib. 27 Ulpiano trattava dell'*actio de eo quod certo loco* e *de constituta pecunia*, nel lib. 28 del *commodato* e del *pegno*; poi passava all'*actio institoria*: onde il caso dell'*actio cum compensatione* doveva dal giureconsulto esser trattato, con la massima probabilità nel secondo di detti libri per seguir l'ordine già accennato dall'editto pretorio. Il *principium* della nostra legge poi s'adatta mirabilmente alla compensazione degli argentarii, perchè da Gaio, IV, 67 conosciamo che nella loro azione speciale erano esclusi i crediti non scaduti, i quali invece erano ammessi nella *deductio*. Anche le parole del testo di Ulpiano concordano con quelle del citato paragrafo di Gaio. Non così sicuro è il riferimento del § 1 del testo di Ulpiano alla *compensatio* degli argentarii, ma ad ogni modo esso si riferirebbe al comodato od al pegno, cioè a giudizii di buona fede [90]).

---

86) Appleton, p. 110, 136-137. Anche Stampe, pag. 42 seg. — Lenel, *Palingen.* Gaio, p. 211 nota 2. — Pernice, loc. cit.

87) Appleton, p. 143. Agli argentarii lo riferisce anche Stampe, p. 42.

88) *Paling.* Papinianus, 445 e segg.

89) Confronta per quel che segue Eisele, pagina 321 nota 48. — Appleton, pagina 153.

90) Su questa legge cfr. Appleton, p. 134, 135. A giudizi di buona fede la riferisce il Pernice, loc. cit.

Alla *deductio* del *bonorum emptor* noi già sappiamo che si riferivano le Leggi 10 e 13. Il LENEL crede che anche la L. 14 di GIAVOLENO (libro 15 *ex Cassio*) si riferisca alla *venditio bonorum* e sotto questa rubrica pone il testo suddetto nella sua *Palingenesia*, annotando che ritiene GIAVOLENO abbia scritto *deductio*, ove ora è detto *compensatio* [91]).

A giudizii di buona fede si riferisce la L. 9 di PAOLO, perchè tratta di società. Ed uguale relazione deve essere affermata per la L. 11. Questa legge, appartenendo per il libro da cui è tratta (32° *ad Ed.*) alla serie sabiniana, mentre ora apparisce dopo la L. 10 di ULPIANO che è la prima della serie edittale, è stata spostata dai compilatori. Il suo posto era dopo la L. 9 di PAOLO, e quindi l'*idem*, che ne è l'iscrizione, si riferisce a PAOLO e non ad ULPIANO, come l'attuale posizione farebbe credere. L'errore è dimostrato anche dal fatto che la L. 11 sarebbe tratta, se fosse di ULPIANO, da un libro antecedente a quello da cui deriva la L. 10. Ma in tal caso sarebbe una anomalia la sua collocazione dopo la detta L. 10. I compilatori del Digesto seguono normalmente nell'escerpire l'ordine dei libri. Un segno esteriore si ha anche nel fatto che l'iscrizione della L. 11 e quella della L. 9 combinano (lib. 32.° *ad Ed.*). Infine ULPIANO nel lib. 32.° *ad Ed.* trattava della vendita e locazione; onde se la L. 11 derivasse da lui non si comprende come nella medesima si parli di due che reciprocamente si debbono del danaro [92]).

Dato che la L. 11 derivi da PAOLO, essa si riferisce come la L. 9 al contratto di società e riguarda quindi giudizii di buona fede.

Il LENEL nella sua *Palingenesia* rimanda alla L. 9 cit., trattando della L. 6 di ULPIANO. Tale opinione è dimostrata vera dal fatto che nel libro 30 *ad Sabinum*, da cui la legge è tratta, ULPIANO parla della società. Anche questa legge dunque si riferiva a giudizi di buona fede ed alla *compensatio ex eadem causa* [93]). Ed a giudizii di buona fede deve infine riferirsi la L. 23 (PAULUS, lib. IX *Responsorum*) che tratta di tutela.

Alle *cognitiones* sono da riportare certamente le leggi 17, 19, 20, 24; la semplice lettura lo dimostra.

Di dubbio riferimento non rimane se non la legge 16 (PAPINIANUS, lib. III *Quaestionum*).

Se si dà poi un'occhiata al Codice, si vede che, prescindendo dai testi che vanno dalla L. 10 in poi (i quali appartengono al periodo posteriore alla procedura formulare) la L. 9 decide una quistione di diritto sostanziale; la L. 4 è, come vedremo a suo tempo, interpolata dai compilatori in modo da non potersene indovinare la forma originaria; le LL. 1, 3, 5, 7 si riferiscono alle *cognitiones* ed a queste noi riteniamo debba riferirsi la L. 8; il segno noi lo vediamo nella frase: « apud eum *qui iudicaturus est, compensationem* non immerito *obicies* ».

Restano anche qui le LL. 2 e 6 di dubbio riferimento.

Delle tre osservazioni sopra accennate, la prima, relativa al carattere particolare dei rescritti, non avrebbe di per sè molto valore, poichè, se è vero che d'ordinario questi avevano in mira un caso speciale, non è men vero che ve ne fossero di carattere generale. Ma detta osservazione acquista un forte carattere di probabilità, se la si com-

---

91) Cfr. LENEL, *Ed. Perp.* § 218. Del resto nell'età di GIAVOLENO non esistevano che le note tre forme di compensazione; e quindi ad una di queste il suo passo deve riferirsi. Il PERNICE, loc.. cit., ritiene che anche la L. 12 tratti di *deductio*.

92) Su questa legge confronta APPLETON, pag. 86 e seg., da cui abbiamo tratte le osservazioni sinora esposte.

3) Così anche PERNICE, loc. cit. ed APPLETON, p. 67.

bina con la seconda, la testimonianza delle Istituzioni, dalle quali, come notammo, deriva chiaramente che il procedimento di compensazione si introdusse negli *stricti iuris iudicia*, non per ordine del rescritto, ma per una via qualsiasi *ex rescripto*.

Il terzo punto trattato sopra: il riferimento certo o probabilissimo dei singoli testi delle Pandette e del Codice, ci ha poi mostrato che essi si dividono in tre gruppi. Uno, numeroso, comprende i passi che riguardavano originariamente le note tre forme di compensazione del diritto classico antico; un altro è formato di testi riferentisi alle *cognitiones;* un terzo abbraccia pochi frammenti dubbi, la L. 16 § 1 D. e le LL. 2 e 6 Cod., che hanno di comune di trattar della compensazione sull'*actio iudicati*.

Or dunque l'osservazione del carattere particolare del rescritto di Marco Aurelio, combinata coi due ultimi gruppi di testi, ha dato origine a due recenti teoriche, alle quali dedicheremo un breve sguardo.

Anzitutto quella dell'Appleton. Il suo concetto è che il rescritto di Marco Aurelio non solo deve essersi riferito ad un caso specialissimo, ma deve aver avuto in mira un caso in cui alla *petitio* dell'attore veniva opposto un controcredito liquido e come la domanda principale diretto ad una somma di danaro [94]). Ciò, secondo l'Appleton, è dimostrato dal fatto che il mezzo accordato dal rescritto per operare la compensazione è l'*exceptio doli*. Ora, perchè sia data *exceptio doli*, occorre che vi sia dolo reale [95]) e questo non si ha se non appunto nel caso che il controcredito opposto sia indubitato e liquido. Difatti non si può ammettere che in altri casi vi sia dolo nell'attore a negare la compensazione: così se il controcredito non è diretto a cose fungibili rispetto alla domanda, se, pur contenendo cose fungibili come la domanda, non sia al par di questa incontestato, ecc.

Per la medesima ragione è impossibile che dal rescritto si sia senz'altro svolta, anche per imitazione, una pratica, un procedimento normale di compensazione mediante *exceptio doli* negli *stricti iuris iudicia*. L'aver ammesso questo è il difetto di tutte le teoriche sinora immaginate per ispiegarsi la costituzione Aureliana. Esse costruiscono tutte un dolo fittizio, ammettendo che un convenuto possa *de plano*, senza aver prima fatto constatare il suo credito in giudizio, opporre l'eccezione di dolo allo scopo della compensazione; esse dànno il nome di dolo a ciò che di soventi non sarà tale di gran lunga.

L'Appleton crede che vi sia nelle fonti materia bastante per evitare questo inconveniente e fare una fondata ipotesi sul modo con cui i Romani giunsero ad effettuare la compensazione nei detti giudizii. Egli (p. 219 seg.) riunisce anzitutto le poche prove che il diritto romano offre a dimostrare, come nel medesimo si avesse la tendenza di sottoporre al medesimo giudice la domanda principale e la riconvenzionale, sino a prorogare la giurisdizione del giudice investito della prima per sottoporgli anche la seconda.

Naturalmente lo stesso valeva per la riconvenzionale tendente alla compensazione. Ma, se si escludono i giudizii di buona fede, nei quali per la domanda principale e per la riconvenzionale, nascente *ex eadem causa*, forse si aveva una formula sola, nelle azioni di stretto diritto le formule delle due domande rimanevano distinte, ed il giudice doveva pronunziare due condanne [96]). Ma, date queste, poteva poi lo stesso giudice compensare? Secondo l'Appleton deve rispondersi negativamente. La fusione delle due condanne in una sola, previa compensazione, sarebbe stata contraria alla tendenza

---

[94]) Cfr. Appleton, p. 267.

[95]) Appleton, p. 271.

[96]) Appleton, p. 241 e seg.

analitica, che ha sempre dominato il processo romano; ed avrebbe in molti casi urtato contro difficoltà insuperabili.

Tale opinione è però stata sostenuta dal DERNBURG in base ad un testo che convien riportare, perchè è il fondamento della teoria dell'APPLETON: la L. 1 § 4 *Quae sententiae* di MACRO (lib. 2 *de appellationibus*) [97]).

Si apud eundem iudicem invicem petamus, si et mea et tua petitio sine usuris fuit, et iudex me priorem tibi condemnavit, quo magis tu prior me condemnatum habeas, non est mihi necesse pro hac causa appellare, quando secundum sacras constitutiones iudicatum a me petere non possis, prius quam de mea quoque petitione iudicetur. Sed magis est ut appellatio interponatur.

Da questo frammento è anzitutto da eliminare l'ultima frase: *sed magis*, ecc. Essa indubbiamente è aggiunta dai compilatori giustinianei: lo dimostra il fatto che la decisione in essa contenuta è in contraddizione con quanto antecedentemente decide il giureconsulto: e questi, dopo aver fatto un ragionamento per dichiarare inutile l'appello, non avrebbe poi senz'altro finito per ammetterlo. È noto invece come i compilatori non di rado cambino la decisione dei frammenti senza curarsi di modificarli nella loro sostanza.

Prescindendo poi da altre modificazioni, che forse il testo di MACRO ha subito, ma che non toccano la sua parte essenziale [98]), rimane che questa si concreta nella norma che:

Secundum sacras constitutiones iudicatum a me petere non possis, priusquam de mea quoque petitione iudicetur.

Se si domanda quale scopo abbiano avuto queste costituzioni imperiali, ordinando di soprassedere dalla esecuzione a favore di una delle parti sino a che non sia giudicata anche l'altra che ha intentato una *mutua petitio* avanti allo stesso giudice, il DERNBURG [99]) risponde che questo scopo sta nell'aver voluto dar mezzo al giudice di compensare tra le due condanne.

Se queste costituzioni non vi fossero state, la parte, condannata prima, sarebbe stata privata della compensazione, e quindi l'appello si sarebbe reso necessario per arrestare l'esecuzione: esso però è reso inutile dalla sospensiva ordinata dalle sacre leggi.

L'APPLETON a ragione nega ciò, sia per il motivo detto avanti, cioè pel carattere del processo romano, sia perchè non si sa di dove il giudice avrebbe attinta la facoltà di compensare tra le due condanne nell'epoca formulare, in cui egli era legato al comando della formula: il testo infine non dice nulla di ciò. Secondo l'APPLETON (p. 253) la sospensiva è ordinata dalle sacre costituzioni, perchè le parti possano pervenire alla compensazione: ed egli vede in queste costituzioni medesime la via per iscoprire il procedimento normale di compensazione negli *stricti iuris iudicia* dell'età classica posteriore.

Non si sa infatti qual ragione dare delle costituzioni di sospensiva, se non si ammette che avessero lo scopo accennato; esse sarebbero state inutili. Le dette costituzioni devono aver avuto quindi una massima importanza nello stabilire il procedimento di compensazione. Infatti abbiamo visto che il rescritto di MARCO AURELIO, concedendo l'*exceptio doli*, non può essersi riferito che ad un caso in cui esistesse il dolo dell'attore a negare la compensazione, il caso cioè di crediti reciproci accertati e liquidi.

---

[97]) Quest'opera fu scritta sotto il dominio di ALESSANDRO SEVERO. Confronta difatti L. 1 pr. D. *si pendente appellatione* (49, 13): *Imperator noster Alexander.*

[98]) Cfr. APPLETON, p. 250 seg.

[99]) Cfr. p. 263.

Ed il rescritto medesimo non può aver servito in seguito che a compensare, date tali qualità dei crediti. Or le costituzioni di sospensiva servirono appunto a permettere che i crediti suddetti concorressero in giudizio in un dato momento forniti dei requisiti accennati.

Il convenuto cioè opponeva all'attore il suo controcredito mediante una *mutua petitio* formulata *in iure* innanzi allo stesso giudice e ambedue le domande venivano così liquidate in giudizio. Le costituzioni di sospensiva impedivano però che l'*actio iudicati* fosse concessa ad una delle parti prima che anche l'altra fosse stata giudicata; di modo che le due *actiones iudicati* si urtavano simultaneamente. Ma esse si basavano sui crediti ormai liquidi e certi oltre ogni dire perchè fondati sul giudicato. Qui soccorreva il rescritto di Marco. Poichè a colui che prima era convenuto con l'*actio iudicati* non era più dubbio si dovesse concedere l'*exceptio doli*, essendovi nell'attore dolo reale a non voler riconoscere il controcredito dell'altra parte, ormai assodato in giudizio.

Se si domanda poi come in base a questa *exceptio* si effettuasse la compensazione l'Appleton dà una risposta semplicissima. Dato che una delle parti domandi 10 000 sesterzi, contenuto della condanna emessa a suo favore, e l'altra invochi in compensazione un controcredito di 4000 sesterzi, anch'esso liquidato per giudicato, possono darsi due casi:

1) O il convenuto offre i 6000 sesterzi di differenza a favore dell'attore, ed allora il pretore lo costringerà ad accettarli, e non gli rilascerà la formula dell'*actio iudicati* se non per i 4000 rimanenti, inserendovi però l'*exceptio doli*, motivata dal credito uguale che possiede il convenuto. In questo caso, dato il carattere completamente esclusorio dell'*exceptio doli* [100]), l'attore sarà del tutto respinto per questi 4000. Con ciò lo scopo della compensazione sarà raggiunto.

2) O il convenuto non può pagare i 6000 dovuti in più all'attore; ed allora il pretore darà a questo, fino a tale somma, autorizzazione a procedere ad un pignoramento od alla *venditio* dei beni del convenuto; per i rimanenti 4000 gli rilascerà, come nella prima ipotesi, l'*actio iudicati* con inserta la *exceptio doli;* il che gli impedirà di conseguirli, e così essi verranno compensati.

Tutto questo procedimento si fonda sulla possibilità di dividere in due parti l'azione Che in diritto romano queste divisioni d'azioni fossero usuali, e che l'attore vi fosse suo malgrado costretto, vien sostenuto a ragione dall'Appleton in base alla L. 21 D. *de reb. cred.* 12, 1 di Giuliano; L. 3 § 1 D. *de duob. reis* 45, 2; Gaius, III § 122 in fine; e L. 28 D. *de fideiussorib.* 46, 1. E che la divisione fosse facile, nel caso delle *actiones iudicati*, deriva naturalmente dal fatto che l'eccezione è liquida e l'azione altrettanto.

L'Appleton (p. 281) chiama la sua una congettura, e come ipotesi non neghiamo che essa sia più verosimile che non le altre opinioni più avanti esposte, perchè da un lato non tocca i fondamenti della procedura classica, dando, come ad esempio fa quella del Dernburg, all'*exceptio doli* un carattere che non può provarsi in confronto coi testi, e dall'altro evita le crudezze dell'opinione del gruppo Brinz-Scheurl-Eisele, che vorrebbero l'estensione dell'*actio cum compensatione* e *cum deductione.*

Però non crediamo che vada esente da ogni dubbio. Il nucleo dell'opinione dell'Appleton si concreta bene nella formula da lui stesso trovata, che ha due punti essenziali: 1) Non si spiega la sospensiva ordinata dalle costituzioni di cui parla Macro nel testo sopra citato, se non la si riferisce allo scopo di permettere la compensazione nelle *mutuae petitiones* liquidate per giudicato. E d'altra parte la sola sospensiva non

---

[100]) L'Appleton come a suo tempo si è veduto, ne è un fautore.

basterebbe a tale scopo, perchè il giudice non avrebbe facoltà di compensare le due condanne: a ciò serve il rescritto di MARCO AURELIO che permette l'opposizione dell'*exceptio doli* al fine di compensare: essa viene opposta all'*actio iudicati*. 2) Non si spiega il rescritto di MARCO AURELIO senza le costituzioni di sospensiva, perchè, se si ammettesse la sua efficacia in tutti i casi in cui collidono due crediti reciproci, si dovrebbe ammettere nella massima parte delle ipotesi un dolo fittizio nell'attore.

Anzitutto però è ben difficile provare che questi due fatti legislativi siano in sì stretta relazione. L'APPLETON (p. 268) si riferisce alle loro date. Però, anche prendendo gli estremi di tempo più favorevoli all'ipotesi suddetta, cioè l'ultimo anno del regno di MARCO AURELIO, pel rescritto, il 180, e la data più vicina da cui può derivare il testo di MACRO, il 222, si vede che corre mezzo secolo tra il rescritto ed il testo suddetto. Non ci sembra quindi che non lasci nulla a ridire l'asserzione dell'APPLETON che le *sacrae constitutiones* risalgano a tempi prossimi, immediati al rescritto; per lo meno non è questo un argomento su cui si possa far molto conto.

Per quel che concerne poi il primo punto testè rilevato, il fine cioè della sospensiva ordinata dalle dette costituzioni, l'APPLETON dice che non ne sia pensabile alcuno fuori di quello da lui posto: render possibile mediante il procedimento stabilito dal rescritto Aureliano la compensazione tra le due *actiones iudicati*. Il testo però non lo dice. E poi è da osservare con ogni riserva che la sospensiva potrebbe avere uno scopo semplicemente procedurale. Le due domande erano state demandate al medesimo giudice. Non si potrebbe pensare si sia voluto che anche le *actiones iudicati*, derivanti dalle medesime, andassero unite dinanzi allo stesso giudice? Le ragioni d'opportunità, anche semplicemente procedurali, per l'economia e la semplificazione dei giudizii, come avevano consigliato la prima riunione, potevano benissimo consigliare la trattazione connessa delle *actiones iudicati*.

L'APPLETON (p. 257 seg.) si appoggia alla L. 6 C. h. t., un rescritto di ALESSANDRO SEVERO dell'anno 229, alla L. 7 D. *de act. rer. amot.* 25, 2 di ULPIANO, ed alla L. 36 D. *de adm. et pr. tutor.* 26, 7 di PAPINIANO. Questi testi però a noi sembrano a doppio taglio. Mentre cioè trattano indubbiamente di *mutuae petitiones* e le dichiarano utili alla compensazione, ciò che costituirebbe una prova a favore dell'APPLETON, non sanno nulla del procedimento per cui si giungeva alla compensazione medesima, e sopra tutto ignorano che questa si faccia sulle *actiones iudicati*, anzi, nella forma in cui attualmente sono, ammettono come interpretazione più vicina quella, secondo la quale la compensazione si farebbe nel giudizio principale, ciò che contiene un pericolo per l'APPLETON. Ecco il testo, ad es., della L. 7 cit. di ULPIANO:

Mulier habebit rerum amotarum actionem adversus virum, et compensare potest mulier cum actione, qua maritus agere vult ob res amotas.

Il secondo argomento essenziale dell'APPLETON riguarda il carattere dell'*exceptio doli*. Se i crediti reciproci sono di per sè liquidi, o vengono in compensazione liquidi, mediante le costituzioni di sospensiva, l'*exceptio doli* è fondata, in ogni altro caso non vi sarebbe dolo nell'attore a rifiutare la compensazione, e quindi non vi potrebbe essere *exceptio doli*. Se le fonti pertanto ci dicono che la compensazione, in base al rescritto di MARCO, si operò mediante *exceptio doli*, convien ritenere che nel caso sottoposto a questo imperatore i crediti reciproci fossero liquidi, e che l'applicazione del procedimento quivi usato si sia avuta attraverso un procedimento di liquidazione, e sia stata garantita dalle costituzioni di sospensiva.

In proposito però noi osserviamo, che l'argomentazione sarebbe perentoria, se fosse dimostrato che in diritto romano l'*exceptio doli* era concessa soltanto nel caso che esistesse dolo reale. Il PERNICE invece nel suo *Labeo* ha un lungo capitolo sulla funzione dell'*exceptio doli* nell'età classica, e da esso rileviamo che tale eccezione non supponeva in tutti i casi e necessariamente il dolo reale di colui contro il quale si dirigeva.

E del resto è ben noto come questa *exceptio* sia col tempo divenuta un mezzo procedurale di realizzare l'equità in genere, anche quando non vi fosse dolo specifico. Non si potrebbe spiegare l'estesa funzione dell'*exceptio doli* in diritto romano, se si dovesse ammettere con l'APPLETON che essa allora soltanto è fondata, quando il dolo è evidente per la liquidità della quistione. È molto dubbio quindi che, senza ulteriore riprova, e specialmente nella assoluta mancanza di testi che ci dicano direttamente in che maniera funzionasse l'*exceptio doli* data da MARCO AURELIO per attuare la compensazione si possa asserire su un semplice astratto ragionamento che l'*exceptio* era data soltanto in caso di liquidità dei crediti mutui.

Dopo ciò non crediamo che la detta argomentazione dell'APPLETON autorizzi senz'altro ad ammettere che un procedimento ordinario mediante *exceptio doli* sia impensabile, senza un anello di congiunzione tra il rescritto di MARCO AURELIO e la compensazione in genere; e che questo anello debba essere il processo di liquidazione, e le costituzioni di sospensiva, dirette a far convergere i crediti, divenuti liquidi, allo scopo della compensazione.

Il sistema dell'APPLETON infine conduce pure ad una conseguenza che non è scevra da dubbio. Dato lo svolgimento da lui attribuito all'istituto della compensazione, l'APPLETON (p. 289) è costretto a dire che il convenuto con un'*actio iudicati*, il quale abbia un controcredito non fissato anch'esso per giudicato, può bensì opporlo in compensazione, ma soltanto se è liquido ed incontestabile, poichè altrimenti non può servirsi dell'*exceptio doli*. E difatti non ha il beneficio delle costituzioni di sospensiva, le quali non ci è detto si estendessero sino alla riconvenzionale opposta all'*actio iudicati*. Ma un testo di CARACALLA (L. 2 C. h. t.) tratta appunto di un credito qualsiasi opposto all'*actio iudicati*, e non ne richiede affatto la liquidità. Nè è a dire vi abbiano potuto metter le mani i compilatori, poichè anzi per loro il requisito della liquidità è, dopo la costituzione di GIUSTINIANO (L. ult. C. h. t.), essenziale perchè si possa opporre un credito in compensazione. La costruzione dell'APPLETON si dimostra manchevole in questa conseguenza. Vi è cioè un punto in cui l'*exceptio doli* deve funzionare (e giusto appunto nelle *actiones iudicati*) senza che vi sia possibilità di passare per un procedimento di liquidazione, e l'autore è costretto a ritirarsi dinanzi al fatto, affermando la necessità della liquidità originaria del credito opposto, la quale non è da alcun testo provata.

Dopo quanto si è detto [1]) crediamo di poter affermare che l'APPLETON non ha inconfutabilmente fondata la sua asserzione che dal rescritto di MARCO AURELIO, sia pure stato ristretto ad un caso speciale, non si sia potuto svolgere senz'altro un procedimento di compensazione generale, che lo avesse per precedente autorevole. Ad ogni modo non abbiamo esposto che dubbi sulla solidità dell'ipotesi da lui fatta; e del rimanente in materia di ipotesi ognun sa che, dovendosi necessariamente pagare un certo tributo alla fantasia, ognuno ha diritto di scegliere e credere.

Ed inoltre quel che noi riteniamo non provato è che il procedimento immaginato dall'APPLETON sia stato l'unico che abbia condotto alla compensazione; non neghiamo però che talvolta esso abbia potuto servire ad effettuarla. Si potrebbe sostenere che ce ne sia conservato un esempio nella L. 16 § 1 D. h. t. di PAPINIANO, ove si tratta della compensazione tra due *actiones iudicati*. Ma anche qui il testo nulla sa di *mutuae*

---

[1]) Al racconto delle Istituzioni e della parafrasi di TEOFILO l'APPLETON non può dar molto peso, poichè, secondo il suo sistema, tutto ciò che deriva dai compilatori giustinianei, in fatto di storia specialmente, ha per sè una presunzione di inesattezza. Ad ogni modo se ne occupa (p. 282 seg., pag. 298 seg.); esamina i testi delle Istituzioni e della parafrasi e ne trae la conseguenza che non ostano alla sua teorica.

petitiones anteriori, e nulla dice che le due azioni di giudicato coesistano per effetto delle costituzioni di sospensiva: chè anzi tutto il contesto del passo fa indurre si tratti di due giudicati ottenuti indipendentemente l'uno dall'altro e che l'uno si trovi sospeso per semplice dilazione concessa *humanitatis gratia*.

Il riferimento poi dell'Appleton alla divisione dell'azione come mezzo di arrivare alla compensazione, ci sembra felicissimo, e lo faremo nostro, secondo vedremo.

La seconda ipotesi recente sull'importanza del rescritto di Marco Aurelio e sul procedimento introdotto in base al medesimo è dovuta al Pernice. Questi [2]), partendo sempre dal principio che il rescritto di Marco Aurelio si limitava a risolvere un caso singolo, afferma inoltre che esso si riferiva alle *cognitiones*. A tale opinione l'autore è indotto anzitutto dal fatto che, nel dubbio, un rescritto deve a quelle essere ricondotto; poi dalla contezza che noi abbiamo, essersi Marco Aurelio molto adoperato per svolgerle, ed infine dal gruppo di testi da noi più sopra segnalato che si riferisce appunto alle *cognitiones*. Tali testi, i quali accentuano essere in crediti del fisco ammessa la compensazione *ex causa dispari* (fr. 12, 19, 24 D. h. t.), dimostrano che nelle *cognitiones* per prime si andò formando una pratica per la compensazione *ex causa dispari*, che è quella occorrente nei giudizii di stretto diritto. Il caso deciso dal rescritto ne pose le basi, e per imitazione del medesimo la pratica stessa si svolse e si andò raffermando. Se questa compensazione si voleva trasferire ai giudizii ordinarii, serviva come mezzo l'*exceptio doli*. Siffatta notizia ci è data dalle Istituzioni, ma nessuna prova se ne può trovare nelle Pandette. Il Pernice però crede che se si combina col racconto accennato delle Istituzioni, il detto di Papiniano (L. 12 D. *de d. m. exc.* 44, 4) che colui, il quale in base all'equità può infirmare il diritto dell'attore, ha l'*exceptio doli*, si ha un fondato argomento per ritenere esatta la notizia dell'impiego dell'*exceptio doli* negli *stricti iuris iudicia* dell'età classica.

Naturalmente bisogna ammettere che in tal caso l'*exceptio* producesse le medesime conseguenze procedurali degli altri casi in cui veniva in genere adoperata.

Il Pernice ne tratta (*Labeo*, p. 282 e seg.) sostenendo che, opposta la medesima, forse il pretore non si servì sempre dello stesso mezzo per far ragione del diritto competente al convenuto.

Una osservazione facemmo avanti, che cioè il processo di eliminazione fatto con lo studio dei singoli testi ci avrebbe condotto alle ipotesi più probabili sul tema del rescritto di Marco Aurelio: e di vero basta considerare le due ultime esposte, quella dell'Appleton e quella del Pernice, per convincerci quanto esse siano più fondate che non le precedenti.

Un altro fatto ora conviene rilevare. Tolto di mezzo il primo dei tre gruppi di testi, quello cioè riferentesi alla compensazione del diritto più antico, è innegabile che si osserva una sproporzione tra i due ultimi. Mentre cioè il gruppo relativo alle *cognitiones*, anche fatto calcolo dei soli testi derivanti dal tempo in cui vigeva il sistema formulare, è relativamente considerevole, l'altro, che presuntivamente può riferirsi ai giudizii ordinarii, è invece così esiguo da mettere stupore. Ciò che fa meraviglia non è certo la mancanza di ogni traccia dell'*exceptio doli* e del relativo procedimento: questo fatto potrebbe derivare da un sistema adottato dai compilatori, che avevano ogni ragione per sopprimere tali particolarità del diritto classico. Quello che non si spiega è la mancanza altresì di decisioni sul diritto sostanziale di compensazione, che siano riferibili ai giudizii ordinarii.

Questa considerazione ci induce, dovendo accettare una ipotesi (giacchè qui trattasi sempre di ipotesi), a deciderci per quella del Pernice. Non potendo cioè ammettere che

---

[2]) *Labeo* II, 1 p. 307 e seg.

i giureconsulti dell'età classica non avrebbero preso a studiare il diritto di compensazione — se questo si fosse fosse svolto in via generale e completamente nei giudizii ordinarii — dobbiamo accettare, come un segno della via che esso prese, il trovarlo trattato meglio nell'ambito delle *cognitiones*. Quivi esso aveva campo più libero di svilupparsi, perchè meno incagliato dalle forme procedurali, e quivi, non senza fondamento, può sostenersi si sarà Marco Aurelio curato di effettuarlo per la prima volta. Nei giudizii ordinarii non deve essersi svolto che imperfettamente, ed avrà trovato la sua realizzazione, soltanto in quei casi in cui lo stretto rigore delle forme procedurali e l'efficacia esclusoria dell'*exceptio doli* lo avranno permesso.

A noi non sembra quindi necessario torturarsi a cercare un mezzo processuale che mostri il modo con cui i romani effettuassero la compensazione nei giudizii della cognizione ordinaria del periodo formulare in tutti i casi in cui due crediti reciproci compensabili venissero in collisione. La narrazione delle Istituzioni al § 30, 4, 6 (anche a voler dare fede assoluta alla loro testimonianza) non impone questa costruzione. Le Istituzioni non dicono, se non che nei giudizii di stretto diritto la compensazione *inducebatur* in base al rescritto del divo Marco, e col mezzo di una *exceptio doli*. Questa maniera di esprimersi, se una cosa prova, è lo sforzo che l'istituto dovè fare per conquistare il campo dei giudizii di stretto diritto. A Teofilo poi si nega ormai fede nel suo racconto. Ma, come altrove osservammo, questo autore in fondo non dice se non che, di fronte all'*exceptio doli*, « iudici occasio dabatur admittendi compensationem », onde questa frase non contraddice a che il campo della compensazione fosse limitato. Il difetto dell'esposizione di Teofilo sta in ciò, che dalla medesima apparirebbe che la compensazione abbia avuto il suo momento decisivo *in iudicio* [3]). Salvo la scuola del Dernburg, che ha appunto sostenuto la compensazione si effettuasse dal giudice, a ciò autorizzato dall'efficacia *minuens* dell'*exceptio doli*, tutti gli altri autori devono riconoscere un errore nell'esposizione di Teofilo.

Data infatti l'efficacia sempre totalmente esclusoria della detta eccezione, la compensazione deve avere il suo momento decisivo *in iure*, in un fatto del pretore, che regoli l'azione in modo tale che il giudice possa giungere a condannare solo in una parte della domanda originaria.

Ed in molti casi il processo formulare lasciava una via al pretore di far luogo all'equità della compensazione.

L'Eisele ad esempio, convien ricordarlo, sostenne che l'attore, di fronte all'*exceptio doli*, era costretto a restringere la sua domanda *in iure*, deducendone l'importo del controcredito del convenuto, se non voleva esporsi a veder considerata l'intera somma contenuta nell'*intentio* come il saldo di una formula *cum compensatione*. Questa opinione fu dimostrata falsa, se la si vuol ammettere in via generale, e se vi si fa entrare come concetto integrante l'obbligo di agire con le note azioni speciali della *compensatio* e della *deductio*. Ma essa contiene un fatto vero (e fu osservato a suo tempo): quello cioè che il pretore, in caso di crediti portanti una somma determinata, costringesse l'attore a restringere la domanda. Anche il Pernice (p. 282 seg.) ha riconosciuto che l'*exceptio doli* in taluni casi portava alla detta conseguenza.

L'Appleton (e qui ripigliamo un punto della sua ipotesi che a noi sembra un contributo importantissimo) ha indicato un altro mezzo che il pretore aveva a sua disposizione: la divisione dell'azione in due parti allorchè si trattava di crediti liquidi e

---

3) Se pure questo, che rispetto ai giudizii della cognizione ordinaria è un difetto, non lo si vuol prendere come una prova dell'essersi la compensazione negli *stricti iuris iudicia* svolta essenzialmente nelle *cognitiones*, ove non era più parola di una distinzione tra *ius* e *iudicium*.

certi. Questa divisione, che, come s'è veduto, era usuale nei giudizii ordinarii, noi non abbiamo ragione di negare fosse applicata al caso che di fronte al credito, base della domanda, il convenuto ne opponesse un altro in compensazione ed entrambi fossero forniti dei voluti requisiti.

In altri casi però l'azione del pretore nell'uno o nell'altro di questi sensi era impedita: tutte le volte cioè che egli, almeno che non volesse ledere l'equità costringendo l'attore a dichiararsi sul controcredito del convenuto, mentre aveva tutti i motivi per contestarlo, non poteva servirsi dei mezzi accennati senza entrare nel campo delle prove: il che lo avrebbe portato ad invadere le competenze del giudice.

In tali casi il PERNICE, trattando dell'*exceptio doli* in genere, dice che, di fronte alla medesima, il pretore si aiutava con cauzioni imposte all'attore per tutela del controcredito del convenuto, qualora fosse trovato esistente in giudizio. Questo rimedio fu applicato nella compensazione? È probabile; ma esso avrebbe costituito un modo anche più indiretto dei due sopra citati per effettuarla; e, come implicava una facoltà discretiva del magistrato, gli lasciava campo di servirsene secondo i casi, o di negare addirittura la compensazione.

III.

SOMMARIO. — § 1. *In che consista il problema della « ipso iure compensatio ». Vari indirizzi presi per risolverlo.* — § 2. *Teorie di coloro che negano all' « ipso iure » il significato di « sine facto hominis ». Opinione del* DERNBURG; *opinioni formali.* — § 3. *Teorie che tentano conciliare il fatto che la compensazione avvenga da sè con l'altro che per effettuarla occorra un atto di volontà della parte.* — § 4. *Esame delle varie opinioni, secondo principii generali.* — § 5. *Esame in base ai testi; L. ult. C. h. t., § 30 I. 4, 6, parafrasi di* TEOFILO. — § 6. *L. 4. C. h. t.* — § 7. *L. 21 D. h. t.* — § 8. *L. 4. D. h. t.* — § 9. *L. 10 pr. D. h. t.* — § 10. *Risultato: la teorica del diritto giustinianeo è quella della compensazione legale.*

§ 1.

Giunti a questo punto con lo studio storico dell'istituto della compensazione, non resta che guardarlo nella forma in cui ci si presenta nella compilazione giustinianea. Qui ci troviamo di fronte a forti difficoltà.

Abbiamo visto cioè che nell'età classica occorreva uno speciale procedimento (non importa quale) per effettuare la compensazione, e che in questo procedimento essa spiegava tutta intera la sua efficacia giuridica per riguardo alle obbligazioni contrastanti: di modo che esclusa è assolutamente la possibilità che queste obbligazioni con la semplice coesistenza venissero ad esercitare l'una sull'altra una influenza di qualsiasi sorta.

Il linguaggio delle fonti di tale età conferma siffatto risultato. La compensazione è fatta dipendere dalla volontà della parte, al cui interesse essa serve, non dalla semplice coesistenza dei crediti reciproci. Così GAIO, L. 5 D. h. t. (l. 9 *ad ed. prov.*): *si quid a fideiussore petetur aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur compensare* malit: *sed et si utrumque* velit *compensare audiendus est.*

Vedansi inoltre: L. 16 pr. D. h. t. (PAPINIANUS, l. 3 *quaest.*) . . . . *et debitor alteri heredum obligatus* vult compensare . . .; L. 20 § 2 D. *de statulib.* 40, 7 (PAULUS, l. 16 *ad Plautium*) . . . *si velit compensare.*

La necessità di un atto di volontà dispositivo della parte emerge anche dal senso più vicino delle locuzioni: *implorare compensationem* (L. 2 C. h. t.); *compensationis aequitatem iure postulas* (l. 6 C. *eodem*).

Molti altri testi parlano di *dare, admittere, denegare compensationem, rationem habere* (o *non habere*) *compensationis, compensari iubere* (L. 16 § 1 D. h. t.; l. 7 § 1 *eodem* [ULPIANUS, l. 28 *ad. ed.*], L. 7 (8) § 2 *neg. gest.* 3, 5 [ULPIANUS, l. 10 *ad. ed.*] L. 1 § 4 *contr. tut.* 27, 4 [ULPIANUS, l. 36 *ad ed.*], L. 3 C. h. t. [ALEXANDER, a. 225]) e da essi si deduce in genere la necessità di una decisione giudiziale che concede nega, o impone una compensazione; ciò che presuppone ancora l'effettuarsi di questa in giudizio, e non anteriormente.

Vi è infine qualche massima del diritto classico che non si spiega, ammettendo una compensazione fatta di diritto. Vedasi ad es.: L. 10 D. *de duob. reis* 45, 2 (PAPINIANUS l. 27 *quaest.*): *si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet.* Se il debito con la semplice coesistenza di un controcredito rimanesse estinto, dovrebbe essere liberato anche il secondo debitore correale.

Dall'altro lato però si schiera una serie di testi, i quali ammettono che la compensazione avvenga *ipso iure.* Due di essi appartengono a GIUSTINIANO: L. ult. pr. C. h. t. e § 30 I. 4, 6. Ora, data l'ordinaria significazione dell'*ipso iure*, la quale si riferisce a fatti che avvengono di diritto senza saputa o partecipazione degli interessati, come spiegare i testi più sopra addotti, anch'essi accolti nella compilazione giustinianea, e che fanno dipendere dalla volontà delle parti l'effettuarsi o meno della compensazione? Questa è la prima difficoltà: ma ve ne è una anche maggiore.

Lo stesso *ipso iure* cioè si trova in quattro testi derivanti dall'età classica:

L. 4 D. h. t. (PAOLO); L. 10 pr. D. h. t. (ULPIANO); L. 21 D. h. t. (PAOLO); L. 4 C. h. t. (ALESSANDRO SEVERO a. 229).

Or, se a questo *ipso iure* si dovesse dare lo stesso significato di diritto sostanziale ora detto, come conciliare ciò con tutto lo sviluppo storico da noi esposto, secondo il quale la compensazione nell'età classica si operò mediante speciali forme processuali o con una *exceptio doli*, vale a dire sempre con uno speciale atto di volontà della parte, ovvero del magistrato e con un apposito procedimento in giudizio? La soluzione di tali quesiti costituisce il vero enigma dello studio della compensazione in diritto romano. Ed intorno ad essi si è travagliata e si travaglia la scienza dai Glossatori in poi.

Naturalmente, sino al momento del risveglio degli studi storici di diritto romano, soltanto il primo dei quesiti da noi posti fu oggetto di studio. I Glossatori cioè, concependo il *corpus iuris* come un tutto unico derivante da GIUSTINIANO, poco curarono di rendersi conto del come potessero coesistere i testi di PAOLO ed ULPIANO che fanno avvenire la compensazione *ipso iure* con la dichiarazione delle Istituzioni giustinianee le quali nella loro età la fanno avvenire mediante eccezione opposta dalla parte, ed in giudizio. L'unica vera quistione che ai loro occhi ha importanza è conciliare la *ipso iure compensatio* coi testi da noi citati in principio del presente paragrafo e che, come osservammo, fanno dipendere la compensazione da un atto di volontà della parte interessata. E perciò di fronte alla scuola di MARTINO [4]) che senza eccezione voleva la compensazione avvenisse *sine facto hominis* (*ipso iure*), cioè a dire che i crediti controstanti si eliminassero con la semplice coesistenza, si levò la scuola del suo oppo-

---

[4]) HÄNEL, *Dissens. dominor.* p. 423: « *dicunt quidam* ».

sitore BULGARO, con a capo Giovanni BASSIANO, e specialmente AZONE [5]), la quale, pur ammettendo ciò in via eccezionale, volle la regola stesse nel domma che la compensazione occorre sia opposta in giudizio; e che, in tal caso soltanto, i crediti si intendono estinti reciprocamente in via retroattiva dall'istante della loro coesistenza. Quest'ultima teorica passò nella Glossa di ACCURSIO, e si è perpetuata sino a TINDARO, uno degli ultimi postglossatori, affollata però di un numero sempre crescente di casi nei quali la compensazione eccezionalmente avveniva *sine facto hominis*.

TINDARO invece [6] segna il risorgere dell'opinione di MARTINO, e fortemente sostiene che la compensazione si effettua da sè senza partecipazione degli interessati. CUIACIO segue la sua teoria [7]), la quale finisce per divenire dominante nella scienza romanistica sino ai tempi moderni. Oggigiorno, dopo la scoperta di GAIO e la ricostruzione sino ad un certo segno certa del procedimento compensativo dell'età classica, la quistione che più si è imposta è la quistione storica che ci deriva dalla presenza dell'*ipso iure* nei passi dei giureconsulti della detta età. Due indirizzi si sono manifestati in proposito. Il primo si concreta con la formola: togliere all'*ipso iure* il significato di diritto sostanziale, nel senso delle teorie sinora esposte, ed attribuirgliene uno affatto diverso ovvero uno formale (procedurale).

Il secondo indirizzo rappresenta un tentativo di conciliare il senso materiale dell'*ipso iure compensari* (la compensazione subentra da sè) con i testi che la fanno dipendere da un atto di volontà della parte. Esso può dirsi dominante nella scienza contemporanea.

Questa conciliazione è raggiunta o col metodo della retroattività degli effetti della compensazione, opposta e realizzata in giudizio, al momento della coesistenza dei crediti (teoria di AZONE), o coll'attribuire alla coesistenza stessa una efficacia che può combinarsi colla compensazione giudiziaria. Quest'ultima teorica ha però rappresentanti isolati; la vera teoria dominante è la prima.

§ 2.

I. Gli autori appartenenti al primo dei due indirizzi sopra accennati, BRINZ, SCHEURL, UBBELOHDE, SCHWANERT, EISELE, partono tutti da una critica del senso materiale di *ipso iure* nella compensazione, sia come lo intendeva MARTINO (*sine facto hominis*), sia come lo intendeva AZONE; critica che si risolve nel porre in rilievo il contrasto delle fonti da noi fatto notare. Cioè a dire: nè nel diritto classico, nè nel diritto giustinianeo l'*ipso iure* può avere il senso datogli da MARTINO e TINDARO, giacchè vi si oppongono tutti i testi, da noi già riferiti, pei quali la compensazione, tanto nei giudizi di buona fede, quanto in quelli di stretto diritto dipende dalla volontà delle parti, e dall'attività del giudice, ed alcune regole di diritto, pur da noi fatte rilevare, che non si spiegherebbero ammettendo l'estinzione dei crediti con la semplice coesistenza (vedi sopra il caso della l. 10 D. (*de duob. reis* 45, 2). Si nota pure il testo di GAIO (L. 7 § 1 D. h. t.) che dice *salvam manere petitionem*, se il giudice non vuole ammettere la compensazione il che sarebbe impossibile, se il credito andasse estinto col sorgere del controcredito. Si ricorre inoltre alla storia della compensazione che ammette, come s'è visto, un procedimento giudiziario, nel quale soltanto questa si effettua, senza che vi sia accenno

---

[5]) *Summa*, h. t. § 13.

[6] *Tract. de comp.* Art. VI.

[7]) *Recit. solemn.* in Cod. h. t. ad l. 8; cfr. ad PAULI *Sent.* II, 5 § 3 observ. VIII cap. 16.

ad una efficacia estintiva anteriore delle obbligazioni. Ed infine il DERNBURG (pag. 292 num. 1) osserva che, essendo introdotta la compensazione per interesse della parte che vi si può riferire, non c'è alcun motivo di equità che consigli a farla avvenire da sè senza partecipazione di detto interessato [8]).

Contro la teoria dominante BRINZ, § 5, UBBELOHDE, p. 35 seg., DERNBURG, pag. 298 e segg.

L'unica obbiezione di carattere storico-positivo che si fa contro tale teorica è quella su cui l'UBBELOHDE si è disteso, che cioè nelle fonti non occorre che un fatto giuridico si dica avvenuto *ipso iure* in un dato momento per indicare che a tal tempo si riporta per retrotrazione dal momento in cui effettivamente è avvenuto.

Le altre obbiezioni tendono a rilevare i difetti logici di tale costruzione dell'*ipso iure compensari*, e quindi dal punto di vista storico sono d'ordine secondario.

Concordi nella critica dell'opinione materiale, discordi sono nel concepire da un punto di vista diverso l'*ipso iure* gli autori citati. Conviene anzitutto suddividere questi ultimi in due gruppi: un primo cui appartengono il BRINZ, lo SCHEURL, l'UBBELOHDE, lo SCHWANERT ed il DERNBURG, i quali sostengono che i testi citati, derivanti da giureconsulti classici e contenenti l'*ipso iure*, siano genuini; di modo che per costoro la quistione di spiegare il senso di *ipso iure* divien doppia, dovendoci esplicare il suo significato e nel diritto classico e nel diritto giustinianeo: un secondo, cui appartengono l'EISELE e lo STAMPE, i quali, ritenendo interpolati alcuni dei testi dell'età classica, ed interpretandone altri in modo che non si riferiscano ad una forma di compensazione, non devono far la quistione della *ipso iure compensatio*, qual modo di compensare, se non dal punto di vista del diritto giustinianeo [9]).

Ecco le opinioni degli autori del primo gruppo:

Fa parte a sè il DERNBURG. Per rendersi conto della sua opinione conviene ricondursi a mente per sommi capi la maniera come quest'autore si è raffigurata la storia della compensazione.

L'idea che domina tutto lo scritto del DERNBURG sul nostro istituto si è quella, come già altrove fu notato, che la compensazione non è pervenuta allo stato di diritto attribuito alla parte interessata se non dopo lungo svolgimento storico. Da principio l'istituto non esisteva in nessun genere di azioni [10]). Ai tempi di Q. MUCIO SCEVOLA cominciò ad essere ammessa nei giudizii di buona fede; però dipendeva dal prudente arbitrio del giudice il farvi luogo. Gradatamente da questo stato di incertezza il diritto si andò fissando sino a che già al tempo di GAIO può dirsi esistesse un diritto alla compensazione in questa specie di giudizii (v. L. 18 § 4 D. *commod.* 13, 6: *ius pensationis*). Quanto ai giudizii di stretto diritto basta qui richiamare quanto riferimmo più sopra circa il concetto che si fa il DERNBURG dell'importanza storica del rescritto di MARCO AURELIO: basta ricordare come egli, ritenendo in base alla L. 2 D. h. t. che anche prima di MARCO esistesse una compensazione ottenuta indirettamente mediante *exceptio doli*, spiegasse l'uguale contenuto del rescritto con una idea storica: che cioè prima era il giudice, che, indotto dalle circostanze speciali del singolo caso, decideva

---

[8]) Vedi in complesso BRINZ, § 1. — DERNBURG, p. 292 seg. — EISELE, pag. 139. — STAMPE, p. 14 seg. — APPLETON, p. 452 segg. La detta osservazione del DERNBURG del resto poco valore ha dal punto di vista storico, poichè si tratta appunto di vedere da quali principii si sia lasciato dirigere il diritto giustinianeo.

[9]) Tra gli autori citati nella nota precedente lo STAMPE non tratta la nostra quistione *ex professo*, limitandosi ad eliminare la *ipso iure compensatio* dal diritto classico.

[10]) Vedi DERNBURG specialmente p. 310-315, p. 90 segg.

se dovesse ammettersi la compensazione; col rescritto invece venne data una sanzione legislativa a quest'uso. Dopo di esso rescritto la compensazione può dirsi divenuta un diritto oggettivo delle parti.

In altri termini in tutta la storia della compensazione si rileva un passaggio da uno stadio, in cui la compensazione medesima dipende dalla volontà del giudice, ad uno stadio posteriore, in cui invece interviene di diritto. Ed appunto questo contrapposto i giureconsulti vogliono accentuare, quando dicono che la compensazione è fatta *ipso iure*, che si compensa *ipso iure*, ecc. *Ipso iure compensatur* quindi vuol dire che la compensazione è divenuta un diritto fisso e generale delle parti, e per usare le parole dell'autore essa *interviene secondo le norme del diritto medesimo* [11]).

Oltre l'argomento tratto dallo sviluppo storico sinora accennato, il DERNBURG si riferisce, come avanti si è visto per la L. 18 § 4 D. *commod.* 13, 6, alle locuzioni: *iure compensationis retinere non placuit* (L. 20 D. h. t. PAPINIANUS); *compensationis aequitatem iure postulas* (L. 5 C. h. t., ALEXANDER) e sopra tutto alla L. 36 D. *de administr. tutor.* 26, 7 di PAPINIANO, nella quale egli trova chiaramente espresso che la compensazione non dipende più dalle circostanze speciali del caso concreto, ma l'equità ha partorito un diritto stabile di compensazione.

L'autore inoltre rafforza la sua opinione con una serie di testi estranei alla compensazione (Cfr. pagine 312 a 323) dai quali sostiene si possa desumere che *ipso iure* in genere nelle fonti sia usato ad esprimere il contrapposto, da lui messo a base della sua teorica, tra i fatti giuridici che dipendono da esteriori circostanze e quelli che avvengono secondo le norme del diritto medesimo.

Infine egli (pagine 323-338) trova che nei passi derivanti dalla età classica, dei titoli *de comp.* D. et C., l'*ipso iure* ha il senso da lui voluto. E lo stesso significato ha tale locuzione nella costituzione di GIUSTINIANO e nelle sue Istituzioni, dappoichè GIUSTINIANO non ha voluto col suo *ipso iure* introdurre una innovazione sostanziale nella forma di compensare, ma ha soltanto estesa la compensazione alle azioni reali; e, come nelle personali già era stabilito, così ora ha sanzionato che anche nelle reali, e quindi in tutte le azioni, la compensazione avvenga *ipso iure*, cioè in base alla prescrizione del diritto: essa è ora un diritto generale delle parti.

Il gruppo BRINZ, SCHEURL, UBBELOHDE, SCHWANERT ha unità di idee non solo nel ritenere l'*ipso iure* un portato dell'età classica, ma anche nell'attribuirgli un senso procedurale ossia formale.

La concezione formale dell'*ipso iure compensatur* è più moderna di quella sostanziale. L'UBBELOHDE invero tenta (pagine 6-9) seguirne una traccia fino in seno alla scuola dei glossatori; ma deve pur convenire che, se pure un accenno vi fu, fu molto oscuro. I Glossatori presentirono che qualcosa di simile potesse nascondersi sotto quelle parole, ma non ne ebbero chiara coscienza. Ciò è naturale del resto poichè, ignari delle caratteristiche e dell'andamento del processo formulare, i glossatori e i loro successori sin verso la metà del 16.° secolo non potevano rendersi perfetto conto di ciò che il cambiamento in quistione potesse essere.

Nella seconda metà del 16.° secolo invece, resasi più chiara la conoscenza della procedura formulare, si viene a concretare l'opinione che l'*ipso iure compensatur* trovi il suo contrapposto in un *ope exceptionis compensatur*. In altri termini esso si riferisce ad una diversa composizione della formula. Sotto MARCO AURELIO si compensava, nei giudizii di buona fede senza bisogno di una speciale aggiunta nella formula, nei giudizii di stretto diritto con l'aiuto di una *exceptio doli*. Poco dopo questo tempo anche nei giudizii ultimi accennati fu resa inutile l'aggiunta di una *exceptio;* ed in

---

[11]) Della stessa opinione il VANGEROW, § 618 nota III n. 5.

questo senso si disse che anche quivi la compensazione avveniva *ipso iure*. Rappresentante principale di questa opinione è DONELLO [12]).

Il primo poi che modernamente ha affermato con energia questa stessa idea è stato il BRINZ nel suo libro sulla compensazione. *Ipso iure compensatio fit*, nelle fonti classiche e giustinianee è messo in contrapposto ad una *compensatio quae fit ope exceptionis*. E come egli ritiene che tutti i testi classici portanti l'*ipso iure* siano genuini e la L. 4 h. t., uno di essi, si riferisce a NERAZIO ed a POMPONIO, ha dovuto porre nel fiorire dell'età classica la compensazione fatta *ipso iure*. Ostava a ciò la dichiarazione delle Istituzioni giustinianee, che attribuiscono a MARCO AURELIO l'introduzione di una compensazione mediante *exceptio doli*. Allora il BRINZ si è sbarazzato del rescritto di questo imperatore, negandogli, come si è visto, valore per la storia della compensazione e riferendolo alla ritenzione. Sappiamo pure che per lui la L. 2 D. h. t. ci sta invece ad indicare il decadimento del processo compensativo mediante *exceptio doli*, il testo delle *Receptae Sententiae* di PAOLO, II, 5 § 3 ci insegna d'accordo con le LL. 4 e 21 D. h. t. dello stesso giureconsulto essere nell'epoca classica inoltrata divenuto diritto comune l'*agere cum compensatione* degli argentarii. Or l'essenza di questa forma procedurale consiste appunto nella formulazione di una *intentio*, che rappresenti il saldo di una deduzione operata unilateralmente dall'attore, senza che nella formula sia introdotta una *exceptio*. Dunque potea dirsi della compensazione, così operata, che avvenisse *ipso iure*, cioè non mediante *exceptio* (cfr. BRINZ, pag. 101). In appoggio di tali sue idee, ed indipendentemente dalla configurazione da lui data allo sviluppo storico del nostro istituto, non ha bisogno il BRINZ, e con lui gli altri di ricorrere a testi, in cui l'*ipso iure* sia usato nel senso formale sopra detto, essendo ben noto come in tal significato spessissimo occorra nelle fonti. Naturalmente invece sostiene che nei testi del titolo *de comp.* del Digesto e nella L. 4 C. *eodem t.* tale sia il senso di *ipso iure*.

Le idee sinora espresse del BRINZ valgono pel processo formulare. Ma egli sostiene che anche ai tempi della *extraordinaria cognitio* si continuò a compensare *ipso iure* nel senso da lui voluto. Di fronte all'effetto totalmente esclusorio delle eccezioni, l'età classica avea trovato la formula per indurre l'equità della compensazione che consiste in una *condemnatio in minus*. Non doveva il diritto procedurale posteriore, privo degli impacci proprii del processo formulare, e tendente alla semplicità, trovare la forma adatta? Certo, poichè gli era più facile. Quivi si potè, come anticamente facevasi pei *bonae fidei iudicia*, giungere ad una condanna solamente parziale senza bisogno di alcuna *exceptio* (*ipso iure*); poichè questo avrebbe condotto sempre ad un totale respingimento. Quanto al diritto giustinianeo, è inutile parlarne, perchè sappiamo quale uso negativo abbia fatto il BRINZ del § 30 I. 4, 6 e della L. ult. C. h. t., riferendoli alla *retentio*. Anche in questo caso però egli sostiene che l'*ipso iure* stia in contrapposto ad *ope exceptionis*.

La *retentio* infatti è un rimedio che ha sempre spiegato la sua efficacia mediante *exceptio*, e che per la sua vicinanza all'altro della compensazione poteva con questa facilmente confondersi. GIUSTINIANO ha voluto, seguendo il suo concetto solito, eguagliare i due rimedii, ed ha modellato il nuovo diritto di ritenzione su quello di compensazione già esistente, cioè abolendo l'*exceptio* e dando luogo ad una *retentio* che avviene *ipso iure*. Ambedue gli istituti sono passati sotto il medesimo titolo: *compensatio*.

---

[12]) *Comm. iuris civ.* lib. 16 cap. 15 num. 38 in f.; *Comm. ad tit. de actionib.* § 21 num. IV e § 19 num. XXXV; *Comm. ad Cod.* h. t. L. *si constat.* num. VII seg. Cfr. poi UBBELOHDE, p. 10 e seg., specie p. 15 nota 8, ove trovansi più larghe notizie circa l'estensione presa da questo concetto nella scienza, prima e dopo DONELLO.

Lo Scheurl (p. 166) che, fedele al racconto del § 30 *Inst.* 4, 6, dà però all'*exceptio doli*, voluta dal diritto classico per opporre la compensazione, solo un senso sostanziale, e crede che il diritto introdotto da Marco Aurelio sia stato la generalizzazione dell'*actio cum compensatione*, vede nell'*ipso iure compensari* indicato appunto il mutamento di diritto corrispondente a questa generalizzazione, di fronte al diritto antecedente che operava la compensazione con una *exceptio doli* inserita, secondo la interpretazione a noi nota della L. 2 D. h. t. Egli in fondo poi, meno questa rettificazione storica, è dell'opinione del Brinz circa il senso dell'*ipso iure*, cioè a dire crede che esso stia ad indicare non essere più necessario un apposito negozio tra le parti per effettuare la compensazione (cosa che era resa necessaria dall'efficacia completamente esclusoria della precedente *exceptio* inserita), ma che la *minutio actionis* venga da sè per la costruzione della formula: il giudice decideva come se lo stesso diritto avesse effettuato la compensazione.

Lo Scheurl è rimasto in questa idea anche pel diritto posteriore a Marco Aurelio: l'*ipso iure* indica l'esclusione d'uno speciale negozio giuridico diretto alla compensazione, necessario ancora se occorresse una *exceptio*.

Come quest'ultimo autore ha sostenuto pel diritto classico che la *ipso iure compensatio* stia ad indicare appunto la riforma di Marco Aurelio, così l'Ubbelohde e lo Schwanert (p. 49) hanno affermato invece che tale forma di compensazione indichi un posteriore mutamento del diritto, pur rimanendo nell'età classica: hanno cioè rinnovellato l'opinione di Donello.

L'Ubbelohde che ha la priorità dell'idea (p. 182, 205 seg.) pone questo mutamento nell'età dei Severi. Secondo lui in questo tempo il concetto, che sta a fondamento dell'istituto della compensazione, subì una variazione. Nell'età anteriore la si era ritenuta basata sul principio che si rendesse colpevole di dolo chi non volesse ammettere la liberazione del suo avversario cui competeva un controcredito; di qui il riferimento della compensazione ad un principio di equità e l'eccezione impartita per farla valere. Nel tempo dei Severi questa veduta si mutò nell'altra di considerare senz'altro la compensazione come un mezzo di estinzione delle obbligazioni da paragonarsi al pagamento. L'*exceptio* quindi venne ritenuta inutile; ed il giudice rimase autorizzato a prendere in esame un controcredito opposto *in iudicio* anche di fronte ad una formula pura. In altri termini l'eccezione di compensazione è divenuta una ordinaria difesa; ed è questo il senso dell'*ipso iure compensari*.

Come prova di tale asserzione l'Ubbelohde adduce la L. 4 C. h. t. (Alexander): *ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet*. Secondo lui il paragone qui fatto tra la *solutio* e la *compensatio* non può reggere nella maniera in cui è fatto, se non lo si riferisce alla forma con cui entrambe son fatte valere proceduralmente: il che perciò dimostra vera l'asserzione che la *compensatio* sia divenuta in questo tempo una difesa ed abbia perduto il carattere di *exceptio*.

Col cadere del processo formulare naturalmente non aveva più ragione di essere anche il contrapposto tra *ipso iure* ed *ope exceptionis* con riferimento alla formula. Tale distinzione nondimeno durò per tradizione con i medesimi termini, ai quali venne invece a corrispondere un diverso significato. E l'Ubbelohde (p. 270 segg.), fondandosi sul Bethmann-Hollweg, *Gerichtsverfassung und Process des sinkenden Römischen Reichs* § 23 p. 263, sostiene che nel processo posteriore al classico le difese che nel procedimento formulare si facevano valere *ipso iure* potevano essere opposte e provate nel primo stadio del giudizio, cioe quello della prova dell'azione, mentre le altre, che prima avevano fondamento in una *exceptio*, dovevano attendere che la domanda fosse provata prima di essere ammesse alla prova. L'interesse pratico che una difesa fosse considerata come appartenente all'una più che all'altra categoria è evidente. Se pertanto ancora Giustiniano ha cura di avvertirci che la compensazione avviene *ipso*

iure (p. 277), ciò non deve riferirsi alle azioni personali, per le quali ciò era già da tempo diritto, ma alle azioni reali cui l'imperatore ha esteso la compensazione; il che costituisce il vero centro di gravità della sua costituzione.

L'Eisele infine, che tra i sostenitori del senso formale di *ipso iure* fa parte a sè, afferma essere la L. 21 D. e 4 C. h. t. dell'età classica interpolate dai compilatori; riferisce le LL. 4 e 10 pr. D. h. t., ad un caso speciale di compensazione (p. 151 seg.) e per conseguenza sostiene che la *ipso iure compensatio*, come chiaramente si legge nel § 30 I. 4, 6, sia una innovazione giustinianea. Un senso di diritto sostanziale però a questo *ipso iure* non può attribuirsi per le ragioni più sopra addotte; non regge il senso attribuito a tale locuzione dal Dernburg pei motivi che vedremo. Non rimane quindi che il senso procedurale di *ipso iure* di fronte ad *ope exceptionis*. Ed anche l'Eisele, rigettando l'opinione del Bethmann-Hollweg che questo contrapposto non abbia perdurato nel diritto giustinianeo, ed accettando l'idea del Wieding, *Justinianeische Libellprozess* p. 221, sostiene che anche nel diritto giustinianeo i fatti operanti *ipso iure*, come nel diritto classico, poteansi opporre in qualsiasi stadio del processo, mentre le eccezioni dovevano, come nel diritto classico *in iure*, qui farsi valere solo nello stadio corrispondente, cioè prima della contestazione della lite. *Ipso iure compensatur* significa quindi: la compensazione può farsi valere in qualsiasi stadio del processo.

§ 3.

II. Passando al secondo indirizzo, quello che tenta conciliare il significato materiale di *ipso iure compensatur* coi testi che fanno dipendere la compensazione da un atto di volontà della parte, è da ascrivervi anzitutto la teoria dominante, quella cioè di Azone, già da noi menzionata, secondo la quale, espressa la volontà di [compensare da parte del convenuto, e riconosciuta dal giudice la compensazione, si ha da ritenere detta compensazione avvenuta *ipso iure* in via retroattiva dal momento nella coesistenza dei crediti reciproci.

Vi appartiene in secondo luogo il Windscheid. Questi però, pur riconoscendo la necessità di un atto dispositivo della parte, diretto alla compensazione, ne respinge l'effetto retroattivo, e ritorna ad attribuire alla semplice coesistenza delle obbligazioni controstanti un effetto conciliabile con una posteriore dichiarazione di volontà. Egli cioè sostiene (*Pand.* § 349, specie num. 4 e nota 10) che con la coesistenza le obbligazioni, sebbene non siano estinte, rimangono però affette da una eccezione, mediante la quale il creditore può essere respinto, qualora voglia agire. Questa eccezione di compensazione, oltre a quest'effetto di impedire al creditore il diritto di riscuotere il credito, ha l'altro di impedire l'obbligazione nella sua efficacia, senza estinguerla. Questo stato di impedimento o di infirmazione del diritto subentra da sè, senza partecipazione del debitore; di modo che questi, riferendosi al suo controcredito, non si procaccia una eccezione nuova, ma fa uso di una eccezione già acquistata. In tal senso si dice nelle fonti che *ipso iure compensatur* o *compensatio fit*. In altri termini la compensazione subentra *ipso iure*, pensata come una forza od attività derivante dal controstante credito, non dal debitore, poichè, così pensandola, non ha senso dire che avviene *ipso iure*. Prova di tale asserzione è pel Windscheid il fatto che *compensatio, compensare*, significano non solo l'attività del debitore, ma anche la forza compensativa che deriva senza partecipazione del medesimo dal controcredito. L. 10 pr. D. h. t. L. 39 D. *sol. matr.* 24, 3; Cic *de off.* III, 4 § 14; Plin. *Paneg.* 37, 5.

Molto dubbio è invece se a questo indirizzo possa ascriversi una nuova teoria del Brinz. Egli in un articolo posteriore al suo libro sulla compensazione nel quale ve-

demmo sosteneva una opinione strettamente formale, pur protestando di non abbandonare quest'ultima, ha esposto una teorica, secondo la quale *ipso iure compensatur* significa che il diritto stesso è quello che compensa i crediti esistenti l'uno di fronte all'altro [13]).

In tal senso si può affermare che la compensazione avvenga da sè. In qual maniera poi debba intendersi che il diritto compensa, ci spiega il BRINZ, dicendo che *compensare* qui non vale estinguersi delle concorrenti quantità per scomputo, ma un vicendevole bilanciarsi (*aufwägen*) dei reciproci crediti, dal quale deriva la liberazione del debitore, senza che le obbligazioni vadano estinte; anzi queste rimangono in possesso di tutta la loro efficacia.

Ma, dato ciò, chi oppone la compensazione non può ben dirsi esprima una volontà di carattere dispositivo, ma allega semplicemente la propria liberazione già avvenuta di diritto; per conseguenza questa teorica, più che altro, sembra una nuova forma della teorica di MARTINO, come ben osserva l'EISELE, indebolita in quanto, invece della estinzione delle concorrenti quantità, fa avvenire di diritto la semplice liberazione del debitore.

§ 4.

Lasciando per ora da parte l'opinione che attribuisce all'*ipso iure* il significato normale di « *sine facto hominis* », sia nella forma pura, sia nella modificazione di una efficacia retroattiva della dichiarazione di volontà, ci occorre vedere quanto possano sussistere l'opinione del DERNBURG, quelle formali, e le opinioni del BRINZ, e del WINDSCHEID. Nell'esame che ne faremo, contempleremo prima le ragioni estranee alla esegesi dei testi portanti l'*ipso iure*.

L'opinione del DERNBURG ha trovato parecchio plauso, poichè essa presta in certo modo il mezzo di salvarsi dalle difficoltà che presenta pel diritto classico, sia la spiegazione sostanziale, sia quella formale dell'*ipso iure*. Questa opinione cioè con la sua formola astratta « la compensazione avviene per disposizione di diritto non per criteri arbitrari », mentre non urta coi che testi fanno dipendere la compensazione dalla volontà della parte, pietra di intoppo della concezione sostanziale, è compatibile con l'*exceptio doli*, che nei giudizi *stricti iuris* fu il ponte per venire alla compensazione, e che, come vedremo, si oppone ad una spiegazione formale dell'*ipso iure*. Cionondimeno noi non possiamo accettarla, poichè non corrisponde alle fonti. Non è vero cioè che queste, dicendo che la compensazione avviene *ipso iure*, vogliano accennare ad uno stadio di svolgimento, in cui essa è diventata diritto della parte, di fronte ad uno stadio antecedente in cui dipende dall'arbitrio del giudice.

Ben poco o nulla prova anzitutto per l'autore quella lunga serie di testi in materie diverse dalla compensazione, nei quali egli vede il contrapposto da lui sostenuto. Se ciò anche fosse, non si sarebbe per riguardo alla compensazione fatto un passo avanti, poichè quei testi dimostrerebbero tutt'al più la possibilità che l'*ipso iure* nella compensazione abbia il senso indicato; ma resterebbe sempre a dimostrare che lo abbia di fatto. Ma inoltre non è poi vero che i testi suddetti stiano pel DERNBURG. L'UBBELOHDE (p. 40-67) e l'EISELE (p. 145 seg.) ne hanno impreso una critica, che per la detta ragione non è prezzo dell'opera riportare, critica alla quale lo stesso VANGEROW (§ 618 nota III num. 5 in fin.) deve rendere onore, nonostante non creda possa abbattere la

---

[13]) Cfr. BEKKERS *Jahrb.* [*Annali* del BEKKER, ecc.] I, p. 33 e *Lehrb.* 2.ª ediz. II p. 419 e seg.

teoria del DERNBURG. Ed infine, come a suo tempo vedremo, non è quello voluto dal l'autore il senso dell'*ipso iure* nei testi relativi alla compensazione, derivanti dal diritto classico.

Ma già in anticipazione l'idea del DERNBURG resta sospetta perchè fondata su uno svolgimento storico da noi dimostrato inesatto in molti punti. La compensazione nei giudizii di buona fede al tempo di GAIO era, come sappiamo, ristretta alle azioni derivanti *ex eadem causa*, e non è vero fosse già stata estesa ad altre azioni e divenuta comune. Ma a prescindere da ciò, già GAIO, dice il DERNBURG, parla di un *ius pensationis* in queste azioni (cit. L. 18 § 4 *Commod.* 13, 6); ma non si accorge che lo stesso giureconsulto trova compatibile con questo *ius*, che il giudice *compensationis rationem non habeat*; cioè a dire che non aveva nella mente il contrapposto voluto dall'autore. Ed in fondo è vera l'osservazione in proposito fatta dall'EISELE (pag. 144) che di per sè non formano contrapposto il prudente arbitrio del giudice ed il diritto delle parti; anzi una quantità di rapporti non possono risolversi che ricorrendo all'arbitrio suddetto, e nessuno ha mai affermato che perciò le parti rimangano prive di diritto.

Per quanto concerne poi gli *stricti iuris iudicia*, è falsa per due ragioni l'opinione del DERNBURG: perchè non fu il rescritto di MARCO AURELIO quello che per primo rese la compensazione un diritto delle parti, essendovi anche prima persone come il debitore dell'argentario ed il *bonorum emptor* che avevano questo diritto. e perchè non è vero che prima del rescritto esistesse un uso comune di compensare mediante *exceptio doli*, lasciato però all'arbitrio del giudice, uso che il rescritto medesimo avrebbe elevato allo stato di diritto. Per entrambi i motivi è storicamente ingiustificato che i giuristi abbiano voluto accentuare col loro *ipso iure* un siffato mutamento di diritto.

Nulla può suffragare poi l'opinione del DERNBURG nella L. 20 D. h. t., e L. 5 C. h. t., cui egli si riferisce, poichè quivi non si rileva da nessun accenno che l'*ius compensationis* di cui si parla venga concesso in contrapposto ad uno stato anteriore di *non ius*.

Nella l. 36 *de administr. et per.* 26, 7 dovrebbe indicare l'idea del DERNBURG la frase: *aequitas quae merum ius compensationis introduxit. Merum ius* sarebbe il diritto stabilito, oggettivo, pertinente a tutti. Ora, qualunque possa essere il senso del testo (Cfr. BRINZ, *Jahrb.* pag. 27, UBBELOHDE, pag. 100, EISELE, pag. 175), è certo che *merum* pel suo significato di puro, semplice osta a che si ammetta l'esegesi del DERNBURG.

La concezione formale dell'*ipso iure* dovuta al BRINZ ed allo SCHEURL urta pel diritto classico in non minori difficoltà. Lasciando da parte la già confutata contraddizione del BRINZ col rescritto di MARCO, l'idea comune dei due citati autori si è che l'*ipso iure* stia ad indicare l'*agere cum compensatione*. Ma gli stessi fautori dell'opinione formale hanno dovuto riconoscere l'insostenibilità dell'asserzione.

Contro entrambi si osserva che l'*ipso iure* in senso formale esclude completamente che i fatti, i quali in tal modo operano, debbano opporsi *in iure*. Invece all'*agere cum compensatione* non potea venirsi secondo i detti autori, dopo MARCO AURELIO, se il convenuto *in iure* non opponea il controcredito per costringere l'attore alla sua unilaterale deduzione.

Contro lo SCHEURL in ispecie è poi da notare che egli all'*actio cum compensatione* arriva attraverso una *exceptio*, in senso sostanziale sì, ma una *exceptio*. Ora *ipso iure* nel diritto classico forma un contrapposto non solo all'*exceptio* inserita nella formula, ma alla *exceptio* in genere. E contro il BRINZ in ispecie si è, prima d'ogni altro dal FUHR [14]), e dopo di lui dal DERNBURG, p. 307, dall'UBBELOHDE, p. 167 e dall'EI-

[14]) *Arch. für pract. Rechtswissenschaft* I, 136.

SELE, p. 135, osservato che l'*ipso iure compensari* non può stare ad indicare quella speciale costruzione della formola che porta l'*agere cum compensatione*, poichè l'*ipso iure* esclude qualsiasi attività del magistrato che modifichi la formula in maniera da ordinare al giudice di aver riguardo a un dato fatto. Questo fatto, in tale ipotesi, non può più dirsi operi *ipso iure*. Ed ora noi sappiamo che l'*intentio* dell'*actio cum compensatione* raffigurava una deduzione fatta apposta perchè il giudice potesse esaminare il controcredito.

Secondo i citati autori poi il contrapposto che verrebbe escluso dall'*ipso iure* sarebbe la compensazione contrattuale delle parti, necessaria con l'anteriore sistema di *exceptio doli*.

L'insussistenza da noi mostrata di questo precedente storico di una *exceptio doli* prima di MARCO AURELIO, toglie l'importanza pratica all'idea del contrapposto medesimo. Siccome non è vero cioè che prima di MARCO si compensò mediante *exceptio doli*, e quindi contrattualmente per l'efficacia assolutamente esclusoria di detta *exceptio*, non è più verosimile ammettere che con l'*ipso iure compensari* i giureconsulti romani abbiano voluto designare una forma procedurale che escludesse la convenzione delle parti. Ma, a prescindere da ciò, se l'*ipso iure* indica la forma dell'*actio cum compensatione*, non può essere in contrapposto con la detta convenzione, poiche in quell'*actio* l'attore si induce nella maggior parte dei casi a modificare la sua *intentio* su domanda del convenuto, e, quando si piega a questa, non è men vero che viene a costituirsi un accordo tra le due volontà. L'*actio cum compensatione* non esclude, anzi, secondo quanto anteriormente si è detto, include la convenzione delle parti, e non può quindi formare a questa un contrapposto.

Le ragioni sinora esposte hanno per noi un gran valore. Poichè, avendo noi dimostrata insusssistente l'estensione dell'*actio cum compensatione*, avremmo potuto così escludere senz'altro le idee dei citati autori: qual maggior prova poi che, anche ammessa la detta estensione, le loro idee non abbiano fondamento?

Conseguenza ne è anche non poter sussistere le asserzioni dei citati autori pel diritto posteriore al classico. Vedremo poi l'influenza di esse sulla interpretazione della legge di GIUSTINIANO.

Restano di coloro che pongono il sorgere della *ipso iure compensatio* nell'età classica e le dànno un senso formale l'UBBELOHDE e lo SCHWANERT. La loro idea però che poco dopo MARCO AURELIO siasi potuto fare a meno di una *exceptio doli* allo scopo della compensazione, e questa sia divenuta una ordinaria difesa da potersi far valere *ipso iure*, cioè anche *in iudicio*, è insostenibile. Prescindendo dalla falsa interpretazione della L. 4 C. h. t., sulla quale principalmente si fonda, come vedemmo, l'UBBELOHDE e che per sistema rimandiamo a suo luogo, e dalle conseguenze necessariamente errate che questa teoria porta per la interpretazione della costituzione di GIUSTINIANO, essa presenta dei dubbi pratici. I fautori della medesima sostengono apertamente che le obbligazioni con la coesistenza non si estinguono, ma continuano a sussistere in tutta la loro efficacia giuridica, e sopra ogni altra cosa che rimane in arbitrio del convenuto se si voglia o no servire del proprio credito allo scopo della compensazione. Dato ciò, l'idea dei citati autori porta ad un iniquo trattamento dell'attore in ogni caso, come ben osserva l'EISELE (p. 138). Poichè, non sapendo egli *in iure*, prima della *litiscontestatio*, se il convenuto opporrà o meno la compensazione, o domanda tutto il suo credito e rischia di perdere per *plus petitio* tutto, qualora il suo contraddittore si decida *in iudicio* ad opporla, anche il di più che gli competerebbe dedotto il controcredito; o fa questa deduzione ed agisce pel saldo — naturalmente secondo l'idea dei citati autori con formula pura — e, se il convenuto non fa valere il suo credito, ei deve contentarsi del saldo, senza poter acquistare il resto del credito dedotto perchè lo impedisce l'*exceptio litis dividuae*, restando nello stesso tempo esposto all'azione dell'altra parte pel credito che, non compensando, ancora le compete.

Non meno priva di fondamento ci sembra poi l'opinione dell'Ubbelohde, che cioè l'*ipso iure compensari* abbia anche dopo la caduta del processo formulare conservato il suo significato formale in contrapposto ad un *ope exceptionis compensari*, e che questo contrapposto tra fatti che operano *ipso iure* e fatti che si fanno valere mediante *exceptio* stia nel momento della prova nel processo posteriore. Priva di fondamento perchè questa differenza l'Ubbelohde l'ha ritrovata nel Bethmann-Hollweg, il quale però non l'ha mai affermata nè al luogo citato nel suo libro sul processo della decadenza dell'impero, nè nel suo trattato storico del processo romano-germanico volume III p. 273, ove anzi sostiene che la prova non dipendeva più dalla natura dei fatti, ma seguiva in maniera particolare: doveva provarsi prima la domanda dell'attore stata impugnata dal convenuto, poi questi era ammesso a provare « non solo le sue eccezioni, ma anche quei fatti dai quali egli derivava la nullità *ipso iure* della domanda dell'attore ».

L'affermazione dell'Ubbelohde cade dunque nel novero delle congetture mal fondate

E lo stesso appunto deve farsi a nostro parere all'Eisele. Per quanto noi siamo del suo parere che i testi dell'età classica portanti l'*ipso iure* siano interpolati dai compilatori giustinianei, nondimeno dobbiamo divergere da lui pel diritto giustinianeo. Il suo ragionamento a tal proposito si riduce in fondo al seguente: Poichè l'*ipso iure* in senso materiale non può concepirsi (urta coi testi che fanno dipendere la compensazione dalla volontà della parte) e convien quindi dargli un significato formale, e poichè il Wieding ha sostenuto che il divario tra *exceptiones* e difese valevoli *ipso iure* sta nel tempo in cui devono opporsi in giudizio, noi dobbiamo dire che *ipso iure compensatur* significa che la compensazione può opporsi in ogni stadio del giudizio. Ora non è detto che il Wieding abbia vinto la lite della importanza delle eccezioni nel diritto giustinianeo, anzi le sue dimostrazioni lasciano non lievi dubbi (vedasi nella op. cit. p. 219 come si è sbarazzato della L. 8 C. *de except.* Diocl. et Maxim.): quindi se l'Eisele doveva servirsi dell'opinione di lui per risolvere il più arduo problema storico sulla compensazione, non bastava ch'ei vi si fosse riferito pure et simpliciter, ma doveva portarvi il suo contributo di prova. Altrimenti è lecito dire ch'ei si sia servito di tale opinione come di un rimedio per risolvere una situazione intralciata. Una congettura è quella del Wieding: tale resta per conseguenza l'opinione dell'Eisele.

Ci rimane a vedere quanto possano sussistere le idee del Brinz e del Windscheid. Ambedue le teorie concordano nell'ammettere che effetto della coesistenza sia una *affezione* dei crediti, la quale subentra da sè come forza emanante dai crediti medesimi. L'obbiezione comune a queste vedute, le quali sono rimaste isolate, è che esse, per quanto valore possano avere come costruzione giuridica, come domma astratto, non corrispondono alle dichiarazioni delle fonti.

Il Brinz non ha potuto citare a suo favore che l'immagine del bilanciarsi che sta nel vocabolo *compensare*; ma non può disconvenirsi che, anche così concepita, la compensazione è dai testi fatta dipendere dalla volontà del debitore. È un far poi violenza alle fonti il voler loro attribuire che dicendo *ipso iure compensatio fit*, abbiano inteso dire che il debitore è liberato, ma l'obbligazione continua a sussistere. Ove è detto ciò? L'asserzione del Brinz è arbitraria, anche se si prescinde dal valore intrinseco di questa strana liberazione. Ed anche il Windscheid non ha da parte sua la dichiarazione espressa delle fonti. Egli ha certamente mostrato coi testi più sopra addotti che le fonti medesime per *compensare* intendono, oltre l'attività della parte interessata anche l'impersonale efficacia compensativa derivante dalla coesistenza delle obbligazioni compensabili; ma che questa efficacia si risolva in una *affezione* del carattere di *exceptio* è una sua affermazione non provata (vedi in seguito) [15].

[15]) Cfr. contro i detti autori Ubbelohde, p. 31 seg. — Dernburg, pag. 303 seg. —

§ 5.

Ed ora all'esegesi dei testi. Vedremo che le teorie sin qui criticate non si lascian porre d'accordo con essi. Il punto di partenza deve essere la costituzione di GIUSTINIANO, L. 14 pr. C. h. t.:

Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus [16] *inter se observanda.*

Alla quale riferendosi il § 30 I. 4, 6, subito dopo aver trattato della compensazione sotto MARCO AURELIO dice:

Sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque, ecc. [17].

E TEOFILO infine, parafrasando questo paragrafo delle Istituzioni, aggiunge (secondo la traduzione del REITZ):

Haec igitur ex constitutionibus veteribus (si riferisce allo sviluppo anteriore della compensazione)

at imperatoris nostri constitutio iubet manifestas et indubias compensationes ipso iure minuere actionem, sive in rem sit, sive personalis, velut habet quis adversus me actionem sive strictam sive bonae fidei de solidis X, sed contra mihi debet solidos III, ipso iure simulac aliquid contra debetur, actio adversus me minuitur solidis tribus, ut haud amplius X, sed VII tantum solidos debeam.

La costituzione di GIUSTINIANO, contro il solito suo modo, concisa e stringata, tace assolutamente sui suoi precedenti storici. Per assodare quindi qual portata abbia l'innovazione in essa contenuta convien ricorrere al racconto delle Istituzioni sopra riportato. Queste pertanto, per chi legge senza preconcetti, affermano che GIUSTINIANO allargò il campo della compensazione (*latius introduxit*) per le obbligazioni fornite del requisito della liquidità (*quae iure aperto nituntur*: cfr. L. ult. cod. § 1). Il contenuto di tale estensione è anzitutto *ut* (*compensationes*) *actiones ipso iure minuant*; poi che ciò avvenga indifferentemente nelle azioni personali e reali, *excepta depositi actione*. Dato ciò, deve stabilirsi che dalle parole della L. ult. cit. e dalle Istituzioni si rileva certamente che l'innovazione di GIUSTINIANO riguarda tre punti diversi:

1. Introduzione della *ipso iure compensatio*,
2. Estensione della compensazione alle azioni reali;
3. Introduzione del requisito della liquidità [18].

VANGEROW, II § 618 pag. 361 (7.ª edizione) sub 2. — EISELE, p. 140 seg. — STAMPE, pag. 13, 30.

[16] La costruzione esigerebbe *personalium actionum*, come ha ben notato l'EISELE. Inutile tentar di spiegare l'errore. Non è lontana l'ipotesi che questo ablativo risenta della vicinanza dell'altro *ex omnibus actionibus*.

[17] Quali sarebbero queste altre azioni, diverse dalle personali e dalle reali? Non è possibile non riconoscere qui una frase che forse è l'effetto soltanto dello sforzo del compilatore di questo passo di esprimere nella maniera più completa la generalità della disposizione giustinianea. Del resto queste altre azioni non si saprebbe ove trovarle.

[18] Dello stesso parere è, sul precedente dell'EISELE, l'APPLETON cap. VII sez. II. Nella parte dommatica esponemmo quale sia l'importanza delle innovazioni relative alla compensazione nelle azioni reali ed al requisito della liquidità dei crediti. Qui ci interessa esaminare sopra tutto la *ipso iure compensatio* come ultima forma generale presa dall'istituto della compensazione nel diritto romano.

L'*ipso iure compensari* dunque deriverebbe da GIUSTINIANO. Lo conferma il fatto che le Istituzioni giustinianee nulla sanno di siffatta compensazione nell'età classica, e si dovrebbe accusarle non di inesattezza storica, ma di falsità premeditata per negar loro fede, poichè non solo tacciono di una *ipso iure compensatio* dell'età classica, ma la attribuiscono all'imperatore GIUSTINIANO. Lo confermano infine le parole di TEOFILO al luogo riportato, il quale, passando dalla riforma di MARCO AURELIO ai tempi di GIUSTINIANO con una frase decisa: *Haec igitur ex constitutionibus veteribus*, dice chiaramente che è una costituzione del suo imperatore quella che *iubet compensationes ipso iure minuere actionem.*

Che però l'*ipso iure compensari* derivi secondo i citati testi da GIUSTINIANO non poteva non urtare contro le teorie di coloro che lo pongono nell'età classica; e quindi essi hanno tentato di forzare il senso delle parole di GIUSTINIANO per farle convenire con le loro idee.

Prescindendo dal BRINZ che vi ha veduto un riferimento alla *retentio*, opinione che non merita ulteriore esame, abbiamo veduto come il DERNBURG e l'UBBELOHDE abbian dovuto sostenere che il punto essenziale dell'innovazione di GIUSTINIANO sia l'estensione della compensazione alle azioni reali, non la *ipso iure compensatio*. Ma il testo delle Istituzioni non si lascia ridurre a ciò; la sua andatura logica è tale che si dovrebbe per sostenere quanto i citati autori affermano, capovolgere addirittura la sua costruzione; porre cioè in luogo secondario l'idea principale: *ut (compensationes) actiones ipso iure minuant*, per dare il primo luogo all'idea incidente *sive in rem, sive personales*, ecc. Nè il DERNBURG nè l'UBBELOHDE del resto hanno accusato di inesattezza le Istituzioni giustinianee. Si potrebbe opporre che nell'età classica indubitatamente compensavasi *ipso iure* nelle *actiones bonae fidei;* quindi GIUSTINIANO non può aver inteso di introdurre pel primo l'*ipso iure*, quando ha detto: *compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus*. Ma, a prescindere da ogni altra confutazione di tale obiezione (vedi EISELE, p. 184 seg.), essa si fonda sul preconcetto che l'*ipso iure* di GIUSTINIANO abbia un senso formale (nel qual senso dicevasi che si compensava *ipso iure* nel processo formulare); ma ciò, come vedremo, non è.

Data l'appartenenza a GIUSTINIANO dell'*ipso iure compensatio*, conviene passare alla quistione più vitale. In qual senso egli intese che si debba compensare *ipso iure?* Da escludersi è anzitutto che egli l'abbia detto nel senso voluto dal DERNBURG (p. 353) che cioè l'esistenza della compensazione non dipenda più dall'arbitrio del giudice, ma questi sia obbligato alla sua generale applicazione come diritto della parte, poichè [19]) giust'appunto nella legge di GIUSTINIANO vien concesso al giudice di stabilire secondo il suo apprezzamento se debba o non ammettere la compensazione a causa di illiquidità.

Per quanto poi riguarda le opinioni materiali del BRINZ e del WINDSCHEID, vedremo quanto vi è di vero che l'*ipso iure* di GIUSTINIANO possa significare un effetto attribuito alla coesistenza dei crediti compensabili, ma nulla nelle parole dell'imperatore nè in quelle delle Istituzioni autorizza a dire che esse significhino o il rimanere affette le obbligazioni controstanti da una eccezione, o l'essere il debitore liberato senza estinzione del debito. Tutto ciò non può leggersi sotto le parole: *compensationes ipso iure actiones minuant.*

Conviene infine esaminare se il dettato della costituzione imperiale e delle Istituzioni convenga all'opinione formale. Che *ipso iure* possa quivi stare in contrapposto a *per exceptionem* nel senso di una diversità per riguardo alla prova, come sostiene l'UBBELOHDE, non troviamo nel testo neanche un accenno che lo giustifichi; ciò senza

---

[19]) Cfr. UBBELOHDE, pag. 112 seg. — SCHWANERT, p. 17 seg. — EISELE, p. 145.

calcolare quello che sopra si è osservato, che cioè in genere questo senso di *ipso iure* manca di fondamento. È da notare anche come il BETHMANN-HOLLWEG, sul quale l'UBBELOHDE si appoggia, vuole invece che il diritto di compensare anche dopo la L. ult. C. h. t. si realizzi mediante una vera *exceptio*.

Resta l'opinione del WIEDING (op. cit. p. 221) cui si associano lo SCHWANERT (p. 29 seg.), il BEKKER (*Aktion*. II, 356 segg.) e l'EISELE (p. 191 segg.), ed a noi ben nota: cioè a dire che l'*ipso iure* significhi potersi l'eccezione di compensazione opporre in qualsiasi stadio del processo. Ma, pur facendo astrazione da quanto precedentemente si è detto circa la dubbiezza dell'idea del WIEDING da cui tutta questa costruzione deriva, sta il fatto che nè nella costituzione di GIUSTINIANO nè tanto meno nelle Istituzioni vi è un cenno in proposito. Invero il § 1 della L. ult. C. h. t. di cui trattiamo suppone che la compensazione possa opporsi anche nell'ultimo stadio del processo e l'EISELE (pag. 186) non manca di notarlo di passaggio; però ben a ragione dice che non vi si può far fondamento perchè nel testo nulla autorizza ad indurre che tale disposizione abbia relazione con l'*ipso iure* del *principium*. Inoltre i fautori della presente opinione hanno ben sentito che, dopo la C. 2 *sent. resc. n p.* 7, 50 di DIOCLEZIANO, le eccezioni perentorie, cui apparteneva la *exceptio doli* diretta alla compensazione, potevano sino alla sentenza presentarsi mediante una *restitutio in integrum*: quindi non si capirebbe come GIUSTINIANO avrebbe potuto accentuare un tal fatto come propria largizione. Lo SCHWANERT (p. 33) vuol salvarsi dicendo che questa *restitutio* era una eccezione prima di GIUSTINIANO: ma dall'altro lato l'EISELE (p. 192) osserva che tale idea (che è del WIEDING) non è esatta. Invece tenta (loc. cit.) di evitare l'intoppo dicendo che l'*exceptio doli* diretta alla compensazione rimase estranea alla storia delle altre eccezioni perentorie; poichè la *restitutio in integrum* di cui si è parlato si dava secondo GAIO, IV, 125 *adiciendae exceptionis gratia*, cioè a dire affinchè nella formula fosse inserita l'*exceptio*. Ora ciò non poteva toccare l'*exceptio doli* di cui parliamo, poichè essa non veniva inserita. E benchè di poi, col cader delle formule, anche per le altre eccezioni venne a mancare l'inserzione cui è diretta la *in integrum restitutio*, pure la nostra *exceptio doli* rimase distinta dalle altre *exceptiones*, perchè colui che la ignorava non *summovebatur exceptione* ma *plus petendo causa cadebat*. Però tutto questo ragionamento si fonda sul presupposto che la compensazione si sia svolta, come l'EISELE sostiene, non mediante ordinaria *exceptio doli*, ma mediante le forme speciali a noi note con la conseguente *pluspetio*.

Essendo ciò da noi stato dimostrato insussistente, cade la deduzione finora descritta e, se si accetta l'idea dell'EISELE, rimane non spiegato come GIUSTINIANO col suo *ipso iure* e come cosa nuova abbia sancito che l'eccezione di compensazione si potesse far valere in qualsiasi stadio del giudizio.

Secondo noi il senso dell'*ipso iure* si ricava da un esame delle espressioni dei testi in discorso. GIUSTINIANO, e per lui i compilatori, non ci spiegano affatto che cosa intendano col dire *compensationes ipso iure fieri*. Ma il testo delle Istituzioni ci spiega ciò voler significare che le compensazioni *ipso iure minuant actiones*. Su questa espressione i fautori dell'opinione formale (EISELE, p. 186) insegnano che essa altro non dica se non che ormai, se avveniva la compensazione *ipso iure*, non si aveva più decadenza dell'attore per *plus petitio*, ma una *condemnatio in minus*. Questo sarebbe il senso di *actio minuta est*. Ma anzitutto tale interpretazione è legata troppo all'opinione storica degli autori citati, di modo che essi la spiegano, non oggettivamente, secondo il senso prossimo delle parole, ma attraverso lo sviluppo anteriore dell'istituto, da essi costruito. E perciò da questo punto di vista noi non possiamo seguirli, poichè la *condemnatio in minus* si aveva già dai tempi della *extraordinaria cognitio*. Ma, a prescindere da ciò, chi dice all'EISELE che «*actio minuta est*» nel testo delle Istituzioni esprima il complicato pensiero della sua mente? Secondo il senso usuale dei

termini, questa frase significa che l'*actio*, il *ius persequendi in iudicio*, cioè a dire un diritto sostanziale competente ad una persona (e per conseguenza il diritto su cui l'*actio* si fonda) resta *minuta*, diffalcata, per via della compensazione. Dato che la *minutio actionis* abbia il senso materiale da noi descritto, e che si presenta il più naturale dalla connessione delle parole, è necessario indurre che anche l'*ipso iure* abbia senso materiale. *Ipso iure actio minuta est* ha il senso più normale: l'azione, il diritto relativo resta diminuito senza partecipazione dell'interessato, per disposizione di legge. Impone poi tale spiegazione la parafrasi di Teofilo, da noi sopra trascritta, la cui semplice lettura dimostra come egli abbia inteso nel significato da noi voluto sia l'*actio*, sia l'*ipso iure*.

L'importanza di questo antecessore bizantino nella nostra materia è estrema, tutti lo hanno sentito; poichè ne dipende anche la credibilità del racconto delle Istituzioni giustinianee, di cui fu uno dei compilatori; quindi è di grande interesse la quistione se gli si possa o no prestar fede. Indipendentemente dalla nostra quistione, la parafrasi di Teofilo è stata attaccata nella sua autenticità dal Ferrini [20], il quale ha sostenuto che essa non deriva dal Teofilo che partecipò alla compilazione delle Istituzioni giustinianee. Oggi però tale opinione è stata vittoriosamente confutata e si è rivendicata a Teofilo la parafrasi delle Istituzioni giustinianee [21]. Riguardo poi al nostro tema speciale, ed ammessa l'autenticità della parafrasi, Teofilo è stato variamente trattato. L'Appleton lo studia da un punto di vista generico; cioè nel grado di intelligenza, di scienza e di riflessione di cui era capace. E ciò allo scopo evidente di scuotere la fede nella sua credibilità scientifica. Il mezzo da lui scelto è l'enumerazione di alcuni errori commessi da lui (o dal suo collega) nel compilare le Istituzioni [22] in materie estranee alla compensazione. Di tali errori alcuno è di contenuto, prova di incapacità scientifica, altro logico (*étourderie*, come lo chiama l'autore), prova di poca intelligenza da un lato, e di negligenza dall'altro nel lavoro.

Un altro paio di esempi infine, tratti dalla parafrasi stessa, devono mostrarci come Teofilo facilmente nell'esplicare le norme delle Istituzioni commettesse errori grossolani.

Queste osservazioni dell'Appleton però, quantunque possano essere esatte, non consentono se non la conseguenza, che bisogna andar cauti nell'accettare le dichiarazioni di Teofilo in genere: ulteriori illazioni non possono farsene, perchè converrebbe dare la prova che Teofilo abbia errato anche nel punto che noi trattiamo. Gli altri antecedenti scrittori sul tema della compensazione si sono invece diportati verso il professore bizantino in una maniera poco coerente e che merita di essere rilevata. Il solo Brinz (*Comp.* § 22) francamente gli nega fede e lo esclude dalla sua trattazione. Egli sostiene che almeno in questo punto (§ 30 cit.) Teofilo non ha partecipato alla compilazione delle Istituzioni. Ed il perchè sta nel fatto che Teofilo, dando, apparentemente almeno, *efficacia minuens* alle eccezioni, si trova in opposizione con la interpretazione che l'autore crede di dare alle Istituzioni. Il criterio non richiede commenti. L'Ubbelohde ed il Dernburg invece per riguardo all'*ipso iure* non si curano di Teofilo. Eppure essi, quando si trattò dell'efficacia parziaria della *exceptio doli* nella compensazione sotto Marco Aurelio, se ne fecero saldo puntello per sostenere questa opinione. Dunque Teofilo sarebbe credibile per quanto concerne il diritto antico; non

---

[20] *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo vulgo tributa*, Berlino 1884, Prefazione; V. *Arch. giurid.* XXXVII p. 353 seg.

[21] Puoi vedere in Appleton, p. 30 seg., un chiaro riassunto della controversia che si è agitata in proposito.

[22] Cfr. op. cit. p. 23 segg., p. 37 seg.

varebbe la pena di occuparsene pel diritto nel mezzo al quale viveva, e sul quale teneva lezioni pubbliche. A questo appunto non può sfuggire neanche l'Eisele, sebbene egli sia l'unico che abbia veramente sentita l'importanza di Teofilo, pur combattendolo. Difatti noi abbiamo veduto che, per quanto riguardava la compensazione a tempo di Marco Aurelio, l'Eisele si è servito di Teofilo, i cui termini, in parte generali, potevano prestarsi alla sua opinione; in ogni modo non lo ha sconfessato. Invece qui (p. 187 segg.) dichiara di non poterlo seguire; ed è naturale, perchè le espressioni di questo antico commentatore sono assolutamente inconciliabili con la sua teorica. Temiamo pertanto che il criterio seguito dall'Eisele nel giudicare Teofilo sia soverchiamente soggettivo. Ad ogni modo le sue ragioni non hanno forza convincente.

Egli dice che la teoria di Teofilo, per la quale le obbligazioni compensabili restano *minutae* con la semplice coesistenza, sia una sua costruzione, e che urti con la stessa legge di Giustiniano. Questo usa gli stessi termini del diritto classico dicendo che il convenuto *opponit, obicit compensationem,* il giudice *admittit, suscipit compensationem,* ed a quest'ultima frase corrisponde un testo di Taleleo, *Bas.* 24, 10, 28 (Heimbach, III pag. 48). Però ognun vede che dalla semplice maniera di dire: *opponere, obicere compensationem* nulla può desumersi, perchè questa frase potrebbe essere stata adoperata in senso meramente procedurale, e può significare tanto una disposizione attuale sulla compensazione, quanto una allegazione dell'avvenuta compensazione, e le frasi che vengono in seguito si riferiscono al requisito della liquidità per cui il giudice può difatti non ammettere la compensazione.

Giustamente poi l'Eisele vede il difetto della teorica esposta da Teofilo nella sua difficile conciliabilità col requisito della liquidità. Non è che quella sia, come si potrebbe credere dalla sua affermazione, affatto inconciliabile con tale teorica: Tindaro ed il Pothier, che la sostenevano, conciliavano il fatto della estinzione dei debiti per compensazione, dal momento della semplice coesistenza, con la possibilità che la compensazione fosse esclusa in giudizio, con una *restitutio* nel credito già estinto concessa al convenuto dal diritto in tale ipotesi [23]; ma il vero è che noi non siamo da nessun testo autorizzati a fare siffatta costruzione. Però, anche data tale sconcordanza, chi autorizza a dire che la teorica appartenga a Teofilo, e non che questi l'abbia derivata dalla legge, a tal riguardo difettosa? Tutte le probabilità anzi sono per questa versione, poichè non vi è nella parafrasi citata il minimo segno esteriore che indichi una costruzione personale, una opinione propria, nè quegli antichi usavano farne; e Teofilo in ispecie (si confronti il testo) non ne fa affatto nel nostro punto di quistione; non fa, contro l'asserzione dell'Eisele, che un caso dichiarativo della legge come poco avanti ne avea fatto uno per dimostrare la forma di compensazione sotto Marco Aurelio.

L'Eisele (p. 189 n. 12) inoltre da sè apporta un testo di Teodoro che dice: *si cui debenti vicissim debetur, minuatur statim debitum,* ecc. — e che quindi interpreta il *minuitur actio,* allo stesso modo di Teofilo, e come questi attribuisce alla semplice coesistenza dei crediti l'effetto della compensazione —; ma se la passa col notar soltanto la somiglianza senza darvi ulterior peso. Ed inoltre il testo di Taleleo che sopra egli addusse a suo favore così dice: *Si iudex compensationem admiserit, eius temporis obligationem perimit ex quo ab utraque parte debebatur.* Esso dunque, sebbene da un punto di vista diverso da quello di Teofilo, dà una efficacia materiale (per retrotrazione) alla coesistenza dei crediti reciproci; ma nulla sa dell'opinione formale dell'Eisele.

Per dir vero a noi sembra impossibile che, derivando la *ipso iure compensatio*

---

[23]) Tindarus, op. cit. art. VI num. 74. — Pothier, *Traité des obligat.* parte III ch. 4 § 3.

da GIUSTINIANO, come pur l'EISELE sostiene, TEOFILO che fu dei compilatori, che professava il diritto allora valido nei giudizi, si sarebbe potuto sbagliare così di grosso su una innovazione avvenuta sotto i suoi occhi, in un'opera didattica che pare non sia altro che il corso da lui tenuto nell'anno 533-534 (APPLETON, loc. cit. pag. 34) cioè due soli anni dopo emanata la costituzione di GIUSTINIANO. E si trattasse almeno d'una costruzione difficile! No: secondo l'EISELE l'*ipso iure fieri compensationem* di GIUSTINIANO voleva dire che la compensazione si poteva ormai opporre anche nell'ultimo stadio del giudizio, in qualsiasi momento di esso. Or dunque TEOFILO che avea visto lo stato anteriore del diritto in cui ciò non poteva farsi (e lo avrà quindi insegnato), che ha assistito poi all'innovazione, e la rileva, invece di esporre il semplicissimo pensiero dell'EISELE, si è dato a fare una costruzione di suo cervello, sostituendosi al legislatore. Ma ciò senza una prova patente non si può ammettere. Un indizio non lieve che la riforma giustinianea non potè avere carattere procedurale sta in ciò che tra i dotti bizantini, di cui sopra abbiamo riferito le parole, non una risonanza è rimasta d'una riforma in tal senso. E ciò deve aver peso, anche per chi non abbia che limitata fiducia in cotesti commentatori.

Per tutto il fin qui detto ci crediamo autorizzati a prestar fede a TEOFILO, almeno sino a prova contraria.

La discussione dei testi che ora faremo ci mostrerà del resto che egli non aveva poi tanto lavorato di fantasia.

§ 6.

Conseguono dai precedenti ragionamenti due dati:

1. GIUSTINIANO pel primo introdusse la *ipso iure compensatio:*

2. Egli con ciò volle concedere che colla semplice coesistenza i crediti reciproci compensabili andassero estinti *quoad concurrentes quantitates.*

Ma allora che dire dei testi dell'età classica da noi fatti rilevare e che portano l'*ipso iure compensari?*

Le premesse poste ci impongono di conseguenza due prove:

1. L'*ipso iure* in tali testi deriva dai compilatori.

2. Essi testi sono interpolati in senso materiale.

La quistione dell'interpolazione delle fonti pregiustinianee portanti l'*ipso iure compensari* non è nuova. Fino i glossatori la posero, ed alcuni di essi espressero chiaramente il sospetto che le fonti medesime fossero state alterate [24]).

Nei tempi moderni tale opinione trova parziali fautori nell'HASSE, il quale dichiara interpolato l'*ipso iure* almeno nella L. 4 D. h. t. e nel BETHMANN-HOLLWEG che fa lo stesso per la L. 21 *eod.* Subito però una corrente contraria di dichiara col BRINZ, DERNBURG, UBBELOHDE nelle opere citate e la scienza resta a tal punto, se si fa una unica eccezione per lo SCHLESINGER [25]), il quale, occasionalmente trattandone, dichiara fede al racconto delle Istituzioni giustinianee, ed attribuendo quindi la *ipso iure compensatio* all'imperatore bizantino, trae la conseguenza che essa si incontra per via di interpolazione nei testi dell'età classica. Questa opinione è stata oggi invece strenuamente difesa dall'EISELE, dallo STAMPE e dall'APPLETON. E di vero la probabilità dell'interpolazione si presenta già a priori fortissima nel nostro caso pel fatto notato poco fa che l'*ipso iure compensari* deriva da GIUSTINIANO, e noi abbiamo visto come

---

[24]) Vedi in UBBELOHDE, p. 17, le citazioni.

[25]) *Archiv. für die civ. Praxis,* vol. L, pag. 144 nota 17.

debba dichiararsi fallito il tentativo fatto per restringere il campo dell'innovazione giustinianea alla sola compensazione nelle azioni reali.

Ora dato ciò, non solo non è strano, ma è più che naturale si incontri nelle pandette una serie di testi interpolati; ciò è conseguenza di un intendimento prefisso. Del resto argomenti in contrario non ne sono stati apportati, e se tali vogliono considerarsi le varie spiegazioni date dell'*ipso iure* per ricondurlo ai tempi classici, abbiamo visto e vedremo ancora che esse sono insostenibili.

Piuttosto varrà a favore della nostra opinione una esegesi dei testi dell'età classica [26]).

1. Prima viene la L. 4 C. h. t. che è la più controversa:

Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrent quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.

Per quanto avversarii si possa essere delle interpolazioni, bisognerà convenire che, linguisticamente considerata, questa legge produce una cattiva impressione, specie se si riflette trattarsi di un rescritto derivante dai tempi di Ulpiano e di Paolo. Non poco sospetto è inoltre che un rescritto dell'età classica faccia e prescriva una costruzione. Sopra tutto ha destato forti dubbi la frase: *ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet*, nella quale riesce un vero enigma spiegare le relazioni che le parole hanno tra di loro.

Prima causa di dubbio il *pro soluto*. È desso genuino? L'Eisele lo ha negato (pagine 153-154); e le sue ragioni non possono non dirsi convincenti. La sua osservazione principale è questa: Si comprende come logicamente si possa paragonare una *compensatio* ad una *solutio*, e dire altresì che si ha un *compensatum pro soluto*, ma non è logico dire col testo che una *compensatio* si ritiene *pro soluto*. È stata addotta contro ciò la L. 48 D. *de solution.* 46, 3; ma anzi questa logicamente paragona un *perceptum* ad un *solutum*. Così pure inutile deve dirsi il tentativo fatto dall'Ubbelohde per ispiegare il *pro soluto* con l'affermazione che le fonti usano la detta frase in maniera avverbiale, come *pro donato, pro legato*, ecc., e che in tal forma esso è compatibile anche con un sostantivo femminile, come si riscontra nel nostro testo. L'Ubbelohde si fonda a tale scopo sulla L. 4 C. *evict.* 8, 44 (45) e sulla L. 24 pr. D. *de pign. act.* 13, 7 (Ugualmente Stampe, p. 26). Ma dalla prima legge nulla si può ricavare; essa tratta di un *predium pro soluto datum*, cioè a dire potrà valere a dimostrare che *dare pro soluto* è usato nel senso di *dare in solutum*, ma non quello che vuole l'Ubbelohde (v. Eisele, l. c.). E la L. 24 pr. cit. non solo tratta anch'essa di una *res data pro so-*

---

[26]) L'Appleton, pag. 79 e seg., ci dà notizia, che il Naber nelle sue *Observatiunculae de iure romano, Mnemosynes bibliothecae philologicae batavae* vol. XXI, p. 33, tenta far risultare la compensazione, fatta *ipso iure* nel senso materiale, dalla L. 3 § 3 D. *de contraria tutelae* 27, 4. Ma questo passo non suppone necessariamente la compensazione legale. Esso si spiega bene senza questa, poichè il tutore, facendo una spesa del pupillo, gli rimborsa il denaro che aveva impiegato a suo uso; si deve cioè considerare come avesse versato nella cassa del pupillo questo denaro, ed avesse poi con questo pagato la spesa fatta. Allo stesso modo, se il tutore fa prima una spesa e poi *in usus suos vertit* il denaro del pupillo, è da ritenere che egli siasi fatto pagare dal pupillo medesimo.

Naber poi cita ancora la L. 14 C. *de negotiis gestis* 2, 18 (19); ma la semplice lettura di questo passo mostra come esso non dica affatto che la compensazione avviene da sè.

luto; ma di più è certamente nella sua parte ultima interpolata dai compilatori [27], quindi il suo *pro soluto*, se anche avesse il valore datogli dall'Ubbelohde, sarebbe un argomento di più per ritenere che nella nostra legge sia pure di derivazione tribonianea, visto come in altri testi l'Ubbelohde non l'abbia potuto rinvenire.

Per queste ragioni noi riteniamo interpolato il *pro soluto*. E così pure è a dirsi dell'*ipso iure*. Questo, a qualunque parola della frase cui appartiene lo si riferisca, è fuori di posto, se lo si vuol ritenere originario del testo. Se si sostiene, come fa il Brinz (p. 22) e lo Scheurl (p 170) e come deve fare la teoria dominante, che modifichi il *pro soluto*, ed allora il testo avrebbe dovuto dire, se lo avesse scritto, come il Dernburg (p 336) suppone, Paolo, o se ad ogni modo derivasse dall'epoca della buona latinità — *pro ipso iure soluto*.

A questo scoglio naufraga l'opinione dell'Ubbelohde (pag. 213) che anch'egli mette l'*ipso iure* ed il *pro soluto* tra loro in relazione. Tenta bensì sfuggire all'obiezione ora fatta, dicendo che non l'*ipso iure* modifica il *pro soluto*, ma questo il primo. Allora però è costretto a tradurre: la compensazione deve concedersi *ipso iure, secondo l'analogia del pagamento* (*pro soluto*), dando al *pro* un senso di *analogamente* che (p. 209) non gli è riuscito di appoggiare con alcun testo. Con questa legge l'Ubbelohde ha perduto il più saldo puntello per la sua opinione che nell'età dei Severi siasi compensato *ipso iure* nel senso formale; senso in cui, come già sappiamo egli intendeva l'analogia tra la *compensatio* e la *solutio*. Del resto l'Ubbelohde (p. 210 segg.), anche a prescindere dalla interpretazione erronea del testo, non ha esaurito tutte le analogie tra la compensazione ed il pagamento per dire che non rimanga di attagliata al testo medesimo se non la forma con cui son fatti valere [28]

Se invece l'*ipso iure* sta a indicare una necessità giuridica, come sostiene il Dernburg (pag. 337) e con lui il Lenel, *Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen* (Sull'origine e l'efficacia delle eccezioni) pag. 144, e lo Stampe, p. 27, allora però esso modifica prossimamente l'*oportet*, e non si intende perchè il testo invece di dire « *pro soluto compensationem haberi ipso iure oportet* » abbia l'attuale sua costruzione, in cui *ipso iure pro soluto*, ecc. sembran parole messe in fila così a caso. È poi una frase vuota quella dello Stampe (loc. cit.) che l'*ipso iure* qui stia a modificare tutta la dizione: *pro soluto compensationem haberi oportet*, poichè, come si è osservato, preso nel senso da lui voluto, avrebbe dovuto rimanere accanto all'idea principale che sta nell'*oportet*, e ciò per un rescritto dell'età classica ha decisiva importanza.

Contro l'opinione poi di questi autori, se la ragione ora addotta non sembra abbastanza forte, è da opporre ancora che l'*ipso iure*, inteso nel senso da essi indicato, è qui perfettamente ozioso. Per quanto un segno esteriore non esista nel testo, da cui possa rilevarsi che tra l'*ipso iure* e la decisione che ne forma il contenuto essenziale — l'arrestarsi del decorso delle usure — siavi un legame di causa ad effetto, è però innegabile che una certa connessione, un certo rapporto di conseguenza tra essi deve esserci. Ora dall'*ipso iure* del Dernburg non si può certo trarre come conseguenza la decisione del testo: strano che egli invece la trovi una conseguenza *naturale* della sua opinione (loc. cit) ed ascriva l'intenzione di trarla al compositore del passo.

Ed infine osta a concepire qui l'*ipso iure* alla maniera del Dernburg una ragione storica. L'imperatore medesimo Alexander in un rescritto dell'anno stesso 229 (L. 5 C. h. t.), e che per essere posto dopo quello di cui ci occupiamo deve essere stato emanato poco tempo appresso, esprime la massima: « *aequitas compensationis usurarum excludit computationem* ». Come mai lo stesso imperatore riconduce ad un principio di

---

[27] Vedi Appleton, pagina 24 num. 11, le cui ragioni non ripetiamo per brevità.

[28] Cfr. Dernburg, p. 337 nota 2.

semplice equità (nell'età classica) ciò che prima avrebbe caratterizzato siccome derivante da un principio di diritto?

Dopo il fin qui detto, riteniamo esente da dubbio che l'*ipso iure* sia stato dai compilatori interpolato nel testo e con singolare inettitudine [29]). La legge del resto porta altre traccie della mano dei compilatori, come puoi vedere dalle osservazioni dell'EISELE (p. 155).

Resta a vedere in qual senso i compilatori abbiano modificato la nostra legge. L'EISELE su ciò non dà risposta, sebbene ritenga l'interpolazione siccome indubitata, ed anche nella parte dommatica del suo libro consiglia (p. 274) di porre da banda la costruzione della L. 4 di cui parliamo per cedere il posto agli altri testi che riconducono l'arrestarsi del decorso delle usure ad una massima positiva, non all'essenza della compensazione (L. 11, 12 D. h. t. ULP. — L. 5 C. h. t. ALEXANDER a. 229. — L. 7 C. *de solution.* 8, 42 (43) PHILIPPIS, a. 244). Ma tal procedere da un punto di vista storico non è certo esatto. Conviene quindi indagare il senso dato all'*ipso iure* dai compilatori. Certo esso non è quello sostenuto in genere dall'EISELE per la costituzione di GIUSTINIANO: che la compensazione possa opporsi anche nell'ultimo stadio del giudizio; poichè questo significato non potrebbe andar d'accordo col rimanente del testo: argomento non lieve contro la solidità dell'asserzione dell'EISELE, sul senso di *ipso iure compensari.*

Ma di più l'*ipso iure* non può a nostro parere essere interpretato affatto in senso formale, come contrapposto a *per exceptionem* in genere. Di fatti l'avere i compilatori intercalata questa frase prima del *pro soluto* dimostra il loro intendimento di metterla in relazione con quest'ultimo: avrebbero dovuto dire *pro ipso iure soluto,* come si è già notato, ma se ciò era un impedimento quando si trattava di riportare il testo qual genuino all'età classica, non lo è più, se esso è uscito tocco dalla mano tribonianea. Ora, dato che l'*ipso iure* modifichi il *pro soluto,* non è possibile abbia senso formale come ha sostenuto il BRINZ (loc. cit.) pel diritto classico, poichè (osservazione dell'ARNDTS, *Pand.* § 265 nota 3) non è pensabile di fronte ad un *solutum ipso iure,* un *solutum ope exceptionis.* Inoltre (UBBELOHDE, p. 213 not. 20) l'*ipso iure compensari* del BRINZ è concepito in maniera così speciale (si riferisce, come sappiamo semplicemente alla composizione della formula) che differisce dal senso in cui è detto che la *solutio* opera *ipso iure:* a che dunque nel testo sarebbero paragonati?

E, come neanche l'opinione dell'UBBELOHDE, per le ragioni addotte a suo luogo, può sussistere, non resta che interpretare l'*ipso iure* in senso materiale.

In questo senso non vediamo come la frase: *ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet* possa dire col WINDSCHEID che le obbligazioni rimangano *ipso iure* affette da una eccezione dal momento della coesistenza, o col BRINZ che il debitore resti liberato senza che il credito vada estinto (*pro soluto*): nel testo non vi è traccia di queste idee, e bisognerebbe introdurvele d'arbitrio.

A nostro parere qui l'*ipso iure* ha l'ordinario senso di *sine facto hominis, per via di diritto* e traduciamo con lo SCHEURL (p. 170): la compensazione deve ritenersi come un pagamento avvenuto di diritto, da sè *ex eo tempore ex quo,* ecc. Contro questa interpretazione non sono stati elevati seri dubbi: la maggior parte degli autori che le si oppongono la rifiutano o perchè incompatibile con la propria interpretazione o pei motivi per cui non ammettono in genere l'opinione materiale (DERNBURG, pag. 337, UBBELOHDE, pag. 207, STAMPE, pag. 27). Il BRINZ (§ 7) ha invece fatto valere un serio argomento contrario, adducendo i testi già da noi citati del diritto classico, e si può dire contemporanei alla nostra costituzione, i quali non dànno

---

[29]) Della stessa opinione ora PERNICE, *Labeo,* II, 1 p. 281 nota 2.

altro motivo dell'arrestarsi delle usure se non una *constitutio Severi*, e riportano tal fatto ad un principio di equità; ciò che sarebbe in contrasto col testo in quistione che deriva tal conseguenza dallo stretto diritto. Ugualmente EISELE (pag. 152). Però, data l'interpolazione dell'*ipso iure*, l'obiezione si risolve da sè, mancando il contrasto accennato. E per questo stesso motivo non possono turbarci le osservazioni dell'EISELE che il senso materiale dell'*ipso iure* non sia ammissibile, perchè in tal caso sarebbe superflua l'aggiunta: *ex eo tempore*, ecc., e sarebbe inspiegabile come il testo supponga ancora esistenti al tempo del processo i debiti reciproci (*pecuniam invicem deberi*. Esse del resto non sono molto solide, perchè da un lato il superfluo soltanto non autorizza a negare, e dall'altro è un forzare il senso del *deberi* il fargli dire *nunc deberi*.

In una istruzione (come pare sia il nostro testo) al giudice, il quale per decidere sulla compensazione deve anzitutto assodare l'esistenza (attuale od anteriore) dei debiti reciproci, poteva bene dirsi in generale « *si constat pecuniam iuvicem deberi* », per indicare il rapporto reciproco di obbligazione da esaminare senza riguardo alla sua attuale esistenza in vita. E perciò i compilatori potevano ben lasciare la frase intatta, come hanno in effetto operato: se intenzionalmente, o a caso non è possibile decidere.

§ 7.

2. In secondo luogo convien prendere a considerare la L. 21 D. h. t. di PAOLO:

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

La dottrina moderna è perfettamente d'accordo nel ritenere che l'*inter omnes* non vada unito al *placuit*, ma si riferisca alla frase seguente: si tratti cioè di un *inter omnes ipso iure compensari*. Ora, dato ciò, se l'*ipso iure* derivasse da PAOLO, la costituzione di GIUSTINIANO, come ci fa osservare il BEKKER (*Akt.* II pag. 357), sarebbe stata affatto inutile, perchè anch'essa stabilisce che la compensazione *fit ipso iure ex omnibus actionibus*, nè è possibile intendervi una semplice estensione alle azioni reali, come s'è visto; col che si potrebbe tentare di giustificare l'*inter omnes* di PAOLO come riferentesi alle sole azioni personali.

Il presente è quindi un argomento molto forte per render sospetto l'*ipso iure* del nostro testo. Ma, a prescindere dalle dizioni poco classiche già da altri state rilevate [30], il fatto più decisivo per l'interpolazione è quello che il testo medesimo non ammette una interpretazione naturale e logica di fronte alla storia, se l'*ipso iure* si fa derivare dall'età classica [31].

Contro il BRINZ ed il suo *ipso iure* indicante la formola *cum compensatione* è da apportare col DERNBURG (p. 333 num. 1) anzitutto la ragione già avanti addotta, che l'*ipso iure* è incompatibile con una modificazione formulare; e poi l'altra che con ciò non resta giustificato, perchè il procuratore, dopo introdotta questa procedura, debba rimaner liberato dalla *cautio de rato*. Secondo il BRINZ (p. 109) e lo SCHEURL (p. 166) questa era prima necessaria, perchè, per l'effetto esclusorio dell'*exceptio doli* che serviva avanti MARCO AURELIO alla compensazione, le parti dovevano compensare contrattualmente, e quindi il procuratore, che in tal modo compensava, disponeva senza

---

[30] PERNICE, *Labeo* II, 1 p. 230 nota 2.

[31] Confr. per quel che segue EISELE, p. 160 seg

una necessità giuridica di un credito del *dominus* e doveva perciò *cavere*. Ma è da opporre che, anche ammessa la generalizzazione dopo MARCO AURELIO dell'*actio cum compensatione*, il *procurator* non cessava di disporre del credito suddetto, dal momento che doveva opporre una *exceptio doli*, perchè si potesse venire all'*actio* medesima. Nè a tal riguardo può portar differenza il fatto che quivi disponeva del credito *in iure*, nel primo caso *extra ius*. E quest'ultima obbiezione è da fare all'UBBELOUDE (p. 251 seg.) ed alla sua lunga dimostrazione che l'*ipso iure* della L. 21 in quistione indichi potersi ora la compensazione opporre anche *in iudicio*. E perciò il *procurator* dovrebbe essere esente da cauzione?

Come si vede un senso formale in contrapposto a *per exceptionem* non si può dare all'*ipso iure* del nostro testo, se deriva da PAOLO. Ma neanche un senso materiale è con esso conciliabile. Ed anzitutto non quello voluto dal DERNBURG (p. 330 seg.).

Egli spiega l'*ipso iure* secondo la sua formola, e giustifica la decisione del passo dicendo, che, da quando la compensazione divenne un diritto generale, nel mandato di difesa dato al procuratore già si comprese l'autorizzazione ad opporre la compensazione e quindi a disporre del controcredito: prima il procuratore non avea legittimazione a ciò senza speciale mandato. Ma è da osservare che se ciò è vero, a giustificare il: *non debebit de rato cavere* bastava ciò che prima era detto: *Posteaquam placuit ipso iure compensari*, e non si comprende perchè PAOLO continui a dar ragioni della sua decisione.

Il DERNBURG a ciò risponde (p. 331) che PAOLO ha voluto illustrare il risultato ottenuto aggiungendo una frase epigrammatica. Il curioso è che il DERNBURG si vede costretto da questa frase a riferire il testo non alla compensazione normale, ma ad un caso eccezionale, ed anche in tal caso a notare che il *nihil compensat* non è giustificato perchè anche allora « la compensazione vien chiamata in causa solo dopo domanda del procuratore ».

Ed infine, neanche secondo l'opinione materiale che vuole l'*ipso iure* indichi l'estinzione dei crediti con la semplice coesistenza, il testo dal punto di vista del diritto classico è del tutto chiaro. L'esenzione del *procurator* dalla *cautio* sarebbe è vero completamente spiegata; ma invece non si intenderebbe l'*inter omnes*. Per spiegar questo bisognerebbe ammettere che la *compensatio ipso iure facta* fosse prima di PAOLO ammessa *inter quosdam*, e ciò, non è per nulla provato anzi contraddice a quanto noi conosciamo circa lo sviluppo storico della compensazione. Si aggiunga un'altra osservazione importantissima: che cioè PAOLO stesso nella L. 9 § 1 D. h. t. e nelle *R. S.* II, 5, 3 suppone non estinte con la semplice coesistenza le obbligazioni, come risulta dalle frasi: *compensare debes, compensare possit . . . . quod is compensaverit.*

Mentre queste ragioni storiche o derivate dal contenuto del passo ci impongono di rigettare l'*ipso iure* come genuino, allo stesso risultato si giunge se si guarda alla forma del testo. Esso cioè comincia con una proposizione che sembra contenere tutta la ragione della decisione, e finice con l'apportare altri motivi che non sono perfettamente in armonia con quello addotto prima; e ciò è più che un sospetto che il testo non derivi da PAOLO. Eliminato l'*ipso iure*, convien torre via anche l'*inter omnes* e con esso tutte la prima frase: *posteaquam placuit . . . . ipso iure compensari.* L'*inter omnes*, mentre è inconciliabile col diritto classico, ha evidente relazione con la costituzione di GIUSTINIANO che fece avvenire la compensazione *ipso iure ex omnibus actionibus;* e la frase suddetta, mentre messa in rapporto col rimanente, sa di giunta in modo innegabile, se tolta di mezzo, rende al testo la possibilità dell'interpretazione. Difatti, seguendo la supposizione fatta a suo tempo che il passo originariamente si riferisse agli argentarii, se si sostituisce alla proposizione tribonianea una come questa: *In actione qua argentarius experitur*, alla maniera di GAIO, IV, 64, si ha:

In actione qua argentarius experitur, si procurator absentis conveniatur non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur,

un ragionamento che, secondo il diritto da noi conosciuto relativo agli argentarii, non fa una grinza, perchè, come avanti si è veduto, per essi soli si può sostenere che il convenuto non dovesse chiedere la compensazione [32]). Ma, ammessa l'interpolazione dell'*ipso iure*, si ripresenta il quesito in qual senso i compilatori lo abbiano intercalato nel testo. Quivi fortunatamente non vi è da lottare con l'opinione formale, poichè anche i suoi sostenitori come l'EISELE (p. 167) e lo STAMPE (pagine 22-23) ammettono che il testo sia stato rifatto nel senso materiale. Che l'*ipso iure* abbia il senso voluto dal WINDSCHEID non possiamo ammettere, poichè se i compilatori, od anche PAOLO, avessero detto *ipso iure compensari* nel senso che le obbligazioni restano di diritto affette da una eccezione, si può anche concedere che si intenda come abbiamo poi sostenuto che il *procurator nihil compensat*, poichè fa valere, come dice il WINDSCHEID (II § 349 n. 9), una *exceptio* già acquisita al *dominus*, ma non comprendiamo perchè avrebbero detto o lasciato: *ab initio minus ab eo petitur*, che non deriva affatto dallo stato d'impedimento delle obbligazioni voluto dall'autore. Questa frase è stata dal BRINZ (p. 105 n. 20) fatta valere anche contro la spiegazione di *ipso iure compensari* nel senso che le obbligazioni vadano estinte *sine facto hominis* dal momento della coesistenza; ma ognun vede, che, data l'interpolazione del testo, queste parole, le quali a tempo di PAOLO avevano un tecnico significato, furono lasciate, perchè potevano stare a rappresentare quello che legalmente si poteva chiedere dal procuratore, o quel *minus* per cui veramente secondo legge egli era convenuto.

Riferendosi, secondo questa opinione, il procuratore ad una compensazione già avvenuta, si intende come si trovi ancora nel testo il *nihil compensat* detto con altro riferimento da PAOLO, e come sia completamente giustificata la liberazione del *procurator* dalla *cautio de rato*.

§ 8.

3. Un'altra legge che contiene l'*ipso iure* è la L. 4 D. h. t.

Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest.

Anche qui la prova che l'*ipso iure* non è di genuina derivazione sta nel fatto che esso non può interpretarsi in connessione col senso che al testo si deve dare nell'età classica.

Anzitutto impossibile è che esso abbia un senso procedurale in contrapposto ad *ope exceptionis*. Il fideiussore, secondo questa interpretazione avrebbe potuto anche *in iudicio* opporre la compensazione. Ora, siccome il testo dice che ciò avviene *ex omni contractu*, compresi quindi i giudizi di stretto diritto, è parso impossibile giustamente che a tempo di NERAZIO e POMPONIO un fideiussore, senza *exceptio*, potesse far valere un suo controcredito. E quindi l'UBBELOHDE, che vuol sostenere l'*ipso iure*

---

[32]) Della medesima opinione sono il LENEL, *Palingen.* ad h. l., il quale propone di togliere dal nostro testo la prima proposizione e sostituire: *si procurator absentis ab argentario conveniatur*, ed il PERNICE, *Labeo*, II, 1 pag. 279-280.

abbia il senso anzidetto e per di più, come sappiamo, ammette che solo nell'età dei Severi si compensò *ipso iure* nei giudizii di stretto diritto, è costretto ad affermare (p. 187) che Nerazio e Pomponio abbiano parlato solo di giudizii di buona fede e, siccome a tempo loro, meno pei casi speciali dell'*argentarius* e del *bonorum emptor* il diritto ordinario di compensazione era appunto ristretto ai *bonae fidei iudicia*, hanno omesso di citarli. Ma giustamente osserva l'Eisele (p. 171) che, se in base a questo presupposto può comprendersi come essi abbiano omesso *ex bonae fidei contractu*, non si intende come vi abbiano posto invece *ex omni contractu*. E poi Paolo sarebbe stato poco esatto a fondare da sua parte la stessa decisione con un paragone tratto dai giudizii *stricti iuris*. E a questa obbiezione non può l'Ubbelohde sfuggire, se non negando, come fa, al *male peto* del testo significato tecnico, il che in un testo dell'età classica è non poco arrischiato.

A sua volta l'Eisele (loc. cit.) per sostenere lo stesso senso dell'*ipso iure*, prende altra via. Egli dichiara che al posto dell'attuale *fideiussor* v'era nel testo *incerti fideiussor*. Un *incerti fideiussor* può aversi non solo in un negozio di buona fede, ma anche *ex certo contractu*, e quindi Nerazio e Pomponio potevano benissimo parlare di *omnes contractus*. Siccome poi questo fideiussore è sempre convenuto con *intentio incerta*, non si può per lui parlare di *plus petitio*, ed è quindi possibile egli opponga anche *in iudicio* (*ipso iure*) la compensazione senza danneggiare l'attore. Però anche con questo nuovo rimedio la seconda parte del testo non può interpretarsi in maniera soddisfacente.

Paolo restringerebbe senza ragione il discorso all'*incerti fideiussor* di un contratto *stricti iuris* dimenticando l'*ex omni contractu* di cui si parla più sopra. È vero che l'Eisele, e non si sa perchè, non vede in ciò alcuna difficoltà, poichè (p. 168) nota in genere che la prima parte del testo parla d'ogni specie di giudizii, nella seconda Paolo invece « ha innanzi agli occhi uno *stricti iuris iudicium* ». Ma da ciò si potrebbe prescindere se le espressioni di Paolo si spiegassero con l'opinione dell'Eisele. Secondo lui (p. 172) il contrapposto che Paolo pensava di fronte all'*ipso iure* era « l'opposizione dell'*exceptio doli* e l'*agere cum compensatione* dell'attore contro il debitore principale », e, noi aggiungiamo, la conseguente decadenza per *plus petitio* che per l'*incerti fideiussor* convenuto non ha luogo a carico dell'attore. Il notevole però è che Paolo avrebbe espresso questo contrapposto con questa forma: *sicut enim* (particella che indica l'inizio di un raziocinio) *cum totum peto a reo male peto* (*id est: causa cado*), *ita et* (*così anche:* dunque per la medesima ragione della *plus petitio* da parte mia) *fideiussor non tenetur ipso iure* (cioè a dire senza pericolo di *pluspetitio* da parte mia). Ma ciò è illogico!

Solo per amore di esattezza infine ricordiamo che neanche l'opinione formale del Brinz, che anche qui (p. 101) sostiene che l'*ipso iure* stia ad indicare la forma dell'*actio cum compensatione*, è ammissibile, sempre pel motivo che la rende in genere falsa: l'escludere cioè l'*ipso iure* ogni speciale conformazione della formula.

Vediamo se la L. 4 cit. possa interpretarsi nell'età classica in senso materiale. Dando all'*ipso iure* il senso di *sine facto hominis* essa verrebbe a dire che a tempo di Pomponio e Nerazio, contemporanei di Gaio, nell'età degli Antonini, l'obbligazione del fideiussore andasse estinta come quella del debitore principale con la semplice coesistenza di fronte a quella del creditore. Ma a ciò osta il fatto che lo stesso Paolo, autore di questa legge, parla nella L. 9 § 1 D. h. t. e nelle *R. S.* II, 5, 3, testi altrove citati, in maniera che non si concilia con una teoria della estinzione *ipso iure* in questo senso delle obbligazioni. Ed inoltre questa costruzione urta contro Gaio, L. 5 D. h. t., il quale esplicitamente fa dipendere la compensazione dalla volontà del fideiussore.

Si quid a fideiussore petetur, aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur compensare malit, sed et si utrumque velit compensare audiendus est.

Da questa contraddizione non si può uscire se non col solito rimedio di una differenza di opinione tra NERAZIO e POMPONIO da una parte e GAIO dall'altra, che qui sarebbe tanto più inammissibile, quanto più è inverosimile che in questa età, quando la compensazione era ai suoi inizii, e tutta informata a principii di equità, vi fossero dei giuristi che si dessero a costruzioni divergenti dalla comune opinione e la basassero sullo stretto diritto.

Altri autori sono d'opinione che la nostra legge non si riferisca col suo *ipso iure* ad alcuna forma di compensazione (DERNBURG, p. 324 seg., STAMPE, p. 18 seg, cui può aggiungersi LENEL, *Ursprung*, ecc. p. 148). Essi ritengono che il testo decida non la quistione del *come* il fideiussore possa compensare, ma l'altra *se* addirittura competa anche a lui il diritto a compensare che compete al debitore, non importa poi in qual forma. E deciderebbe che il fideiussore possa compensare *per norma di diritto* (*ipso iure*) senza bisogno di una convenzione col debitore principale. Sui dubbii storici che possono sollevarsi contro questa opinione non ci soffermiamo: ci basta osservare che per togliere al testo ogni riferimento ad una forma di compensazione essa è costretta a negare al *male peto* significato tecnico (STAMPE, p. 20, DERNBURG, p. 328 n. 1), e ciò è sufficiente perchè tale interpretazione debba rigettarsi.

Togliendo di mezzo l'*ipso iure*, il testo acquista la maggior chiarezza possibile:

Verum est . . . eo minus fideiussorem . . . debere quod ex compensatione reus retinere potest.

Ciò è perfettamente d'accordo con quanto dice GAIO nella L. 5 D. h. t.: il fideiussore è ammesso a compensare *quod reo debetur.*

E PAOLO, che come GAIO si riferiva agli argentarii, dà per ragione di ciò che la *plus petitio*, la quale osta all'argentario *si totum petit a reo*, osta a lui anche contro il *fideiussor* del reo, il quale quindi ben può dirsi: *non tenetur in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest* [33]).

Se si ricerca infine in qual senso l'*ipso iure* stia nel diritto giustinianeo, cioè a dire vi sia stato introdotto dai compilatori, è anzitutto da escludere abbia senso formale. Si sostituisca infatti all'*ipso iure* il significato datogli dall'EISELE: *anche nell'ultimo stadio del giudizio* e non si otterrà senso alcuno.

Ritenendo poi che l'*ipso iure* sia stato interpolato in senso materiale, questo non può essere il senso voluto dal DERNBURG, poichè in tal caso i compilatori avrebbero voluto dirci che il fideiussore ha il diritto di compensare che ha il debitore principale. Il *male peto* non può più ostare a tale interpretazione che prescinde da ogni forma di compensazione, perchè con l'abolizione della *plus petitio* nel diritto giustinianeo esso può bene interpretarsi semplicemente come: *chiedo a torto;* ma quel che osta si è il fatto che il diritto di compensare al fideiussore è già concesso nella L. 5 immediatamente seguente alla nostra: il tema è quivi completamente esaurito: il fideiussore può compensare non solo coi controcrediti del suo principale, ma coi propri verso il creditore, che lo ha convenuto in via accessoria. I compilatori non avrebbero fatto che ripetere due volte la stessa cosa ed in due leggi che si susseguono senza interruzione. Ciò è poco credibile. Essi vollero quindi con l'*ipso iure* indicare il modo con cui la compensazione avveniva pel fideiussore: essa avveniva cioè di diritto e senza sua partecipazione, di modo che la sua obbligazione rimaneva di per sè ridotta ad un *minus* nelle stesse proporzioni che pel debitore principale.

---

[33]) Riferisce il testo agli argentarii anche il PERNICE, *Labeo*, II, 1 pag. 278-279, ritenendo interpolato l'*ipso iure*. Della stessa opinione APPLETON, p. 140 seg.

§ 9.

4. Resta a considerare la L. 10 pr. D. h. t.:

Si ambo socii parem neglegentiam societati adhibuimus dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso iure compensatione neglegentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam neglegentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem.

Supposizioni che il presente testo abbia potuto subire un mutamento per parte dei compilatori o non sono state fatte, o, se fatte, sono state ritenute infondate [31]). Ciò nondimeno una spiegazione del tutto soddisfacente del presente frammento nel diritto classico non è stata trovata.

Il BRINZ (p. 32 seg.) e l'UBBELOHDE (p. 199 seg.) hanno voluto, secondo l'ordinario loro sistema, trovare nell'*ipso iure* anche qui un accenno alla non necessità di una *exceptio*. Ma l'EISELE medesimo, che non è certo sospetto da questo lato, ha fatto osservare (p. 173) che ad una concezione meramente formale dell'*ipso iure* nel nostro passo osta la frase «*compensationem* factam *videri*», che si riferisce ad una compensazione già avvenuta prima del giudizio.

Ciò fu ben sentito dal BRINZ il quale però credè poter mantenere la sua opinione consigliandoci (p. 35) a non dar molto pesó a quel «*factam*».

Gli altri autori — HASSE, p. 163, BETHMANN-HOLLWEG, p. 271, KRUG, p. 67 segg., DERNBURG, p. 333 seg., EISELE, p. 173 seg., STAMPE, p. 21 seg., — hanno invece convenuto aver qui l'*ipso iure* manifestamente un senso materiale; vale a dire che esso sta a significare che nel caso di società le vicendevoli obbligazioni dei soci si compensano dal momento della loro coesistenza *ipso iure* (scil. *societatis*). Però a questi autori non è sfuggito come ciò si trovi in contrasto con quanto ULPIANO stesso sostiene nelle LL. 7 (8) § 2 D. *neg. gest.*, 1 § 4 D. *contr. tut*, 7 § 1 D. h. t. più volte citate: effettuarsi cioè la compensazione nei giudizii di buona fede, col concorso delle attività delle parti e del giudice e concretarsi nella sentenza; e non è neanche loro sfuggito come, data l'opinione materiale di ULPIANO nella nostra L. 10, il *principium* in cui essa è espressa mal si accorda col § 1 ove è detto: Si quis *igitur* (quasi rimanendo nello stesso caso) *compensare potens*, ecc.; dove manifestamente si ritorna a mettere in evidenza l'attività della parte al fine di compensare giudizialmente.

Per uscire dalla prima stretta non vi è stato altro mezzo se non di ammettere che, a differenza di tutti gli altri contratti di buona fede, per quello di società ULPIANO sosteneva un *ius singulare* di compensazione. Secondo lui sarebbe nella natura di questo contratto una tacita convenzione che le vicendevoli obbligazioni vadano tutte compensate da sè *inter socios*. Ma, siccome PAOLO nella L. 9 h. t. rivendica al contratto di società il diritto normale di compensazione, gli autori citati hanno dovuto ancora arrischiare un'altra supposizione, che cioè si tratti di una opinione personale di ULPIANO, divergente da quella di altri giuristi. Il rimedio, siamo sicuri, non contenterà alcuno. Nessun segno vi è di questa differenza di opinioni; e se ULPIANO nel primo periodo del nostro testo si esprime con un «*dicendum est*», che potrebbe far sospettare un suo parere speciale, nel secondo periodo incomincia il discorso con: «*simili modo*

---

[31]) Ora però l'opinione che l'*ipso iure* in questo passo sia un tribonianismo è sostenuta dall'APPLETON, p. 83, 209, il quale nel rimanente giace sulla base dell'EISELE. Anche il PERNICE, come vedremo in seguito, è di questo parere.

probatur », in forma generale, quasi esprimendo l'*opinio communis;* il che distrugge ogni riferimento a vedute personali.

Ammessa poi anche questa opinione speciale, resta l'incongruenza notata del *principium* della L. 10 col § 1. L'Eisele cui ciò non è sfuggito, evita la difficoltà dicendo (p. 174) che Ulpiano non può avere scritto i due paragrafi l'uno di seguito all'altro; qualcosa è stato tolta di mezzo.

Il migliore studio di questa legge è quello fatto dal Lenel nella *Rivista della fondazione* Savigny, 1883 p. 117 segg., e già da noi in altra occasione utilizzato. Come sappiamo egli ha mostrato, partendo dal § 3 del testo, che esso parlava originariamente della *deductio* del *bonorum emptor*, e che questa venne dai compilatori interpolata per *compensatio* allo scopo di usare il testo, togliendo la traccia dell'istituto ormai morto. Inoltre (loc. cit. p. 119) la stessa variazione hanno subito i §§ 1 e 2. Quanto al *principium*, che qui ci interessa, giustamente egli nota che ben potevasi all'occasione dell'*actio Rutiliana* trattare della società, perchè, come è conosciuto, questa scioglievasi, se anche un solo socio cadesse in concorso, e quindi importava regolare le relazioni del *bonorum emptor* coi rimanenti soci. Però sostiene che questo pr. non sia interpolato, poichè se in esso vien fortemente affermato che i soci vanno liberati *ipso iure* per compensaziooe dalle vicendevoli obbligazioni, ciò non può voler dire altro se non che a tale scopo non era necessario *opponere deductionem*. Egli torna quindi ad una opinione formale.

Però anche qui sorge la difficoltà di metter d'accordo il pr. col § 1 del testo, che direbbe secondo l'interpolazione: « Si quis *igitur* deducere *potens* », ecc., supponendo così nello stesso rapporto (*igitur*) la necessità della *oppositio deductionis*. Ed anche il Lenel (loc. cit p. 119 nota 22) sostiene che qualcosa è stata tolta via dai compilatori, i quali per errore hanno tralasciato di sopprimere la particella *igitur* che congiungeva l'attuale § 1 ad altro paragrafo.

A noi però non sembra giustificata da alcun motivo questa asserzione. La costruzione di tutto il frammento mostra che Ulpiano enumerava le specie di obbligazioni per le quali era possibile pretendere l'*actio cum deductione*. Ora nel § 2 Ulpiano parla delle *obligationes ex maleficio*. Qual ragione migliore per credere che subito prima trattasse di quelle derivanti da colpa? Di tale trattazione a noi resta un caso di applicazione al contratto di società. Il vero si è che tutti i rimedii tentati per dichiarare la nostra legge provengono dall'aver voluto mantenere la genuinità dell'*ipso iure*. L'Eisele (p. 173) invero oppone che, anche sopprimendolo, il senso della legge non muta; quindi è inutile l'interpolazione. Certo; se si ritiene però interpolato il solo *ipso iure*. Ma se, dopo le osservazioni del Lenel sul riferirsi di tutta la L. 10 alla *deductio* del *bonorum emptor*, si ammette, come noi ora facciamo, che il *principium* abbia subito modificazioni sostanziali, si troverà giustificata la supposizione che tutta la costruzione materiale sia di fattura giustinianea. Divinare qual fosse il primitivo testo di Ulpiano è certo impossibile; ma noi siam convinti egli quivi parlasse nel senso medesimo che nei restanti paragrafi della legge per quanto riguarda la maniera di effettuare la compensazione [35]).

Ci si chiederà, oltre questa prova negativa dell'interpolazione, una prova positiva della medesima.

I segni esteriori di un rifacimento tribonianeo li ha notati il Pernice (p. 94 not. 1): la lingua cioè non può essere di Ulpiano, come si vede, da un lato dal variare dei

---

[35]) Oggi poi abbiamo una importante autorità da citare in nostro favore, quella del Pernice, *Labeo*, II, 1 p. 93 e seg., che anch'egli ritiene sostanzialmente modificata la legge per adattarla alla *ipso iure compensatio*.

tempi senza alcuna ragione: cfr. *percepit, exhibuerit*, e dall'altro dalle frasi: *tanta neglegentia quae aestimatur — quantitate aestimare*, le quali sono segnalate come tribonianismi.

Oltre a ciò a noi sembra molto significante per la tesi che sosteniamo la seguente osservazione, che, come per la L 10 in ispecie, così in genere ci sembra importante a sostegno della nostra opinione che l'*ipso iure* dei testi dell'età classica derivi dai compilatori.

È un fatto positivo cioè che esso si trova in testi che, o per il loro contenuto possono intendersi nel senso che attribuiscono un'efficacia *minuens* alla semplice coesistenza delle obbligazioni, o che per la loro forma possono interpretarsi in tal senso. Appartengono al primo gruppo la L. 4 C. h. t., e la L. 10 D. h. t. testè commentate. Nella prima infatti si parla dell'arrestarsi del decorso delle usure dal momento in cui le obbligazioni collidono, nella seconda, in immediata congiunzione col pr., il § 1 concede una *condictio indebiti* a chi potendo compensare ha pagato. In entrambi i casi l'*ipso iure* (e la conseguente costruzione materiale) fu dai compilatori introdotto a fondare sulle basi della nuova teoria giustinianea le due disposizioni che nel diritto classico erano informate ad altri principii.

Al secondo gruppo appartengono invece la L. 21 e la L. 4 D. h. t. di Paolo. Nella L. 21 per lo meno è patente che la frase: « *ab initio* minus ab eo petitur », si prestava maravigliosamente alla teoria che riconduce al primo sorgere della compensabilità ed alla prima coesistenza delle obbligazioni l'effettuarsi della compensazione. Allo stesso modo, sebbene in minor grado, servivano le parole della L. 4: « cum *totum* peto a reo *male peto* », nelle quali ultime il senso procedurale era sparito, ed era rimasto l'ordinario di: *chiedo a torto*, poichè ho diritto a meno.

Aggiungasi che in entrambe le leggi anche il contenuto della disposizione rispettiva poteva con tutta conseguenza spiegarsi dal punto di vista della teoria materiale. Ed i compilatori, indotti dalla forma che quadrava — spoglia del significato tecnico dell'età classica — alla loro teorica hanno interpolati i testi con l'*ipso iure* giustinianeo tanto più volentieri che ad esso qui davano autorità le stesse parole conservate del giureconsulto antico [36]).

§ 19.

Dopo l'esame dei testi sin qui fatto, crediamo poter dire non infondata l'asserzione posta più sopra, che cioè la teoria voluta introdurre da Giustiniano sia quella che attribuisce l'effetto della compensazione alla semplice coesistenza delle obbligazioni vicendevoli; e l'interpolazione dimostrata ci spiega una delle due difficoltà da noi notate di sopra; l'apparire dell'*ipso iure* in testi dell'età classica, mentre altri testi patentemente fanno dipendere la compensazione dalla volontà della parte e dalla sentenza giudiziale.

Ma come risolvere l'altra difficoltà osservata: l'essere cioè questi testi conservati nel diritto giustinianeo dove la teoria era mutata?

La spiegazione di questa difficoltà ha specialmente in mira il libro dell'Appleton sulla compensazione, più volte da noi citato [37]). La sua teorica sul valore della *ipso*

---

[36]) Tanto su questa spiegazione, quanto — ci sembra poterlo asserire — sul senso materiale attribuito da Giustiniano all'*ipso iure*, abbiamo ora con noi il Pernice, *Labeo*, II, 1 p. 280.

[37]) Il presente lavoro era da noi già stato compiuto quando vide la luce il libro del-

iure compensatio nel diritto giustinianeo ha i suoi precedenti storici in Francia. Essa rappresenta un indirizzo che attacca tutte le spiegazioni finora date dell'*ipso iure* nella L. ult. C. h. t. di GIUSTINIANO ed, almeno nella forma in cui apparisce nel libro dell'APPLETON, si concreta in questa sentenza: L'*ipso iure* della costituzione giustinianea e l'*ipso iure* che apparisce nei testi dell'età classica hanno un significato diverso. E, come il primo rappresenta la mente di GIUSTINIANO, il secondo deriva da una costruzione dei compilatori (l'APPLETON sostiene l'interpolazione dell'*ipso iure* nei testi classici) a quest'ultima non si deve dare alcun peso, escludendola dalla teorica della compensazione del diritto romano.

Ecco l'esplicazione di questa opinione [38]).

Prima dell'APPLETON in Francia l'ORTOLAN [39]) e l'ACCARIAS [40]), sostennero che l'*ipso iure* della costituzione suddetta non avesse nè un senso di diritto sostanziale, nè un senso procedurale. L'*ipso iure* vuol dire che ormai la compensazione in tutte le azioni rientra di diritto nell'*officium iudicis* (ORTOLAN). E più precisamente l'ACCARIAS esplica questa idea dicendo che quella frase tanto dibattuta significa soltanto che una eccezione non è più necessaria per opporre la compensazione. GIUSTINIANO usa l'*ipso iure* come frase tradizionale ad indicare questa idea. Si sa bene che essa era familiare ai giureconsulti classici ad indicare come l'*exceptio* non fosse necessaria. Ma, se si considera che questo stato di cose, a tempo di GIUSTINIANO, era diritto stabilito da ben lungo tempo, si vede chiaro che l'espressione della costituzione imperiale non è che una ingenuità (*naïveté*). L'*ipso iure* di GIUSTINIANO non ha quindi alcuna importanza, ed il punto principale della L. ult. C. h. t. sta nella estensione della compensazione alle azioni reali.

A prescindere però da quanto anteriormente si è notato circa l'arbitrarietà di quest'ultima restrizione imposta alla costituzione giustinianea, l'APPLETON osserva che secondo lui l'esplicazione sinora riportata contiene un fondo di vero, in quanto nega che con l'*ipso iure* GIUSTINIANO abbia voluto toccare il fondo del diritto: essa pecca nel togliere all'*ipso iure* medesimo qualsiasi importanza. Ogni disposizione legislativa ha una causa ed uno scopo; siano essi minori o maggiori non monta; ma è impossibile non esistano. L'*ipso iure* deve quindi avere un fine pratico.

Secondo l'APPLETON il fine della legge giustinianea era quello di facilitare la composizione del Digesto, il quale, all'atto in cui la legge medesima venne pubblicata (novemb. 531) era nel periodo di preparazione. Essa non tende se non a dare delle istruzioni ai compilatori circa la terminologia del Digesto. I testi che si dovevano raccogliere nelle Pandette distinguevano parecchi modi di effettuare la compensazione: *compensatio, deductio, exceptio doli.*

Con l'*ipso iure* GIUSTINIANO ordina che di tutte queste sottigliezze del diritto antico nulla più deve apparire nella compilazione. Non è più il pretore con le sue azioni ed eccezioni, è il diritto civile, di cui l'imperatore è il supremo interprete, è l'*ipsum ius* che ammette in tutti i casi la compensazione.

GIUSTINIANO vuol dunque che i compilatori mettano d'accordo le parole con le cose:

---

l'APPLETON. Come sarà stato notato, abbiamo dovuto quindi più che altro intercalare in varii punti le sue opinioni ed i risultati in parte nuovi da lui ottenuti. Anche la sua teorica sull'*ipso iure compensari* non sarebbe qui perfettamente a posto; ma ad ogni modo abbiam creduto inserirla all'occasione del punto di quistione che essa tocca più da vicino.

[38]) Per quel che segue cfr. APPLETON, p. 482 e seg.

[39]) *Instit.* num. 2199.

[40]) *Précis* num. 913 in fine.

la sua costituzione non abroga che delle parole. Questo il suo fine pratico. Disgraziatamente i compilatori non hanno compreso l'ordine. In luogo di limitarsi a cancellare le tracce degli antichi procedimenti, i compilatori si son attenuti alla lettera dell'ordine, l'hanno eseguito meccanicamente, e si son creduti in dovere di interpolare l'*ipso iure* nei testi classici. Conseguenza necessaria: a quest'ultimo non si deve dare alcuna importanza.

La compensazione non fu mai legale a Roma, non solo nel diritto classico, ma neanche nel diritto giustinianeo.

Noi riteniamo che l'opinione dell'APPLETON sia assolutamente inaccettabile. Essa si fonda su due argomenti essenziali: 1) che l'*ipso iure* della costituzione giustinianea abbia il senso voluto dall'autore; 2) che questo senso sia diverso dall'altro che ha o sembra avere l'*ipso iure* dei compilatori.

Ma, astrazion fatta da qualsiasi preconcetto, convien confessare che l'APPLETON non ha in nessun modo dimostrata la sua prima asserzione. Nella sua esposizione, che abbiamo sopra fedelmente riportata, non si trova la benchè menoma prova positiva di quanto egli afferma. La costituzione di GIUSTINIANO non ci dice qual fosse il suo intento nel prescrivere che la compensazione d'ora innanzi avvenga *ipso iure;* quindi dall'interno del testo l'autore non può ricavare la sua teorica. Egli ha bensì addotto alcune altre costituzioni giustinianee che tendono a fissare la terminologia del Digesto (ad es., L. 1 C. *De usuc. transform.* 7, 31; L. 1 C. *de nudo ex iure quir. toll.* 7, 25; L. un. C. *de rei uxor. act.* 4, 13; sebbene anche qui all'abrogazione delle parole vada unito un mutamento di diritto); ma che provano queste? Tutt'al più esse c'insegnano la possibilità che la L. ult. C. h. t. abbia avuto lo scopo voluto dall'APPLETON. Ma poi occorrerebbe la prova. L'APPLETON non ha potuto — per le ragioni che vedremo — servirsi nè delle Istituzioni, nè di TEOFILO, perchè, secondo lui, non meritano fede; onde ha dovuto costruire di pianta una ipotesi sul senso di *ipso iure* nella legge di GIUSTINIANO, ipotesi che manca di qualsiasi fondamento positivo.

Vediamo ora quanto sia accettabile la seconda affermazione dell'APPLETON, che cioè tra l'*ipso iure* di GIUSTINIANO e quello dei testi classici vi sia diversità di significato.

Questa opinione è preparata dall'APPLETON di lunga mano. Nella introduzione al suo libro ci vien fatto dei compilatori giustinianei un quadro desolante. Essi mancano non solo di cognizioni storiche, ma sibbene anche di intelligenza, di capacità a capire il diritto vigente a loro tempo. Vi è un luogo (p. 53) ove l'autore giunge all'estremo di sostenere che non sarebbe possibile di fidarsi di loro neanche quando le costituzioni di GIUSTINIANO fossero opera loro personale, perchè non è certo essi siansi sempre saputo render conto di quel che volevano fare. All'occasione poi del rescritto di MARCO AURELIO abbiamo veduto come l'APPLETON neghi fede assolutamente alle Istituzioni, perchè sono anch'esse opera di compilatori, ed a TEOFILO che è uno dei compilatori. Il suo sistema è quindi quello di escludere, come prova del senso dell'*ipso iure* giustinianeo, le testimonianze delle Istituzioni, di TEOFILO, e dei testi classici che anch'egli ritiene interpolati. Dato ciò, crede sia abbastanza mostrato che i compilatori, non avendo capito la costituzione di GIUSTINIANO, introdussero nei testi un *ipso iure* che non ha nulla che vedere con quello della costituzione imperiale.

Anzitutto però nell'assalto dell'APPLETON contro i compilatori vi è della esagerazione. Il corso del presente lavoro mostra che noi non possiamo esser sospetti di voler negare le profonde modificazioni apportate dai compilatori al diritto classico, nè di crederli meritevoli di ogni fede in fatto di quistioni storiche. Ma da questo ad asserire che essi fossero gente di nessun valore intellettuale ci corre, e quanto. E di fatto molte sane riforme, il notevole rinnovamento del diritto classico che noi osserviamo nella compilazione, accanto ai molti errori, son pure opera di questi compilatori. Perchè

dunque, mettendo in rilievo i soli errori, deprimerli sino a negar loro la comune intelligenza?

Poi, anche ammesso tutto ciò che l'APPLETON dice a carico di essi, nulla si ottiene a prova della sua opinione. L'Autore ha raccolto un certo numero di errori commessi dai compilatori in materie estranee alla compensazione. E siano. Ma questi casi non possono servire se non a formare un sentimento avverso ai commissari giustinianei, non possono essere citati come prova che in un altro caso vi sia errore. Qui convien dimostrarlo. Quindi è inutile che l'APPLETON citi a suo favore anche cento errori per provare che i compilatori non capirono la costituzione giustinianea, poichè deve sempre darci la dimostrazione di questo fatto. Ed egli non la ha data, se tale non si vuol credere sia la semplice sua opinione sul senso dell'*ipso iure* giustinianeo.

L'APPLETON col distruggere Istituzioni, TEOFILO, testi tocchi dai compilatori, ha finito per togliersi di mano tutti i mezzi di interpretare la costituzione giustinianea, ed ha dovuto ricorrere ad una ipotesi che è materia di fede. E tutto ciò col dire che uomini come i compilatori, tra i quali trovavansi professori di diritto e causidici dei più rinomati, *actores causarum apud praefectos sacrorum praetoriorum* (Const. Tanta § 9), non erano in grado di capire una costituzione sotto i loro occhi resa da GIUSTINIANO ad uno di questi prefetti, Giovanni, quale è appunto la L. ult. C. h. t.

Un altro appunto poi dobbiamo fare all'APPLETON. Egli dice che i compilatori interpolarono meccanicamente l'*ipso iure* nei testi classici. Meccanicamente in che senso? La frase è un po' generica. E se sta ad indicare che lo fecero senza un principio direttivo, noi non possiamo convenirne. E neanche l'APPLETON può ammettere ciò, perchè egli stesso (p. 461 segg.) ci fa vedere come i testi classici, la L. 4 C. h. t., le LL. 21, 10 pr. D h. t, siano interpolati per introdurre la compensazione legale. Ciò dimostra una unità di concetto e di esecuzione. A questo fatto poi contribuisce ancora una importante osservazione dell'APPLETON (p. 488) che facciamo ben volontieri nostra, che cioè i tre testi del Digesto contenenti l'*ipso iure* appartengono ciascuno ad una delle tre masse Sabiniana, Edittale, Papinianea; il quarto si trova nel Codice. Ciò, da un lato conferma sempre più essere la *ipso iure compensatio* una innovazione sistematica, e dall'altro mostra sempre meglio fondata l'interpretazione da noi data più avanti ai testi.

Ma, data questa condizione di cose, si ricavano due conseguenze: In primo luogo è inverosimile che i compilatori, senza un'intesa dell'imperatore, si siano permessi una modificazione fondamentale del diritto, il che dà, più che un valore di probabilità, un valore di certezza alla interpretazione materiale della costituzione giustinianea e rivendica alle Istituzioni ed a TEOFILO la loro credibilità come mezzi di interpretazione della costituzione medesima. In secondo luogo bisogna arrivare necessariamente a concludere che il diritto giustinianeo ha la compensazione legale. E ciò perchè, avendo GIUSTINIANO sancito questa teorica — sia pure dei compilatori — ne ha fatto diritto. La distinzione che fa l'APPLETON tra GIUSTINIANO ed i suoi compilatori non può sussistere dal punto di vista della storia del diritto. Il diritto giustinianeo è il diritto della compilazione.

La teorica dell'APPLETON di fronte a questo risultato si dimostra priva di interesse storico. Se anche essa fosse vera, la compensazione legale non sarebbe meno la teoria giustinianea, perchè dimostrerebbe che i compilatori avrebbero interpretato in senso materiale l'*ipso iure* di GIUSTINIANO, ed a questa interpretazione l'Imperatore avrebbe dato sanzione legislativa posteriore.

Se la compensazione legale è la teoria giustinianea, ci conviene tornare alla difficoltà che nasce dalla presenza accanto ad essa degli ormai noti testi che vi fanno, veramente o apparentemente, contrasto.

Secondo noi tale difficoltà acquista diversa importanza, secondo il punto di vista dal quale si guarda la compilazione.

Se la consideriamo — come noi Italiani dobbiamo e possiamo fare — soltanto quale un ammasso di frammenti di diverse età e spesso guasti, la coesistenza dei testi portanti l'*ipso iure* con gli altri, attribuenti ad un atto di volontà la compensazione, si spiega già con la collisione avvenuta tra la teoria del diritto classico e la teoria giustinianea. Chi sa come la compilazione fu fatta non può maravigliarsi se, nonostante gli sforzi di porre tutto sotto le nuove teoriche, tracce delle antiche siano rimaste. È questo de rimanente un fenomeno che si ripete quasi ad ogni titolo del digesto, ed è ben per noi, chè altrimenti la storia del diritto ne soffrirebbe.

Però non possiamo negare in onore dei compilatori che il contrasto dei passi diversi è stato esagerato e che, ponendoci dal loro punto di vista, diminuisce di molto con qualche osservazione.

Per quel che riguarda cioè i testi che parlano di *dare, admittere denegare compensationem*, i compilatori non avevan ragione di toccarli, poichè anzitutto la stessa costituzione di GIUSTINIANO, introducendo il requisito della liquidità, faceva dipendere dal giudice la possibilità di aver riguardo in giudizio alla compensazione; e poi perchè anche con la loro teorica della compensazione di diritto, l'opera del giudice era sempre necessaria a dichiararla avvenuta. Essi dunque non hanno fatto, se non conservare testi classici, in cui si parla, per lo stato del diritto di compensazione nell'età classica, di una attività *ordinativa* del giudice, annettendo loro semplicemente senso *declaratorio* di una compensazione avvenuta. Si potrà quindi attaccare — specialmente per aver posto assieme la compensazione puramente legale ed il requisito della liquidità — la costruzione giustinianea nella sua perfezione logica; ma, data questa costruzione, l'esistenza dei summenzionati testi non ha nulla di strano, perchè — lo ripetiamo — conviene intenderli riferiti, o al requisito della liquidità, od alla dichiarazione dell'avvenuta compensazione.

Lo stesso dicasi di un altro gruppo di locuzioni, anch'esse addotte avanti, come: *opponere, obicere compensationem*. Esse si trovano pure nella costituzione ultima C. h. t. di GIUSTINIANO. L'EISELE, come sopra si è veduto, si è voluto servire di queste ultime come un argomento di più per sostenere che il diritto giustinianeo, anzichè mutare in senso materiale il diritto classico, sta dal punto di vista medesimo di esso.

Però noi facemmo notare — e lo ripetiamo — che le espressioni suddette sono troppo generiche per poterne trarre tanto. Data anche la teoria della compensazione legale, i compilatori, potevano benissimo parlare di *opponere* od *obicere compensationem*, poichè queste frasi possono significare, tanto eccepire di *voler compensare ora*, quanto eccepire l'*avvenuta compensazione*. Anzi le testimonianze delle Istituzioni, di TEOFILO, ed il senso materiale dei testi dell'età classica, portanti l'*ipso iure*, ci fanno accorti che nel diritto giustinianeo convien prendere quelle espressioni nel secondo senso.

Dato ciò, le frasi medesime, che nel diritto classico avevano il primo significato, non potevano fornire materia di dubbio ai compilatori, e quindi essi le hanno lasciate intatte.

Restano i pochi testi in cui si parla di *compensare velle* o *posse* da parte del convenuto, ed alcune massime, come quelle relative ai debitori correali (L. 10 D. *de duob. reis* 45, 2) e l'altra che dice come, non ammessa la compensazione *salva maneat* (debitori) *petitio* relativa al suo controcredito (L. 7 § 1 D. h. t.); testi e massime che sono veramente inconciliabili — a meno che non si voglia passare attraverso costruzioni non autorizzate dai testi — con la teoria pura della compensazione legale. A questo minimo — poichè il difetto osservato relativo alla liquidità è già inerente alla costituzione giustinianea — convien ridurre il contrasto fra i testi classici e la teoria materiale, dovuto ai compilatori.

Risultato delle precedenti osservazioni è che nel diritto giustinianeo, nel quale, come diritto emanato da autorità dispotica, decide l'intenzione del legislatore, la compensa-

zione è voluta legale, ma la costruzione del sistema non è riuscita completamente, sia per un difetto inerente alla legge introduttiva del medesimo, sia perchè i compilatori per l'opera affrettata non riuscirono, come di solito, a dominare così bene il diritto classico da sopprimerne tutte le tracce.

È un fatto storico del resto che non ha nulla di strano.

La costruzione d'un istituto giuridico su basi nuove non può riuscire perfetta senza il controllo della pratica. Il principio che fondava una specie di dinamica, dirò così, della compensazione, che faceva delle obbligazioni quel calcolo che si fa di due forze contrarie che si differenziano o si elidono, apparve bello al legislatore bizantino, e lo stabilì senza aver modo di sperimentarlo nel suo funzionamento,

E la compensazione puramente legale, bisogna convenirne, ed a suo luogo lo facemmo notare, non funziona. Però ciò non toglie che tale sia, nonostante tutti i suoi difetti.

Questa soluzione non può soddisfare chi si mette da altro punto di vista che non sia quello puramente storico, ma è costretto a considerare la compilazione qual Codice pratico, e quindi come un tutto che deve essere ritenuto organico o reso tale. In siffatta condizione trovavansi i dottori bizantini, i nostri giuristi medioevali e dei tempi immediatamente seguenti, e si trovano ora i Tedeschi dei paesi di diritto comune. Ond'è che la collisione del sistema procedurale classico romano di compensare con la compensazione legale del diritto giustinianeo diviene per costoro una difficoltà ben più grave che non sia per noi, cui basta averla constatata.

Per risolvere il contrasto accennato, si sono decisi gli scienziati tedeschi, ed ora anche l'Appleton, a distruggere la compensazione legale e tornare al diritto classico. È questo sentimento in fondo che anima tutte le teorie che a suo tempo abbiamo esposte, avverse alla compensazione legale. Ma questo sentimento che può esser lodevole, quando lo si voglia far valere *de lege ferenda*, non può nè deve esser seguito allorchè si espone obbiettivamente il diritto romano nella sua ultima espressione, il diritto giustinianeo. Volendo negare in quest'ultimo la compensazione legale, ci si mette nella condizione di far torto ai testi, distruggere le testimonianze contemporanee alla legislazione giustinianea, ovvero proporre, come ad es., fanno l'Eisele e l'Appleton, di non dar retta ai testi che portano la compensazione legale, perchè sono interpolati. Interpolati o no, essi però non sono meno legge.

Per conseguenza noi riteniamo più giuridico, per chi debba applicare il diritto giustinianeo come Codice pratico, seguire il sistema tenuto dai nostri vecchi giuristi e dall'opinione dominante: quello di accettare la compilazione allo stato in cui è, e cercare di costruire una teorica che, mentre corregge i difetti che in essa si riscontrano dovuti alla più volte notata collisione del diritto classico colla teorica giustinianea, mantenga quanto è possibile il carattere essenziale di questa, che consiste nella compensazione legale.

Ed appunto qual correttivo da un lato del difetto inerente alla costruzione della *ipso iure compensatio*, pensata come indipendente dalla sentenza giudiziale, mentre è poi sottoposta al requisito della liquidabilità, e dall'altro in onore ai testi accolti nella compilazione, che pongono in arbitrio del convenuto far uso oppur no della compensazione, si venne formando quella teoria materiale di carattere ecclettico e medio, per la quale la compensazione *opposta in giudizio* e *riconosciuta dal giudice* si ha per retroattività avvenuta *ipso iure* al momento della coesistenza. Essa ha testimoni in tutte le età. La sostenne Taleleo in uno scolio alla L. 4 C. h. t.: *Si iudex compensationem admiserit, eius temporis obligationem perimit, ex quo ab utraque parte debebatur* (Bas. 24, 10, 28; Heimb. III p. 48).

Nelle scuole dei Glossatori ebbe, come osservammo, fautori in Bulgaro, Giovanni Bassiano ed Azone; la sostenne Cuiacio ed è ora la teoria dominante [Confron-

tisi HASSE e BETHMANN-HOLLWEG (pel solo diritto classico) nelle memorie citate, PUCHTA, *Pand.* § 290, THIBAUT, *Pand.* § 1182, UNTERHOLZNER, *Schuldverhältn.* (Obbligazioni) I § 256, KRUG. §§ 24, 25, 26 (oscillante però verso la teoria di MARTINO), GÖSCHEN, *Vorles.* (Lezioni di diritto civile comune) II § 464 n°. 6, SINTENIS, *Zeitschr. für Civilr. u. Prozess.* (Rivista di diritto civile e procedura) XVIII p. 27 e *Civilrecht* II p. 439[2] segg., ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* § 265]. Ed allo stesso indirizzo è dovuta l'opinione in parte soltanto divergente dalla dominante che si riscontra nelle pandette del WINDSCHEID, e da noi altrove esposta. Nella parte dommatica abbiamo accettato, come s'è visto, la prima teorica, perchè ci sembra quella che meglio si avvicina alla costruzione giustinianea. Di fatti è già stato mostrato come la *ipso iure compensatio*, concepita a modo del WINDSCHEID non trova appoggio nei testi, mentre è innegabile vi trovi fondamento la prima, che, sebbene con una modificazione, ammette l'estinzione dei crediti reciproci dal momento della loro coesistenza; ciò che appunto vuole la teorica pura giustinianea.

TITOLO III.

Depositi vel contra *)

§ 938 a).

Concetti e caratteri essenziali e legali del contratto di deposito.

Il contratto di deposito, *depositum* [82]), *commendatum* [83]), è quel contratto reale, mediante il quale si dà a qualcheduno una cosa che

---

[82]) L'origine del nome *depositum* è dimostrata in NOODT, *Commentar. ad Dig.* h. t. pag. 364.

[83]) L. 186 D. *de verb. signif. Commendare nihil aliud est quam deponere.* Vedi anche LL. 24 e 26 Dig. h. t.; L. 6 e L. 9 Cod. *eod.* Cfr. Hug. DONELLUS, *Commentar. ad rubr.*, tit. Cod. *Deposit.* numeri 6 e 7 pag. 248, e Ant. SCHULTING, *Jurispr. antejust.* pag. 280 nota 3, pag. 282 nota 20.

---

*) Questo titolo è tradotto ed annotato dall'Avv. Tito PREDA.

a) BIBLIOGRAFIA. — Oltre le opere citate dall'autore vedi ancora: ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* II[3] (1880), §§ 285-287. — SERAFINI, *Ist.* II § 134. — BRINZ, *Pand.* § 317 — DERNBURG, *Pand.* III § 92. — HOLZSCHUHER, *Theorie und Casuistik* ecc., § 271. — KOCH, *Das Recht der Forderungen* (II diritto delle obbligazioni) III, §§ 271-275. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, § 387 e seg. — UNTERHOLZNER, *Lehre des röm. R. von den Schuld* (Teoria del diritto rom., sulle obbl. etc.) II p. 659-673. — VANGEROW, *Lehrbuch d. Pand.* (Man. del dir. delle Pand.) § 630. — WENDT, *Lehrbuch d. Pand.* (1888) § 246 e seg.). — WINDSCHEID, *Lehrbuch d. Pand.* II, § 377 e seg. — SINTENIS, *Gem. CR.* (Il dir. civ. comune) II § 112.

MAYNZ, *Dr. Rom.* II § 238 p. 314. — MOLITOR, *Obl.* t. III num. 812 seg. pag. 1. — SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni* (1868) p. 338.

AUBRY et RAU, *Droit civil* § 400 et suiv. — DALLOZ, *Répertoire*, voce *Dépôt.* — DURANTON, *Dr. civil* t. XVIII n. 1 et suiv. — DUVERGIER, *Dr. civ.* cont. à TOULLIER, t. XI n. 369 et suiv. — GUYOT, *Dépôt* nel *Répertoire* di MERLIN, t. VII. — LAURENT. *Dr. civ.* t. XXVII n. 517 et suiv. — MASSÉ et VERGÉ sur ZACHARIAE, *Dr. civ.* V pagina 2 e seg. — MOURLON, *Répétitions* t. III pag. 450 (1878). — PONT, *Petits contrats* num. 367-543. — TROPLONG, *Commentaire du prêt, du dépôt, du séquestre*, ecc. pagina 307 (Bruxelles 1845).

BORSARI, *Comm.*, IV, p. 165 (1881). — CHIRONI, *Ist.*, II § 358 e seg. — LOMONACO, *Ist.* (2.ª ed. 1895), n. 163 pag. 524 e seg. — MATTEI, *Comm.*, VI all'art. 1835. — RICCI,

egli prende coll'intenzione di custodirla senza riceverne compenso e coll'obbligo di restituirla [b]). ULPIANO però usa la parola *depositum*

Corso di dir. civ. IX (1883) p. 375 e seg. — PACIFICI-MAZZONI, *Ist.* (3.ª ediz.) V p. 428 e seg. — MIRABELLI, *Contratti speciali, Deposito* p. 244 (Napoli 1894).

Van ASSENDELFT, *Dissertatio de deposito*, Lugd. Bat. 1752. — BUCHER, *De deposito eiusque speciebus* Arg. 1749. — BEUTER, *Disputatio de deposito*, Argent. 1607. — Hip. a COLLIBUS, *De contractu depositi* Basil. 1587. — HAHNIUS, *Disp. resp. Iohann. Balth. Marre de obligationibus et in specie de deposito*, Helmst. 1651. — LEYSER, *Disp. de jure depositi*, Viteb. 1676. — MAGIRUS, *De jure depositi et sequestrationis*, Marp. 1680. — MAULIUS, *Tractatus de deposito* (*extat in Thesauro theor. pract. eiusdem a.*), Mogunt. 1666. — MOZZIUS, *Tractatus de deposito* (*extat in Tract. de contractibus eiusd. auct.*) Ven. 1585. — MÜLLER, *De deposito miserabili*, Jenae 1680. — NOBEL. *De deposito* Lugd. Bat. 1711. — WECCIUS, *Disp. Resp.* — STOCKHAUSEN, *de contractu depositi* Helmst. 1638.

DE HARVENY, *Dissertatio de deposito*, Lovanii 1826. — PHILIPSTORN, *De naturæ depositi et mandati*, Berol. 1866. — D'ARNAUD, *Cur dupli teneatur in dep.* (*Var. Cont.* II, 15). — ARNDTS, *Civ. Schr.* I, n. 25. — ASHER, *Ueber Depositumklagen d. class. röm. R* (Sulle azioni del contr. di dep. etc.) nella *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* XXII, 8. — HUSCHKE, *Zur Lehre v. Zinsr. beim Depositum* (Sulla teoria degl'interessi nel dep.) nella *Giess. Zeitschr. N. F.* II, 6, 3

AUBLET DE MAUBUY, *Traité des Dépôts* 1782. — POTHIER, *Traité du contrat de dépôt. Oeuvres*, tomo III (Bruxelles 1830). — AMILHAU, *Du dépôt nécessaire*, Toulouse 1885. — GALLIER, *Du dépôt et de la responsabilité des dépositaires*, ecc. Paris 1892. — EWALD, *Du dépôt*, Paris 1871. — GUILLOUARD, *Traités du prêt, du dépôt et du séquestre.* — JACMIN, *Du dépôt*, Paris 1880.

Per il diritto commerciale vedi: VIDARI, *Corso*, ecc. IV, num. 4201 e seg. (4.ª ed.). — VIVANTE, *Elem. di dir. comm.* (6.ª ed.) p. 270 e seg. — Lo stesso, *Il deposito nei magazzini generali*, nella *Rivista ital. per le scienze giur.* IV (1887), pag. 213. — SUPINO, *Dir. Comm.* (1896) p. 239. — MARGHIERI, *Man.* n. 374 e seg.

SCACCIA, § 1 qu. VII p. 2 ampl. 3. — ANSALDUS, *disc.* 46, 68, 90, ecc. — PARDESSUS, *Cours*, ecc. I, num. 491-516. — MASSÉ, *Le dr. comm.* IV, num. 2672. — ENDEMANN, *H. R.* (Dir. comm., ecc.), § 142. — Lo stesso nella *Zeitschr. f. H. R.* Rivista pel diritto comm.) IV, p. 58 a 70, 203 — THÖL, *H. R.* (Diritto comm.) §§ 28 e 296. — GOLDSCHMIDT, *Handb. d. H. R.* (Man. di dir. comm.) § 47 nota 11, § 53 nota 2 e seg., §§ 57 e 30. — COHN (Georg), *Das Depositengeschäft* nel *Manuale* di ENDEMANN, vol. III parte XI p. 884 e seg.

Per ricerche storiche sul diritto intermedio vedi: PERTILE, *Storia del diritto ital.* vol. IV 1 § 160 p. 611 e seg. (Torino 1893). — STOBBE, *Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts* (Osservazioni sulla storia del dir. contrattuale ted.) pag. 215 e segg., e *Privatrecht* (Dir. privato, ecc.) III, § 183; nonchè nella *Zeitschr. f. H. R.* (Rivista pel Dir. comm.), VIII p. 33. — KOHLER nella *Zeit. f. vgl. R. W.* (Riv. per la scienza del dir. comparato) III, p. 170 seg.

Per la bibliografia sul *deposito irregolare* vedi al § 940; per quella sul *sequestro* al § 948.

b) Nel Cod. civ. ital. si trovano due definizioni del deposito, una è quella dell'articolo 1835, che definisce il deposito in generale; l'altra è quella dell'art 1837, che si riferisce al deposito *propriamente detto*.

Secondo il nostro legislatore « *il deposito in genere è un atto per cui si riceve cosa altrui coll'obbligo di custodirla e di restituirla in natura* »: questa defini-

per indicare la cosa stessa depositata; *depositum est,* egli dice nella L. 1 D. h. t. *quod custodiendum alicui datum est* [84]) *c*) (*V. c.nota a pag. seg.*)

---

[84]) Sopra questo titolo si vedano: Franc DUARENI, *Comment. ad hunc tit. Pand. et Cod.* in *Operib.* pag. 1005. — Vinc. CAROCCII, *Tr. de deposito* Colon. 1604, 8. — Jo. Henr. BOECLER *Diss. de deposito* Argentor. 1708. — Aug. de BALTHASAR, *Diss. de favore depositi* Gryph. 1749, 4. — Casp. ZIEGLER, *Diss. de deposito* in *Discept. select. ejus.* n. XVIII pag. 658, e Nic. Christ. LYNKER, *Diss. de privilegiis depositi* Jenae 1678.

---

zione, in alcune parti differente da quella data dall'A., è tolta letteralmente dall'articolo 1915 del Cod. francese (cfr. conformemente: Cod. sardo, art. 1949; Cod. napolet., art. 1789), e comprende, come leggesi nel successivo articolo 1836 (cfr. articolo 1916 Cod. francese), tanto il *deposito propriamente detto,* come il *sequestro.*

Con ciò si spiega come il nostro legislatore, seguendo quello francese, abbia usato la terminologia di *atto,* invece che quella di *contratto:* infatti, come notava opportunamente il DURANTON (op. e vol. cit. num. 2), se può anche concedersi che il deposito sia un contratto perfino quando è *necessario,* sarebbe assolutamente inesatto il parlar di contratto nel caso del *sequestro,* ordinato dal giudice, perchè non vi è vero contratto fra colui che ha ricevuto la cosa e colui al quale dev'essere restituita; il contratto invece suppone il consenso di due o più persone per dare, fare o non fare una determinata cosa (vedi anche: LAURENT, op. e vol. cit. num. 68; DURANTON, op. e vol. cit. num. 2; RICCI, op. e vol. cit. num. 219).

Fra coloro, assai scarsi di numero, i quali considerano il deposito *sensu lato,* in ogni caso, come un contratto, ricorderemo lo ZACHARIAE, il quale ne dà questa definizione: « Il deposito in generale è un *contratto* col quale una cosa corporale vien confidata ad una persona la quale si obbliga di custodirla e di restituirla nella sua individualità » (v. op. cit. § 400). Ma la maggior parte degli scrittori segue, con modificazioni poco sostanziali, la definizione della legge: fra questi è da annoverarsi anche il PACIFICI-MAZZONI (op. e vol. cit. num. 273), il quale incorre per altro in una inesattezza assai grave, quando definisce il « *deposito in generale un atto per cui alcuno riceve una cosa altrui corporale e mobile* (sic) *coll'obbligo,* ecc., perchè dimentica che all'art. 1873 Cod. civ. si dice in maniera assai esplicita che si può avere sequestro non solo di mobili ma altresì d'immobili.

Ritornando pertanto alla ricordata suddivisione del deposito in generale (art. 1836 Cod. civ.), e rimandando il lettore, per quanto si riferisce al sequestro, all'apposito paragrafo di questo stesso titolo dove di tale istituto si tratta e alle relative note (§ 948), ci rimane a vedere ora quali siano nel nostro diritto le varie specie di deposito propriamente detto, e come siano definite.

Una prima distinzione del deposito propriamente detto, che non si trova però menzionata nel Codice, è quella di *deposito regolare* e *deposito irregolare.* Ma esiste nel nostro diritto quella forma di deposito che gli scrittori di diritto comune designavano con quest'ultimo nome? Noi crediamo di poter rispondere affermativamente sebbene il deposito irregolare abbia nell'odierno diritto perduto molti di quei caratteri che nel diritto romano lo facevano distinguere dal *mutuo:* alcune differenze però ancora rimangono, come vedremo a suo luogo, quando tratteremo del deposito irregolare (§ 940).

Il Codice nostro, modellandosi sul francese (art. 1917, 1918) così definisce il deposito

Nel dare il concetto dottrinale del deposito si aggiunge poi ordinariamente che la cosa deve essere restituita a semplice richiesta in qualunque tempo in natura (*in eadem specie*) [85]; ma queste determinazioni, come già osservava LAUTERBACH [86], non sono veramente essenziali. Infatti: *a*) Avviene talvolta che la cosa depositata non può esser richiesta se non all'avverarsi di una certa condizione, come, per esempio, nel caso di *sequestro*, in cui una cosa, temendosi che possa soffrire qualche rischio, viene data per un certo tempo in custodia o in cura a taluno per sicurezza del diritto d'una delle parti. *Proprie autem in sequestre est depositum,* dice PAOLO nella L. 6 D. h. t., *quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur.* La condizione qui è ordinariamente quella che la cosa, finito il processo, debba esser consegnata alla parte vincitrice [87]. Però il sequestro può anche aver luogo per cose intorno alle quali non si agiti alcuna questione giudiziale [88], come, per esempio, quando si sequestrino i

---

85) Vedi VOET, *Comm.* h. t. § 1. — WESTENBERG, *Princip. juris sec. ord. Pandect.* h. t. § 4. — MALBLANC, *Princip. juris Rom.* p. II § 522. — HOFACKER, *Princip. juris civ.* t. III § 1878 e altrove.

86) *Colleg. th. pract. Pand.* h. t. § 1.

87) L. 9 § 3 D. *de dolo malo;* L. 17 pr. D. h. t.; L. 5 Cod. *eodem;* L. 110 D. *de verb. signific.*

88) Vedi HUGO, *Civilistische Magazin* (Magazzino civile) vol. I pag. 265

---

in senso proprio: « Il deposito propriamente detto è un contratto essenzialmente gratuito, il quale non può avere oggetto che cose mobili (art. 1837). Questa definizione però è evidentemente incompleta, e dev'essere integrata con quella dell'art. 1835, tenendo però conto — a differenza della legge che parla di *restituzione in natura* (vedi § 940 nota *h*) — della distinzione già fatta di deposito regolare è irregolare.

Tra le definizioni date dagli scrittori del *deposito regolare,* ci pare preferibile quella dei MOURLON (op. e vol. cit. num. 1042) data sulla scorta della definizione dallo ZACHARIAE: « Le dépôt proprement dit (regulier) est un contrat par lequel une personne remet une chose mobiliere à une autre personne qui promet, sans stipuler aucun salaire, de la garder comme elle garderait la sienne propre et de la rendre dans son individualité à première réquisition » (v. anche la def. del deposito regolare data nell'ARNDTS-SERAFINI, § 285 pr.).

Per la definizione del *dep. irregolare* v. § 940.

Anche nel nostro diritto vi è poi come nel diritto romano la distinzione del deposito in *volontario* (articolo 1839) e *necessario* (articolo 1864): per quest'ultimo vedi innanzi al § 945.

c Pure nel nostro diritto la parola *deposito* è adoperata per indicare la cosa depositata: cfr. Cod. civ. art. 1860.

beni d'una donna mentecatta fino alla sua guarigione o fino alla sua morte, avendo cominciato il marito a dilapidarli (ULPIANO, L. 22 § 8 D. *Solut. matrim.* [89]) [d]). *b*) In secondo luogo poi non sempre è necessario che venga restituita la cosa *stessa;* ma talvolta anche quando si è convenuto soltanto di restituirla nella stessa quantità, sorge l'*actio depositi* [e]), come insegna PAPINIANO nella L. 25 § 1 D. h. t.: *Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est* [90]). Dimodochè nel contratto di deposito occorre distinguere i caratteri ad esso essenziali da quelli che ordinariamente e quindi giuridicamente vi si presuppongono (*naturalia depositi*), ma che non sono essenziali e possono essere modificati da un patto che vi si aggiunga.

I. — Ora alla determinazione essenziale di questo contratto occorre:

1) La dazione d'una cosa, in quanto il deposito è un contratto *reale* [91]) *f*). Però non è necessario che questa consegna venga sempre

---

89) Se ne trovano molti esempi nelle LL. 7 § 2 Dig. *Qui satisdare cogant;* 39 Dig. *de solut.;* 5 Cod. h. t. Vedi pure COCCEJI, *jus civ. controv.* h. t. Qu. 16.

90) Vedi Ger. NOODT, *de pactis et transaction.* cap. 19 *Oper.* tom. I pagine 539 seg., e CORN. van BYNCKERSHOEK, *Observat. juris Rom.* lib. VIII cap. 5 pag. 300.

91) § 3 Inst. *Quib. modis re contrah. obligatio.*

---

d) Sul sequestro vedi avanti § 948.

e) Vedi avanti al § 940 (*depositum irregulare*).

Nel diritto odierno può essere il deposito considerato come un contratto reale? Questa questione è compresa nell'altra più generale, e che qui non possiamo che accennare, se cioè nel diritto odierno esistano ancora contratti reali, ovvero stabilito il principio che i contratti si perfezionano col consenso, non siansi convertiti tutti in consensuali. Vedi su tale questione: ARNDTS-SERAFINI, II § 285 n. 2. — BEKKER, II p. 98 e seg. — BRINZ, *Krit. Blätt.* (Fogli critici) p. 19 seg., *Pand.* p. 370, 410, 443, ecc. — BRUNS in HOLTZ., *Enc.* (Il diritto romano attuale), p. 471. — DERNBURG, II p. 21. — HASENÖHRL, *Oest. Priv. R.* (Diritto privato austriaco) pag. 330 e seg. — KÖPPEN *Iahrb. für Dog.* (Annali per la dogm.) XI p. 352. — PFORDTEN, *Abhandl.* (Dissert.) p. 296 seg. — THÖL, *Handelsr.* (Diritto commerciale) I § 246. — STOBBE, III p. 69. — WINDSCHEID, § 312 n. 5. Per il passaggio dal principio del diritto romano sulla forma dei contratti a quello del diritto odierno vedi: SEUFFERT, *Zur Geschichte der obligato-*

fatta da quegli cui appartiene la cosa, ma può anche essere eseguita col suo consenso, da altri, mediante una *fictio brevis manus* [92]). Ce ne

---

92) Vedi ZIEGLER, cit. *Diss.* §§ 18 e 19.

---

rischen Verträge (Sulla storia dei rapporti obbligatorii) Nördlingen 1881 e KARSTEN, *Die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Juristen des Mittelalters* (La teoria del contratto presso i giureconsulti italiani del Medio Evo) 1882, ecc.

Il BRINZ (*Krit. Blätt.* cit. p. 19-34) ritiene che anche oggi esistano contratti reali. La consegna della cosa, egli osserva, non sempre è fatta *solvendi causa* (così per es., quando è data a scopo di farla vendere), ma spesso è la causa stessa del contratto, che si fonda appunto tutto o sulla custodia o sull'uso, o la restituzione della cosa. Senza la consegna di questa, tali contratti non si concepirebbero, e il puro consenso non serve mai a perfezionarli, ma è semplicemente una *lex dationis*. Il DEMELIUS (*Iahrb. für Dogm.* cit.) nota in contrario che in genere la consegna della cosa avviene sempre o *solvendi causa* o *conditionis implendae causa*, e perciò anche quando il contratto ha per obbietto la custodia della cosa stessa, la tradizione di essa non è necessaria per perfezionare il contratto, ma solo per l'adempimento di una condizione. Peraltro riguardo al deposito egli osserva che oltre l'obbligo della custodia della cosa — che ritiene come accessorio necessario, una volta che si deve renderla — vi è l'altro di restituirla, e, per quanto riguarda questa restituzione, il contratto richiede necessariamente la consegna della cosa; è in questo senso, egli conclude che si può ritenere nel diritto odierno il deposito come un contratto reale, ma in un senso diverso da quello del diritto romano. L'UNGER combatte l'opinione del DEMELIUS sulla custodia della cosa e nota che la convenzione di custodire la cosa si perfeziona come ogni altra convenzione col solo consenso, e quindi anche il deposito è un puro contratto *consensuale*. A questo concetto accede in parte anche il BRUNS (HOLTZENDORFF'S, *Enc.* p. 471) il quale osserva che « la consegna della cosa non è più fondamento del diritto e dell'azione che nascono dal contratto, ma solo elemento della effettiva perfezione del consenso ».

Ma l'opinione del BRINZ che cioè il deposito sia anche oggi un vero contratto reale fu più generalmente seguìta (WINDSCHEID, l. c. — ARNDTS-SERAFINI, loc. cit. etc.). Non si nega infatti che col solo consenso nasca l'obbligazione di ricevere e custodire una cosa, si osserva soltanto che questa non è che una convenzione preliminare al deposito, è un contratto in cui le parti si obbligano di conchiudere un deposito, ma non è ancora il deposito; questo non si conchiude e non si perfeziona che quando la cosa da depositarsi sia realmente consegnata.

Tale questione si è fatta anche sotto l'impero dei Codici francese e italiano. Il LAURENT (op. e vol. cit. § 69) notando appunto la confusione che si suol fare tra il deposito vero e proprio e le convenzioni che possono precederlo osserva: « Tant qu'il n'y a qu'une simple obligation contractée de donner et de recevoir une chose en dépôt, il n'y a point de dépôt; la convention est valable, mais elle n'engendre pas les obligations que le dépôt, crée à charge du dépositaire ». E nel diritto nostro il GIORGI (*Teoria delle obbligazioni* (4.ª ediz.) III, num. 29 e 147) parlando in genere dell'esistenza dei contratti reali, e, notando come essi entrano ancora accanto ai consensuali, sebbene il Codice non li abbia espressamente distinti, conchiude che « le due specie risultano dalla natura delle prestazioni contrattuali; natura che non è in arbitrio del legislatore il mutare ». Del resto nel diritto nostro e nel francese la questione non mi sembra neppure proponibile, una volta che l'art. 1837 del Cod. ital. e l'art. 1919 del Cod. franc. stabiliscono

dà un esempio PAPINIANO nella L. 25 pr. D. h. t. dove dice: *Die sponsaliorum aut postea res oblatas puellae, quae sui juris fuit, pater suscepit. Heres ejus, ut exhibeat recte convenietur etiam actione depositi* g). Così pure non è necessario che la cosa venga sempre data al depositario in persona, ma può dietro suo ordine esser consegnata ad un terzo il quale debba custodirla in suo nome. L. 1 § 14 D. h. t.: *Idem* POMPONIUS *quaerit, si apud te volentem me deponere, iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri? Et ait, si tuo nomine hoc est, quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi ut magis apud eum deponam tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est; nec*

espressamente che il deposito non è perfetto che colla tradizione della cosa (cfr. per altri contratti gli articoli 1805, 1819, 1878 Cod. civ. it., e 1875, 1892, 2071 Cod. franc.). Ciononostante non è mancato chi ha sostenuto che anche qui si tratta di un puro contratto consensuale (vedi: DUVERGIER, op. e vol. cit. n. 383. — PACIFICI-MAZZONI, *Ist.* V, num. 109, 2.ª ediz.; nella 3.ª ediz. però il P. M. si accosta all'opinione dominante (n. 274 nota 2)). Conformi al Cod. franc. sono il napoletano (1791), l'albertino (1753) e l'estense (1964). Il Codice austriaco invece, più esattamente, distingue il vero deposito, *contratto reale*, dalla convenzione che può precederlo; esso dice (§ 957): « Quando alcuno riceve la cosa altrui per custodirla ne nasce il contratto di deposito. La promessa accettata di ricevere in custodia una cosa che ad altri appartiene, e che non sia ancora consegnata obbliga bensì il promittente, ma non costituisce per anco il contratto di deposito.

g) Cfr. anche la l. 1 § 11 h. t.: « *Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur.* ET PUTAT, TECUM MANDATI, CUM EO VERO, QUI EAS RES RECEPIT, DEPOSITI; *si vero tuo nomine receperit tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus* ». Cfr. anche § 946.

Il nostro Cod. civ. all'art. 1837 2.° capov. contempla il caso che la cosa già si trovi presso colui che si assume l'obbligo di depositario: « La tradizione — ivi è detto — si compie col solo consenso se la cosa, che si conviene di lasciare in deposito, sia già presso il depositario per qualche altro titolo ». Questa disposizione ci pare nel nostro diritto perfettamente superflua, ma a parte ciò, essa presenta un notevole progresso su quella assai difettosa e giustamente criticata (vedi per es. LAURENT, n. 70) dal corrispondente art. 1919 Cod. franc. così concepito: « Il n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite. La tradition feinte suffit, quand le dépositaire se trouve déjà nanti à quelque autre titre de la chose que l'on consent à lui laisser à titre de dépôt ». Qui è evidente l'influenza esercitata sui compilatori, dimentichi del sistema generale del Codice, da alcune osservazioni fatte da POTHIER (op. cit. n. 8) riguardo alla *traditio brevis manus*, alle quali rinviamo il lettore (cfr. anche il discorso di FAVARD al corpo legislativo n. 12).

Nel caso contemplato dall'art. 1837, 2.° capov. Cod. civ. cit. si ha evidentemente una novazione; spetta quindi a quella delle parti, che sostiene che questa novazione sia avvenuta, di darne la prova quando vi sia diniego dell'altra parte (DUVERGIER, op. e vol. cit. n. 385. — DURANTON, op. e vol. cit. n. 6).

mandati teneris quia rem meam gessi. Al contrario, finchè la consegna non è avvenuta non esiste deposito, quand'anche si fosse dichiarato per lettera di volerlo fare. *Ex epistola,* dice PAOLO nella L. 26 § 2 D. h. t., *obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse* [h]).

2) La cosa deve esser data ad altri pel solo scopo che egli la *custodisca* [i]). Questo scopo essenziale è indicato nelle fonti dalle parole *custodia rei,* le quali comprendono non solo la cura per la con-

---

h) Vedi sopra alla nota *f.*

i) Su questo fine della *custodia della cosa*, che è il principale carattere distintivo del *deposito*, dobbiamo insistere anche per ciò che si riferisce all'odierno diritto civile. E a tale uopo crediamo non superfluo di riportare le seguenti osservazioni di POTHIER (op. cit. n. 10), che troviamo più o meno riprodotte nelle opere dei civilisti francesi e italiani.

« On doit — nota POTHIER parlando dei contratti che hanno analogie col deposito — pour bien distinguer ces contrats s'attacher à cette regle proposée par ULPIEN: *Uniuscujusque contractus initium spectandum et causa* (L. 8 D. *mand.* 17, 1). De même que, suivant cette règle, lorsque la fin principale, pour la quelle la tradition de la chose a été faite, n'a pas été de confier la garde de cette chose à celui, à qui elle a été faite, quoiqu'il ait été aussi *secundario* chargé de cette garde, le contrat n'est pas un contrat de dépôt mais une autre espéce de contrat, comme nous l'avons vu dans les espèces precedentes ; de même, *vice versa,* lorsque la fin principale pour la quelle la tradition de la chose a été faite a été de confier la garde de la chose à celui à qui elle a été faite, le contrat ne laissera pas d'etre un vrai contrat de dépôt; quoiqu'on ait ajouté a ce contrat quelque autre convention, *puta,* que le depositaire pourrait se servir de la chose qui lui aurait été deposée, s'il arrivait qu'il en eût besoin » (su l'esempio qui portato da POTHIER cfr. le note al § 940 sul dep. irr.). In conformità di questi principii è stato deciso che la consegna al procuratore di una somma per erogarla in spese di cancelleria non riveste il carattere di deposito, ma di mandato (Cass. Tor., 18 marzo 1870; *Giur. tor.* VIII, 369); che deve ritenersi pegno e non deposito la consegna di un titolo a garanzia dell'adempimento di un'obbligazione ancorchè siasi dalle parti usata la denominazione *deposito* (App. Roma, 22 dic. 1888, *Temi rom.* 1888, 547); che quando avvenga la consegna di documenti ad una persona non *custodiae causa,* ma per utile e comodo della medesima si ha comodato e non deposito (Cass. Roma, 20 apr. 1882, *Temi rom.* 532; vedi pure, sebbene men rigorose nei principii, la sent. della C. d'App. di Tor., 18 aprile 1891, *Giur. tor.*, 1891, 432 e C. App. di Palermo, 20 sett. 1894, *Ann.* 1894, 382, *Cir. giur.* 1894, 313); che infine vi è contratto di trasporto e non deposito, quando si consegna una merce al vettore perchè ne curi il trasporto in un determinato luogo (Cass. Torino, 17 aprile 1893, *Mon. trib.* 1893, 405, ecc.).

Sulle differenze e analogie del deposito con altri contratti nel moderno diritto si può vedere: RICCI, op. e vol. cit. n. 221. — LOMONACO, op. e vol. cit. p. 528. — BORSARI, op. cit. § 3994. — TROPLONG, op. cit. n. 25 seg. — LAURENT, op. e vol. cit. n. 74 ecc. — DURANTON, op. e vol. cit. n. 11. — DUVERGIER, op. e vol. cit. n. 370. — DALLOZ, voce cit., n. 8 e seguenti. — Per ciò che si riferisce al mutuo vedi specialmente in questo stesso titolo al § 940.

servazione della cosa, ma anche l'obbligazione di deporla in un luogo sicuro, dove essa non possa essere nè sottratta, nè danneggiata. *Totum fidei ejus commissum, quod* AD CUSTODIAM REI *pertinet*; così ULPIANO nella L. 1 pr. D. h. t. È vero che nel § 19 (o, meglio, § 17) delle Istituzioni *De obligat. quae ex delicto nascuntur* si dice: *sed is apud quem res deposita est, custodiam non praestat, sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit;* ma questa *custodia* che qui viene contrapposta al *dolus* e perciò anche alla *culpa lata*, e che non deve essere prestata dal depositario, si deve interpretare in un senso diverso. Con quell'espressione si vuol significare cioè la obbligazione di custodire la cosa colla massima cura possibile [93]). Quindi il depositario non è responsabile per la perdita o smarrimento della cosa, quando ciò avviene non per sua crassa negligenza, ma solo per una ben lieve mancanza. Per ciò nella stessa legge si dice anche che il depositario non ha l'*actio furti, si res ei subrepta fuerit, quia restituendae ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse* [94]). Perocchè chi può intentare l'*actio furti*, senza essere proprietario della cosa rubata, deve di regola, a meno che non abbia tale facoltà per altre ragioni speciali, avere l'obbligo di custodire la cosa stessa colla massima cura possibile [95]) *k*).

Siccome poi nel deposito lo scopo massimo del contratto è la custodia d'una cosa, così questa deve esser data direttamente per questo scopo. Perciò se si dà ad un altro una cosa coll'intenzione che egli la dia in custodia a un terzo, ove questi non la voglia prendere, egli stesso dovrà custodirla; in tal caso non trova luogo l'*actio depositi*, come non lo troverebbe se si desse l'incarico a qualcheduno

---

93) TEOFILO dice nella sua parafrasi greca: *diligentiam non utique debet in re deposita.* Vedi COCCEJI, *jur. civ. controvers.* h. t. qu. 4, e SCHOEMAN, *Lehre vom Schadenersatze* (Teoria del risarcimento dei danni) parte I, pag. 88 e seg.

94) Si confronti qui la L. 14 § 3 Dig. *de furtis.*

95) L. 10 § 1 Dig. *Commodati;* L. 14 § 15 Dig. *de furtis;* L. 12 pr. Dig. *eod.;* L. 14 §§ 7 e 10 Dig. *eod.* Vedi VON LÖHR, *Theorie der Culpa* (Teoria della colpa) § 12 pag. 74 e seg.

---

k) Sulla responsabilità del depositario vedi avanti §§ 941, 942.

di farsi dare una cosa da un terzo, che già l'aveva in custodia; ipotesi queste in cui trova piuttosto fondamento l'*actio mandati*, in quanto il mandato è in esse il primo e principale contratto, e solo come una convenzione accessoria viene aggiunta la *lex custodiae* [96]). Infatti la L. 1 §§ 12 e 13 D. h. t. dice: *Quod si rem tibi dedi, ut si Titius rem non recepisset, tu custodires nec eam receperit: videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit? Et* POMPONIUS *dubitat. Puto tamen, mandati esse actionem: quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem. Idem* POMPONIUS *quaerit, si tibi mandavero ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias idque feceris, mandati an depositi tenearis? Et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus* [l]).

Ma perchè si possa trattare d'un vero deposito, non solo occorre che la cosa venga data ad un altro al solo scopo di custodirla, ma che anche quest'altro la riceva esclusivamente con quest'intenzione. *Nam*, dice ULPIANO, L. 18 § 1 Dig. *de reb. cred., si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias: nec depositum, nec mutuum est: sed consumtis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit* [m]).

Per tale scopo essenziale, che costituisce la condizione fondamentale del contratto di deposito, questo si distingue da altri contratti, ne' quali si dà pure una cosa in custodia ad altri, ma tale custodia è solo come uno scopo accessorio; così, per esempio, dal commodato, dal contratto di pegno ed anche dal mandato, quando si affidano al procuratore i documenti necessari per lo svolgimento della causa; perocchè allora l'azione per averne la restituzione non è l'*actio depositi*, ma l'*actio mandati* [97]).

---

96) Vedi Franc. DUARENUS in *Tit. Dig. de reb. credit.* cap. 2 pag. 879 in fine e seg. — Ger. NOODT, *Comm. ad h. t.* pag. 361 § *Est igitur* in fine.

97) L. 8 pr. Dig. *Mandati: Si procuratorem dedero, nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et* LABEO *putat, mandati eum teneri; nec esse probabilem sententiam existimantium, ex hac causa agi posse depositi: unuscuiusque enim contractus initium spectandum, et causam.*

---

l) Vedi sopra nota *i*.

m Vedi avanti nota *u* lett. *A*).

3) La custodia deve esser prestata senza patto di ricompensa. Se si stipula un compenso il negozio diventa un contratto di locazione, o un contratto innominato, qualora in cambio del servizio prestato non si dia del denaro, ma qualche altra cosa [98]); però non è escluso dal concetto del deposito di poter dare un onorario per liberalità [99]) *n*).

---

[98]) L. 1 §§ 8, 9 e 10 Dig. h. t.; L. 22 Dig. *de praescript. verb.*

[99]) L. 2 § 24 Dig. *de vi bonorum raptor.* Vedi LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand.* h. t. § 15.

---

n) Per ciò che si riferisce alla gratuità del deposito, vi è nel nostro diritto, come nel francese, una certa antinomia fra gli articoli 1837 (corr. all'art. 1917 Cod. franc.) e 1844 n.° 2 (corr. all'art. 1928 n.° 2 Cod. franc.): di qui varietà di opinioni negli scrittori e divergenze nei giudicati.

L'origine di questa antinomia è così generalmente spiegata: i compilatori del Codice franc., si dice, hanno voluto attenersi strettamente in questo punto agli insegnamenti di POTHIER, senza però saperne rendere le sfumature. Ed infatti POTHIER, che pone il deposito sotto la categoria dei contratti di beneficenza, già avea scritto: « Le contrat de dépôt est un contrat de bienfaisance: il renferme un office d'ami, que le dépositaire rend au déposant. De là il suit que pour que le contrat, par le quel on confie la garde d'une chose à quelq'un, soit un contrat de dépôt, il faut que celui, à qui on la confie, s'en charge gratuitement; car, si, par le contrat, il exige quelque retribution pour sa garde, le contrat n'est plus un contrat de bienfaisance, il ne renferme plus un service d'ami.... Ce n'est pas, par conséquent, un contrat de dépôt .....» (loc. cit. n. 13). Più oltre però POTHIER si mostra un po' meno reciso, perchè parlando del grado di colpa di cui deve rispondere il depositario enumera quattro casi nei quali esso è tenuto ad una maggiore responsabilità, e tra questi vi è il caso del pagamento stipulato in proprio vantaggio dal depositario. Però POTHIER non manca di osservare « que ce contrat, en ce cas, n'est pas un vrai contrat de dépôt, n'etant pas gratuit, mais un contrat qui tient plutôt du louage..... Ce contrat étant, en ce cas, un contrat interessé de part et d'autre, le dépositaire doit suivant le principe commun à tous les contrats, *in quibus utriusque utilitas vertitur*, être tenu de la faute légère » (n. 31). Di queste osservazioni del POTHIER non è stato tenuto alcun conto dai compilatori del Codice francese nella redazione dei citati articoli riprodotti poi nel nostro Codice civile. Ora si domanda: di fronte all'esplicita definizione dell'art. 1837, che dice essere il deposito un contratto *essenzialmente gratuito*, si avrà ancora un contratto di deposito nel caso che il depositario abbia stipulato una renumerazione per la custodia del deposito? In altri termini, quando vi sia remunerazione dovranno o no applicarsi tutte le regole stabilite pel deposito, eccezione fatta da quella relativa alla responsabilità del depositario?

Vi è chi sostiene che nel caso contemplato dall'art. 1844 n. 2 non si abbia più contratto di deposito, ma invece o una locazione d'opera o un contratto innominato secondo propugnatori di questa opinione solo per difetto di sistema il legislatore avrebbe posta una tale disposizione sotto il titolo del deposito (così LOMONACO, op. e vol. cit. p. 527. — MATTEI, op. e vol. cit., nel commento all'art. 1837. — TROPLONG,

4) Finalmente il depositario è obbligato a *restituire* la cosa avuta [o]). Se la cosa depositata venne ritenuta come fungibile, basta che il depositario la restituisca, come nel mutuo, della stessa qualità e quantità di quella che ebbe in custodia, ma fuori di questo caso la restituzione deve esser sempre fatta in natura. Però anche quando la cosa è depositata come fungibile, è uguale per il deponente che gli venga restituita la cosa stessa o un'altra della stessa qualità e

---

op. cit. n. 12-15 — ZACHARIAE, op. cit. § 401. — MOURLON, op. e vol. cit. n. 1044. — DUVERGIER, op. e vol. cit. n. 407. — AUBRY et RAU, 3.ª ediz. § 400 — TAULIER, VI, 459, ecc.). A noi sembra però cosa contraria al retto metodo di interpretazione, volere spiegare una antinomia di legge riferendosi ad un errore che sarebbe stato commesso dal legislatore, poichè non si tratta di contraddizioni che non sieno altrimenti conciliabili.

Altri invece ritiene che, qualora rimanga lo scopo della custodia, vi sia sempre contratto di deposito, sebbene sotto una forma non del tutto regolare: « nel deposito, comunque salariato — scrive il BORSARI — non soverchiano elementi alieni alla sua natura siccome accade quando si trasforma in prestito, pegno, ecc., solamente alterandosi, nell'interesse che si frammette, la purità del deposito, la posizione del depositario è giudicata a maggior rigore » (BORSARI, op. e vol. cit. § 3995, II, vedi ancora: PACIFICI-MAZZONI, 3.ª ediz. V, n. 274. — RICCI, op. e vol. cit. n. 222. — DURANTON, op. e vol. cit. n. 20).

Infine non è mancato chi ha voluto fare la distinzione fra il caso in cui la pattuita rimunerazione rappresenti un compenso per le cure prestate (locazione) e quello in cui non sia se non una indennità, anticipatamente fissata per le spese occasionate dal deposito. Certamente, dicono i sostenitori di questa opinione, l'esame dovrà essere fatto caso per caso: bisognerà distinguere se la somma fissata offre al depositario dei benefici, ovvero se essa non è altro che una giusta indennità delle spese di custodia e conservazione. Riconoscono però che molte volte non sarà tanto facile al magistrato di stabilire la differenza (v. in questo senso: DALLOZ, voce cit. n. 6. — MASSÉ et VERGÉ sur ZACHARIAE, V, 3 n. 4. — DELVINCOURT, III, 207 e 429 in n. — PONT, VIII, 376-377).

Noi ci accostiamo a questa ultima opinione e riteniamo col MIRABELLI (op. cit. p. 247), che, se dalla volontà delle parti risulta essere stata la custodia della cosa scopo principale del contratto, in tesi generale si abbia contratto di deposito anche quando il depositario riceve remunerazione. Bisogna poi notare che l'indagine riesce nella maggior parte dei casi superflua se la questione verte puramente sulla responsabilità del depositario. Se invece vi fosse da decidere su altre questioni « come della durata del contratto, delle spese incontrate, delle perdite occasionate, del diritto di ritenzione e della compensazione », allora bisognerà indagare qual sia la vera natura del contratto, se deposito o locazione d'opera, o mandato o qualsivoglia altro contratto, ponendo mente alla quantità della mercede pattuita, allo scopo, al modo del pagamento, alla durata del contratto, alla natura della cosa depositata, ecc., e a tutti gli altri patti che accompagnano la convenzione.

In diritto commerciale tutti gli scrittori sono concordi nell'ammettere la remunerazione (Vedi: SUPINO, op. cit. n.° 257. 2. — MARGHIERI, *Man.*, n. 375. — VIDARI, *Corso*, ecc. IV, n. 3862 (ed. 1895). — VIVANTE, *El.* n. 147 (ed. 1891).

o) Vedi avanti § 943.

quantità; onde si può dir veramente che anche nel caso in cui dovrebbe restituirsi la cosa *tantundem*, può invece rendersi addirittura l'*id quod depositum fuit* [100]); e così si spiega l'espressione di GIUSTINIANO nelle Ist. § 3, *Quib. mod. re contrahitur oblig.*: *Et is apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, quia et ipse de ea re quam accepit, restituenda tenetur* [p]).

II. — Inoltre i caratteri legali, ma non essenziali del deposito (*naturalia depositi*) sono i seguenti:

1) La cosa depositata deve essere restituita *in specie* [1]) [q]).

2) La proprietà della cosa resta al deponente. E neppure il possesso, in senso giuridico, passa al depositario, salvo che si tratti di sequestro; sebbene anche in questo caso il possesso non passi che per espressa convenzione, altrimenti il sequestratario non è veramente un possessore giuridico, ma esercita solo un possesso altrui, onde da tale possesso non viene interrotta l'usucapione [r]). Sono importanti a questo riguardo le leggi seguenti:

L. 17 § 1 D. h. t. *Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est* [2]) *nam tum demum*

---

[100]) Vedi Ger. NOODT, *de pact. et transact.* cap. 19 in *Operib.* tomo I, pag. 540.

[1]) L. 1 § 5 D. *de obligat. et actionib.* — ZIEGLER, *Diss. de deposito* § 36.

[2]) Le parole *deposita est* si riferiscono indubbiamente a *possessio*. Così interpretano questa legge Giov. VOET, *Commentar.* h. t. § 12, e Gerard. NOODT, *Commentar. ad Dig.* h. t. § *consilium mihi fuit* pag. 365, molto più rettamente di ACCURSIO, il quale intende le parole, *nisi res apud sequestrem deposita*

---

p) Sul deposito di cose fungibili vedi specialmente le note al § 940.

q) Cfr. Codice civile articolo 1835, le nostre note precedenti e quelle ai §§ 939, 940 e 943.

r) Per il nostro diritto riguardo al dep. cfr. gli articoli 2115, 2116 e 2117 Cod. civ. Per ciò che si riferisce al possesso del sequestratario, relativamente alla questione accennata alla nota 2, vedi conformemente all'opinione del GLÜCK: BRUNS, *Das Recht des Besitzes* (Il diritto del possesso), e VANGEROW, *Pand.* I, § 200, ann. 1, n.° 2 *d.*; — contro: WINDSCHEID, *Pand.* II, § 154, ann. 6 (che ritiene che il consenso al trasferimento del possesso debba ammettersi senz'altro trattandosi di cosa litigiosa); BÖCKING, *Ist.* § 123 ann. 18; MUTHER, *Sequestro*, p. 226 e seg. — Per maggiori particolari vedi: VOIGT, *Der Besitz des Sequester nach R. R.* (Il possesso del sequestratario secondo il dir. rom.) pag. 36 e seg.

sequestrer possidet, id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

L. 39 D. *de acquir. vel amitt. possess. Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. Nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet. At si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.*

3) Il depositario non deve usare della cosa affidatagli in custodia, senza che lo sappia e lo voglia il deponente per non incorrere in un *furtum usus* [3]; [s]).

---

est, nel senso che il deposito non trasferisca mai il possesso, salvo il caso in cui la cosa venga sequestrata. — Franc. DUARENUS, *Comment. ad h. t.* tit. I cap. 1 in *Op.* pag. 1006, respinge con ragione questa interpretazione, ma, senza che ve ne sia necessità, intende le parole *deposita est* per *omissa est.* — Vedi SAVIGNY, *Diritto del possesso* § 25 pag. 285 n. 2. Così pure non è punto necessaria la correzione di Marq. FREHER, *Parergor. seu Verisimil.* lib. I cap. 7 (in *Thesaur. juris Rom. Otton.* tom. I pag. 870), il quale vuol leggere: *Tum autem demum sequester possidet cum id agitur,* ecc. — Vedi Ant. SCHULTING, *Thes. controvers.* decis. LVIII th. 10. Veramente anche POTHIER, *Pandect. Justin.* h. t. n. 10 nota *d,* legge *cum id agitur.* Ma la esatta concordanza su questo punto dei *Basilici,* tom. II lib. XIII tit. 2 const. 17 § 1, colle *Pandette* vieta qualunque correzione. Si confrontino anche Elb. LEONINUS, *Emend.* lib. VII cap. 1. — Jo. Conr. RÜCKER, *Observat.* cap. III § 6. — Jac. VOORDA, *Elector.* cap. 15, e sopratutto EMMINGHAUS *ad* COCCEII, *jus civ. controvers.* h. t. qu. 19 nota *r.*

[3]) § 6 Ist. *de obligat. quae ex delicto nascuntur.*

---

s) Sul *furtum usus* nel diritto romano vedi la dotta monografia del prof. C. FERRINI nella *Rivista penale,* XXIII, 5. Nel nostro diritto troviamo esplicitamente disposto nell'art. 1846 Cod. civ. che il depositario non può servirsi della cosa depositata senza l'espresso o presunto permesso del deponente. Che cosa deve intendersi per *permesso presunto?* Il POTHIER (n. 36 e 37) dice che perchè vi sia permesso presunto non basta che il depositario illudendosi siasi persuaso che il deponente avrebbegli consentito l'uso della cosa qualora ne lo avesse richiesto, ma deve essere stato indotto nella sua persuasione da giusti motivi, come per es. se della cosa a lui affidata fossegli già altre volte senza difficoltà stato concesso l'uso. Il LAURENT (n. 102) però osserva che la teoria del POTHIER è alquanto vaga e criticando l'espressione dell'art. 1930 Cod. franc., corrispondente a quella del citato art. 1846 del nostro Cod. civ., nota come altra cosa sia il consenso tacito e il consenso presunto. È incontestabile, egli dice, che vi possa essere consenso tacito, perchè il consenso tacito è altrettanto certo come quello espresso, risultando da fatti che non possono avere interpretazione diversa. Altra cosa invece è il consenso presunto; così se io deposito i miei libri presso un amico è assai probabile che

4) Egli, di regola, non risponde che del dolo e della *culpa lata* [4] [t] [u]).

[4]) § 3 Ist. *Quib. modis re contr. oblig.*; L. 32 *Dig. h. t.*

---

io gliene concederei l'uso se me lo chiedesse. Ma questa probabilità non è un fatto, e perciò non è neppure un consenso tacito. Il LAURENT dopo ciò prosegue osservando che il giudice potrà bensì nei casi determinati dalla legge ricorrere alle presunzioni per indurne ciò che fosse stato convenuto, ma non potrà ricorrervi per creare delle convenzioni, immaginando un consenso che non è mai esistito,

Noi non crediamo di aggiungere altro alla critica fatta dal LAURENT, perchè ci sembra che la menda del Codice francese e del Codice nostro sia più che evidente; ed è a far voti che in una revisione della nostra legge civile si pensi a farla sparire.

La facoltà data al depositario di servirsi della cosa depositata muta o no la natura del contratto? Vedi sopra la nota *i* e le note al § 940.

Quid, nel campo del nostro diritto, se il depositario *fa uso* senza il debito permesso della cosa depositata?

L'art. 417 Cod. pen. dispone che è punito a querela di parte chiunque si appropria, convertendola in profitto di sè o di un terzo una cosa altrui che gli sia stata affidata o consegnata per qualsiasi titolo che importi l'obbligo di restituirla o di farne un uso determinato. Si procede poi d'ufficio quando il reato sia commesso sulle cose affidate o consegnate per ragione di professione, industria, commercio, azienda, ufficio, servizio o deposito necessario (art. 419 Cod. pen.).

Come si vede, il Codice nostro parla di *appropriazione*, e la parola dev'essere intesa in senso stretto. Perchè si abbia l'appropriazione nel senso dell'art. 417 — osserva il PESSINA (*Man. dir. pen.* II p. 74 (1895)) — due condizioni sono essenziali: l'una è il fatto materiale del distornare, che trova il suo compimento nella impossibilità di restituire la cosa distornata, quando si è messi in mora, e nello scopo dello illegittimo lucro sia per conto proprio sia in altrui vantaggio. *Quindi il momentaneo uso della cosa non è da confondere col distornamento fraudolento*, e perciò il depositario sarà soltanto civilmente tenuto per i danni (Cod. civ. art. 1225) che eventualmente fossero derivati alla cosa (vedi in questo senso anche il MIRABELLI, op. cit. n.° 9).

t) Vedi avanti ai §§ 941 e 942.

u) Riguardo al *consenso* ed alla *capacità* delle parti contraenti nel deposito, argomento non trattato dall'A., valgono in diritto romano i principii generali. Ma per il nostro diritto non sarà però inutile che ci fermiamo alquanto su questo punto che invece è trattato, sulle orme del POTHIER, con una certa diffusione dagli scrittori di diritto moderno.

A) «Il deposito volontario, così è detto nell'art. 1839, ha luogo per consenso spontaneo di chi dà e di chi riceve la cosa in deposito»: con ciò il legislatore ha inteso stabilire una certa differenza tra il deposito volontario e il deposito necessario. Non già, si è detto, che in quest'ultimo manchi l'unione delle due volontà; manca invece la *spontaneità* da parte del depositante, che è spinto ad agire sotto l'impero di circostanze impellenti. In ogni modo il contratto di deposito, qualunque esso sia, richiede, per esistere, secondo i principii generali, l'accordo espresso o tacito (art. 1840) delle volontà dei contraenti. Ed i commentatori sogliono a tal proposito citare quanto già aveva scritto POTHIER (op. cit. n. 15) e che noi qui ripeteremo. Occorre in altri termini, si dice, che chi consegna una cosa in deposito abbia la volontà di consegnarla all'altro con-

§ 939.

Quali sono le cose che possono essere depositate.

Già il nome di contratto di deposito, come la etimologia data da ULPIANO nella L. 1 pr. D. h. t. della parola *depositum, dictum ex eo,*

---

traente perchè la custodisca, e che questi la riceva col medesimo fine. Se l'una delle parti vuol compiere un determinato contratto e l'altra crede di compierne un altro, non vi ha tra di esse alcun contratto per mancanza di consenso. Così in tal caso chi avrà consegnata la cosa avrà diritto alla restituzione semplicemente in forza del suo diritto di proprietà (v. anche TROPLONG, op. cit. n. 36).

Fra le varie cause che possono viziare il consenso nel contratto di deposito prenderemo in esame solo l'errore, perchè riguardo ad esso non mancano alcune divergenze tra gli scrittori.

Il POTHIER (op. cit. n. 16), il DURANTON (op. e vol. cit. n. 9) e il TROPLONG (op. cit. n. 37) insegnano che l'errore sulla qualità o quantità della cosa non altera il contratto per mancanza d'interesse nel depositario il quale è semplicemente obbligato a restituire la cosa in natura. Però è stato giustamente osservato in contrario che se colui che ha creduto di prendere in deposito una cosa, la cui custodia non presentava alcun inconveniente, ha poi avuto in consegna degli oggetti, che non possono essere guardati senza pericolo o incomodo, l'errore potrà in determinate circostanze dar luogo alla risoluzione del contratto.

Il POTHIER e il DURANTON sostengono inoltre che l'errore sulla persona, sia del depositario che del deponente, non può dar luogo alla risoluzione del contratto: ma anche questa opinione non può essere accolta senza le debite restrizioni. Così se Tizio che ha ricevuto un deposito, credendo fosse fatto da un suo amico e per rendergli servigio, si accorge poi che in realtà il deposito era stato fatto da uno sconosciuto, perchè non si vorrà ammettere che il contratto fosse stato concluso in considerazione della persona, e quindi dichiararlo affetto da nullità (art. 1110 Cod. civ.)? Così si dica anche nel caso che credendo di consegnare il deposito a una persona insospetta ci si accorgesse di averlo consegnato ad uomo di dubbia fama. Vero è che in questo caso e in altri, come assai giustamente nota il DUVERGIER (op. e vol. cit. n. 398), il depositario sarà tenuto a restituire la cosa ricevuta, e che fino a quando la ritiene è obbligato ad averne le debite cure; ma quando la vittima dell'errore sarà il depositario stesso, è chiaro che esso avrà azione per essere esonerato dal deposito prima del termine convenuto.

B) Secondo i principii generali anche il contratto di deposito non può aver luogo che tra persone capaci di contrattare. Ciò non ostante, una persona capace di contrattare che accetta il deposito fattole da una persona incapace, è tenuta a tutte le obbligazioni di un vero depositario: essa può essere convenuta in giudizio dal tutore o dall'amministratore della persona che ha fatto il deposito (art. 1841 Cod. civ.). Se poi il deposito è stato fatto da una persona capace ad una incapace, quella che ha fatto il deposito non ha che l'azione rivendicatoria della cosa depositata, finchè questa si trova presso il depositario, ovvero un'azione di restituzione fino alla concorrenza di quanto si fosse rivolto in vantaggio di quest'ultimo (art. 1842 Cod. civ.).

Queste disposizioni della nostra legge, che testualmente abbiamo riportate, sono —

QUOD PONITUR, dimostrano sufficientemente che possono essere obbietto di questo contratto solo le cose mobili. Così se io affido a qualcheduno l'amministrazione della mia casa durante la mia assenza, ciò dà luogo veramente a un contratto di mandato, ma non di deposito [5]). Onde in nessuna legge del diritto romano si trova esempio di deposito d'una cosa immobile. Perciò HUBER [6]), STRUV [7]), STRYCK [8]), WESTEMBERG [9]), SCHULTING [10]), WISSENBACH [11]), COCCEJI [12]), EMMINGHAUS [13]), TRENDELENBURG [14]) e THIBAUT [15]) affermano tutti che il deposito non può avvenire che per una cosa mobile *v*).

Vi sono però molti giureconsulti di diversa opinione [16]). Essi si

---

5) Vedi Carl. Gottl. WEIDLICH, *Dissert. de custodia rei alienae mobilis, non deposito, sed mandato*, Lipsiae 1732.

6) *Praelect. ad Instit.* lib. III tit. 15 § 12.

7) *Evolut. controversiar.* h. t. th. 35 pag. 300.

8) *De cautel. Contract.* sect. II cap. 3 § 6.

9) *Princip. juris Rom. sec. ordinem Pandect.* h. t. § 6.

10) *Thes. controvers.* decad. LVIII th. 2, e in *Jurisprud. antejustin.* pag. 281 nota 11.

11) *Exercitat. ad Pand.* parte I disp. XXXI th. 11.

12) *Jur. civ. controv.* h. t. qu. 3.

13) *Ad Coccejum*, l. c. note *d* ed *e*.

14) *Exercit. jur. civ. de sequestratione curatius definienda* Batzovii 1765 § 17.

15) *Sistema del diritto delle Pandette* vol. II § 891.

16) LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 10. — VOET, *Comm. ad Pand.*

---

diremo col MIRABELLI (op. cit. p. 251) — inutili, e, riguardate in sè, senza riferimento ad altre, sono incomplete. Perciò bisognerà in ogni modo sempre riferirsi al disposto degli articoli 1104, 1107, 1306, 1307.

Si è fatta questione se fra le persone incapaci a dare o ricevere un deposito sia da annoverarsi anche la donna maritata: ma a noi pare che, data la condizione fatta nel nostro Codice alla donna maritata ritenuta incapace solo a compiere determinati atti tassativamente stabiliti (art. 134, 1743), sia da rispondere nel senso della piena capacità per ciò che riguarda il deposito (conf. vedi: RICCI, op. e vol. cit. n. 228. — BORSARI, § 4000).

v) Tale è anche la comune opinione dei romanisti moderni: cfr. BUCHER, *Obl.* pagina 347. — LUDEN, *Rechtslex.* III p. 314. — KOCH, *Obl.* III, 372. — ARNDTS-SERAFINI, § 285 n. 3. — SINTENIS, II § 112 n. 8. — SERAFINI, *Ist.* § 134. — WINDSCHEID, § 377 — Contr. sembra DERNBURG, III, § 92; ecc.

Per il nostro diritto non può sorgere alcuna questione, perchè l'art. 1837 Cod. civ. stabilisce espressamente che non si può aver deposito se non di cose mobili.

Altre legislazioni invece (per es., l'austriaca, § 960) riconoscono il deposito anche degli immobili.

appoggiano a molte leggi, colle quali cercano di dimostrare che può aver luogo anche una custodia di cose immobili; così le L. 11 D. *de peric. et commodo rei vend.* L. 38 pr. D. *de damno infecto.* L. 3 § ult. Dig. *de acquir. vel amitt. possess.* L. 1 Cod. *de repud. vel abstin. heredit.* E ciò sia pure; ma in nessuna di queste leggi si parla veramente d'un *deposito* di cosa immobile. Si parlerà della *custodia* che il venditore deve prestare secondo la natura del contratto di vendita, di quella che deve usare il compratore, a cui il venditore ha concesso un possesso precario innanzi alla consegna, o di quella del creditore cui è stata conferita dall'autorità giudiziaria una *immissio in possessionem rei servandae causa, vel quia damni infecti non caveatur,* o infine di quella d'un *suus heres,* il quale avendo renunciato all'eredità del padre, in causa della continuata abitazione della casa paterna si fosse assunto l'incarico di vegliare alla sicurezza delle cose ereditarie; dalle quali forme tutte deve essere ben distinta la custodia che si pone come condizione del contratto di deposito! In tutti quei casi intervengono tutt'altri rapporti giuridici, e non vi è neppure la più lontana idea d'un deposito. Ed anche quando le leggi parlano di quella specie di deposito detta *sequestrum* [17], esse si riferiscono sempre a cose mobili, e se trattano di *fundi* è solo per considerarne il sequestro di frutti.

È singolare che i giureconsulti romani da principio non fossero concordi neppure rispetto al commodato, se esso potesse aver luogo o no per le cose immobili. LABEONE lo negava; poi nella giurisprudenza si accettò l'opinione di CASSIO, *commodari posse rem, et quae*

---

h. t. § 3. — MÜLLER *ad* STRUVIUM, *Exercitat.* XXI th. 35 nota *c.* — ZIEGLER, *Dissert. de deposito* §§ 23 e 24. — BERGER, *Resolut. legg. obstant.* h. t. qu. 2. — WALCH, *Introd. in controv. jur. civ.* pag. 526. — Reinh. Frid. SAHME, *Diss. de deposito rerum immobilium* Chilonii 1708. — HOFACKER, *Princip. jur. civ. R. G.* tom. III § 1880. — HÖPFNER, *Commentario alle Istituzioni di* HEINECCIO, § 779. — MALBLANC, *Princip. juris Rom.* parte II § 522, e *passim.*

17) L. 7 § 2 Dig. *qui satisd. cog.;* L. 21 § fin. Dig. *de appellat.;* L. 5 Cod. *Quorum. appell. non recipiuntur.* Vedi Jac. CUJACIUS in *Recitat. Solemn.* tit. Cod. *de prohib. sequestrat. pecun.* — IDEM, ad lib. 2 *Pauli ad Edictum;* ad L. 6 Dig. *depositi;* ad lib. 28 *Quaestionum Papiniani;* ad L. 5 § 1 Dig. *Ut legator. servandor. causa cavcat.* — Hug. DONELLUS, *Commentar. jur. civ.* lib. XXIV cap. 4.

soli est, come insegna anche ULPIANO nella L. 1 § 11 Dig. *Commodati.* Ma chi può per questo affermare che altrettanto debba dirsi pel deposito? La questione del resto non è senza interesse, perchè il deposito e il mandato si differenziano molto per riguardo alla prestazione della colpa.

È stato già dimostrato più sopra che anche una cosa fungibile, e precisamente come tale, può essere depositata; così, per esempio, una somma di denaro consegnata non suggellata, in moneta comune, e col solo obbligo di restituirla alla scadenza nella stessa quantità; il che è anche espressamente notato da PAPINIANO e da ALFENO VARO nelle LL. 24 e 25 § 1 Dig. h. t. L. 31 D. *locati* [w]).

Però è necessario che la cosa depositata non appartenga al depositario, poichè in caso contrario non può esistere vero deposito. L. 15 Dig. h. t. *Qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat, nec depositi, nec commodati actione tenetur.* — L. 31 § 1 Dig. *eod. Si ignorans latro, cujus filio vel servo rem abstulisset, apud patrem dominumve ejus deposuit ignorantem; nec ex jure gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii non domino sua ipsius res quasi aliena servanda detur. Et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum ejus ignorantem deposuerit; recte dicetur non contrahi depositum: quia non ex fide bona, rem suam dominum praedoni restituere compelli.* — L. 45. Dig. *de reg. juris. Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest.*

Ma viceversa non è necessario che la cosa appartenga al deponente: e molto frequentemente invece si depositano cose altrui. Così, per esempio, quando il creditore mi dà in custodia un pegno che ha ricevuto dal suo debitore [18]).

Infine la cosa depositata può esser di nuovo data in deposito a un altro, e allora non occorre che di cedere al deponente la propria azione [19]) [x]). E perfino il ladro e il predone possono depositare le

[18]) L. 9 Cod. *de pigner. act.*

[19]) L. 16 Dig. h. t.

[w]) V. il seguente § 940.

[x]) L'art. 1840 Cod. civ. così si esprime: « il deposito volontario *non si può rego-*

cose sottratte [20]), onde giustamente PAOLO disse nel lib. II tit. XII § 1, *Sentent. receptar.*: *Deponere possumus apud alium id quod nostri juris est, vel alieni.*

§ 940.

Depositum irregulare *).

Secondo la natura del contratto di deposito, il depositario deve quindi ricevere la cosa solo *per custodirla.* Il contratto in sè per con-

[20]) L. 1 § 39, L. 31 § 1 Dig. h. t.

larmente fare se non dal proprietario della cosa depositata, ovvero col suo consenso espresso o tacito ». Le espressioni qui usate dal legislatore sono state giustamente criticate. Infatti è universalmente riconosciuto, che non è necessaria la proprietà della cosa depositata per fare un deposito (vedi anche a conferma l'art. 1854 Cod. civ.); e nessuno potrebbe ragionevolmente porre in dubbio l'esattezza di un tale principio. Così è che sia l'usufruttuario, sia il creditore pignoratizio, come ben nota anche il GLÜCK, sia il locatario, sia infine lo stesso depositario possono dare in deposito la cosa altrui. Quindi da una parte l'art. 1840 pecca d'inesattezza; dall'altra parte poi, quando pure si volesse ammettere che la legge abbia voluto accennare al fatto che il *terzo* proprietario della cosa depositata senza il suo consenso può a suo piacere (per quanto lo concede l'art. 707) rivendicarla, non si potrà negare che la disposizione è per lo meno superflua, perchè l'art. 1130 Cod. civ. avea già disposto che i contratti non hanno effetto che tra le parti contraenti e non pregiudicano nè giovano ai terzi, fuorchè nei casi stabiliti dalla legge (Cfr. MIRABELLI, op. cit. num. 5. — BORSARI, op. e vol. cit. § 3998. — RICCI, op. e vol. cit. num. 227. — ARNDTS-SERAFINI, § 295 n. 7. — TROPLONG, op. cit. num. 39 e 40. — PONT, op. cit. num. 400. — LAURENT, op. e vol. cit. n. 82, ecc.

*) BIBLIOGRAFIA. — Oltre alle opere citate dall'A. sul deposito irregolare, ed ai trattati generali e monografie da noi citati nella nostra bibliografia al § 938, vedi ancora:

SERAFINI, *Del deposito irregolare* nel *Giurista* di Napoli VI, n. 36 e 53 (1862-1863). — NEUSTETEL, *Ueber das unregelmässige Depositum* (Sul deposito irregolare), nell'opera: *Röm. Unters.* (Ricerche di diritto romano) pag. 1 e seg. (1821). — SCHAFFRATH, *Praktische Abhandlungen* (Dissertazioni pratiche) p. 97 seg. (1841). — SCHMIDT, *Ueber das Depositum irregulare* nell'*Arch. für die civ. Pr.* (Archivio per la pratica del dir. civ.) XXX p. 77 (1847). — MÜHLHAUSER, *Umfang und Geltung des Depositum irregulare* (Estensione e significato del dep. irr.) (1879). — NIERMEYER, *Das Depositum irregulare* (1889). — COHN, op. cit. p. 922 e autori ivi citati. — HEIMBACH, *Lehre von Creditum* (Teoria del credito) p. 431 seg. (1849). — VANGEROW, § 630 nota. — PELLAT, *Textes choisis* p. 62.

SAREDO, *Il deposito fruttifero*, ecc., nella *Legge* 1869 p. 293 seg. — BOLAFFIO, *Il deposito e il pegno irregolare* nel *Foro it.*, 1891 p. 539 seg. — X, *L'operazione dei*

seguenza non gli dà nè la proprietà, nè l'uso, nè il diritto di pegno. E appunto a causa di ciò, perchè il contratto di deposito non offre alcuna utilità per il depositario, e questi se ne assume il carico più che altro per amicizia e compiacenza, esso non è tenuto a rispondere che del dolo e della grave negligenza che al dolo si ravvicina [21]). Quindi se il contratto conserva questi suoi caratteri naturali nel linguaggio giuridico, viene detto *depositum regulare*, ma quando tali elementi vengono modificati mediante l'aggiunta di una clausola, i giureconsulti sogliono chiamarlo *depositum irregulare* o, come dicono le leggi [22]), *contractus qui egredit notissimos depositi terminos,* o *contractus qui depositi modum excedit* [23]) [y]). Ma però è molto disputato fra gli scrittori, se questo negozio giuridico conservi veramente il carattere di deposito o non si converta in altro contratto, e se, conseguentemente, dia ancora luogo all'*actio depositi,* o a un'altra azione di diversa specie e qualità. Daniele NETTELBLADT [24]) e Giorgio OELRICHS [25]) si dichiarano per la prima opinione. Essi dicono che il *pactum adiectum* non intacca l'essenza del contratto, ma ne modifica solo la natura, dandogli talvolta le qualità d'un altro contratto, per esempio, del mutuo; onde sarà in facoltà del deponente di servirsi dell'*actio depositi* o di quella che sorge dal contratto accessorio. Sono invece dell'opinione contraria Gio. Lud. Giul. DEDEKIND [26]) e Fed. Gottl. ZOLLER [27]) [z]). Ma la maggior parte degli scrittori [28]),

[21]) L. 5 § 2 Dig. *Commodati: Nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus.*

[22]) L. 24 Dig. h. t.

[23]) L. 26 § 1 Dig. h. t.

[24]) *Comm. jurid. de deposito irregulari* Halae 1750, 4.

[25]) *Dissert. de indole depositi, notissimos terminos, suos egredientis* Gottingae 1777.

[26]) *Comm. de contractu quem irregulare depositum perhibuerunt, qui vero non est depositum, vel in alium contractum degenerat.* Wolfenbüt et Lipsiae 1753, 4.

[27]) *Quaestio juris controv. An detur depositum irregulare?* Lipsiae 1775.

[28]) VOET, *Comm. ad Pand.* h.t. § 1. — CORN. VON BYNKERSHOEK, *Observat.*

depositi bancari documentati mediante buoni fruttiferi, ecc. *costituisce giuridicamente un mutuo o un deposito irregolare?* nel *Monit. dei trib.* 1894, 321. — VIDARI, *Caratteri del deposito irregolare* nel *Dir. comm.* di SERAFINI e SUPINO, XIV (1896) pag. 347.

y) V. SCHMID, op. cit. p. 79.

z) Cfr. VANGEROW, § 630.

seguendo una via molto più sicura, procedono a una distinzione, dicendo cioè che le forme del *depositum irregulare* possono esser tante quante sono le diverse modificazioni che mediante un patto possono arrecarsi ai *naturalia depositi.*

I. — Anzitutto il depositario può, per speciale convenzione, obbligarsi a qualche cosa, a cui per la natura del contratto non sarebbe tenuto. Così egli può non solo obbligarsi a un più elevato grado di diligenza, ma assumersi anche la responsabilità del rischio. Però è di per sè evidente che in questi casi l'essenza del contratto non viene affatto modificata. Vedansi in proposito le seguenti leggi:

L. 1 § 6 Dig. h. t. *Si convenit ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio. Contractus enim legem ex conventione accipiunt.*

L. 1 § 35 Dig. *eodem. Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint ejus, apud quem deponuntur; ut puta, si hoc nominatim convenit.*

L. 39 Dig. *Mandati. Et* ARISTONI *et* CELSO *patri placuit, posse rem hac condictione deponi, mandatumque suscipi, ut res periculo ejus sit, qui depositum vel mandatum suscepit. Quod et mihi* (il passo è di NERAZIO, *lib. sept. memb.*) *verum esse videtur.*

L. 7 § 15 Dig. *de pact. Si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet:* POMPONIUS *ait pactionem valere; nec quasi contra juris formam factam non esse servandam* [a]).

---

jur. Rom. lib. VIII cap. 5. — Ios. AVERANIUS, *Interpetr. juris* lib. IV cap. 12 n. 13. — Ger. FRANTZKII, *Comm. ad Pand.* h. t. numeri 23-39. — Rud. Crist. HENNE, *Dissert. de deposito irregulari* Erfordiae 1763. — Io. Gottfr. SAMMET, *Quaest. forens.* n. IV in *Opuscul. jurid.* pagine 264-266. — HOFACKER, *Princip. jur. civ. R. G.* t. III § 1885. — MALBLANC, *Princip. jur. Rom.* parte II § 522. — THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette* vol. II § 892. — Crist. Georg. OVERBECK, *Dissert. de locatione depositi, tam regularis, quam irregularis in concursu creditorum* Heidelbergae 1806 §§ 20-24.

---

a) Sulla maggiore responsabilità nella custodia, che può assumere il depositario, l'art. 1844 Cod. civ. così dispone: « La disposizione del precedente articolo si deve applicare con maggior rigore: .... 4. Quando si è convenuto espressamente che il depositario sarà obbligato per qualunque colpa ». L'art. 1843 richiamato dal cit. art. 1844, è così formulato: « Il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che si usa nel custodire le cose proprie ». Sulla responsabilità in genere del depositario nell'odierno diritto vedi le note ai §§ 941 e 942.

II. — Il depositario può acquistare per patto dei diritti che per la natura del contratto non gli sarebbero spettati. Sono diritti di questa specie:

1.° La facoltà di ritenere la cosa in garanzia di un credito futuro; onde appena questo è esigibile il contratto si converte veramente in un contratto di pegno. Il depositario allora assume gli obblighi di un creditore pignoratizio, ma ne acquista anche i diritti, fra' quali quello di ritenzione, che altrimenti, come or ora verrà dimostrato, non potrebbe aver luogo per il deposito [29]) *b*). Ma finchè il credito non è esigibile il contratto rimane sempre un deposito.

---

[29]) LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. III Specimen 176 med. 2 e 3, e SCHAUMBURG, *Compend. juris* Dig. h. t. § 2. Si ritiene che nella L. 27 Dig. h. t. si parli di un tal diritto di pegno, dove è detto: *Lucius Titius, cum haberet filiam in potestate Sejam, Pamphilo servo alieno in matrimonium collocavit; cui etiam dotem dedit, quam sub titulo depositi in cautionem contulit, et postea, nulla denunciatione a domino facta, pater decessit; mox et Pamphilus servus. Quaero, qua actione Seja pecuniam petere possit, cum ipsa patri heres extiterit?* PAULUS *respondit, quoniam dos constitui non potuit, ex causa depositi actione de peculio pecuniam repetendam.* Ma qui veramente si parla di un deposito apparente (*depositum simulatum*). Il padre, il quale contro la legge ha maritato la sua figliuola ad uno schiavo altrui, le dà una dote sotto forma di deposito, sebbene la somma non sia data alla figlia in custodia, ma perchè provveda con essa ai pesi di quel matrimonio nullo. Sorge quindi la questione, quale azione abbia la figliuola divenuta erede del padre, e dopo la morte del marito schiavo, per potere esigere questa dote. A questo riguardo ha particolare importanza la circostanza espressa nelle parole *nulla denunciatione a domino facta*, cioè che il padrone dello schiavo non sapesse niente del matrimonio avvenuto. Perocchè se egli lo avesse saputo, e, nonostante il suo divieto, si fosse compiuto il matrimonio, la questione non potrebbe più sorgere, inquantochè in base al Senatoconsulto Claudiano, Seja sarebbe allora divenuta schiava del padrone di suo marito. Vedi PAULUS, *Sentent. Recept.* lib. II tit. 21 a §§ 1 e 10, in Ant. SCHULTING, *Jurispr. Antejust.* pag. 305 e seg., e Jac. CUJACIUS, *Observat.* lib. XXI cap. 16. Siccome poi essendo nullo il matrimonio, non avrebbe potuto validamente farsi costituzione di dote, nè sorgere le ordinarie azioni relative, affine di salvare, nonostante l'apparenza di deposito, la dote realmente data alla figlia, le venne concessa contro il padrone dello schiavo morto, l'*actio depositi de peculio*. Vedi POTHIER, *Pandect. Justinian.* tom. I h. t. n. LXIV note *d, e, f* pag. 459.

---

b) V. avanti § 944.

2.° Il diritto *di usare* della cosa depositata. E qui bisogna distinguere i seguenti casi:

a) La cosa depositata, di cui si concede l'uso, è una cosa *fungibile*. In questo caso il depositario può avere l'uso della cosa:

α) Perchè gli è stato *espressamente* consentito per sua domanda.

Qui il deposito si trasforma in un mutuo, ed il depositario può fin da principio pattuire il diritto di uso, ovvero ottenerlo dal deponente dopo avvenuto il deposito. Allora il depositario fin dal momento della concessione dell'uso è sottoposto al rischio della cosa, e non più all'*actio depositi*, ma alla *condictio certi ex mutuo*. Il passo seguente non lascia alcun dubbio su questo punto.

L. 9 § 9 D. *De reb. cred. Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti.* NERVA, PROCULUS, *etiam antequam moveantur, condicere, quasi mutua, tibi haec posse aiunt. Et est verum, ut et* MARCELLO *videtur. Animo enim coepit possidere: ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et poterit ei condici.*

ULPIANO qui segue l'opinione di quegli scrittori i quali affermano che la proprietà del denaro depositato passa al depositario fin dal momento in cui egli ha domandato al deponente di potersene servire come in un mutuo, e il deponente glie ne ha concesso l'uso. Perocchè avendo già il depositario la detenzione corporale della cosa, non è necessario alcun altro fatto, all'infuori di questa determinazione di volontà, perchè egli ne acquisti la proprietà [30]). E che in questo caso il deposito si converta realmente in un mutuo è anche più esplicitamente dimostrato dal seguente passo:

L. 34 pr. Dig. *Mandati. Quodsi pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeam, credita fit: quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt.*

La qual legge di AFRICANO, della quale fin qui si tenne poco conto, fu già da me ampliamente e intieramente esplicata in altro luogo [31]).

---

[30]) § 44 Ist. *de rer. divis.*; L. 3 § 3 Dig. *de acquir. vel amitt. possessione*; L. 9 § 5, e L. 21 § 1 Dig. *de acqu. rerum dom.* Vedi Guil. BARCLAIUS, ad L. 9 § ult. Dig. *de reb. cred.* in *Thes. Otton.* tom. III pag. 467. — SAVIGNY, *Diritto del possesso*, § 19.

[31]) Vedi il Libro XII di questo *Commentario* § 779 e la nota 36 *ivi*.

β) Non è il depositario che ha chiesto di usare del denaro depositato al deponente, ma è quest'ultimo che glie lo ha *spontaneamente* concesso, o fin dal principio del contratto, o in seguito. Qui è solo per l'uso reale della cosa, che la proprietà passa nel depositario, e il contratto si trasforma in mutuo; fino allora resta sempre un vero deposito. Veggansi rispetto a ciò le seguenti leggi:

L. 10 Dig. *de reb. cred. Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit: quoniam debitu iri non est certum.*

L. 1 § 34 Dig. h. t. *Si pecunia apud te hac lege deposita sit, ut si voluisses, utereris priusquam utaris, depositi teneberis.*

Questo caso è intieramente differente dal primo. Perocchè qui l'uso del denaro essendo concesso dal deponente, la volontà del depositario non può veramente manifestarsi che coll'uso reale di esso, e quindi finchè quest'uso non si verifica il deposito non diviene un mutuo.

γ) Finalmente si tratta di cosa fungibile, come tale, come ad es. denaro stato depositato dissuggellato in moneta comune, o colla espressa condizione che non verrà restituito in *eadem nummorum corpora,* ma solo *tantundem.* Questo allora dicesi un DEPOSITUM IRREGULARE in senso proprio [c]. Qui il negozio resta un deposito, e non si converte

---

c) Tale è la dottrina dominante anche oggi nel diritto romano: perciò diremo col VANGEROW (§ 630) che vi è *deposito irregolare* allorquando venga depositato denaro o altra cosa fungibile in maniera che il depositario sia obbligato a restituire non le cose depositate *in specie,* ma soltanto in *tantundem ejusdem generis.*

Generalmente s'insegna, ed è dottrina accolta anche dal nostro A., che in D. R. si ha un deposito irregolare per il solo fatto che venga depositato presso alcuno del denaro numerato (*numerata pecunia*) in piego aperto e non suggellato. Ed invero può sembrare che il seguente frammento del Digesto confermi una tale dottrina: L. 31 *loc. cond.* XIX, 2 (ALFENUS): — *si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi* TANTUNDEM PECUNIAE SOLVERET, ecc. Però dal confronto con altri frammenti si rileva chiaramente che il principio enunciato da ALFENO nella citata legge non può essere accolto senza un'importante restrizione: vale a dire che in ogni caso si deve aver riguardo alla volontà delle parti. Che infatti non basti il solo fatto del deposito di danaro numerato per far sorgere la figura del deposito irregolare ci pare che si possa desumere chiaramente dalla famosa l. 24 h. t. *Lucius Titius, Sempronio,* ecc., nella quale viene esaminato da PAPINIANO precisamente il caso di *pecunia numerata* data in deposito, e si fa la doppia ipotesi del deposito regolare (*ut corpora nummorum eadem redderentur*) e del contratto il quale *egreditur depositi notissimos*

in mutuo, onde possono pattuirsi gl'interessi ed esigersi anche quelli moratori, poichè l'azione è qui l'*actio depositi*.

---

terminos, o in altri termini del deposito irregolare, come intendono i migliori interpreti. Perciò mi pare che giustamente osservasse il MANTICA (*De tac. et ambig. convent.* lib. X tit. 3 n. 28) che *si ex numeratione dominium pecuniae depositae esset translatum responsio et distinctio Papiniani esset inepta, quae tamen supponendo, quod dominium non sit translatum, videtur esse rationabilis.* E lo stesso autore termina con le seguenti giudiziose osservazioni, alle quali noi aderiamo completamente « *Sed ex coniecturis et varietate facti* — scrive il MANTICA loc. cit. n. 29 — *varie potest iudicari: nam si quis pecuniam numeratam apud numularios deposuerit, sine dubio intelligitur voluisse dominium transferre: — quae enim sunt moris et consuetudinis intelliguntur esse secundum verisimilem mentem contrahentium. — Sed, si miles ad bellum profecturus pecuniam numeratam apud fratrem suum hac lege deposuerit, ut si in praelio decesserit, illa pro salute animae suae in pauperes distribuatur: si autem incolumis rediret ei restitueretur; non intelligitur voluisse dominium transferre: aeque enim verisimile est fratrem, qui pecuniae custodiam suscepit, et fratri beneficium praestitit, contra bonam fidem et naturam depositi, de caso fortuito se voluisse obligari,* ecc. (vedi in questo senso anche BRUNEMANN, *Comm. ad Pand.* XVI, 3 l. 24. — STRYK, *disp. de exep. def. sig.* § 14 nelle Opere vol. 12).

A chi si faccia a considerare l'istituto del deposito irregolare coi criterii del diritto moderno la sua costruzione non può a meno di sembrare artifiziosa: infatti i confini fra il contratto di deposito irregolare e il contratto di mutuo sono talvolta così poco delimitati che non è difficile confondere uno coll'altro. In realtà ambedue i contratti coincidono nella fungibilità dell'obbietto, essendo in entrambi l'obbligo del ricevente fondato sulla restituzione *in genere*, ed a lui passando la proprietà ed il *periculum rei*. Bisogna però ricordare che in diritto romano il *mutuum* era un *negotium stricti iuris* ed il *depositum* per lo contrario un *negotium bonae fidei*: così si comprende come i giureconsulti romani favorissero, in molti casi, questa forma di contratto a preferenza del mutuo perchè presentava in pratica il singolare vantaggio di permettere che si potesse validamente aggiungere il patto degli interessi (L. 24, 26 § 1, l. 28, 29 D. h. t.), laddove nel mutuo sarebbe stata necessaria la forma della stipulazione (Confr. NEUSTETEL, l. c. p. 3. — SCHMID, l. c. p. 83. — ENDEMANN nella *Zeitschr. f. HR.* IV p. 59. — COHN, l. c. p. 922. — SCHUPFER, *Obl.* p. 345).

Ma oltre a ciò non mancavano altre importanti differenze: così il depositante era maggiormente garantito che il mutuante dalla sanzione dell'infamia, comminata al depositario condannato per dolo l. 1 D. *de his qui not.* 3, 2; (vedi SAVIGNY, *System*, ecc. II § 83); inoltre il depositario non poteva opporre la *exceptio compensationis* avverso l'*actio depositi directa* (vedi § 30 *Ist. de act.* 4, 6: *Sed nostra constitutio*, ecc., c. 11 pr. Cod. *dep*, 4, 34; vedi pure avanti in questo stesso titolo § 944); di più il depositante era favorito a preferenza del mutuante perchè a lui non si poteva opporre nè la *exceptio non numeratae pecuniae* (c. 14 § 1 C. *de non num. pec.* 4, 30) nè la *exceptio SC. Macedoniani* (D. 14, 6. — C. 4, 28) infine il depositario godeva del *privilegium exigendi* (L. 24 § 2 D. *de reb. auct.* ecc., 42, 5), e per ultimo poteva a suo piacimento richiedere la restituzione della somma depositata (*quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo* — L. 24 D. h. t.), ecc. (vedi SCHMID, loc. cit. — WINDSCHEID, § 379 n. 5).

Tali sono, e noi abbiamo voluto espressamente enumerarle, le principali differenze fra il mutuo ed il deposito irregolare. La importanza di alcune fra esse è poi così evi-

Veramente per il contratto si stabilisce solo che si deve restituire un'egual somma (*tantundem*), tacendo anche dell'uso del denaro da parte del depositario; ma siccome secondo la natura delle cose fungibili s'intende per lo *stesso* ciò che è della stessa specie e qualità, così quando si rende una *eadem quantitas*, si restituisce veramente l'*idem depositum*, poichè qui il denaro è depositato non come un *corpus*, ma come una *quantitas*. Le leggi affermano ciò anche più chiaramente.

L. 24 Dig. h. t. « *Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi, adnumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola, manu mea scripta, tibi notum facio: quae quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo* ». *Quaeritur propter usurarum incrementum. Respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur. Nam si ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione, si depositi actio non teneat, cum convenit, tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi, non facile dicendum est. Et est quidem constitutum, in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit: si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.*

Per quanto questa legge a causa dello stile tronco e conciso proprio di PAPINIANO resti molto confusa, in modo che da molti commentatori [32]), ed anche dai Greci venne fraintesa, come dimostrerò più sotto, pure, rettamente interpretata, contiene la prova più convincente del principio suesposto, che cioè il deposito delle cose fungi-

---

[32]) Si confronti, per esempio, Franc. HOTOMANI, *Observation.* lib. IV cap. 1 (Basiliae 1775), e DEDEKIND, cit. *Comment.* cap. 3 § 37 pag. 60 e seg.

---

dente che ci sembrerebbe di fare cosa superflua insistendo ancora sulla ragione d'essere in diritto romano del *depositum irregulare* di fronte al *mutuum*. Sul deposito irregolare nel diritto odierno vedi avanti, nota *h*.

bili, considerate come tali fin dal principio del contratto, deve essere restituito solo *tantundem*, e non si converte in un mutuo, ma è un vero deposito, benchè irregolare, nel quale coll'*actio depositi* si possono esigere anche gl'interessi, e non solo quelli moratori, ma pure quelli pattuiti fin da principio.

La ricevuta di deposito rilasciata da Lucio Tizio, che diede occasione alla questione giuridica, contenuta in questo passo, non è per vero altro che una dichiarazione di Lucio Tizio di avere avuto una certa somma per Sempronio dal suo schiavo, coll'obbligo di restituirla appena Sempronio stesso ne avesse fatta richiesta. Da ciò però non può dedursi se vi sia anche l'obbligo di restituire insieme al *tantundem* pure gl'interessi. Ma poichè appunto la questione principale è rapporto agli interessi, Gherardo NOODT [31]) crede, non senza fondamento, che la ricevuta di deposito di Lucio Tizio non sia forse riportata nella sua integrità, e che nella chiusa di essa, dopo la frase *confestim tibi numerabo* debbano aggiungervisi almeno le parole *cum usuris*. Quindi la questione che qui tratta PAPINIANO è di vedere se possa chiedersi il pagamento del denaro cogli interessi, mediante l'*actio depositi:* e PAPINIANO decide la questione affermativamente. Le parole: « *Respondi, depositi actionem locum habere* » sono così chiare e precise, che non so comprendere come CUJACIO [31]) abbia potuto dire: PAPINIANUS *non definit aperte in hac* L. 24 *utrum sit actio depositi ex hac conventione, an non, quod tamen multum interest scire.* Ma PAPINIANO dice invece recisamente che l'*actio depositi* ha luogo. Il che è senza dubbio vero, prosegue PAPINIANO, nel caso in cui, conforme alla natura del contratto di deposito, si sia pattuito che debbano restituirsi *eadem nummorum corpora* e sorga allora questione per gli interessi, sia in causa della mora del depositario, sia per altra cagione per cui anche senza contratto possano esigersi gli interessi, come, ad esempio, per avere convertito il denaro in proprio vantaggio. Perocchè l'*actio depositi* è un'*actio bonae fidei,* ed è sta-

---

[33]) *De pactis et transact.* cap. 19 § *Haec: si quae,* ecc. *Oper.* tom. I pag. 540.
[31]) *Commentar. in libros Quaestionum Papiniani* lib. IX ad h. l. *Oper.* tom. I pag. 218 (edit. Car. Ann. FABROTI, Paris 1658, fol.).

bilito da lungo tempo nelle costituzioni imperiali [35]), che per le azioni di buona fede e rispetto agl'interessi, l'ufficio del giudice valga quanto una solenne promessa fatta mediante stipulazione. Ma la questione sembra molto più dubbia al grande PAPINIANO per l'altro caso, che è quello veramente su cui deve decidersi, *se,* cioè, *convenga pure l'*ACTIO DEPOSITI, *specialmente riguardo agl'interessi, quando si sia pattuito che debba restituirsi non* EADEM NUMMORUM CORPORA, *ma semplicemente* TANTUNDEM. Perocchè allora questo contratto si allontana evidentemente dalla natura del deposito. La proprietà delle monete date in custodia passa allora nel ricevente, come nel mutuo. ed è identica a quella del mutuo l'obbligazione di restituirle: onde l'intiero contratto sembra convertirsi in un *mutuum.* Ma se il contratto può non considerarsi come un deposito, non si deve neppure poter far questione degl'interessi, perchè nel mutuo nè la mora del debitore, nè un semplice patto possono dar luogo a una domanda d'interessi, ma solo una solenne promessa mediante stipulazione. Questo mi sembra, secondo anche l'interpretazione del POTHIER [36]), il vero senso da darsi alle parole: « *In qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit, tantundem non idem reddi, rationem usurarum haberi, non facile dicendum est* ». È quindi intieramente falsa l'interpretazione che ne danno i *Basilici* [37]):

Εἰ δὲ μὴ τὰ αὐτὰ ἀλλὰ τοσαῦτα συνεφωνήθη δοῦναι, οὐκ ἐνάγομαι τῇ περὶ παρακαταθήκης ἀγωγῇ, cioè: *Si vero convenerit, tantundem, non idem reddi, depositi actione non teneor.* Già lo SCOLIASTE greco [38]) non poteva lasciar passare inosservato quest'errore, onde aggiungeva: πλὴν ὑποκάτω γνώσεις, ὡς ἁρμόξει ἐπὶ τούτου ἡ δεποσίτου, cioè: *verum postea disces, quemadmodum hoc quoque casu competat actio depositi.* Lo SCOLIASTE

---

35) Ger. NOODT, *De foenore et usuris* lib. III cap. 3, riferisce ciò principalmente a una costituzione del Divo Pio, il che si rileva con molta verosimiglianza anche dalla L. 7 Dig. *de neg. gestis* confrontata colla L. 6 § ult. *eod.*, e dalla L. 37 Dig. *de usuris,* e L. 32 § 2 *eodem.* Concorda in ciò anche Ios. FINESTRES, in *Hermogeniano* lib. II ad L. 19 Dig. *de peric. et comm. rei vend.* § 8 pag. 468.

36) *Paud. Justin.* tom. I h. t. n. XLIX nota *e* pag. 457.

37) Tom. II lib. XIII tit. 2 const. 24 pag. 99.

38) Tom. II *Basilicorum* pag. 124 nota *f.*

così intravide più rettamente che anche in questo secondo caso l'opinione di PAPINIANO era che avesse luogo senza dubbio l'*actio depositi*. Poichè veramente PAPINIANO volle dire soltanto che sebbene questo contratto nel modo in cui venne conchiuso dalle parti si allontana certamente dalla forma ordinaria del deposito, pure è anch'esso un deposito, e non è vana, rispetto ad esso, una questione sugl'interessi.

Infatti: *a*) Inizialmente almeno i contraenti ebbero l'intenzione di conchiudere un deposito; e se è vero che nella ricevuta si usa la parola *commendasti* è pur vero, come dice PAPINIANO, che *commendare* non vuol dire altro che *deponere*. *b*) Inoltre può il suddetto contratto, nella forma stessa in cui venne conchiuso, esser considerato come un deposito perchè può essere eguale pel deponente di riavere le identiche monete che diede in custodia, o altre di egual valore, poichè gli basta di riavere la somma eguale. Queste sono le ragioni per cui PAPINIANO ritiene che anche qui trovi luogo l'*actio depositi*. Però a questo giureconsulto rimase solo un dubbio, che egli cerca di dissipare, per il fatto che sembra contro la buona fede, ed anche contro la natura stessa del deposito, di potere esigere gl'interessi da chi non solo non si rese colpevole d'alcuna mora, ma anzi assumendosi la custodia del denaro si dimostrò propenso a render servigio. Che se però gl'interessi fossero stati promessi fin da principio mediante stipulazione, allora non potrebbe sorger questione alcuna sulla loro legittimità [39]). Ma in un contratto di buona fede un *pactum adiectum* ha la stessa efficacia; ed al pari di una stipulazione dà vita all'obbligazione di pagare gl'interessi convenuti [40]). Quindi, dice PAPINIANO, « *lex contractus servabitur* »; e in ciò si ha una nuova prova che l'azione competente in questo caso è veramente l'*actio depositi*. Perocchè il *pactum adjectum* corregge quasi una parte del contratto e modifica l'azione che sorge da esso [41]) *d*). Ma se nonostante

[39]) L. 40 Dig. *de reb. cred.*

[40]) Vedi Ger. NOODT, *de foenore et usuris* lib. III cap. 5.

[41]) L. 7 § 5 Dig. *de pactis: Pacta conventa insunt bonae fidei judiciis, et formant ipsam actionem*. Vedi la parte IV di questo *Commentario* § 311 nota 84.

d) Molti dei dubbi affacciati dall'A. nell'interpretazione di questo frammento di PAPI-

tutto ciò potesse ancora rimanere qualche dubbio, esso verrebbe completamente dissipato dalle seguenti leggi:

L. 25 § 1 Dig. h. t. *Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam, ad usus proprios convertit, post moram et usuras quoque judicio depositi condemnandus est.*

Ma mentre questa legge è così chiara e recisa in modo da non abbisognare di più amplia interpretazione, molto combattuta invece è l'altra che segue, a causa di un'apparente inconseguenza che contiene.

L. 26 § 1. Dig. eod. tit. *Lucius Titius ita cavit:* Ἔλαβον, καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης etc. *id est.* « *Suscepi, habeoque apud me titulo depositi* [42]) *suprascripta denarium argenti decem millia: meque ad praescriptum omnia praestaturum et promitto et profiteor: conventione scilicet inita, ut quoad omne argentum reddatur, in singulos menses, singulasque libras, usurarum nomine, quaternos tibi obolos subministrem* [e]). *Quaero,*

---

[42]) Più correttamente: *et relata habeo in rationes depositi.* Vedi Hier. Grosolotii, *Commentar. ad L. Lecta* 40 Dig. *de reb. cred.* in *Thes. jur. roman. Otton.* tom. V, pag. 35.

niano, a nostro vedere spariscono se si accetta l'interpretazione assai semplice proposta dallo Schmid (*Ueber das dep. irr. cit.* p. 81 seg.). Secondo questo scrittore, Papiniano risponde alla questione fattagli, che qui trova luogo l'*actio depositi*, perchè la parola *commendare* ha lo stesso significato che *deponere*. In primo luogo, dice Papiniano, ciò è fuori dubbio se è stata fatta la condizione *ut corpora nummorum eadem redderentur*. Se invece è stato stabilito *ut tantundem solveretur*, allora un tal contratto oltrepassa i confini del deposito ordinario (*egreditur ea res depositi notissimos terminos*). Ciò posto, se in tal caso non si facesse luogo all'*actio depositi* (*In qua quaestione si depositi actio non teneat*), per la premessa condizione « *tantundem non idem reddi* » allora difficilmente si potrebbe in questo caso venire alla conclusione che una domanda d'interessi possa aver fondamento (*rationem usurarum haberi non facile dicendum est*), poichè se si trattasse di un mutuo non si potrebbe parlare nè d'interessi moratori, nè d'interessi convenzionali, perchè non vi è stata nessuna stipulazione. Ma se invece si ammette l'*actio depositi* si dovrà riconoscere come fondata la domanda degli interessi? Certamente nei *bonae fidei iudicia* per quanto concerne gl'interessi l'*officium iudicis* vale come la *stipulatio*: però in questo caso non si potrà dar ragione a una domanda d'interessi, perchè la natura del contratto vieta di richiedere, prima della mora, gl'interessi a colui che ha ricevuto denaro per vantaggio del deponente; *si tamen ab initio* (vale a dire all'atto del deposito) *de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.*

e) Il testo greco, secondo la lezione che ne dà il Mommsen è il seguente:
« Ἔλαβον, καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης τὰ προγεγραμμένα τοῦ ἀργυρίου ὀνάρια

an usurae peti possint? PAULUS *respondit, eum contractum de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere: et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.*

Veramente qui non si dice espressamente che si tratti del caso in cui si sia convenuto che dovrà restituirsi solo un *tantundem pecuniae* ma ciò si rileva dal patto fatto di pagare gli interessi. Ma quel che sorprende è la conchiusione a cui viene PAOLO: se il contratto di cui qui si parla, pel quale cioè il depositario si è obbligato di pagare determinati interessi mensili [43]) sulla somma ricevuta in deposito fino a che non la restituirà per intiero, eccede i limiti del deposito stesso, come potranno esigersi i frutti in conformità del contratto? Nessuna meraviglia quindi se è stato considerato questo passo come corrotto, e se si è cercato di toglierne la contraddizione con qualche correzione. La Glossa crede che sia tolta ogni difficoltà se alle parole *modum excedere* si aggiunga *est tamen depositum.* HOTOMANN [44]) al contrario aggiunge un *non* alle parole *modum excedere.* DEDEKIND [45]), il quale non ammette alcun deposito irregolare in omaggio alla sua teorica leggeva: « *usurae quoque actione depositi peti non possunt* ». Ma se vi si introduce un *non* questo passo viene ad essere in aperta contraddizione con quelli esposti più sopra; mentre anche i Basilici [46]) non hanno la negazione. Quindi se una emendazione è necessaria ci sembra preferibile quella di OVERBECK [47]),

[43]) Nella legge è detto: ἑκάστου μηνὸς ὀβόλους τέσσαρας. Questi *quaterni oboli in singulas minas* significano un'*usuram bessalem*, l'otto per cento. V. GROSLOTII, *Commentar. cit. ad L. Lecta* tom. V *Thes. Otton.* pag. 43, e POTHIER, *Pand. Justin.* tom. I h. t. n. XLIX nota *h.*

[44]) *Observation.* lib. IV cap. 1 pag. 10.

[45]) *Commentat.* cit. § 37 pag. 65.

[46]) Tom. II pag. 99: Καὶ τοκον ἐκ συμφώνου ἀπαιτεῖ ἡ περι παραθήχης ἀγωγή. *Ex conventione usurae quoque actione depositi petuntur.*

[47]) *Diss.* cit. *de collocatione depositi tam regular. quam irregularis in conc. creditor.* § 23 pag. 44.

μύρια, καὶ πάντα ποιήσω, καὶ συμφωνῶ, καὶ ὡμολόγησα, ὡς προγέγραπται· καὶ συνεδέμην χορηγῆσαί σοι τόκον ἑκάστης μνᾶς ἑκάστου μηνὸς ὀβόλους τέσσαρας μέχρι τῆς ἀποδόσεως παντὸς τοῦ ἀργυρίου ».

Il MOMMSEN traduce: « Accepi et habeo ex causa depositi supra scripta [tua *add.*] decem milia denarium et faciam omnia et consentio et promisi ita ut supra scriptum est, et conveni praestare tibi usuras in singulas minas per singulos menses assium quaternorum, donec universa summa reddatur ».

secondo il quale invece delle parole *et ideo etc.*, si deve leggere: *at vero secundum conventionem usuras quoque actione depositi peti posse.* Resulta perciò abbastanza chiaro dal complesso della frase, che il senso di essa è che sebbene il contratto, di cui qui si parla, si allontani dalla regola ordinaria, pure è sempre un deposito, e quindi possono esigersi coll'*actio depositi* gl'interessi promessi secondo la convenzione; e così è interpretata questa legge anche da Antonio FABER [48]) *f*), onde essa costituisce sempre un passo molto importante per noi. Tutto ciò in fine è confermato da un frammento di ALFENO VARO.

L. 31 D. *locati. Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur; aut ejusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli: ex superiore causa rem domini manere; ex posteriore, in creditum iri. Idem juris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset ut neque clusam* [49]), *neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret* [50]) *g*).

ALFENO fa qui il paragone fra un contratto di locazione, in cui vengono date dal proprietario alcune cose a qualcheduno perchè le porti in un luogo determinato, e il deposito di cose fungibili. Il contratto di locazione di cose, egli dice, può conchiudersi in due maniere:

a O che le cose date per trasportarsi in un luogo determinato debbano essere restituite in natura; e questo è il caso ordinario,

---

48) *Rational. in Pand.* ad h. L. 26 § 1 Dig. h. t. Vedi anche AVERANIUS, *Interpetr. juris* lib. IV cap. 12 n. 13, e POTHIER, *Pand. Justin.* h. t. n. 49 nota *k*.

49) *Clusa* per *clausa* non è infrequente fra gli antichi.

50) Roberto STEPHAN e BLAUBLOMM invece di *solveret* leggono *solvere*. Il manoscritto delle Pandette di Erlangen porta, forse meno correttamente, *nisi ut tantundem pecuniae solveret*. Così pure HALOANDER.

---

f) L'interpretazione del FABER è confermata anche da quanto si è detto nella nota *k*.

g) Vedi la nota *c* di questo stesso paragrafo in principio.

poichè, come dice ULPIANO [51]) il contratto di locazione non trasmette la proprietà ad altri. Così, per esempio, quando qualcheduno consegna a un lavatore [52]) degli abiti perchè li lavi e glieli restituisca [53]); inquantochè qui il locatore non diventa proprietario, ma deve appunto rendere ciò che ha ricevuto.

b) O il contratto è conchiuso in modo che le cose consegnate debbono essere restituite non in natura, ma in *eodem genere,* vale a dire della stessa specie e bontà. Questa forma di contratto si allontana dalle regole ordinarie della locazione ed ha veramente una somiglianza col mutuo, poichè il *locator operarum* resta qui un semplice creditore di una quantità, ma diviene proprietario delle cose consegnategli; e questo dicesi *in creditum iri.* Però ALFENO non dice che tale contratto irregolare di locazione sia veramente un mutuo, ma piuttosto il contrario, che cioè esso resti un contratto di locazione. Perocchè egli nota espressamente: *rerum locatarum duo genera esse.* Il locatore riceve anche qui il compenso pattuito e le parole *in creditum iri* non significano altro che egli deve restituire solo il *tantundem* [54]). E ciò è reso anche più evidente dall'esempio portato da ALFENO, di quando cioè si dà a un orefice dell'argento puro di zecca [55]), perchè ne faccia dei vasi, o dell'oro perchè lo riduca in anelli pel committente. La proprietà della materia che deve servire a questi oggetti passa al locatore, poichè è perfettamente eguale pel committente che l'orefice faccia le cose ordinategli colla materia datagli o con altra sua propria. Che nel contratto di locazione del resto il servigio possa sottrarre al locatore la proprietà della materia, è esplicitamente detto anche da GIAVOLENO [56]). Ora altrettanto av-

---

[51]) L. 39 Dig. *locati.*

[52]) Ho già dimostrato in altro luogo chi debba intendersi qui per *fullo.* Vedi parte XIII di questo *Commentario* § 836 nota 44.

[53]) *Vestimenta curare* equivale a *polire, lavare.* L. 13 § 6 Dig. *locati;* L. 12 pr.; L. 82 Dig. *de furtis;* L. 2 Dig. *de condict. sine causa.*

[54]) Vedi NETTELBLADT, *Commentat. de deposito irregulari* § 37 pag. 33 e seg.

[55]) *Argentum pusulatum,* o, come altri leggono, *postulatam* o *postulatum* (le quali espressioni hanno tutte lo stesso significato), non vuol dire altro che argento puro fuso. Vedi Jac. CUJACIUS, *Observat.* lib. IV cap. 39. — Ev. OTTO, *Praef.* ad tom. III *Thes. juris Rom.* pag. 56 § *Sequuntur.*

[56]) L. 55 Dig. *de obligat. et action.* Confronta in generale Corn. van BYNKERSHOEK, *Observat. juris Rom.* lib. VIII cap. 4.

viene, soggiunge ALFENO, per il deposito di cose fungibili. Perocchè se vien data in custodia una somma di denaro, nè chiusa, nè suggellata non pagata in moneta comune, il depositario è tenuto solo a restituire *tantundem pecuniae*. ALFENO ammette così in analogia al contratto di locazione, anche due forme di deposito, il *regolare* e l'*irregolare*. Nell'una il deponente resta proprietario e la cosa deve essergli restituita in natura; nell'altro la proprietà della cosa materiale passa al depositario, senza che il contratto si converta in un mutuo, anzi restando un deposito, benchè il depositario possa usare della somma. Quindi non resta alcun dubbio che anche in questo caso spetti l'*actio depositi* [57]). Si può forse riconoscere un tacito assentimento all'uso di una somma di denaro depositata anche nella legge di PAOLO (29 § 1 Dig. h. t.) dove dice: *Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in caeteris bonae fidei judiciis, usuras ejus nomine praestare mihi cogitur*; e così la interpreta anche Giorgio FRANTZKE [58]). Altri come BYNKERSHOEK [59]) ed OVERBECK [60]) ritennero che PAOLO fosse in ciò d'opinione diversa di ULPIANO, ma a me non sembra ammissibile, perchè PAOLO nelle sue « *Sententiae Receptae* » lib. II tit. 12 § 9 [61]) dice di esser d'opinione perfettamente conforme a quella di ULPIANO: « *Si pecuniam deposuero, eamque in usum* [62]) *tibi commisero, mutuum magis videtur quam depositum* [h]).

---

[57]) BYNKERSHOECK, loc. cit. cap. 5.

[58]) *Commentar. in Paul.* h. t. n. 28.

[59]) *Observationes juris Rom.* lib. VIII cap. 5 pag. 301.

[60]) *Dissert. de collocat. depositi in concursu creditor.* § 22 pag. 41.

[61]) In Ant. SCHULTING, *Jurispr. Antejust.* pag. 281.

[62]) Così senza dubbio deve leggersi con PITHOU, a causa di *mutuum*, che vien dopo. Altri però leggono *utendam*.

---

h) Nel breve spazio di una nota noi non possiamo che accennare di sfuggita alla importante questione, se esista cioè ancora, nel campo del nostro diritto, quella orma speciale di deposito che è il deposito irregolare, ovvero se il contratto, che ne assume le forme non debba altrimenti esser considerato che come un mutuo.

Il nostro Codice civile non fa alcuna espressa distinzione del deposito in regolare e irregolare, e perciò la soluzione della controversia si fonda tutta sull'interpretazione degli articoli 1846 e 1848, sul significato dei quali sono divise le opinioni. — Da alcuni scrittori infatti, e in numerosi giudicati si è sostenuto, specialmente sull autorità della

b) Se anche la cosa depositata, di cui è stato concesso l'uso al depositario è infungibile, pur tuttavia tale deposito si converte

---

giurisprudenza e degli scrittori francesi, che un deposito di denaro o altra cosa fungibile, come tale o colla facoltà espressa o tacita di usarne concessa al depositario, si converte senz'altro in un mutuo, perchè è condizione essenziale del contratto di deposito che avvenga sempre la restituzione della identica cosa depositata (vedi ad es., MATTEI, op. e vol. cit , comm. all'art. 1846. — RICCI, op. e vol. cit. n. 234 (però con qualche incertezza). — App. Bologna, 19 maggio 1876, *Bett.*, 1876 p. 547; App. Torino, 18 giugno 1877, *Giur. tor.*, 1877 p. 625; Cass. Torino, 31 dicembre 1885, *Giur. tor.*, 1886 p. 145, *Legge* 1886, I p. 731, ecc.). Però si può osservare in contrario che, se tale opinione può trovare un serio fondamento nel campo del Codice francese, non apparisce però esatta nel nostro diritto, se si tien conto degli importanti mutamenti introdotti dal legislatore nostro nella redazione dell'art. 1848 in rapporto al corrispondente art. 1932 del Cod. franc. Questo articolo infatti è così concepito: « *Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue Ainsi le dépôt des sommes monnayes doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation soit dans le cas de diminution* ». Ed il MOURLON (o. c. III n. 1059), ad es., per prenderne uno, commenta in maniera assai esplicita tali parole: « Le depositaire — scrive — doi rendre les mêmes pièces que celles qui ont fait l'objet du dépôt, les mêmes écus. Il est, en effet, debiteur d'un corps certain, aux risques et perils du déposant. Peu importe que ces pièces aient augmenté ou diminué de valeur: il est quitte en les rendant dans l'état ou elles se trouvent » (V. conformemente: RÉAL, *Exposé des motifs de la loi sur le dépôt et le séquestre*, n. 3. — DUVERGIER, op. e vol. cit. n. 450 a 453 — DELVINCOURT *Ist.* III. all'art 1932. — DURANTON, op. e vol. cit. n. 45. — LAURENT, op. e vol. cit. n. 72). In conformità di tali principii la maggior parte degli scrittori francesi, nel silenzio assoluto del Codice napoleonico, respinge la teoria del deposito irregolare, e sostiene che sorga un mutuo vero e proprio quando sia data nel depositario la facoltà di usare della cosa fungibile depositata. Ma nel campo del nostro Codice le precise disposizioni dell'articolo 1848 vietano di venire ad un'egual conclusione, poichè l'inciso « *quando in conformità dell'art. 1846 il depositario ne avesse fatto uso* », che non si trova nel Cod. franc., mostra chiaramente come il nostro legislatore abbia voluto, modificando la dicitura del Codice francese, mantenere la tradizione del diritto comune conservatasi sempre in Italia, sul deposito irregolare (v.: CHIRONI, *Ist.* II § 361. — BORSARI, op. e vol. cit. § 4005. — LOMONACO, op. e vol. cit. p. 533. — BOLAFFIO, l. c. — VIVANTE, *Elem.* n. 48. — SUPINO, n. 429 e seg. (ed. 1895). — MARGHIERI, *Man.* § 74 (1894). — VIDARI, *Corso*, ecc. IV n. 4248 seg — Lo stesso, monogr. cit. nel *Dir. comm.*, ecc. ed i seguenti giudicati: Cass. Firenze, 10 gennaio 1870, *Bett.*, 1870, I p. 271; Appello Venezia, 6 giugno 1872, *Legge* XIII, I, 279; App. Roma, 22 dicembre 1873, *Legge* 1874, I, p. 87; Cass. Tor., 24 apr. 1883, *Giur. tor.*, 1883 p. 959. — *Ann.*, 1883 p. 466; Trib. Roma, 25 luglio 1884, *Legge*, 1884, II, 527; Cass. Napoli, 18 marzo 1890, *Dir. e giur.*, VI p. 30; App. Genova, 23 apr. 1892, *Temi gen.*, 1892, 364. — *Ann.*, 1892 pag. 220. — *Dir. comm.*, X, 714; App. Venezia, 7 febbraio 1896, *Temi veneta*, 1896 p. 191).

Però all'attento lettore non sarà sfuggito che il nostro legislatore colla modificazione introdotta non solo si è messo in contraddizione col disposto dell'art. 1837, dove si parla di restituzione del deposito *in natura*, ma richiamando nell'art. 1848 il disposto generico dell'art. 1846 (che cioè il depositario può servirsi della cosa depositata coll'espresso o presunto permesso del deponente) ha in certo modo finito coll'oltrepassare i confini nettamente segnati dallo stesso diritto romano al deposito irregolare, esten-

sempre in un altro contratto. Perocchè: *α*) o l'uso concesso è determinato, e allora il contratto si converte in un *commodatum*, o in un contratto di locazione, o in un contratto innominato, a seconda che quest'uso sia stato concesso gratuitamente, o in correspettivo di una determinata prestazione, o di un altro compenso qualunque [63]); *β*) o invece l'uso concesso è indeterminato e può essere revocato a piacere, e allora il contratto si avvicina a un *precarium* [64]). Ma riguardo al termine *a quo* avviene la conversione del contratto, occorre distinguere se l'uso venne domandato dal depositario o venne concesso spontaneamente dal deponente. Nel primo caso il contratto si modifica fin dal momento in cui il deponente ha prestato il suo consenso; nel secondo invece solo quando il depositario abbia realmente cominciato a far uso della cosa: prima resta sempre un deposito [65]) [1]).

---

[63]) L. 1 § 9 Dig. h. t.; L. 76 pr. Dig. *de furtis*. Vedi DEDEKIND, *Commentat. de contractu, quem irregulare depositum perhibuerunt* capitoli 4 e 6.

[64]) Veramente è di diversa opinione DEDEKIND, *Comment.* cit. cap. 5 § 67, perchè il precario concorda appunto coll'essenza del deposito in ciò che può essere revocato in qualunque tempo. Però vedi OVERBECK, *Diss. de coll. dep.* § 21 nota 4 pag. 37.

[65]) Vedi BERGER, *Oecon. juris* lib. III tit. 2 th. 9 n. 1.

---

dendo questo contratto anche a casi nei quali nel diritto romano si aveva il mutuo, come leggendo la chiara e diligente esposizione del GLÜCK, si può facilmente riscontrare.

Ma comunque ciò sia, per completare il nostro cenno sul deposito irregolare ne diritto odierno ci rimane a vedere brevemente i punti principali nei quali questo contratto differisce dal mutuo. Tali differenze si possono così riassumere:

1) L'intenzione delle parti nel deposito irregolare è sempre quella di dare e di accettare la cosa in deposito; 2) conseguentemente mentre nel mutuo qualora non sia fissato il termine della restituzione l'autorità giudiziaria può concedere al mutuatario una dilazione secondo le circostanze (art. 1826 Cod. civ.), nel deposito irregolare la cosa si deve restituire al deponente appena ne faccia domanda, quantunque siasi fissato nel contratto un termine per la restituzione; 3) Inoltre mentre il mutuatario è sempre obbligato a restituire la medesima somma numerica espressa nel contratto e accadendo diminuzione o aumento nelle monete prima del pagamento, il debitore deve restituire la somma numerica ricevuta, e non è obbligato a restituire questa somma che con le specie in corso al tempo del pagamento (Cod. civ. art. 1821); il deposito irregolare invece deve restituirsi nelle medesime specie in cui fu fatto, nel caso tanto di aumento che di diminuzione del loro valore (Cod. civ. art. 1848); 4) Infine nel deposito irregolare non può essere opposta l'eccezione di compensazione (Cod. civ. art. 1289 n. 2. — App. Ven., 7 febbraio 1896, *Temi Ven.*, 1896 pag. 191).

Nel Cod. civ. it. l'art. 1846 dice espressamente, come si è già altrove osservato,

Del resto riguardo al deposito irregolare deve in genere osservarsi che ordinariamente esso differisce sempre in qualche parte dal deposito regolare, in quanto la legge o la convenzione dei contraenti lo hanno limitato o modificato, mentre nel rimanente resta soggetto ai principii comuni del contratto di deposito: *naturalia enim in omnibus negotiis semper debent praesumi* [66]).

§§ 941-942.

Quali gradi di colpa deve prestare il depositario? Chi sopporta il caso fortuito?

Dalla regola generale del deposito, che il depositario non ritrae da questo contratto alcuna utilità, ma solo degl'incomodi, ne deriva che esso, come in parte abbiamo già notato, non risponde che del dolo o della negligenza grave che a questo è equiparata. Al contrario il deponente deve rispondere di ogni più piccola mancanza, quando questa possa recar del danno al depositario. PAOLO nelle sue *Sententiae Receptae*, lib. II, tit. 12 § 6 dice: *Ob res depositas dolus tantum praestari solet;* e ULPIANO nella l. 5 § 2 Dig. *commodati* ne dà la ragione: *Nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus* [m]). La colpa grave, come è noto,

---

66) Vedi OVERBECK, *Diss.* cit. § 23 in fine pag. 45, e THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette* vol. II § 892.

---

che l'uso della cosa può essere concesso al depositario; perciò la comune dottrina ritiene che la natura del contratto non muta quando scopo principale di esso rimane la custodia della cosa: trattandosi di cose infungibili poi non possono naturalmente affacciarsi quei dubbi di cui abbiano parlato nella nota precedente.

m) Il DERNBURG (*Pandekten*, III § 37 nota *g*) osserva che il fatto dell'essere il depositario tenuto responsabile soltanto per il dolo (e quindi anche per la *culpa lata*, che è equiparata al dolo) si spiega storicamente se si pone mente che per il deposito in origine non vi era alcuna azione contrattuale, ma invece soltanto una *actio ex delicto*. Nella stessa maniera anche il precarista non era contrattualmente responsabile ma soltanto rispondeva per il dolo e la colpa lata: l. 8 §§ 2, 3 e 6 D. *de precario* 43, 26 e così pure si dica dell'agrimensore contro cui vi era solo una *actio ex delicto*: l. 1 D. *si mensor falsum modum dixerit*, 11, 6. Vedi anche DERNBURG, *Compensation* p. 53. — PERNICE, *Labeo*, vol. I p. 435.

per riguardo al risarcimento del danno, viene equiparata a un atto doloso ed ULPIANO lo dice in parecchi luoghi [67] *n*). Il depositario non deve quindi esser responsabile della colpa lieve. *Culpae autem nomine, id est, desidiae ac negligentiae non tenetur*, così GIUSTINIANO nel § 6 Ist. *Quib. mod. re contrah. oblig.* [68]). E viceversa poichè il deponente gode di tutta l'utilità del contratto la legge esige da lui la massima diligenza (L. 61 § 5 Dig. *de furtis*) *o*); mentre il depositario anche per il caso di perdita o smarrimento della cosa non risponde che della *culpa lata* [69]), poichè, come c'insegna il § 17 Ist. *de oblig.*

---

[67]) L. 1 § 1 Dig. *Si mensor. fals. mod.*, L. 29 pr. Dig. *Mandati*. La L. 1 C. h. t. si riferisce espressamente alla *culpa lata*.

[68]) Ian. a COSTA, *Commentar.* ad § 3. *Quib mod. re contrahitur oblig.*

[69]) V. SCHÖMAN, *Teoria del risarcimento dei danni*, vol. I p. 197.

---

n) Si veda inoltre: L. 226 D. *de V. S.* 50, 16; l. 32 pr. D. *depositi*, 16, 8; l. 8 pr. D. *de edendo*, 2, 13 in relazione alla l. 9 § 4 D. *ad exhibendum*, 10, 4; l. 2 § 5 D. *de hereditate vel actione vendita*, 18, 4; l. 7 § 1 D. *de suspectis tutoribus*, 26, 10 l. 5 § 15 D. *ut in possessione legatorum*, ecc., 36, 4; l. 1 § 5 D. *de obligationibus et actionibus*, 44, 7; l. 8 § 3 D. *de precario*, 43, 26; l. 1 § 2 D. *si quis testamento*, ecc., 47, 4. Sulla *culpa lata* oltre il libro di HASSE, *Die culpa des römischen Rechts* (La colpa nel diritto romano), zweite verm. Aus., 1838, § 64 pag. 209 e altrove, vedi tra gli scritti moderni: BINDING, *Die Normen* (Le Norme) II p. 338 e seg., che considera quella *culpa lata*, di cui si fa parola nei citati passi delle Pandette, non come negligenza crassa, ma come proposito ingiusto, non però mosso da ragioni basse e volgari, ed inoltre: F. MOMMSEN, *Erörterungen* (Osservazioni, ecc.) fasc. 2 pag. 175 e WINDSCHEID, *Pandette*, I § 110 nota 10, che solo in parte e per taluni casi ammettono la teoria di BINDING (per es., l. 8 § 10 D. *mandati*, 17, 1 e l. 7 pr. h. t); JHERING, *Jahrbücher* (Ann.) vol. 4 p. 12. — PERNICE, *Labeo*, vol. II pag. 425. Nel 1885 è stata pubblicata dal BURCKHARDT una monografia sull'argomento intitolata *Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und lata culpa* (Significato ed estensione dell'equiparazione del dolo e della colpa lata), dove si trovano copiose notizie della letteratura relativa a tale questione.

o) L'interpretazione peraltro della citata legge, in cui si parla di un servo consegnato in deposito, che ha commesso un furto a danno del depositario, non va scevra da gravi dubbi. Così il MOMMSEN, *Illustrazioni*, II p. 58, e l'JHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik* (Annali per la Dogm.) IV, p. 37 sostengono, sulla base di questa legge, che il deponente sia responsabile dei danni occasionati dal depositario anche senza sua negligenza: ma la comune opinione è quella accolta dall'A. Infatti nella stessa legge in fine si dice chiaramente che il deponente è responsabile *quod non fuerit diligentior circa monendum qualem servum deponeret:* nondimeno si potrebbe osservare in contrario che il deponente per lunga esperienza poteva avere acquistata una fiducia grandissima della fedeltà dello schiavo, che poi, contro ogni aspettazione, si è dimostrato ladro. — V. HASSE, *Die culpa des römischen Rechts* (La colpa nel dir. rom.) 2.ª ediz. pag. 402 e 403.

quae ex delicto nasc., egli non è tenuto alla *custodia*. Quindi, dice GAIO: *Is quoque apud quem rem aliquem deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re, quam acceperit restituenda tenetur. Sed is etiam si negligenter rem custoditam amiserit, securus est; quia enim non sua gratia accipit, sed ejus, a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit. Negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia, qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. Magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere* (L. 1 § 5 Dig. *de obligat. et act.*).

Ma qui sorgono due questioni.

1) Se qualcheduno affida delle cose ad un amico il quale notoriamente non usa neppur nelle cose proprie quella diligenza che viene usata ordinariamente da ogni uomo accurato, cui si possa dare il nome di *idoneus paterfamilias*, un tal depositario in qual misura risponderà della propria negligenza? A decidere rettamente questa questione occorre distinguere se il danno è avvenuto in causa dell'ordinaria negligenza del depositario, o se ha avuto luogo perchè egli ha usato per le cose affidate alla sua custodia anche meno cura di quella che ordinariamente avesse per le cose proprie. Nel primo caso egli non risponde di alcun danno, perocchè chi affida in custodia delle cose a un uomo notoriamente negligente, accetta evidentemente di sottoporsi ai rischi che da questa negligenza possono derivare; e lo ha giustamente dimostrato GAIO nella legge surriferita. Il depositario non è tenuto quindi che per la colpa grave, che si avvicina al dolo. Nel secondo caso invece non può negarsi nel depositario una dolosa intenzione; perocchè anche chi è negligente nelle cose proprie, se nella cura delle altrui si dimostra più negligente ancora, non può sottrarsi alla taccia di avere agito slealmente. E questo è senza dubbio il vero senso della tanto combattuta legge di CELSO (L. 32 Dig. h. t.) in cui dice: *Quod* NERVA *diceret, latiorem culpam* [70]) *p*) *do-*

---

[70]) Per *latior culpa* s'intende una negligenza più grave di quella che si userebbe trattandosi di affari proprii. Poichè la questione intorno a cui di-

---

p) *Culpa latior*, contrariamente a ciò che pare opini il GLÜCK (nota 70), non è una forma speciale di *culpa*, ma significa lo stesso che *culpa lata*, come già anche

lum esse, PROCULO *displicebat; mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est* [71]*, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit* [72]) *q*).

---

sputano NERVA e PROCULO è quella di vedere se colui, il quale deve rispondere della colpa lata, sia tenuto anche per la mancanza di quella diligenza che avrebbe usato nelle cose proprie. CELSO, seguendo l'opinione di NERVA, lo afferma per il caso in cui esso sia solito di usare nei propri affari la minima diligenza. V. Crist. Wilh. WERHN, *Doctrina iuris explicatrix principior. damni praestat.* Cap. IV § 8 nota 7 p. 74.

[71]) *Diligentia ad eum modum quem hominum natura desiderat* non vuol dire altro che la comune diligenza, che qualunque uomo ordinato e sensato suole usare per le cose proprie. Vedi Ant. SCHULTING, *Thes. Controv.,* Dec. LIX Th. 8.

[72]) Confronta su questo passo specialmente Io. Casp. GENSLER, *Exercitation. juris civ. ad doctrinam de culpa.* Fasc. 1, Jenae 1813, 8, Exercit. VIII § 3. V. anche HÖPFNER, *Comment. alle Istituzioni,* § 784 nota 1.

CUIACIO (*Comm. ad tit. Dig.*) aveva riconosciuto, e confortato con esempi. — Vedi anche HASSE, *Die culpa* II ediz. p. 196 ann. 1; e la nostra nota *q* qui appresso.

q) Cfr. anche la l. 22 (23) § 3 D. *ad S. C. Trebellianum* 36, 1. L'interpretazione della cit. l. 32 presenta le maggiori difficoltà, per la sua discordanza colle altre fonti tanto che tutti i tentativi fatti per metterla con esse d'accordo sono andati incontro alle più gravi obbiezioni. Fra le interpretazioni date dagli scrittori meno recenti si veda specialmente: BARTOLUS, *Comm.* ad l. *quod Nerva* (nella ed. di Ven. del 1580 vol. II del Dig. pag. 98). — DUARENUS, ad L. 9 D. *solut. matr.* — FABER, *De err. pragm.* Dec. LXXVI Err. 2. — LOPEZ, *Animadvers. civ.* cap. XVII, nel *Thes Ottonis* tom. III p. 467. — WÄCHTLER, *De gradibus culpae,* Vitemb. 1860. — LÖHR, *Theorie der culpa,* § 7. — GENSLER, *Exercit. iur. civ. ad doctrin. de culpa,* Ien. 1813 pagine 88, 96, ecc. — Della maggior parte delle dottrine sostenute da questi autori fa una critica minuta e diligente HASSE (*Die culpa des römischen Rechts* — La colpa nel diritto romano — II ed. 1858 p. 199-206). Il quale a sua volta — dopo avere osservato che nei contratti è sottinteso nell'intenzione dei contraenti che ciascuna parte non si comporti più negligentemente di quello che non sia solita negli affari propri e che il grado di questa negligenza può essere tanto piccolo come grande — ritiene che CELSO abbia voluto dire che la *culpa levis* in talune circostanze possa in certo senso essere considerata come *dolus,* e *a fortiori* come *culpa lata.* Il WINDSCHEID (*Pandette,* I § 101 *b*) e nota 10 *a*; II § 265, 3 ann. 10 e 11), accetta solo in parte la spiegazione di HASSE, perchè osserva che le fonti non ci autorizzano a considerare come *culpa lata* la negligenza di cui parla la l. 32, ed ammette che certe specie di negligenza siano dal diritto, benchè non assolutamente, trattate come il dolo, distinguendo due categorie, cioè la negligenza che eccede ogni limite (*culpa lata*) e la *negligenza che il negligente sa evitare negli affari propri* (cfr. anche ARNDTS-SERAFINI, *Pandekte,* § 86. — BRINZ, *Lehrbuch d. Pand.* (Trattato delle Pandette) II § 267). Però

2) Se il depositario è per suo costume un uomo molto diligente ed accurato, e il danno avvenuto nella cosa depositata è stato cau-

---

molti scrittori negano che dal passo di Celso si possa trarre una norma generale: così il Binding (*Die Normen* (Le Norme) vol. II p. 355), il quale crede che nella l. 32 non si parli d'altro che della volontaria trascuratezza delle cose altrui il Burckhardt (*Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und culpa lata* (Significato ed estensione dell'equiparazione del dolo e della colpa lata), Göttingen 1885 p. 22 e seg.), il Dernburg, *Pandekten*, I § 86 ann. 11 e recentemente (1893) anche il Regelsberger (*Pandekten*, I § 179).

Il Dernburg (loc. cit.) ritiene che Celso abbia considerato come colpa lata il fatto di chi custodisce le cose affidategli meno accuratamente delle cose proprie, ma osserva che l'opinione di Celso è rimasta isolata e non ha trovata accoglienza presto i giuristi posteriori. Una sì fatta negligenza — nota il Dernburg — potrà essere *culpa lata*, ma può altresì costituire una mancanza leggiera: in ogni modo sono errati i tentativi per conciliare questo passo cogli altri. Celso ha battuto, come spesso suol fare, una via sua propria, il che deve tanto meno parere strano se si pensa che ai suoi tempi la dottrina della colpa era ancora oscillante, e la *diligentia quam in suis rebus* non era ancora stata riconosciuta come una sottospecie della *culpa levis* (Pernice, *Labeo*, vol. II p. 366). Secondo il Dernburg nella compilazione Giustinianea la distinzione di Celso si può applicare nel caso in cui la cura esclusiva per le proprie cose diviene realmente *culpa lata* nella custodia di quelle altrui; così per esempio se alcuno in un incendio salvasse dalla cassa forte le proprie carte di credito e lasciasse bruciare le altre che quivi stavano, mentre col medesimo atto avrebbe potuto prenderle e impedirne la distruzione.

L'interpretazione data dal Dernburg è stata in parte accolta in Italia dal Perozzi in un pregevole scritto (*La* culpa in concreto *nel diritto civile. — Temi Veneta*, XIX (1894) p. 481), nel quale fra le altre cose si osserva: « Sarebbe ora una gran bella cosa, se ci decidessimo a lasciar da parte questo testo (la l. 32). Esso contraddice pel concetto di culpa lata e per la responsabilità del depositario a tutte le altre fonti. Per ciò stesso esso non è parte del diritto romano, ma esprime un'opinione personale di Celso, che nessun antico ha accettato.... Quando Celso scriveva, la diligenza di un b. p. f. era divenuta da circa un secolo il tipo della diligenza perfetta; come tale la troviamo infatti menzionata sin nei primi anni dell'impero. D'altro lato il testo stesso prova, che s'avea un concetto corrente di *culpa lata*, come di diligenza inferiore a quella, che importa la natura umana. E prova anche che Celso parificava la colpa lata al dolo. Posto questo, com'è possibile pensare che egli estendesse la *culpa lata* oltre a quei ristretti confini sino ad ammetterla anche nel caso che alcuno fosse stato nel deposito perfettamente diligente, se nelle cose proprie fosse stato di più? Com'è possibile che uno perfettamente diligente nel deposito lo parificasse ad un depositario doloso, pel solo fatto di quel più di diligenza impiegato nelle cose proprie? Conviene per forza ammettere adunque ch'egli mirasse bensì ad estendere il concetto di *culpa lata*, ma solo nel senso che il depositario fosse in essa, quando avendo custodito le cose altrui con minor diligenza di un b. p. f., fosse stato più diligente nelle proprie. Che se in quelle avea impiegato la diligenza di un b. p. f., neanche all'ingegno originale, superbo e amante di novità di Celso potea mai parere che questo diligentissimo depositario fosse in una colpa pari al dolo, perchè nelle proprie avea preso precauzioni ulteriori ». Infine il Regelsberger (loc. cit. ann. 11) è d'opinione che il giureconsulto abbia voluto esprimere il seguente pensiero: il depositario è tenuto

sato da una negligenza che non può dirsi veramente una colpa lata *in abstracto*, ma avrebbe potuto evitarsi ove il depositario avesse usato quella diligenza che è solito adoperare nelle cose proprie; potrà allora esser ritenuto come responsabile, e potrà considerarsi come *dolo* in lui, ciò che, avuto riguardo alle sue abitudini, è solo una *culpa lata?* Molti scrittori non hanno esitato a rispondere affermativamente a tale domanda, fondandosi, a loro avviso, sulla legge di CELSO surriferita. Quindi essi formulano questo principio: Ognuno, da cui si possa esigere una diligenza *in abstracto*, è sempre tenuto a prestare quella *in concreto* se essa è maggiore quando egli nelle sue proprie cose suole usare la massima cura [73]. Secondo tale principio perciò una *culpa levissima in abstracto* potrebbe essere sempre una *culpa lata in concreto!* [r]).

Io non saprei affermare se CELSO o altri giureconsulti romani avessero in mente un tal principio; ma è certo che se noi esaminiamo complessivamente i passi che parlano della diligenza *in concreto*, resulta evidente l'intenzione della legge di voler favorire quegli a cui si domanda nella custodia delle cose altrui soltanto la *diligentia domestica* [74]) [s]). Perocchè essi partono tutti dal presupposto che

[73]) Ant. FABER, *De errorib. pragmatic.*, Dec. LXXVI, Error. 2. — Egid. von LÖHR, *Teoria della colpa*, § 7. — Io. Barth. MAYER, *Dissertatio de culpa ejusque speciebus et gradibus*, praes. Iul. Frid. MALBLANC def. Tubingae 1807 § 5. — THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette*, vol. I § 254.

[74]) Cfr. § 9 Ist. *de societate*, L 72 Dig *pro socio*, L. 25 § 16 Dig. *famil.*

soltanto per il *dolus* e la *culpa lata*; ora se a un uomo straordinariamente trascurato viene consegnata una cosa e la custodisce ancor meno diligentemente delle proprie cose, costui dovrà esser tenuto responsabile, poichè un sì fatto contegno è colpa lata e violazione della fiducia. Certamente la spiegazione del REGELSBERGER, che in fondo, se non erriamo, si accosta molto a quella data dal GLÜCK, e dal GENSLER (op. e l. c.) ci pare sia preferibile alle altre perchè meno si scosta dalla lettera del testo di CELSO; resta però solo a vedere se CELSO parlando di chi *non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est* abbia inteso parlare di persona assai negligente; il che è per lo meno assai dubbio.

r) Cfr. oltre gli autori citati dal GLÜCK, nella nota 73, ancora:

BRAUN, *Dict. zu Thibaut*, § 259. — KOCH, *Recht d. Fort.* (Diritto dei crediti). — LÖHR, *Theorie der culpa* § 7. — HASSE, *Die culpa des römischen Rechts* (La colpa nel dir. rom.) 2.ª ediz. 1838 p. 198, ecc. — UNTERHOLZNER, *Schuldverh.* (Obblig.) vol. II p. 666, ecc. — V. anche la nota *q* di questo paragrafo.

s) Teorica dominante in diritto romano; cfr. HASSE, *Die culpa*, ecc. § 41 e seg (p. 143 e seg.). — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, I § 86. — WINDSCHEID, *Pandette*, II § 265

nelle cose proprie non sempre si usa quella cura e quella diligenza che sarebbe conveniente a un vero buon padre di famiglia. Quindi distinguono ordinariamente la diligenza *qualem quis suis rebus adhibere solet,* da quella *exacta* o *exactissima, qualem diligens vel diligentissimus paterfamilias praestat,* e considerano sempre la prima come minore di quella *in abstracto.*

Or non sarebbe in piena contraddizione con la intenzione della legge, il ritenere un uomo imputabile di colpa lata o di dolo, per tutte le piccolissime negligenze commesse nella custodia di cose affidategli, solo perchè egli ha l'abitudine di usare nei propri affari una diligenza maggiore della ordinaria? Quel *privilegium favorabile* non diverrebbe evidentemente un *privilegium odiosum?* Come si concilierebbe con ciò quel che dice MODESTINO nella l. 25 Dig. *de legibus: Nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem?* Non varrebbe molto meglio passare per un uomo negligente che peggiorare la propria condizione avendo fama d'essere un buon padre di famiglia? Oltredichè anche la legge di CELSO non dice nulla di ciò. Perocchè essa non parla affatto di un depositario il quale usi nelle cose proprie la diligenza di un buon padre di famiglia, ma anzi, al contrario, di un uomo negligente, che non può di certo pretendere a un tal nome *t*). È vero che Antonio FABER [75]) crede che la legge si debba intendere inversamente togliendo il *non* che è dianzi ad *eum modum;* ma chi lo autorizza a fondare il suo sistema sopra una correzione così arbitraria? Onde a ragione l'opinione del FABER fu respinta dal Ro-

---

ercisc., L. 11 in fin. Cod. *de pactis conventis,* § 1 Ist. *de obligat. quae quasi ex contractu nasc.,* L. 22 § 3 Dig. *ad Sctum Trebell.,* L. 3 Dig. *de periculo et commodo rei venditae.*

[75]) *De error. pragmat.,* Dec. 76 Err. 2.

---

ann. 15. — REGELSBERGER, *Pandette,* cit. I § 179, B). — PEROZZI, La « *culpa in concr.* » *nel dir. civile* nella *Temi Veneta,* XIX (1894), p. 479. — CHIRONI, *La colpa,* p. 23. Per l'odierno dir. civ., vedi nota *v* di questo paragrafo, pag. 322.

t) V. sopra alla nota *q* pag. 318.

BERT [76]). Certo se un depositario negligente usi nelle cose dategli in deposito una cura anche minore che nelle proprie, non potrà sottrarsi all'imputazione d'una colpa, comparabile al dolo; ma dovrà dirsi altrettanto trattandosi di un uomo accurato, il quale dia causa a un danno sulle cose altrui, solo per lievissima negligenza? [77]). Se deve chiamarsi qui colpa lata, ciò che altrimenti non sarebbe che colpa lieve o lievissima, addio allora al buon ULPIANO e a tutta la sua teoria della colpa esposta così accuratamente nella L. 5 D. *commodati!* [u]).

Rimane così sempre la regola che il depositario non è responsabile che della colpa grave [v]). Però vi sono talvolta delle eccezioni

---

[76]) *Receptarum Lection.*, lib. II cap. 7.

[77]) Concordano con me, WERHN, *Doctrina iuris explicatrix, principior. damni praestandi*, § 34 e GENSLER, *Commentat.* cit. Exercit. VIII § 3.

---

u) In conformità all'opinione sostenuta dal GLÜCK, v. PEROZZI, l. c. pag. 481 e sopra la nostra nota *q*. — HÖPFNER, *Inst.* § 784. — HOLZSCHUHER, *Theorie und Casuistik des gem. Civ. R.* (Teoria e casistica del diritto civile comune) III § 271 num. 11. — REGELSBERGER, *Pand.*, I § 179 B), ecc.

L'HOLZSCHUHER fra le altre cose osserva che è assai curioso l'*argumentum a contrario* di cui si servono i sostenitori dell'opposta opinione, i quali ragionano così: come nel caso che io consegnando le mie cose ad un uomo disordinato non posso pretendere una cura maggiore di quella che egli ha per le sue proprie, così per lo contrario io ho diritto di pretendere da un diligentissimo padre di famiglia la stessa grandissima cura che egli suol sempre adoperare nelle cose proprie. Inoltre, soggiunge, non si pensa che spesso non sarebbe possibile adoperare nella custodia delle cose altrui la stessa cura che si usa per le proprie, perchè non è difficile che manchino talvolta le comodità per metterle al riparo dei danni eventuali (acqua, fuoco, furti).

v) Il nostro Codice civile si occupa della responsabilità del depositario in tre distinti articoli, 1224, 1843 e 1844, le cui disposizioni riportiamo qui testualmente perchè su di esse si agitano non poche controversie che tenteremo di riassumere in questa nota: l'art. 1849, dove pure si parla di colpa del depositario non è che una conseguenza dei precedenti. L'art. 1224, fondamentale per la dottrina della responsabilità contrattuale nel nostro diritto civile, è così concepito: « La diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambedue, è sempre quella di un buon padre di famiglia, *salvo il caso di deposito accennato nell'art. 1843*. Questa regola peraltro si deve applicare con maggior o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo Codice ». L'art. 1843, richiamato dal 1224, dice: « Il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie ». E l'art. seguente 1844, soggiunge: « La disposizione del precedente articolo si deve applicare con maggiore rigore:

1. Quando il depositario si è offerto a ricevere il deposito;
2. Quando ha stipulato una remunerazione per la custodia del deposito;

in cui il depositario risponde anche delle negligenze più lievi. Ciò avviene non solo quando egli si è obbligato per contratto a questa

---

3. Quando il deposito si è fatto unicamente per l'interesse del depositario;

4. Quando si è convenuto espressamente che il depositario sarà obbligato per qualunque colpa».

Come chiaro apparisce da queste disposizioni della nostra legge civile il depositario è tenuto alla *diligentia quam in suis*, ossia risponde della *culpa levis in concreto*. Ma quale è la natura di questa *culpa levis in concreto* nel nostro diritto? È essa una forma di responsabilità più benigna della *culpa levis in abstracto*, oppure costituisce una categoria a parte di responsabilità, che può in taluni casi, quando cioè chi è chiamato a rispondere suole essere nelle cose sue di una diligenza superiore a quella ordinaria, superare la responsabilità derivante dalla mancanza di *diligentia in abstracto?*

Vi è chi non ha esitato a rispondere affermativamente a tale domanda, anzi, prescindendo dagli scrittori francesi (su cui vedi Giorgi, *Obbl.* [4.ª ediz. 1895], II p. 33 e seg.), si può dire che la maggioranza dei nostri scrittori sia di questa opinione Così il Giorgi (op. e vol. cit. p. 38) ritiene in via assoluta che sia dovuta la prestazione della diligenza in concreto *quando la diligenza propria ed abituale del debitore superi la diligenza ordinaria del buon padre di famiglia*, Ma egli si riferisce poco a proposito alla vessata l. 32 *depositi*. «Chi presta nell'adempimento delle proprie obbligazioni — sono sue parole — minore diligenza che nelle cose sue, è in dolo: perchè se usa un'accuratezza straordinaria nel custodire le cose proprie, nel trattare i proprii affari, così facendo dimostra evidentemente di credere indispensabile tanta accuratezza: ora, se la crede tale, il non usarla poi verso il creditore lo costituisce in mala fede. L'*autorità del diritto romano e dei moderni scrittori viene in conferma del nostro principio* ecc.». Qui di passaggio osserveremo che male, come già sappiamo (vedi sopra in questo stesso paragrafo alle note *q* ed *u*) il Giorgi invoca l'autorità del diritto romano in tale questione: anzi i più recenti scrittori romanisti (Pernice, Dernburg, Burckhardt, Regelsberger, Perozzi, vedi note sopra cit.), per non citare altri più antichi (Glück, Höpfner, Gensler, Holzschuher, vedi nota *u*) sono contrarii all'opinione da lui abbracciata. Anche il Chironi (*Colpa contrattuale*, num. 54 pag. 51) ritiene che la diligenza in concreto non costituisca un' attenuante nella prestazione della colpa, ma possa essere superiore alla diligenza che è di regola richiesta. Secondo il Chironi infatti «la legge nel disporre un grado speciale di diligenza relativamente al deposito, è partita non dal concetto di diminuire la entità della diligenza preveduta in genere per le obbligazioni, ma dalla natura particolare del contratto, dai rapporti del depositario verso il deponente. La diligenza *in concreto* può essere superiore a quella comunemente voluta, eppure la si deve del pari; quale controsenso se davvero la legge avesse inteso ad una diminuzione! ». In conformità vedi pure: Polacco, *La* culpa in concreto *nel vigente diritto civile italiano*, Padova 1894. — Filomusi-Guelfi, *Lezioni sulle obbligazioni*, 1893-94 (lit.). — Mattei, op. cit. all'art. 1843 num. 3. — Landucci nell'*Arch. Giuridico* del Serafini, vol. XXXIV (1895) p. 91 ann. 14.

La contraria opinione, che a noi pare più conforme a verità, è con grande chiarezza esposta dal Pacifici-Mazzoni (op. cit. V3 p. 435), e sostenuta con validi e convincenti argomenti dal Simoncelli (*Contributo alla teoria della custodia nel diritto civile italiano* nella *Riv. ital. per le scienze giur.*, XIV (1892) pag. 3 e seg.) e dal Perozzi (*La* culpa in concreto *nel diritto civile*, nella *Temi Veneta*, XIX (1894) pagina 478 e segg.).

responsabilità maggiore, ma anche quando ha chiesto spontaneamente di prendere in deposito le cose altrui [78]) [w]) (*Vedi nota e contronota a pag. 326*).

« Se il depositario nella custodia delle cose sue — scrive il PACIFICI-MAZZONI — usi abitualmente cure più diligenti di quelle che suole usare ogni buon padre di famiglia, non è tenuto ad usare nella custodia delle cose ricevute in deposito le cure che gli sono abituali, ma quelle di un accurato padre di famiglia, ecc. ». Questa dottrina che limita il *maximum* della valutazione della *diligentia in concreto* fino a raggiungere la *diligentia* del *bonus p. f.*, e che, come abbiamo detto, sembra a noi preferibile all'altra, si fonda principalmente su queste ragioni:

1. Un argomento logico. La teoria del GIORGI e del CHIRONI riporterebbe nel nostro diritto quella tripartizione della colpa, oggi generalmente rifiutata nel diritto romano, e quasi da nessuno ammessa nel diritto vigente. Oramai si deve ritenere per provato, come osserva giustamente il PEROZZI, che l'idea di una diligenza maggiore di quella ideale del *bonus pater familias*, diligenza che nelle fonti prenderebbe il nome di *diligentia exactissima*, di *diligentia diligentissimi patris familias*, ecc., è completamente estranea al diritto romano non solo, ma alla logica. E, prosegue sempre osservando il citato autore, quando si è arrivati alla diligenza espressa dalla condotta di un uomo serio, intelligente, operoso, onesto, com'è il *bonus pater familias*, non è possibile andare più in là, perchè la qualifica *diligentia b. p. f.* fu trovata e ben trovata precisamente ad esprimere il limite massimo a cui può giungere la diligenza. « Si può pensare che alcuno prenda precauzioni anche maggiori: questo sì. Ma queste precauzioni non sono più espressione di quella tensione di spirito, che si dice diligenza, ma di altre disposizioni psichiche, che si chiamano meticolosità, sospetto, stranezza, ecc. ».

2. I precedenti storici: infatti come sappiamo (v. nota *s* in questo paragrafo) in diritto romano la prestazione della *diligentia quam in suis* era considerata come un'attenuazione della prestazione della *diligentia b. p. f.*

3. La responsabilità, stabilita dalla legge, nella colpa contrattuale ha per iscopo di impedire che una delle parti contraenti sia danneggiata dalla negligenza dell'altra. Ora quando uno si è comportato diligentemente, colla diligenza di un b. p. f. nell'adempimento di un obbligazione, per qual ragione dovrà essere tenuto responsabile per il fatto che nelle cose sue egli suole essere di una diligenza più che meticolosa? Nè la legge nè la logica autorizzano una simile conclusione (Vedi anche le osservazioni fatte pel diritto romano alla nota *u* in questo paragrafo).

La legge, osserva poi il PEROZZI (loc. cit. p. 482), ha voluto favorire il contratto di deposito, perchè occorre che si trovi facilmente chi sia disposto e ricevere un nostro oggetto in deposito, favore questo che non si può rifiutare senza commettere scortesia. Ma tale scortesia diventerebbe previdenza se si interpretasse la legge nella forma rigorosa voluta da alcuni. « Io certo, soggiunge il PEROZZI, non mi assumerei di custodire danari altrui, se anche quando li avessi messi in una eccellente cassa forte, fossi chiamato a rispondere pel solo fatto che i miei li tengo riposti in una cassa forte d'ultimissimo modello ».

4. Nell'art. 1876 (cfr. anche Cod. proc. civ. art. 930 e 603) si dice che il depositario giudiziale *deve usare per la conservazione delle cose sequestrate la diligenza di un buon padre di famiglia*. Ora il caso del depositario giudiziale corrisponde sotto molti riguardi a quello contemplato nell'art. 1844 num. 2 (depositario salariato): si potrebbe perciò dare anche il caso attenendosi all'interpretazione rigorosa del CHIRONI e degli

L. 1 § 35 Dig. *depositi. Sed et si se quis deposito obtulit, idem* JULIANUS *scribit, periculo se depositi illigasse: ita tamen, ut non solum*

---

altri che il depositario semplice dell'art. 1843 si trovasse in una condizione più grave del depositario dell'art. 1876, il che non è affatto conforme a giustizia.

Contro a queste ragioni, alle quali altre per brevità non aggiungiamo, si è opposto:

1) La tradizione del diritto romano e degli scrittori (GIORGI),

2) Il principio logico che è quasi in dolo chi presta nelle cose altrui minore diligenza che nelle proprie. Ma su questi due argomenti che già abbiamo confutati altrove sarebbe superfluo che ci intrattenessimo ancora. — Si è detto inoltre:

3) Che la tesi di chi sostiene la forma attenuata di responsabilità nella *dilig. in concr.* finisce coll'acquistare un carattere immorale perchè dal momento che l'art. 1844 ordina al giudice di applicare la disposizione dell'art. 1843 con maggior rigore nei casi ivi contemplati, se davvero la diligenza del depositario in codesti casi non dovesse mai tenersi al disopra di quella di un b. p. f. vorrebbe dire che l'art. 1843 permetterebbe al depositario di stare al disotto di quella diligenza sempre, anche se nelle sue cose vi sta alla pari; il minor rigore permesso da cotesto articolo rispetto ai casi del 1844 non potrebbe avere altro senso (POLACCO, l. c. pag. 29). A questa obbiezione già aveva implicitamente risposto il PACIFICI-MAZZONI, le cui parole abbiamo più sopra riportate: non si sostiene infatti che se uno è nelle cose sue diligente come un buon padre di famiglia, debba usar minore diligenza delle cose altrui, ma solo che se uno è stato nelle proprie cose di una diligenza meticolosa, non debba essere tenuto responsabile se usò della diligenza ordinariamente richiesta nelle cose altrui.

Rimane ora a vedere che cosa abbia inteso il legislatore prescrivendo un *maggior rigore* per l'applicazione della disposizione dell'art. 1843, nei quattro noti casi contemplati nell'art. 1844.

Il CHIRONI, in relazione alle sue premesse, stabilisce i seguenti principii: 1) Se il depositario è solito ad usare nel custodire le cose proprie una diligenza inferiore alla ordinaria di un buon padre di famiglia, la severità maggiore consisterà nel richiedere un grado di colpa posto tra questi due limiti, e si potrà giungere pure al secondo senza oltrepassarlo; 2) se il depositario adopera la cura ordinaria di un buon padre di famiglia si potrà spaziare fra questo grado e l'altro concernente la cura di un diligentissimo padre di famiglia, applicandolo pure ove ne sia il caso.

Quello che già abbiamo detto crediamo basti a confutare i principii posti dal CHIRONI: qui solo dobbiamo aggiungere che se per caso ci imbattessimo in un *diligentissimo padre di famiglia* (tipo ammesso dal CHIRONI) le disposizioni dell'art. 1844 diventerebbero senz'altro inapplicabili perchè sarebbe umanamente impossibile usare quel *maggior rigore* prescritto dalla legge.

Noi riteniamo pertanto che il *maggior rigore* si debba esplicare nel pretendere dall'obbligato una diligenza superiore in ogni caso a quella che egli adopera nelle cose sue, senza però poter mai oltrepassare i limiti della *diligentia in abstracto:* il giudice spazierà fra questi due confini regolandosi secondo i casi e le circostanze.

Trattandosi di *deposito irregolare* propriamente detto, la questione della responsabilità del depositario per ciò che riguarda la conservazione ed il rischio non ha ragione di esistere perchè la proprietà della cosa passa nel depositario; vedi § 940 nota *h.*

Per la responsabilità degli osti, albergatori, ecc. vedi al tit. *nautae caupones* (IV, 9) di questo Commentario, e più avanti le nostre note al § 945.

dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

Ma qualche volta il depositario è responsabile perfino del caso fortuito [79]).

Ciò avviene:

a) Quando egli si assunse i rischi del caso fortuito mediante contratto [80]) *x*).

b) Quando egli cadde in mora a restituire la cosa, e questa è certo che non sarebbe perita se fosse stata debitamente restituita al deponente, secondo il suo desiderio [81]) *y*).

c) Quando il depositario contro la proibizione del contratto fece

---

[73]) Ant. SCHULTING, *Thes. controv.*, Dec. LIX Th. 9. — THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette*, vol. I § 254. Molti scrittori peraltro affermano che il depositario, il quale si è offerto risponde soltanto della colpa lieve. Vedi MÜLLER, *ad* STRUVIUM, Exercit. XXI Th. 37 nota 1. — FRANTZKIUS, *Comment. ad Digestum*, h. t. num. 95 e LAUTERBACH, *Colleg. th. princ. Pandect.*, h. t. § 31. Ma tale affermazione è completamente distrutta dalla L. 1 § 35 Dig. h. t. Si confronti anche Guil. PROUSTEAU, ad L. 23 Dig. *de reg. iur.*, cap. IX § 12 (in MEERMANI, *Thes.*, tom. III p. 501). — Ulr. HUBERI, *Praelect. ad Inst.*, lib. III tit. 15 § 14.

[79]) Matt. Ben. HERING, *Diss. de casu fortuito a depositario praestando.* — Rostochii 1736.

[80]) L. 7 § 15 Dig. *de pactis.*

[81]) L. 12 § ult., L. 14 § 1, Dig. h. t., cap. 2 X. *de deposito.* — VOET, *Comment. ad Pand.*, h. t. § 7e PROUSTEAU, *ad* L. 23 Dig. *de reg. jur.* cap. XI § 12 e cap. XXVII § 24 e segg. Secondo la L. 12 § ult. Dig. h. t. il depositario deve veramente esser tenuto pel caso in cui la cosa depositata perisca prima della contestazione della lite. Però si deve osservare che questa legge presuppone l'ipotesi che la mora del depositario cominci colla *litis contestatio.* Il che avviene quando il deponente, senza avvertire stragiudizialmente il depositario, lo chiama dinanzi al giudice ed esige la propria cosa. — Vedi Ant. SCHULTING, *Iurisprud. Anteiust.*, pag. 716 tit. XII nota 3. — Io. Andr. FROMMANN, *Diss. de amissione rerum fortuita*, Tubingae 1673 § 15.

---

w) Cod. civ. art. 1844, num. 1 e 4. Cfr. la nota precedente.

x) Cfr. oltre la l. 7 § 15 D. *de pactis*, 2, 14 anche la l. 39 D. *mandati*, 17, 1. Dall'art. 1298 capov. si rileva che anche nel nostro diritto può assumersi convenzionalmente la responsabilità per caso fortuito. Cfr. COVIELLO, *Del caso fortuito* (1895) p. 352.

y) Cod. civ. art. 1845 e 1219.

uso della cosa, commettendo un *furtum usus*, e la cosa in causa di ciò andò a perire [82]) *z*).

d) Quando il depositario vendè dolosamente la cosa affidatagli, sebbene poi la riscatti, con l'intenzione di continuare a tenerla in deposito: in quanto egli è tenuto a rispondere in pena della sua slealtà, se poi la cosa va a perire [83]).

e) Quando il deposito vien fatto a solo vantaggio del depositario, come una specie di mutuo condizionato a determinate circostanze. Per esempio Tizio vuol comprare un fondo, e mi prega di prestargli il denaro, ma non vuole averlo se non quando la vendita stia realmente per andare ad effetto. Io però sono costretto a compiere un viaggio, e quindi depongo la somma nelle mani di Tizio stesso, dandogli facoltà che, se compra il fondo, lo paghi con quella. Allora il depositario è responsabile della perdita del denaro, anche se questa avvenga avanti l'acquisto. Ed è proprio il caso che fa ULPIANO nella l. 3 pr. Dig. *de reb. credit. Si quis nec causam, nec propositum foenerandi habuerit, et tu emturus praedia, desideravis mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, ut praetio uteretur, periculo suo rem habebit* *a*).

Molti scrittori [84]) veramente intendono questa legge nel senso che il depositario non sia responsabile che della colpa lievissima. Ma

---

82) L. 29 pr. Dig. *depositi*, § 6 Ist. *de obligat. quae ex delicto*, L. 3 Cod. h. t., L. 2 Cod. *de condict. furt.* — HOMMEL, *Rhapsod. quaest. for.*, vol. II obs. 268.

83) L. 1 § 25 Dig. h. t.: *Si rem depositam vendidisti, eamque postea redimisti, in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi: quia semel dolo fecisti, cum venderes.* — VOET, *Comm.*, h. t. § 7.

84) V. Andr. FACHINAEUS, *Controvers. iuris*, lib. II cap. 71. — Io. VOET, *Commentar. ad Pand.*, h. t. § 7 e specialmente i glossatori AZONE ed ACCURSIO.

---

z) Cod. civ. art. 1298: vedi PACIFICI-MAZZONI, op. cit. V p. 438.

a) La questione per l'odierno diritto è trattata specialmente dal BORSARI, *Comm.* cit. § 4003.

benchè sia vero che la parola *periculum* è spesso usata in tale significato, come per esempio anche nella surriferita L. 1 § 35 Dig. *depositi* [85]); pur tuttavia la ragione della decisione di ULPIANO, *nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit,* dimostra evidentemente che qui come del resto frequentemente si suol fare, si è voluto usare la parola *periculum* nel senso ordinario di caso fortuito [86]) [b]). Oltredichè il seguente passo di ULPIANO non lascia su ciò alcun dubbio. L. 11 pr. Dig. *de reb. credit. Rogasti me ut tibi pecuniam crederem, ego, cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris; si vendideris puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius, quam venderes utrum mihi, an tibi perierit, quaestionis est? mihi videtur* NERVAE *distinctio verissima, existimantis, multum interesse venalem habui hanc lancem, vel massam nec ne: ut, si venalem habui, mihi perierit; quemadmodum si alii dedissem vendendam; quod si non fui proposito hoc, ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse.*

Fuori di questi casi il depositario di un *depositum irregulare* [c]) non risponde del caso fortuito, a meno che egli stesso non l'abbia causato per propria negligenza [87]).

---

85) Guil. PROUSTEAU, *Recitat.* ad. l. 23 Dig. *de reg. jur.*, cap. IX § 6 (in *Meermann. Thes.*, tom. III p. 497), riporta molte leggi in cui il concetto della parola *periculum* non oltrepassa i limiti della *culpa levissima.*

86) Intendono in questo senso la L. 4 Dig. *de reb. cred.*: Guil. BARCLAIUS, *ad Tit. Pand. de reb. cred.* (in *Thes. Otton.*, tom. III pagina 286). — Guil. PROUSTEAU, *Recitat. ad* L. 23 Dig. *de reg. iur.*, cap. IX § 4. — Io. D'AVEZAN, *Contractuum*, lib. I § 27 (in *Thesaur. Meermaniano*, tom. IV p. 57). — Antonio SCHULTING, *Thes. controv.*, Decad. LIX, Th. 9. — Dan. NETTELBLADT, *Comment. de deposito irregular.* Sect., I cap. IV Membr. III § 53 p. 63 seg. Vedi anche *Scholia Basilicor.* ad lib. XXIII tit. I tom. III p. 241.

87) L. 1 Cod. HERMOGEN, *de deposito.* — *Eum, qui suscepit depositum, dolum, non etiam casum praestare, certi juris est. Cum itaque proponas, ignis vi quaedam cremata de his, quae tibi fuere commendata, nec ullum dolum in subtrahendis rebus adhibitum, Rector provinciae nihil contra juris rationem fieri patietur.* Questa Costituzione degl'impp. DIOCLEZIANO e MASSIMIANO è conservata nella

---

b) Conformemente WINDSCHEID, *Pandette*, II § 378 ann. 6.

c) Intendi *depositum irregulare* in senso lato: cfr. § 940.

Se un depositario in un caso fortuito che lo colpisca abbia salvate le cose proprie e lasciate perire le depositate, nasce tosto il sospetto che egli avrebbe potuto conservare anche queste. Ma siccome nessuna legge gl'impone l'obbligo di conservare ad ogni costo le cose depositate a preferenza delle proprie, così tutto si riduce a vedere, se nell'aver trascurato di salvare queste cose in deposito, egli sia imputabile di una colpa grave o no. Se egli può provare, che con quel grado di diligenza che gli era imposto dalla natura del contratto non gli fu possibile di salvare le cose depositate insieme alle proprie deve essere sciolto da ogni responsabilità [88]) [d]). Molti veramente sono di diversa opinione [89]) e stabiliscono il principio, che se un contraente può mettere al sicuro o solo le cose proprie o solo quelle che egli ha in custodia, egli deve salvare a preferenza queste ultime. Altri poi fanno una distinzione per il caso in cui le cose depositate abbiano un valore maggiore di quelle salvate di proprietà del depositario, o no, e fanno responsabile del

---

Collatio Legg. Mosaicarum et Romanor. tit. 10 in Ant. SCHULTING, *Jurisprud. antejust.* p. 769. Non si trova nel Codice giustinianeo, ma vi è una costituzione anche più antica dell'imp. ALESSANDRO ed è la seguente L. 1 Cod. h. t.: *Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierint: detrimentum ad heredem ejus, qui depositum accepit, qui dolum solum et latam culpam (si non aliud specialiter convenit), praestare debuit, non pertinet.*

88) V. Crist. Wilh. WEHRN, *Doct. iuris explicatr. principior. damni praestandi,* cap. IV § 13 ed EMMINGHAUS, ad COCCEJI, *jus civ. controvers.* h. t. qu. 12 nota 9.

89) Io. VOET, *Commentat. ad Pand.,* lib. XIII tit. VI § 4. — Christ. THOMASIUS, *in Diss. de usu pract. doctrinae difficillimae Jur. Rom. de culpae praestatione in contract.* cap. I § 51. — THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette* vol. I § 254 num. V.

---

d) Per il dir. rom. cfr. HOLZSCHUHER, *Theorie,* ecc. cit. III § 271 num. 12. — Noi crediamo che la dottrina sostenuta dal GLÜCK si possa accogliere anche per il nostro diritto: essa è perfettamente conforme ai principii da noi accolti in rapporto alla responsabilità del depositario (vedi nota *v* in questo stesso paragrafo).

Il MIRABELLI (op. cit. p. 257), che viene a una conclusione un po' diversa, pare che ammetta che il perimento della cosa avvenga sempre per caso fortuito: il che non ci sembra perfettamente esatto.

danno il depositario nel primo caso, ma non nel secondo [90]). Ma nè l'una nè l'altra opinione concordano colle leggi. La l. 5 § 4 Dig. *commodati* parla soltanto del contratto di comodato, per il quale vale lo speciale principio che il commodatario deve usare la massima diligenza nella custodia delle cose ricevute [91]); in causa di che nel pericolo egli deve preferire di salvar quelle anzi che le proprie. Ma come applicare questo principio al depositario [92])? Il cap. 2 X. *de deposito*, invece dice soltanto: *Bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis existentibus depositas amisisti*, da cui consegue che il depositario è obbligato a provare soltanto che con quel grado di diligenza che si poteva esigere da lui secondo la natura del contratto non fu possibile di salvare le cose in deposito, insieme alle proprie. *Praesumptio enim probationem contrarii admittit* [93]), come giustamente osserva il LEYSER [94]). Ma non se ne può dedurre affatto che il depositario secondo la natura del contratto, sia obbligato, come il commodatario, a conservare le cose altrui a preferenza delle proprie [95]).

Quando si tratta di un deposito irregolare, che si converte in un altro contratto, bisogna distinguere se mediante la concessione dell'uso la proprietà delle cose passa nel depositario o no.

Nel primo caso non si può far questione di *praestatio doli aut culpae:* il depositario sopporta il caso fortuito nella sua qualità di proprietario *e*).

Nel secondo caso invece si deve decidere a seconda del grado di colpa che uno è tenuto a prestare in base alla natura del contratto

---

90) Jo. BRUNNEMANN. *Commentar. ad Pandectas,* ad L. 32 h. t. num. 9. — COCCEJI, *Iur. civ. controv.*, h. t. qu. 12.

91) L. 1 § 4 Dig. *de oblig. et act.: Is, qui utendum accepit, exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur.*

92) Riconosco qui di aver forse troppo insistito nell'affermazione riportata sopra al § 855 parte XIII sul dovere del commodatario.

93) Cap. ult. in fin. X, *de praesumpt.*

94) *Medital. ad Pand.* vol. III Specim. CLXXVI, medit. 7.

95) Vedi WALCH, *Introd. in controv. jur. civ.*, Sect. III cap. IV membr. 5 subs. 11 § 3.

---

e) V. in questo stesso paragrafo la nota *v* in fine (pag. 325).

in cui si è convertito il deposito a causa della concessione di usare la cosa [96]).

Se la cosa è perita o si è guastata per dolo o colpa lata del depositario, questo è tenuto non solo per tutto l'interesse, ma si può anche far valutare al depositante il danno mediante giuramento [97]).

Il depositario deve pagare gl'interessi al deponente anche in altri casi, come quando trattandosi di un deposito di denaro egli è caduto in mora nel restituirlo [98]) *f*), o lo ha usato a proprio vantaggio senza consenso del deponente [99]) *g*). Fuori di questi casi però non possono

---

96) NETTELBLADT, *Commentat. de deposito irregulari*, sect. I c. IV membr. III § 52 segg.

97) L. 1 § 26 Dig. h. t. *In depositi quoque actione in litem juratur.* — WERNHER, *Select. Observat. forens.* tomo I parte IV obs. 51 numeri 303 e 359.

98) L. 25 § 1 Dig. h. t.; L. 2 Cod. *eod.* — V. COCCEJI, *Jus. civ. controv.*, h. t. qu. 10.

99) L. 3 Cod. h. t. *Si depositi experiaris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis: cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actionem non facias obnoxium. Si quidem, qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit.* Questo caso si comprende anche nella L. 4 Cod. *eod.* — *Si deposita pecunia is, qui eam suscepit, usus est, non dubium est, etiam usuras debere praestare.* — V. Hug. DONELLUS, *Comment.* ad L. 3 e 4, Cod. h. t. pagina 253 e segg. — VOET, *Comment. ad Pand.*, h. t. § 6.

---

f) Cod. civ. art. 1852 cap.: « Egli (il depositario) non è debitore di alcun interesse del denaro depositato, se non dal giorno in cui fu costituito in mora a farne la restituzione ». V. LAURENT, op. e vol. cit. num. 111 p. 129.

g) Nel nostro Codice, come nel francese, non esiste espressa disposizione in proposito. Perciò alcuni scrittori argomentando per analogia dalle disposizioni degli art. 1710 e 1750 Cod. civ. hanno sostenuto che il depositario fosse tenuto a pagare gli interessi del denaro usato senza permesso a partire dal giorno dell'impiego fattone: così PACIFICI-MAZZONI, op. cit. V³ p. 410. — BORSARI, op. cit. § 4009. — MATTEI, op. cit. all'articolo 1852. — DURANTON, op. cit., XVIII num. 53. — AUBRY ET RAU, op. cit. § 403. — PONT, op. cit. num. 468. — TROPLONG, op. cit. num. 104, ecc.

Noi non crediamo però che nel nostro diritto possa trovare applicazione il principio sancito dal diritto romano. Infatti nell'art. 1852 è detto espressamente che *il depositario del denaro non è debitore di alcun interesse, se non dal giorno in cui fu costituito in mora a farne la restituzione.* Ora all'art. 1223 sono stabiliti i modi coi quali il debitore viene a trovarsi in mora: nè fra questi si può arbitrariamente porre per analogia del mandato e della società (casi specialissimi pei quali appunto si è creduto di mettere apposita disposizione) il fatto del depositario che converte in proprio uso il denaro ricevuto in custodia. Cfr. in questo senso: MIRABELLI, op. cit. p. 263 seg. — RICCI, op. cit., IX num. 236. — LAURENT, op. cit. XXVII num. 112. — DUVERGIER, *Du prêt*, num. 470.

mai esigersi gl'interessi del denaro depositato, salvo il caso che mediante un deposito irregolare siano stati espressamente pattuiti [100] *h*). Ma che la semplice concessione dell'uso valga a costituire una tacita obbligazione di pagare gl'interessi, come alcuni affermano [1]), ci sembra veramente indimostrabile [2]) *i*).

§ 943.

Come deve farsi la restituzione della cosa depositata? In che misura è responsabile il depositario per le cose consegnategli in un recipiente chiuso?

Il depositario è obbligato a restituire in natura quel che egli riceve in custodia [3]) *j*) e solo per il deposito irregolare di una quan-

---

[100]) L. 24 in fin., L. 26 § 1 Dig. h. t., L. 28 Dig. *eod.*

[1]) V. Casp. Achat. Beck, *Diss. de usuris ex deposito praestandis,* Jenae 1722 §§ 14 e 15. Ma le sue ragioni non sono molti convincenti. Netteldbladt, *Comment. de deposito irregulari,* § 48 p. 49 seg. le ha diffusamente combattute. — V. anche Emminghaus ad Cocceji, *jus civ. controversum,* h. t. qu. 10 nota *p* e Walch, *Introduct. in controv. jur. civ.,* Sect. III capo IV membr. II subs. II § 6.

[2]) La L. 24 D. h. t. prova il contrario: Ivi Papiniano dice: *Sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras, ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit: si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.*

[3]) L. 1 § 5 Dig. *de obligat. et action.*

---

h) V. § 940 note *c* e *h* pag. 302 e 312.

i) V. § 940 nota *d* pag. 307.

j) I principii che regolano la restituzione della cosa depositata possono anche nel nostro diritto venire raggruppati nella maniera che segue:

1) Cose che devono essere restituite;
2) Persone alle quali si deve fare la restituzione;
3) Quando la restituzione dev'esser fatta;
4) Luogo della restituzione;
5) Sanzioni contro il depositario infedele;
6) Cessazione delle obbligazioni del depositario.

In questa nota ci occuperemo brevemente della materia del numero 1) e di parte di quella del 2), che troverà il suo completamento nelle note al § 947 (Rapporti giuridici di più deponenti o di più depositari, o di più eredi d'un deponente o d'un de-

tità questa regola soffre eccezione, dovendosi allora restituire soltanto

---

positario); rinviando pei numeri 3), 4), 5) al seguente § 944 e pel 6) al § 944 e al § 946.

1) Della *restituzione della cosa* tratta in genere oltre l'art. 1835, già da noi commentato altrove (§ 938 nota *h*) anche l'art. 1848 dove è detto che *il depositario deve restituire l'identica cosa che ha ricevuto.*

Quid se si tratta di cosa fungibile data in deposito come tale? Vedi § 940 e relative note, nonchè la nota di questo paragrafo *k*.

Vi sono dei casi in cui il depositario è tenuto a restituire semplicemente il prezzo della cosa o altro equivalente (1850. 1851), vale a dire:

α) Se la cosa è stata tolta al depositario per forza maggiore (per es. requisizione militare) ed egli ha ricevuto in luogo di quella una somma di danaro o qualche altra cosa, deve restituire ciò che ha ricevuto.

β) Può avvenire che l'erede del depositario abbia venduto in *buona fede* la cosa che egli ignorava essere depositata: allora è obbligato a restituire il prezzo ricevuto, o a cedere la sua azione verso il compratore nel caso che il prezzo non gli sia stato pagato.

Il depositario non è tenuto a restituire la cosa depositata che in quello stato in cui si trova al tempo della restituzione: egli non risponde dei deterioramenti avvenuti senza sua colpa (art. 1849; cfr. le note ai §§ 941 e 942); ma è tenuto a restituire i frutti che la cosa depositata avesse prodotto e che fossero stati da lui riscossi (articolo 1852); salvo che si tratti di denaro (vedi le note *f* e *g* ai §§ 941 e 942).

2) A *quale persona* deve essere restituito il deposito?

Per regola non può essere restituito che al deponente o ai suoi eredi (1853); però se è stato fatto a nome di un terzo deve essere restituito a questo o ai suoi eredi. Così se il deponente abbia indicato la persona che dovea ricevere il deposito, il depositario sarà liberato colla consegna della cosa a questa persona; purchè il deponente non abbia rivocato il mandato o non sia morto prima che fosse eseguito (1855 princ.), nel qual caso la restituzione dovrà farsi agli eredi, quand'anche il deponente avesse stabilito che la cosa depositata dovesse essere restituita ad una terza persona dopo la sua morte (Duvergier, op. cit., XXI num. 483. — Troplong, op. cit., num. 146 e seg. — Aubry et Rau, op. cit., § 403. — Mirabelli, op. cit. num. 15 — Borsari, op cit., § 4011, A).

Sulla restituzione da farsi a più eredi cfr. § 947.

Se per avvenuto cambiamento di stato il deponente ha perduto l'amministrazione dei suoi beni dopo il deposito, questo non può restituirsi se non a colui che ha l'amministrazione dei beni del deponente (art. 1856). Se per lo contrario il deposito è stato fatto dal tutore o da un altro amministratore in tale qualità, e la sua amministrazione è finita al tempo della restituzione, questa non si può fare che alla persona già rappresentata o al nuovo rappresentante (art. 1857). La donna maritata nella stessa maniera che può fare, per ciò che riguarda i beni parafernali, depositi senza l'autorizzazione del marito (confronta § 938 nota *u*) così ha diritto ad averne senz'altro la restituzione.

Infine il depositario non può pretendere che il deponente provi di essere proprietario della cosa depositata. Ciò non ostante, se scopre che la cosa è stata rubata e chi ne è il vero padrone, deve denunziare a questo il deposito fatto presso di sè, intimandogli che lo reclami in un determinato e congruo termine, salve le disposizioni del Codice penale. Se quegli a cui fu fatta la denunzia è negligente nel reclamare il deposito, il depositario è validamente liberato colla consegna del deposito a colui dal quale l'ha ricevuto (art. 1854).

cose di egual natura è bontà di quelle depositate [4] *k*). Ma se col decorrere del tempo avvenne un cambiamento di moneta, trovano applicazione quei principî che abbiamo esposti più sopra [5] rapporto al mutuo [6] *l*).

Se venne depositata una cesta con degli oggetti, chiusa e sigillata, il depositario deve restituire non solo la cesta, ma anche le cose in essa contenute, senza distinzione se egli sapesse quali esse fossero o no. TREBAZIO veramente era d'opinione che, perchè potesse esigersi la restituzione di queste cose mediante l'*actio depositi* dovessero prima esser mostrate al depositario, e quindi chiuse in suo cospetto dal deponente entro la cesta. Ma LABEONE rigettò giustamente una tale opinione per la ragione che chi deposita la cesta, deposita evidentemente anche le cose che contiene, e in ciò convenne anche ULPIANO, come si rileva dal seguente frammento:

L. 1 § 41 Dig. h. t. *Si cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur, an et species comprehendendae sint? Et ait* TREBATIUS *cistam repetendam, non singularum rerum depositi agendum; quod et si res ostensae sunt, et sic deposita, adiicendae sunt et species vestis* [7]). LABEO *autem ait, eum qui cistam deponit, singulas quoque res videri deponere; ergo et de rebus agere eum oportet. Quid ergo si ignoraverit is, qui depositum suscipiebat, res ibi esse? Non multum facere, cum suscepit depositum. Ego et rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit.*

Ma questa legge non risolve esplicitamente la questione in qual misura il depositario sia responsabile delle cose racchiuse nella cesta

---

[4]) V. NETTELBLADT, *Commentat. de deposito irregulari*, §§ 56 e 57.

[5]) V. questo *Commentario*, lib. XII tit. 1 § 783.

[6]) NETTELBLADT, loc. cit. § 58.

[7]) Il nostro manoscritto delle Pandette ha: *quod et si res ostensae sint, et species, et vestes, et sic depositae : adjiciendae sunt et species et vestes.* Così, presso a poco anche HALOANDER.

---

k-l) Vedi § 940 e relative note. — L'art. 1849 cap. Cod. civ. così dispone: « Un deposito di danaro quando in conformità dell'art. 1846 il depositario ne avesse fatto uso, deve restituirsi nelle medesime specie in cui fu fatto, *nel caso tanto d'aumento che di diminuzione del loro valore* ». In modo diverso per il *mutuo* provvede invece l'art. 1821 Cod. civ

depositata, e quindi è necessario ricorrere ai principî comuni. Perciò se il deponente afferma che mancano delle cose che dovevano trovarsi nella cesta sigillata, egli deve anzitutto provarne l'esistenza, non avendole mostrate al depositario al momento di chiuderle nella cassa. Quindi il depositario non è responsabile di queste se non quando sia reo di dolo o colpa grave, che debbono esser provati dal deponente. *Qui enim dolum dicit factum aliquid,* dice ULPIANO nella l. 18 § 1 Dig. *de probat., docere dolum admissum debet,* e in materia di dolo deve sempre usarsi un'interpretazione restrittiva [8]). Però secondo l'opinione comune dominante nella pratica si ritiene che se il depositario restituisce aperta la cesta che gli era stata consegnata sigillata, nasce contro di lui un sospetto di colpa, e al deponente può esser concesso di provare, mediante giuramento, che gli sono mancate delle cose [9]). Ma questo presupposto non trova fondamento nella legge, la quale invece presuppone ciascuno onesto fino a prova contraria; ora la rottura di una cesta sigillata, avvenuta per violenta apertura, non può a stretto rigore dar luogo alla supposizione che ne sia stato autore appunto il depositario [10]) *m*). Ma anche volendo ammettere tale opinione, si dovrebbe dare al depositario il modo di sottrarsi al sospetto formato contro di lui; e se egli fosse uomo di provata e conosciuta onestà, da cui non ci sia da temere uno spergiuro, dovrebbe senz'altra prova essere ammesso al giuramento purgativo, anzichè deferire il giuramento supplettivo al deponente [11]) *n*).

---

[8]) L. 6 Cod. *de dolo malo.*

[9]) MEVIUS, parte IX decis. 55. — VOET, *Commentat. ad Pand.*, lib. IV tit. 9 § 8. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.*, h. t. § 13. — MENOCHIUS, *Arbitr. judic. quaest.* Centur. III. Cas. 208 num. 26. — BERGER, *Oecon. iuris* lib. III tit. 2 Th. 13 nota 1. — THIBAUT, *Sistema del dir. delle Pand.* vol. II § 892.

[10]) V. COCCEJI, *Jus civ. controv.*, h. t. qu. 5. — EMMINGHAUS *ad Eundem*, not. *h.* — GRIESINGER, *Commentario al diritto territoriale Wirtemb.* vol. I § 55 p. 99 seg.

[11]) V. STRYK, *Us. mod. Pand.*, h. t. § 5.

---

m-n) La teoria di diritto comune, alla quale accenna il GLÜCK, si fondava specialmente sulle l. 1 § 26 D. h. t. e l. 9 C. *unde vi*, 8, 4 (per analogia). Essa però veniva

§ 944.

Il depositario non può, sotto alcun pretesto, sottrarsi alla restituzione della cosa.

Per ultimo la restituzione della cosa depositata deve farsi *in qualunque tempo*, ad ogni semplice richiesta del deponente, nè il depo-

---

generalmente esposta in maniera meno assoluta di quello che è riferita nel testo, come si può vedere riscontrando alcuni degli autori dal GLÜCK stesso citati (nota 9): fra questo il MENOCHIO ad esempio, fissa sette importanti limitazioni al principio del giuramento deferibile al depositante (*De arb. iudicum quaest. et causs.* lib. II cent. III casus CCVIII. Il BRUNEMANN (*Comm. in Pand.* ad l. 1 § 41 h. t.) riassumendo poi la dottrina dei suoi predecessori pone le seguenti condizioni per la delazione del giuramento:

1) che il deponente sia di tal condizione che la sua asserzione appaia verosimile (infatti leggesi nella l. 9 Cod. cit.: *taxatione a iudice facta pro personarum et negotii qualitate*);

2) che sia provato il dolo o la colpa lata del depositario, salvochè — come soggiunge il FRANTZKE (*Comm.* 64 e seg.) non consti che la cesta era stata mal chiusa, o che il depositario provi che non era stata chiusa, o non gli era stata consegnata, o quelle tali cose non vi erano state poste, ecc. (Cfr. su ciò oltre gli autori citati dal GLÜCK nella nota 9 anche: MASCARDUS, *Conclusiones de prob.*, conc. 531 num. IV e 508. — MANTICA, *De tacitis et ambiguis conventionibus*, l. X cap. 5 num. 4. — CARPZOVIUS, lib. 2 resp. 69 num. 9, 10, ecc.

La dottrina del diritto comune è stata in complesso accolta dal Codice austriaco, nel quale (§ 960) si dispone che se le cose furono date in deposito rinserrate o sigillate, ed in progresso fu lesa la serratura o il sigillo, il depositante che pretende che manchi qualche cosa è ammesso a giurare il suo danno, per quanto, avuto riguardo alla sua condizione, professione, facoltà e ad altre circostanze, sia verosimile, a meno che il depositario non possa provare che la lesione del sigillo o della serratura sia avvenuta senza sua colpa.

Nel nostro Codice si trova una disposizione più generica all'art. 1847; il depositario — ivi è detto — non può in alcun modo tentare di scoprire le cose depositate presso di sè, quando gli sono state affidate in una cassa chiusa, o in un involto suggellato. È chiaro che dalla violazione di questa norma discende l'obbligo del depositario di risarcire i danni che eventualmente fossero avvenuti.

Nel nostro diritto invece non si trova traccia della presunzione, contro il depositario ammessa nel diritto comune e nel Codice austriaco. Perciò si dovranno applicare i principii generali. Così il depositario dovrà provare che l'apertura o la rottura dei sigilli non è avvenuta per fatto proprio o negligenza, ed il deponente la preesistenza delle cose che asserisce aver trovate mancanti. Qualora il depositario non riesca nella prova, la rottura è certamente una grave presunzione, che il giudice dovrà apprezzare secondo le norme dell'art. 1354 Cod. civ.; egli potrà altresì deferire il giuramento suppletorio ed estimatorio ad una delle parti tenendosi nei limiti prescritti dalle nostre leggi (articolo 1374 e seg. — Confr. LESSONA, *Teoria delle prove*, II pag. 380 e seg.).

sitario può rifiutarvisi sotto alcun pretesto senza incorrere nell'imputazione di dolo *o*), salvochè il restituirla immediatamente gli sia assolutamente impossibile; perocchè anche qui possono darsi dei casi di legale discolpa, come si rileva dal seguente importante passo di ULPIANO.

L. 1 § 22 D. h. t. *Est autem et apud* JULIANUM *libro XIII Digestorum scriptum, eum, qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat.* MARCELLUS *autem ait, non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat. Quid enim, si in provincia res sit; vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? vel conditio depositionis non extitit?*

In questi casi quindi il depositario, anche se non restituisce immediatamente la cosa, resta scusato e non incorre nell'imputazione di dolo. MARCELLO annovera fra tali casi quello in cui non esista una condizione di deposito, e per ciò ordinariamente s'intende l'ipotesi di un sequestro [12]) *p*). Ma manca veramente una ragione sufficiente per ammettere questa ristretta interpretazione, ed è facile invece il riconoscere come il deposito molte volte avvenga realmente sotto condizione e questa sia obbligatoria per il deponente. Un caso di questa specie lo rammenta ULPIANO nella surriferita L. 4 pr. Dig. *de reb. cred.* [13]).

Varie eccezioni poi si hanno pel deposito irregolare *q*).

a) Anzitutto se viene depositata una cosa fungibile colla espressa o tacita convenzione che non si restituirà che il *tantundem*, il depositario, se ha usato del denaro, come qui gli è permesso, potrà non

---

[12]) BACHOVIUS ad TREUTLERUM, vol. I disput. XXVI Th. I lit. *G.* — HAHN ad WESENBECIUM, h. t. num. 7. — LAUTERBACH, *Colleg. Thes. pr. Pand.* h. t. § 17. — COCCEJI, *Jus civ. controv.*, h. t. qu. 6. — POTHIER, *Pand. Iustin.*, tom. I h. t. num. XVIII nota *a*.

[13]) V. NETTELBLADT, *Comm. de deposito irregulari*, § 61 p. 76.

---

o) Cfr. Cod. civ., art. 1860.

p) V. avanti § 948.

q) Intendasi deposito irregolare in senso lato. Cfr. § 940.

esser tenuto a restituirlo immediatamente, ogniqualvolta piaccia al deponente di richiederglielo, ma avrà diritto, secondo il prudente arbitrio del giudice, ad avere una dilazione, almeno per il tempo necessario a radunarlo di nuovo [14]). *Quod enim dicimus* — osserva PAOLO nella l. 105 Dig. *de solut.* — *debere statim solvere, cum aliquo scilicet temperamento temporis intelligentum est, nec enim cum sacco adire debet* *r*).

b) Così se anche la cosa depositata non è fungibile, ma è stato concesso al depositario un uso determinato di essa [15]) *s*). Ma fuori di questi casi rimane sempre la regola che GIUSTINIANO rammenta ancora nella l. 11 Cod. h. t.: *Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur.* E questa regola trova luogo anche quando nel deposito sia stato stabilito un tempo determinato per la restituzione [16]), perocchè nel dubbio si ritiene che questa determinazione di tempo sia stata fatta a solo vantaggio del deponente, affinchè il depositario non possa per avventura restituire la cosa in epoca inopportuna [17]) *t*).

Dalla necessità di questa restituzione, che non può esser negata sotto verun pretesto, consegue:

---

[14]) NETTELBLADT, *Comment.*, cit. § 60.

[15]) STRYK, *de caut. contract.* sect. II cap. 3 § 11. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.*, h. t. § 17. — NETTELBLADT, loc. cit. § 61 pag. 77. — EMMINGHAUS ad COCCEJI, *jus civ. controv.*, h. t. qu. 6 nota *k*.

[16]) L. 1 § 45 e 46 Dig. h. t.

[17]) VOET, *Comm. ad Pand.*, h. t. § 9. — Sam. de COCCEJI, *Jus civ. controv.*, h. t. qu. 6 e WALCH, *Introd. in controv. jur. civ.*, sect. III cap. IV membr. I subs. II § 4 p. 529.

---

r) Qui non pare veramente che si tratti di una vera e propria eccezione al principio dell'immediata restituzione: si accorda solo il termine che la natura della prestazione rende necessario. PAOLO infatti dice che si deve dar tempo al debitore di andare a prendere il danaro: *nec enim cum sacco adire debet.*

Nell'odierno diritto non si fa distinzione quanto all'obbligo dell'immediata restituzione, fra deposito regolare e irregolare (§ 940 nota *h*): cfr. art. 1860.

s) L'opinione qui espressa dal GLÜCK, e sostenuta da alcuni autori di diritto comune, ma che noi crediamo contraria all'indole del contratto di deposito, si fonda sulla semplice analogia della l. 17 § 3 D. *Comm.* 13, 6.

t) Cfr. Cod. civ., art. 1860

a) Che il depositario non può mai opporre al deponente, quando questi gli ricerchi il deposito, *eccezione di compensazione* [u]). Ciò si comprende veramente da sè, quando si tratti d'una cosa depositata in ispecie, e che venga appunto ridomandata in natura, ma la stessa regola vale anche allorchè viene richiesto il valore della cosa, o fin da principio si convenne espressamente o tacitamente che avrebbe dovuto restituirsi il *tantundem*, perocchè le leggi non fanno intorno a ciò alcuna distinzione [18]), come già in altro luogo [19]) abbiamo osservato [v]). Ben diversa sarebbe la cosa se si trattasse di un deposito irregolare, il quale si converta in un altro contratto che ammetta l'eccezione di compensazione; come per esempio se il deposito in causa della concessione dell'uso della cosa si fosse convertito in un mutuo o in un commodato [20]); poichè allora si estinguono anche i privilegi del deposito [21]).

b) Il depositario non può opporre al deponente neppure l'eccezione che un terzo gli abbia impedito di restituire la cosa [22]). Veramente secondo la l. 11 § ult. Cod. h. t. il depositario potrebbe esigere dal deponente una sufficiente cauzione a guarentigia contro le

---

[18]) § 30 *Istit. de actionib.*; L. ult. Cod. *de compensationib.*, L. 11 Cod. *depositi.*

[19]) V. il tit. *de compensationib.*, § 930, e Nic. Christph. Lyncker, *Disp. de privileg. depositi*, Th. 17 e 18.

[20]) V. questo *Commentario*, lib. XIII tit. 6 § 857 lett. *d* (Testo ted. vol. XIII p. 465).

[21]) V. Nettelbladt, *Comment. de deposito irregulari*, § 65.

[22]) Confr. sopratutto Lynker, *Disp. de privilegiis depositi*, Th. 33-37.

---

u-v) L. 11 C. h. t. Imp. Justinianus A. Demostheni P. P. *Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti, ei qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur, nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat*, ecc, cfr. inoltre: l. 14 § 1 in f. C. *de compensationibus*, 4, 31; § 30 I. *de act.*, 4, 6.

Sulla compensazione nel deposito vedi: Dernburg, *Die Compensation nach röm. Recht mit Rücksicht auf die neueren Gesetzb.* (La compensazione secondo il diritto rom., ecc.) 1868 p. 514. — Eisele, *Die Compensation* (La compensazione) 1876 p. 351. — Arndts-Serafini, *Pandette*, § 235 ann. 11. Vedi inoltre questo *Commentario*, lib. XVI tit. 2 § 930 p. 117 (testo ted. vol. XV p. 75) e le importanti note del Longo a quel paragrafo.

Per il nostro diritto vale la stessa regola (Cod. civ., art. 1289 num. 2).

pretese del terzo, e, a quel che afferma DONELLO [23]), ritenere anche la cosa fino a tanto che questa cauzione gli venga prestata. Il che s'inferisce dal seguente passo: *Quod si in scriptis attestatio non per dolum vel fraudem fuerit ei, qui depositum suscepit, ab alio transmissa, ut minime depositum restituat; hocque per jusjurandum affirmaverit; liceat ei, qui deposuit, sub defensionis cautela idonea praestita, res depositas quam ocyssime recuperare* GIUSTINIANO però ha non solo assolutamente proibite tali opposizioni e denuncie tendenti a impedire la restituzione di un deposito, ma ha anche comminata una pena per coloro che si permettessero, in contravvenzione alla legge, di simili proteste inibitorie. La nov. 88 cap. 1, che a ciò si riferisce, e che riportiamo nella traduzione di HOMBERG, dice in proposito: *Si quis ab aliquo pecuniam vel alias quasdam res depositi nomine sub quibusdam conditionibus accipiat, illaeque impleantur, omnino illi necesse sit, conditionibus semel impletis, pecuniam vel res restituere, neque ulla plane ratione quibusdam liceat denunciationibus extrinsecus uti, et depositi restitutionem inhibere, cui multa etiam alia privilegia tum ab anterioribus legislatoribus, tum etiam a nobis ipsis data sunt. Licet enim illi, qui restitutionem prohibet, non molestare eum, cui depositum creditum est, illum vero cui pecuniam aut res, de quibus lis est, acceptaturus est, convenire, et jus suum secundum legem consequi; non autem ex hac causa magna damna ei inferat, cui denunciatum est, cogatque eum vel defensiones petere, vel res habere, et ut erga deponentem, neque si velit, gratus esse possit. Si vere tale quid nihilominus fecerit (neque enim sola delictorum prohibitione contentum esse, sed et justum timorem transgressoribus incutere oportet) sive res aut pecunias perire, sive alium quemlibet casum fortuitum existere contigerit, idque probaverit, hoc ad ipsum, qui denunciationem misit, pertineat, et praeterea is, a quo ista denunciatio facta est, usuram pecuniae usque ad tertium centesimae illi praestet, qui sua accipere prohibitus est; non solum si pecunia deposita est, eaque reddi prohibeatur, sed etiam si aliae res depositae sint; ut homines hujus metu a vanis simul et invidiosis ingratisque detentionibus abstineant* [c]) (*Vedi contronota a pag. seg.*).

---

23) Hug. DONELLUS, *Commentar.* ad L. 11 § ultimo Cod. h. t. numeri 11 e 12.

Secondo questa nuova costituzione quindi nessun creditore del deponente può impedire al depositario di restituire il deposito, nè può costringerlo ad esigere, come sostituzione, la prestazione d'una cauzione. Il depositario invece, senza aver alcun riguardo alle proteste e proibizioni del terzo, deve restituire immediatamente la cosa depositata al deponente: ed è solo contro questo che il terzo dovrà rivolgere la sua azione. Ma se nondimeno il terzo, contro la legge e in virtù di un suo preteso credito, faccia tale proibizione, egli deve non solo sopportare il rischio sia del danno che potesse soffrire la cosa, sia della perdita assoluta di essa avvenuta in causa di tale ritardo, ma deve anche pagarne gl'interessi, per maggior risarcimento del deponente in ragione del quattro per cento. CUJACIO [24]), SIPHAN [25]), PEREZ [26]), RITTERHAUSEN [27]) e molti altri affermano veramente che questa nov. 88 non ha interamente abrogata la l. 11 § ult. Cod. h. t., ma vi ha solo aggiunto delle pene determinate. Ma le chiare parole della legge bastano a demolire tale opinione [28]). Però vi è da osservare che la Nov. 88 parla solo delle denuncie o inibizioni fatte da persona estranea, che non vanta alcun diritto sulla cosa depositata, ma si presenta solo come creditrice del deponente [29]). Quindi se il proprietario rivendica la cosa propria, egli può certa-

---

24) *Exposit. Novellar.* ad Novel. 88.

25) *Explanat. difficilior. Legg. Cod. Iust.* ad L. 11 Cod. h. t. parte I, pagina 291.

26) *Praelect. in Cod.*, lib. IV tit. 34 num. 14 e 15.

27) *Jure Justinian.*, P. III cap. I num. 10 p. 142.

28) V. Franc. CONNANUS, *Commentarior. juris civ.*, lib. VII cap. 4 p. 475, *b.* — Pet. GUDELINUS, *Commentarior. de jure novissimo*, lib. III cap. 2 p. 117 e LYNCKER, *Disp. de privilegiis depositi*, Th. 35.

29) Hug. DONELLUS, *Comment.* ad Auth. *Sed iam cautum*, Cod. h. t. num. 2 p. 263 e POTHIER, *Pandect. Iustin*, tomo I h. t. num. XVII nota *b*.

---

w) L'*Authent.* alla l. 11 C. h. t. è così concepita:

Sed iam cautum est, ne quis extrinsecus depositario interdicat depositi restitutionem, qua subsecuta, depositor possidens pulsari poterit ab eo qui interdixit. Si contra factum fuerit, damnum, quodcumque acciderit ei, qui vim passus est, praestabitur ab eo qui interdixit, nec non et tertia centesimae, usurarum nomine, ex quo facta est huiusmodi contestatio, ecc.

mente impedire al depositario di restituirla al deponente [30]). Inoltre la legge parla solo in generale di pretese private e stragiudiziali, quindi non trova applicazione alcuna quando l'autorità faccia sequestrare la cosa depositata [31]) *x*).

c) Ancor meno poi la restituzione della cosa può esser negata sotto pretesto che il deponente non ne sia il proprietario. La lealtà e la fede che si richiedono dal depositario devono esser tali che egli sia obbligato a restituire la cosa anche al ladro o al padrone i quali l'avessero affidata alla sua custodia. Però se si presentasse il vero proprietario della cosa e la ripetesse, essa, per giustizia, dovrebbe esser restituita non a chi l'ha depositata, ma a quegli cui appartiene *y*), come si rileva dal seguente notevole frammento di TREFONINO, l. 31 § 1 Dig. h. t.: *Incurrit hic et alia inspectio, an bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est, nullo extrinsecus adsumto aestimare debeamus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet; exempli loco, latro spolia, quae mihi abstulit, posuit apud Sejum inscium de malitia deponentis, utrum latroni, an mihi restituere Sejus debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is, qui dedit. Si totius rei aequitatem, quc ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur, impletur, mihi reddenda sunt, quo* [32]) *facta scelestissimo*

---

30) L. 9 in fine Dig. *de rei vindic.* — LYNCKER, *Diss.* cit. Th. 36.

31) L. 15 § ult. Dig. *de re iudic.* — Christ. Phil. RICHTER, *Exposit. omnium Authent.* ad Anth. *Sed iam cautum*, Cod. h. t. num. 17 e 18 e LYNKCER, *Diss.* cit. Th. 37.

32) HALOANDER e BAUDOZA invece di *quo* leggono *quae*. — BRENKMANN, nell'edizione di GEBAUER del *Corpus iuris* legge *quod*, che dovrebbe avere il

---

x) La questione esistente nel diritto romano è stata risoluta nel nostro Cod. all'articolo 1860 Cod. civ. (cfr. Cod. franc., art. 1944) dove è disposto che il deposito si deve restituire immediatamente *purchè non siavi presso il depositario un atto di sequestro o di opposizione nei modi stabiliti dalla legge* (cfr. Cod. proc. civ., art. 924 e seg., 611 e seg.). « Il n'importe que l'arrêt soit bien ou mal fondé: quand même il serait évident qu'il est mal fondé, le depositaire ne peut être obligé de rendre la chose, qui a été donnée en dépôt, et qui est arrêtée entre ses mains, jusqu' à ce que celui, qui la lui a donnée ait rapporté la main-levée de l'arrêt ». Così POTHIER, op. cit. numero 59.

y) Cod. civ., art. 1854; vedi § 943 nota *j*.

ademta sunt. Et probo, hanc esse justitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt, qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. Quod et MARCELLUS *in praedone et fure scribit.*

Se però il depositario oppone l'eccezione che la cosa depositata appartiene a lui, occorre vedere se questa sua pretesa può esser tosto resa liquida e certa, o no. In quest'ultima ipotesi il depositario, non ostante la sua eccezione, deve esser costretto alla restituzione della cosa, perocchè se il contratto in sè non offre luogo a dubbio, e presupposto che in base ad esso si richiegga la cosa, il depositario non può cangiare a suo riguardo la *causa possessionis* nè pretendere dal deponente che venga prima completamente svolta la sua eccezione, e che sia dilazionata fino a quel tempo la restituzione della cosa. Egli deve invece in forza del contratto restituire la cosa al deponente, e solo dopochè mediante tale restituzione il rapporto contrattuale sul quale era fondata la sua ingerenza sulla cosa si è estinto, egli può far valere in giudizio il suo preteso diritto di proprietà [33]).

Nel primo caso invece il depositario non può esser costretto a restituire la cosa. Perocchè ciò non sarebbe conciliabile con quella buona fede a cui tutto riconduce TRIFONINO nella legge suesposta, e che, com'egli dice, esige *aequitatem summam* al pari della *justitia, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore petitione*, se il deponente, nonostante il chiaro e dimostrato diritto di proprietà che gli vien contrapposto, volesse insistere sulla restitu-

---

significato di *quia*. Ma più giustamente osserva Ger. NOODT, *Comment. in Dig.* h. t. § *sed revertor*. Tom. II *Oper.* p. 360 che il *quo* deve leggersi piuttosto *quoi* o *cui*, essendo noto come gli antichi molto frequentemente scrivessero *quoi* per *cui*. V. POTHIER, *Pandect. Justin.*, tomo I num. XI nota *a* pag. 452 Hug. GROTIUS, *Flor. spars. ad Jus Justin.*, pag. 161. — HEINECCIO nel *Comment. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam*, lib. III cap. 9 § 7 p. 441 riporta anche un esempio tratto dalla L. 16 § 12 Dig. *ad SCtum Trebell.* nel quale è usato *quo* per *cui*. Concorda con esso Guil. Ott. REITZ, *Adnot. Sparod.* in PÜTTMANN, *Opusc. jurid. ex Observat. miscellan. Batav. in unum volumen collect.*, p. 156.

[33]) V. Ad. Dietr. WEBER, *Contributo alla teorica delle azioni ed eccezioni giudiziarie*, part. 2 e 3 num. 14 p. 89 e seg.

zione della cosa. In questo caso la legge considera la pretesa del deponente come un cavillo che deve essere assolutamente reietto. *Dolo facit* — dice PAOLO, L. 8 Dig. *de doli mali et met. except.* — *qui petit, quod redditurus est.* E invero se la proprietà del depositario è liquida e certa, tutto il fondamento dell'azione viene a mancare, perchè come insegna ULPIANO nella L. 45 pr. Dig. *de div. reg. jur.* un *depositum rei suae* è di per sè impossibile.

Pur tuttavia un nostro celebre civilista [34]) afferma che il depositario non potrebbe sottrarsi alla restituzione della cosa neppure mediante l'eccezione di proprietà, per liquida che sia. La l. 31 § 1 Dig. h. t., veramente non parla che del caso in cui il proprietario della cosa abbia che fare con un ladro o con un predone; ma però che anche quegli il quale ha ricevuto in deposito inscientemente una propria cosa non debba esser tenuto a restituirla, non solo lo afferma TREFONINO poco dopo nello stesso frammento, come già osservò il grande Ugo GROZIO [35]), ma lo conferma anche GIULIANO nella l. 15 Dig. h. t. che abbiamo altrove riportata [36]). Par quindi impossibile che GIUSTINIANO nella l. 11 pr. Cod. h. t. abbia voluto ordinare il contrario.

Se anche si vuole comprendere sotto le parole *quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam practendens*, il caso in cui il depositario pretenda alla proprietà della cosa depositata, questo rescritto, ove, contro i più noti principî di diritto, non stia in contraddizione a sè stesso (tenuto conto delle parole, *ut non contractus, quia ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur*), non troverebbe applicazione che quando la pretesa proprietà fosse ancora illiquida. *Quia,* dice TREFONINO nel passo surriferito, *non est ex fide bona* (e perchè allora deve esser trattato diversamente il deponente, il quale, nonostante la indubbia e dimostrata proprietà della cosa da parte del depositario, ne pretende tuttavia la restituzione?) *rem suam dominum praedoni restituere compelli.*

---

34) THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette*, vol. II § 892. Ma vedi pure WEBER, *Contributo* cit. P. 2 e 3 num. 14 p. 100 e seg.

35) *De jure belli ac pacis*, lib. II cap. 10 § 4.

36) V. sopra § 939 p. 296 (Testo ted. vol. XV pag. 149).

Nec ex jure gentium consistet depositum, cujus haec est potestas, ut alii, non domino, sua ipsius res, quasi aliena, servando detur [z]).

d) Finalmente nel deposito non trova luogo il diritto di ritenzione propriamente detto, vale a dire che il depositario anche se è creditore del deponente non ha alcuna facoltà di non restituire la cosa fino a tanto che non sia soddisfatto del suo credito. La l. 11 Cod. h. t. dice espressamente: *cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur.* E qui sorge la questione molto combattuta, se il depositario cioè possa esercitare il diritto di ritenzione della cosa depositata in causa delle spese necessarie per essa erogate. Molti giureconsulti [37]) non esitano in tal caso a concedere al depositario questa facoltà, e la loro opinione è veramente appoggiata da rilevanti argomenti.

1) Resulta dalla ragione stessa della legge, si osserva, che la prescrizione della medesima non può applicarsi al caso presente, perchè la ritenzione che il depositario eserciti in causa delle spese necessarie eseguite, trova il suo fondamento sulla cosa stessa. Perocchè mediante queste spese la cosa depositata, che altrimenti sa-

---

[37]) BACHOV, *Notae et Animadvers, ad* TREUTLERUM, vol. 1 disp. XXVI Th. 5 lett. *B* e *C.* — VINNIUS, *Select. juris Quaest.*, lib. I cap. 51. — WISSENBACH, *Exercit. ad Pandect.*, vol. I disp. XXXI Thes. 51. — STRUV, *Synt. juris civilis*, Exercit. XXI Th. 44 e MÜLLER, ad STRUVIUM, COCCEJI, *Jur. civ. controv.*, h. t. qu. 13. — LYNCKER, *Disp. de privilegiis depositi*, Th. 24. — Matth. Ben. HERING, *Diss. de retentione in deposito licita*, Rostochii, 1741 § 23 e 24. — BOEHMER, *Doctrina de actionibus*, sect. II cap. 8 § 29 e CARRACH, *Adnotationes* ad BOEHMER, p. 307. — WESTENBERG, *Princip. jur. sec. ord.* Dig. h. t. § 33. — Ge. Lud. BOEHMER, *Diss. de iure retentionis*, § 8 (in *Elect. iuris civ.* tom. II p. 628 seg). — Frid. Gottl. ZOLLER, *Exercitat. iuris Quaest. Quando depositario competat jus retentionis in deposito*, contin. Lipsiae 1775 § 7. — Gebr. OVERBEK, *Meditazioni sopra varie materie giuridiche*, vol. II medit. 107. — WALCH, *Introd. in controv. iur. civ.*, sect. III cap. IV membr. I § 2 p. 527 e FASELIUS, *Del dir. di ritenzione*, § 19 nota *d.*

---

z) Cfr. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, II § 285 ann. 8. — WINDSCHEID, *Pandette*, II § 378 (ritiene che il depositario debba restituire la cosa ed esperire il suo diritto di proprietà in una causa a parte) DERNBURG, *Pandette*, III § 92 ann. 22 (contr. WINDSCHEID).

rebbe andata a perire, è stata conservata, laonde vi si presuppone sempre il consenso del deponente. Tali spese vengono quindi a costituire, in certo modo, come una parte della cosa, la quale, a somiglianza di quanto si usa a questo riguardo per i privilegiati beni dotali, ne resta *ipso jure* diminuita [38]). Perciò non può dirsi che il depositario, il quale allo scopo di ottenerne il risarcimento, si valga della ritenzione della cosa, agisca contro la *buona fede;*

2) Ma sopratutto il depositario ha diritto alla ritenzione della cosa, a causa di queste spese, in virtù dell'*actio depositi contraria* che gli spetta [39]). Inquantochè è una regola generale, che per esigere un

---

38) Arg. dalla L. 5 pr. Dig. *de impensis in res dotales factas.*

39) L. 23 Dig. h. t. *Actione depositi conventus, servo constituto, cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur.* Cuiacio, *in Modestino* ad h. L. 53 (*Oper.* tom. V) afferma con ragione che le ultime parole si riferiscono all'*actio depositi contraria;* perocchè non vi ha nessun dubbio che in questo passo si parla di un depositario, il quale ha già restituito la cosa che gli era stata affidata in custodia; e così lo intende anche lo *Scoliaste dei Basilici* (τὴν κοντραρίαν δεποσίτου κινεῖ, ecc.) tom. II *Basilicor,* p. 123 nota *c.* Però le parole *servo constituto* non hanno veramente alcun senso. Cuiacio, *Recitat. ad* Modestini *differentiar.* h. L., le ritiene come una falsa aggiunta, che non resulta in Modestino e che quindi deve essere completamente tolta. Appoggia questo presupposto la *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum* al tit. X § 2 (in Ant. Schulting, *Jurisprud. antejust.* p. 769) dove il passo di Modestino si legge nella sua integrità e dice: *Actione depositi conventus, cibariorum nomine apud eundem judicem utiliter experitur; at is, cui res commodata est, improbe cibariorum exactionem intendit.* Segue l'opinione del Cuiacio anche Ger. Noodt, *Comment. ad Digestum,* h. t. in fin.

Ma che quelle parole siano assolutamente posticcie, non si può veramente ammettere, se, come già osservava Io. Nispen, *Diss. ad fragm. quae in Dig.* ex Herennii, Modestini, *IX libris Differentiarum supersunt,* cap. 3 (in Ger. Oelrichs, *Thes. Diss. iurid Belgicar.,* vol. I tom. I p. 25) si fa il confronto coi Basilici, tom. II p. 98, dove il passo è così riportato: Ὁ ἐναγόμενος περὶ δούλου τῇ περὶ παραθήκης ἀγωγῇ, ecc. *Conventus actione depositi ex causa servi depositi.* Perciò la critica invece di togliere assolutamente le parole *servo constituto,* si è ingegnata a dare loro un senso giuridico, correggendole. — Pithou nelle *Not. ad Collat. Legg. Mosaicarum et Rom.* legge non *servo constituto,* ma *servo restituto;* e così anche Ant. Faber, *Rational. in Pand.* ad h. L. e Pothier, *Pand. Inst.,* tom. I num. LVI nota *f.* Altri, al contrario, come Bynkershök, *Corpus iuris* di Gebauer, ad h. L. 23. — Io. Guil. Hoffmann, *Meletemat. academicor. ad Pand.* Dissert. hebdom., XV § 10 e Nispen, *Diss.* cit. cap. 3 p. 25, leggono *servo constitutorum cibariorum nomine.* E non v'ha dubbio che la parola *constituere* può essere usata per gli alimenti. V. L. 5 § 10 Dig. *de agnosc. et alend. liberis.*

credito, il quale si ripete mediante un'*actio contraria,* si ha diritto alla ritenzione della cosa, tutte le volte che si possa esser costretti a restituirla in virtù dell'*actio directa* avversaria [40]). Ed è fuor di dubbio che tale massima è pienamente affermata in tutto il diritto delle Pandette, e gli stessi giureconsulti romani la considerano come una verità indiscutibile. Nella *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum,* tit. X, § 2 è inserito un notevole passo di MODESTINO (*ex differentiarium libro secundo*) da cui è tratta la l. 23 Dig. h. t., che dice: *Respondit, deposita si subripiatur, dominus* (*sc. depositae rei*) *habet furti actionem, quamvis, apud quem rem deposita est, intersit ob impensas in rem factas se retinere* [41]).

Ma la vera questione sta nel sapere se questo più antico diritto sia stato poi abrogato dalla l. 11 Cod. h. t. Dobbiamo convenire che per sostenere l'opinione negativa, gli argomenti che abbiamo fin qui riportati non sono completamente convincenti. La legge infatti rigetta assolutamente tutte quelle eccezioni per cui il depositario voglia sottrarsi al dovere di restituire la cosa, e stabilisce invece che non possa mai aver luogo la ritenzione di essa, contro la volontà del deponente. Se il depositario ha qualche suo diritto da contrapporre deve farlo solamente esercitando l'azione che a questo diritto compete. *Sed depositae quidem res quam celerrime, sine aliquo obstaculo, restituantur, — et postea legitimae actiones integrae quoque ei reserventur.* E non vi ha alcun dubbio che, secondo lo spirito della legge, fra queste si deve comprendere anche l'*actio depositi contraria.* Perciò se il depositario in causa delle spese necessarie eseguite volesse esercitare un diritto di ritenzione sulla cosa depositata, agirebbe evidentemente contro quella inalterabile fiducia che, la santità del contratto di deposito ripone in lui, e verso la quale la legge fa cospirare le due disposizioni. Questa ragione legale è quindi pienamente applicabile nel caso nostro, e si comprende perciò facilmente, perchè TRIBONIANO non abbia inserito nelle Pandette il passo di GRENNIO MODESTINO nel quale è detto che per le spese fatte vien concesso al

---

40) L. 18 § ult. Dig. *Commod*, L. 15 § 2 Dig. *de furtis.*

41) V. Ant. SCHULTING, *Jurispr. antejust.*, p. 769 nota 19 e Io. CANNEGIETER, *ad Collat. Legum Mosaicar. et Roman.*, tit. X.

depositario il diritto di ritenzione. Così pure viene qui a perdere la sua applicazione la regola generale che colui, a cui spetta un' *actio contraria* ha diritto alla ritenzione di una cosa, quando questa possa essergli tolta mediante l'uso dell'*actio directa.*

Seguendo quindi una teoria più giuridicamente esatta, sembra preferibile l'opinione di quei giureconsulti [42] *a*), i quali negano al depositario il diritto di ritenzione anche nel caso in cui abbia eseguito delle spese necessarie per la cosa depositata.

Pur tuttavia per consuetudine giurisprudenziale si permette al depositario, in via d'equità, di usare del diritto di ritenzione nei seguenti due casi: *a*) quando egli in causa del deposito abbia sofferto un danno; *b*) quando egli ha fatto per la cosa depositata delle spese che gli conferiscano il diritto ad un' *actio depositi contraria,* siano esse necessarie o anche semplicemente utili; ma in quest'ultimo caso occorre che vi sia stato il consenso espresso o tacito del deponente [43] *b*).

---

42) Hug. DONELLUS, *Comment.* ad L. 11 Cod. h. t. num. 9. — Io. VOET, *Comm. ad Pand.*, h. t. § 9. — Henr. ZOESIUS, *Comment. ad Dig*, h. t. numero 29. — LAUTERBACH, *Colleg. thes. princ. Pand.*, h. t. § 37. — HAHN, *Observat.* ad WESENBECIUM, h. t. num. 5. — BOECKELMANN, *Tract. de actionib.*, p. 210. — SCHULTING, *Thes. controv.*, decad. LIX Th. 7. — MENCKE, *Gymnas. pol. iuris,* disp. VI Th. 24. — Crist. Henr. BREUNING, *Quaest. juris controv. de retentione illicita in deposito,* Lipsiae 1778. — Dan. NETTELBLADT, *Comment. de deposito irregulari* §§ 67 e 68. — Phil. Jac. HEISLER, *Diss. de iure retentionis,* § 30. — Crist. Henr. Göttl. KÖCHY, *Meditazioni sui più interessanti obbietti dell'odierna dottrina del dir. civ.*, vol. I consid. 25. — EMMINGHAUS ad COCCEJI, *jus civ. controv.*, h. t. qu. 13 nota *u*.

43) V. SCHILTER, *Prax. iur. Rom.* Exercit., XXVIII § 60. — STRYK, *Us. mod. Pand.*, h. t. § 9. — MEVIUS, P. II Decis. 56. — BERGER, *Oecon. jur.*, lib. III tit. 2 Th. 13 nota 4. — HÖPFNER, *Commentario teorico pratico alle Istituzioni di* HEINECCIO, § 788. — HOFACKER, *Princip. iuris civ. Rom. Germ.*, tom. III § 1823.

---

a) Questa è l'opinione anche oggi dominante. Cfr. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette,* II § 285 ann. 10. — WINDSCHEID, *Pandette,* II § 378 in fine. — UNTERHOLZNER, *Obbl.*, II § 660. — SINTENIS, *Diritto civile comune,* II § 12 ann. 28. — SCHUPFER, *Obbl.*, pagina 340, ecc.

b) Nel nostro Codice civile all'art. 1863 è stabilito che il depositario può ritenere il deposito sino all'intero pagamento di tutto ciò che gli è dovuto per causa del deposito

La restituzione si fa nel luogo nel quale si trova la cosa al momento in cui viene richiesta, anche se non sia per l'appunto quello dove la cosa fu affidata in custodia al depositario; nè può ritenersi imputabile di dolo, per ciò solo che la cosa si trovi in un luogo diverso. Se poi si determina per la restituzione della cosa un luogo lontano da quello in cui venne consegnata, le spese di trasporto stanno a carico del deponente. Se invece non è stato stabilito niente in proposito, ma il deponente desidera che la cosa venga trasportata in altro luogo per essere restituita, egli può farlo benissimo, ma deve pagarne le spese, e il trasporto sta a suo rischio e pericolo [c]).

L. 12 D. h. t. *Si in Asia depositum fuerit, ut Romae reddatur, vi-*

---

stesso. Le ragioni di credito del depositario verso il deponente si possono riferire: 1) alle spese fatte per conservare le cose depositate; 2) all'indennità di tutte le perdite di cui il deposito può essere stato occasione.

Il depositario gode inoltre del privilegio di cui all'art. 1858 num. 7 per le spese fatte per la conservazione o pel miglioramento dei mobili conservati o migliorati, semprechè si trovino ancora presso di lui.

Si è fatta questione se tale diritto di ritenzione del depositario costituisca a suo favore una causa speciale di prelazione di fronte ai terzi creditori del deponente. Cfr. Semeraro, *La dottrina dell'ius retentionis.* — Cannada-Bartoli, *Sist. ipotecario,* I § 63. — Luzzati, *Privilegi ed ipoteche,* vol. I num. 48 e seg. (1884). — Em. Bianchi, *Dei privilegi,* num. 33 e seg. p. 51 e seg. (1894). — Giorgi, *Obbl.,* II pag. 472 e 488 e seg. (4.ª ediz. 1895), ecc. — Ora è evidente che per ciò che si riferisce alle spese fatte per conservare le cose depositate la questione non ha ragione di esistere, perchè i diritti del depositario sono guarentiti dallo speciale privilegio dell'art. 1858 num. 7, già da noi accennato. In questo caso il diritto di ritenzione serve solo a meglio guarentire questo privilegio. Rimane a vedere gli effetti del diritto di ritenzione per le altre spese.

Premesso che per l'art. 1949 tutti i creditori hanno un diritto eguale sui beni del debitore tranne se godano cause legittime di preferenza, e che tra tali cause non si trova il diritto di ritenzione, nè quindi è lecito all'interprete in materie di privilegi allargare le disposizioni della legge, ne deriva di conseguenza che sarebbe assolutamente arbitrario venire alla conclusione che il diritto di ritenzione del depositario sia *di per sè* un privilegio; per quei crediti che non sono garantiti da privilegio non rimarrà al depositario altra facoltà che d'impedire la vendita della cosa fino a completo soddisfacimento delle sue ragioni (cfr. anche Chironi, *Ist.,* I § 241). « Della garanzia che gli proviene dal diritto di ritenzione — scrive il Luzzati, op. cit. num. 65 — dovrà il depositario serbarsi conservatore gelosissimo. Perduto infatti il possesso, anche perchè si proceda alla vendita giudiziale, ogni suo diritto scenderebbe al grado di credito ordinario, sprovvisto affatto di una ragione qualsiasi di prelazione ».

c) Nel nostro diritto è stabilito che se nel contratto si è indicato il luogo nel quale deve farsi la restituzione, il depositario è tenuto a trasportarvi la cosa depositata; però le spese di trasporto che occorressero sono a carico del deponente. Se il contratto non indica il luogo la restituzione deve farsi là dove si trova la cosa depositata (Cod. civ. articoli 1858, 1859).

detur id actum, ut non impensa ejus id fiat, apud quem depositum sit, sed ejus, qui deposuit.

L. 12 § 1 D. eod. *Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est nihil interest. Eadem dicenda sunt communiter, et in omnibus bonae fidei judiciis. Sed dicendum est, si velit actor suis impensis, suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit: quoniam et in ad exhibendum actione id servatur* [44]).

Se il depositario non adempie intenzionalmente ai suoi doveri e si rende quindi colpevole di dolo, egli diviene *infame* [45]) [d]). Ciò si verifica nei seguenti casi:

---

44) Ant. FABER, *Rational. ad Pand.*, ad h. L. ritiene l'intero ultimo periodo di questa legge come un *tribonianismo*, poichè POMPONIO non avrebbe scritto *in ad exibendum actione*, ma *in actione ad exhibendum*, essendo la prima forma un grecismo. Come se i grecismi fossero una cosa straordinaria nello stile degli antichi giureconsulti! V. anche Ant. AUGUSTINUS, lib. II *Emendation.*, cap. 1. Ma nella cosa stessa vi sarebbe una pretesa grave pel depositario, che egli non cura di far credere, che cioè egli debba mandare l'oggetto depositato in un terzo luogo; senza suo danno a rischio e spese del deponente. Un così leggero argomento non richiede confutazione. Vedi Ulr. HUBERI *Eunomia Rom.*, p. 592.

45) L. 1, L. 6 § 6 Dig. *de his qui not. infam.*; L. 10 Cod. h. t. *Qui depositum non restituit suo nomine conventus et condemnatus, ad ejus restitutionem, cum infamiae periculo urgetur.*

---

d) Vedi questo *Commentario*, lib. III tit. 2 § 380 pag. 84 e seg. (Ediz. ted. vol. V p. 195) e le note del FERRINI a detto paragrafo.

Nell'odierno diritto, sparita la pena dell'infamia, il depositario che non restituisce la cosa, oltre alla responsabilità civile per danni (art. 1218 Cod. civ.), può in determinati casi andar soggetto a sanzioni penali.

Così è punito a querela di parte per *appropriazione indebita*, con la reclusione sino a due anni e con la multa oltre le lire cento chiunque si appropria, *convertendola in profitto di sè o di un terzo*, una *cosa altrui* che gli sia stata *affidata* o *consegnata* per qualsiasi titolo *che importi l'obbligo di restituirla* (Cod. pen. art. 417). La reclusione è da un anno a cinque anni e si procede d'ufficio, quando il delitto sia commesso sulle *cose affidate* o *consegnate* per ragione di *professione, industria, commercio, azienda, ufficio, servizio* o *deposito necessario* (ib. art. 420).

Se il depositario dolosamente distrugge, guasta o deturpa la cosa affidatagli, si rende colpevole di *danneggiamento*. Per tale reato è punito:

a) a querela di parte per aver distrutta, dispersa, guastata o in qualsiasi modo deteriorata la cosa affidatagli, con la reclusione o con la detenzione sino a sei mesi e con la multa sino a lire cinquecento (Cod. pen. art. 424).

1) Se egli rifiuta, senza alcuna causa, di restituire la cosa depositata [46]);

2) Se nega assolutamente il deposito [47]);

3) Se fa perire la cosa a bella posta [48]);

4) Se la vende di nascosto [49]);

5) Se infine la impiega in proprio vantaggio [50]).

I giureconsulti poi disputano molto sulla questione se anche dimostrata la semplice *culpa lata* il depositario incorra nell' infamia. Molti di essi [51]) vogliono anche qui equiparare la *culpa lata* al dolo, perchè non solo CELSO nella L. 32 D. h. t. ritenne come principio di verità indiscutibile *latam culpam dolum esse,* ma anche GAIO nella L. 1 § 5 D. *de obligat. et act.* insegna espressamente, *magnam negli-*

---

46) L. 1 § 22 D. h. t.

47) L. 13 pr. D. h. t.

48) L. 1 § 16 D. h. t.

49) L. 1 § 25 D. h. t.; L. 1 § fin. *eod.*; LL. 7 e 8 Cod. *eod.*

50) L. 3 Cod. h. t.

51) Hug. DONELLUS, *Commentarior. iur. civ*, lib. XVI cap. 7 e lib. XVIII cap. 8. — Ger. NOODT, *Probabil. iuris,* lib. I cap. 13 § 11. – Jo. VOET, *Comm. ad Pand.*, lib. III tit. 2 § 2. — Arn. VINNIUS, *Commentar. ad Institut* lib. I tit. 26 § 6 num. 3. — Ian. a COSTA, *Comment. ad Instit. eod loc.* — De COCCEJI, *iur civ. controv.*, lib. III tit. II qu. 2 e passim.

β) a querela di parte per aver semplicemente deturpata o imbrattata la cosa, con la multa sino a lire cinquecento (Cod. pen. art. 430).

Le pene stabilite sia per l'appropriazione indebita, sia pel danneggiamento del deposito possono andar soggette per varie ragioni ad aumento o diminuzione nei casi seguenti:

1) Se il *valore* della cosa che ha formato oggetto del delitto o quello che corrisponde al danno recato sia *molto rilevante* il giudice può aumentare la pena sino alla metà; se sia *lieve* e *lievissimo,* purchè il colpevole non sia recidivo in delitto della stessa indole (Cod. pen. art. 82, *h*), può ridurre la pena rispettivamente sino alla metà e ad un terzo. Il valore si determina tenendo conto di quello che la cosa aveva e del pregiudizio recato nel momento del delitto, e non del profitto ottenuto dal colpevole (Cod. pen. art. 431).

2) La pena è diminuita — salvo il caso di danneggiamento veduto alla lettera β — da uno a due terzi in caso di restituzione o risarcimento totale *avanti ogni provvedimento giudiziale;* e da un sesto ad un terzo se la restituzione o il risarcimento avvenga *durante il procedimento,* ma prima dell'inizio al giudizio (Codice penale articolo 432).

Vi sono poi speciali disposizioni, che impediscono il procedimento, o mitigano la pena quando il reo sia stretto da determinati legami di parentela col danneggiato (Cod. pen. art. 433).

gentiam in crimen cadere; e perchè d'altronde che questa equiparazione fosse ammessa dai giureconsulti romani anche *in caussis famosis,* resulta da numerosi frammenti [52]). E nel diritto delle Pandette veramente tale opinione non può esser combattuta con fondamento. Ma nell'odierno diritto romano, come altrove abbiamo dimostrato [53]), questo rigore viene mitigato, ed oggigiorno sono tutti d'accordo nel ritenere che la colpa, per grave che sia, nei casi di pena, non deve essere equiparata al *dolo malo* [54]); e del resto perchè la pena dell'infamia abbia luogo deve essere espressamente sancita [55]).

L'effetto però di questa pena non è da confondersi con quello dell'infamia tedesca, poichè l'*infamis* romano è diverso dall'infame tedesco [56]). Il depositario che col dolo commesso ha dato prova della propria disonestà, perde completamente il diritto agli onori dello Stato e si rende indegno della pubblica fiducia [57]), ma, secondo l'odierno uso giudiziario, il giudizio quando vi sia una causa legittima, può nella sentenza conservargli l'onore [58]). Così per esempio può sottrarsi all'infamia se avanti al giudice sia venuto a convenevole accomodamento col deponente [59]), o se in seguito lo abbia indennizzato dei danni sofferti [60]).

---

52) L. 11 § ult. D. *de his, qui not. infam.*, L. 7 § 1 D. *de susp. tutor.*, L. 42 D. *de verbor. signif.*

53) V. questo *Commentario,* lib. III § 375 e 380 pag. 84 (Ediz. ted., vol. V § 375 e 380 p. 195). — Ev. Otto e Em. Merillius, *Comment.* ad § 6 *Ist. de susp. tutor.*

54) V. Kleinschrod, *Svolgimento sistematico dei concetti e dei principii fondamentali del dir. civ.*, P. I § 30.

55) L. 1, L. 7 *de his qui notant. infam.* — V. Hofacker, *Princip. iur. civ. R. G.*, tom. I §§ 322 e 323. — Höpfner, *Commentar. alle Istit. di* Heineccio, § 782.

56) V. Hagemeister, *Della differenza sostanziale fra l'infamia romana e l'infamia ted.* nel *Civilist. magaz.* di Hugo, vol. III P. 2 p. 163 seg.

57) V. Carpzov, *Jurispr. for.*, P. IV const. 45 def. 10. — Richter, P. II decis. 80 num. 35. — Feuerbach, *Teoria del dir. pen.*, § 71.

58) Frid. Christ. Harprecht, *Diss. de expressa hon. in sententia iudicis reservatione,* § 28 in *Diss., accadem.,* vol. I num. XII pag. 433. — Dav. Mevius, *Dicision.*, P. II decis. 340 e P. V decis. 367. — Vedi però Kleinschrod, *Svolgimento sistem.*, ecc. cit. P. III § 90.

59) L. 7 D. *de his qui not. infamiae.* V. questo *Commentario,* lib. III § 381 p. 86 (Testo ted. vol. V § 381 p. 197).

60) V. Sam. Stryck, *De cautela contract.*, sect. II cap. 3 § 14.

§ 945.

Depositum miserabile.

Se il deposito avviene in un caso di urgente necessità, cioè per un imminente pericolo d'incendio, d'inondazione o di guerra, prende il nome, non veramente nelle leggi, ma nel linguaggio degli odierni giureconsulti, di *depositum miserabile* [61]), distinguendosi da quello che avviene in altri casi, che dicesi *depositum simplex* [e]). L'editto del

---

6) Pet. Müller, *Dissert. de deposito miserabili*, Jenae 1630 rec. 1714. — Lud. Crist. Kannengiesser, *Dissert. de recepto rerum miserabilium*, Duisburgi 1735. — Sam. Fed. Willenberg, *Exercit. de deposito miserab.* in *Select. jurisprud. civ.*, parte II exerc. 33 p. 561 seg.

---

e) Nel nostro diritto questa specie di deposito è denominato *deposito necessario*, ed è definito *quel deposito a cui uno è costretto da qualche accidente, come un incendio, una rovina, un saccheggio, un naufragio o altro avvenimento non preveduto* (Cod. civ. art. 1864).

Il *deposito necessario* è sottoposto a tutte le regole del deposito volontario; solo in quanto alla prova v'è differenza fra le disposizioni che regolano l'una o l'altra specie di deposito (Cod. civ. art. 1865); poichè qualora si tratti di deposito necessario la *prova testimoniale senza principio di prova per iscritto* è ammessa qualunque sia il valore dell'obbligazione, *secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto* (Cod. civ. art 1348): mentre *nel deposito volontario* tale prova è ammessa allora soltanto quando il valore del suo oggetto non ecceda le lire cinquecento (Codice civile art. 1941).

Inoltre, come abbiamo altrove accennato (vedi la nota preced.), nel caso di *appropriazione* di deposito necessario si procede d'ufficio verso il colpevole, e non è necessaria la querela del danneggiato (C. pen. art. 420).

Per il diritto romano, come è noto, in forza dell'editto pretorio gli osti, gli albergatori e i capitani di nave, che ricevevano nella respettiva osteria, alberghi o navi gli effetti, le merci e i bagagli dei viaggiatori dovevano rigorosamente rispondere, salvo il caso di forza maggiore o di negligenza dei viaggiatori, di qualunque danno o furto che colpisse le cose da essi ricevute in custodia (l. 1 D. *nautae, caupones*, ecc. IV, 9).

Nell'odierno diritto si reputa *deposito necessario* anche quello degli effetti portati nelle osterie e negli alberghi dal viandante che vi alloggia. Gli osti e gli albergatori rispondono di qualunque colpa (*diligentia in custodiendo*), sia propria, sia dei domestici o delle persone preposte alla direzione degli alberghi o da estranei che li frequentano (Cod. civ. art. 1867); essi si liberano solo col dimostrare che la perdita od il deterioramento delle cose depositate furono causati da forza maggiore o da negligenza grave del proprietario (Cod. civ. art. 1868). Il patto (non hanno questo valore gli avvisi posti nelle camere dell'albergo) vale a diminuire il grado di colpa solo quando cessi

pretore stabilisce fra queste due forme di deposito la differenza, che contro un depositario qualunque disonesto si possa ripetere il *simplum*, contro quello di un deposito miserabile il *duplum*. Le parole dell'editto, secondo che ce le riferisce ULPIANO nella L. 1 § 1 D. h. t. dicono: *Praetor ait:* « *Quod neque tumultus, neque incendii, neque minae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum: quod ipsius, in duplum judicium dabo* ». Il pretore perciò mitiga il rigore delle dodici tavole, secondo le quali il dolo, del quale si fosse reso reo il depositario, meritava sempre la pena del *duplum* [62]). PAOLO nelle *Receptae sententiae*, lib. II, tit. 12 § 11 [63]) ce ne dà la prova quando dice: *Ex causa depositi lege duodecim Tabularum in duplum actio datur; edicto Praetoris in simplum* [g]). ULPIANO poi ci spiega anche meglio

---

[62]) Jac. GOTHOFREDUS nelle sue *Quatuor font. jur. civ.* in *Thes. juris Rom. Ottonis*, tom. III, ha ricostruito la legge delle XII tavole, che riguarda questo punto, nella seguente forma (tav. 3), SI QUID ENDO DEPOSITO DOLO MALO FACTUM ESCIT, DUPLIONE LUITO [f]). In generale le leggi delle XII tavole punivano la mancanza di fede col *duplum*. L. 55 § 1 Dig. *de adminis tr. tutorum*. Le disposizioni della tavola III delle leggi derivavano dal diritto ateniese. V. Jul. POLLUX, *Onomast.*, lib. VIII cap. 6.

[63]) V. SCHULTING, *Jurispr. antejust.*, p. 281. Il frammento di PAOLO è nella *Collatio Legum Mosaicar. et Rom.*, tit. X § 7 in fin. — V. SCHULTING, l. c. p. 771.

---

quella ragione di ordine pubblico ch'è il fondamento della responsabilità, ossia siavi libera scelta del depositario (CHIRONI). — Ma su tutto ciò vedi più ampiamente in questo *Commentario*, libro IV tit. 9 (*nautae caupones stabularii ut recepta restituant* lib. IV p. 374-422 (Ed. ted. vol. VI pag. 108 e seg.) e le note del LANDUCCI, nonchè: GIANTURCO, v. *Alberghi* e *Albergatori* nell'*Enc. giur.* del MANCINI.

[f]) Su ciò si veda la nota seguente.

[g]) L'interpretazione di questo passo di PAOLO è assai controversa. È noto infatti quanta oscurità regni sull'epoca nella quale il deposito sarebbe stato riconosciuto come contratto vero e proprio e per sè stante. Se ciò sia avvenuto prima dell'editto e per opera dell'*ius civile* è ancora assai incerto o per lo meno molto contrastato. In tale questione, come si comprende, il citato passo di PAOLO sarebbe di un'importanza quasi decisiva qualora se ne potesse con certezza chiarire il significato.

Gli scrittori meno recenti seguono in generale l'opinione espressa dal GLÜCK, e credono che PAOLO abbia inteso parlare del deposito semplice vero e proprio: così pure la pensano dei moderni tra gli altri il HUSCHKE (*Zeitschrift für gesch. R. W.* (Rivista per la giur. stor.) XIII, 276) ed il RUDORFF (*Zeitschr.* cit., XIV, 460).

il fondamento dell'editto pretorio, laddove dice: *Merito has causas deponendi separavit Praetor, quae continent fortuitam causam deposi-*

Ma questa opinione tradizionale fu combattuta prima dal PUCHTA (*Inst.* III § 272 ann. *r*) e poi dal VOIGT (*Ius naturale*, II, 541 e XII Taf., II, 479 e seg.) i quali sostennero che le parole di PAOLO doveano riferirsi alla *fiducia cum amico* di cui ci parla GAIO (II, 60: *fiducia contrahitur* CUM AMICO *quo tutius notrae res apud eum sint*). Il VOIGT ritiene che sul finire della repubblica non si conoscessero ancora il deposito e certi altri contratti, come il commodato ed il pegno, quali contratti per sè stanti, e si appoggia sul fatto che CICERONE in varii luoghi delle sue opere (*De off.*, III, 17; *De nat. deor.*, III, 30; Top., X, 42) enumerando le azioni di buona fede non fa di essi alcuna menzione. Parimente nella *lex Julia municipalis* dell'anno 709 (*Corpus inscr. lat.*, I. 119 n. 205. — BRUNS, *Fontes* (ed. 5.ª) p. 107), mentre si parla di alcune azioni infamanti, e per primo dell'*iudicium fiduciae* (*queive iudicio fiduciae pro socio, tutelae, mandatei, iniuriarum deve d*(olo) *m*(alo) *condemnatus est erit....*) non si accenna affatto all'*actio depositi*. Il VOIGT poi sostiene che quel passo di GELLIO (VI, 15), nel quale si accenna al deposito, si riferisca a un deposito fatto colle forme della *fiducia*.

Però contro il VOIGT si potrebbe osservare che le enumerazioni fatte da CICERONE non sono certamente tassative e quindi complete, e che probabilmente lo stesso caso si verifica nella *lex Julia municipalis*. E a tal proposito giova anche riferire un'ipotesi affacciata dal COGLIOLO (*Storia del dir. priv. rom.*) II p. 57), e che non manca di un certo valore. Non è possibile — dice il COGLIOLO — che *fiducia* avesse due significati uno indicante la mancipazione con la *clausola fiduciae* e l'altro indicante gli atti nei quali entra l'elemento della fede? A questo secondo significato si presterebbero le espressioni generiche di *in fiduciis* in CICERONE e *iudicio fiduciae* della *lex Julia*. In tal caso il deposito sarebbe stato compreso in queste frasi, sebbene non fosse necessaria la mancipazione per porlo in essere.

Ma indipendentemente da ciò, noi riteniamo che sebbene non si possa per molte considerazioni, che qui sarebbe assai lungo l'esporre, rigettare completamente la dottrina del VOIGT, se ne debba però limitare assai l'estensione. Noi non intendiamo infatti escludere che il deposito abbia avuta la sua prima origine nella *fiducia:* non è possibile il dire quando tal forma sia stata tralasciata; anzi è probabile che essa abbia avuto vigore per molto tempo, anche dopo la legislazione decemvirale, sia pure fino all'epoca imperiale. Così si spiega anche indipendentemente da altri esempi che si potrebbero addurre, quel che dice GAIO (II, 60): *fiducia contrahitur.... cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint.* Però al tempo stesso non si hanno argomenti sufficienti per negare che all'epoca delle XII tavole non si conoscesse già il deposito come contratto reale: anzi di tal fatto si avrebbe una conferma nel passo di PAOLO. Forse in origine si aveva semplicemente un'*actio ex delicto* (vedi nota *m* al § 941). Le due forme, quella della *fiducia* e l'altra più recente sarebbero quindi esistite parallelamente finchè la seconda non finì col fare interamente scomparire l'antica.

Altre spiegazioni sono state date del testo di PAOLO. Così, ad esempio, vi è chi ha creduto che il giureconsulto accennasse al furto commesso dal depositario infedele (JHERING, *Geist*, ecc. II § 29 n. 127); il NIEMEYER, *Zeitschr. d. Savigny S. R. A.* (Rivista della fond. Sav., parte rom.) XII, 300 e l'EISELE, *Die materielle Grundlage der Exceptio* (I fondamenti materiali dell'eccezione) 1871 p. 141 ritengono che si tratti di un *depositum ruinae, incendii, naufragi causa;* e da ultimo l'UBBELOHDE, *Zur Gesch. der ben. Realc.* (Sulla storia dei contratti reali nom.) p. 42 e seg. ha immaginato una così detta *actio perfidiae*, la quale ultima ipotesi è assolutamente da rigettare.

tionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem (L. 1 § 2 D. h. t.). Con ragione, dice ULPIANO, il pretore distinse le due specie di deposito, perchè nel deposito comune il deponente ha tutto il tempo che vuole per riflettere e per scegliere fra i suoi amici quello nel quale ha più fiducia, onde affidargli la custodia della cosa; mentre invece nel caso di un pericolo imminente, la costernazione e l'urgente necessità non gli permettono certo una lunga riflessione ed esitazione.

Veramente il mancare di fede in un deposito è sempre cosa turpe [64]), poichè una cosa affidata in custodia deve considerarsi come sacra [65]), e chi la sottrae commette un furto [66]) *h*). Ma nel caso di un deposito comune il deponente può sempre rimproverarsi di aver saputo male scegliere fra i suoi amici il depositario, mentre invece tale rimprovero viene del tutto a cadere, quando nell'urgente necessità di porre in salvo la cosa e nella costernazione di quel momento egli non ha avuto il modo di riflettere a chi l'affidava. Perciò in questo caso la mala fede del depositario è molto più grave e punibile che in quello di un deposito semplice *i*). ULPIANO quindi al § 4

---

[64]) SENECA, *De beneficiis*, lib. IV cap. 71 dice: *Depositum reddere per se expetenda res est.* Gli antichi credevano che colui che non restituiva un deposito fosse perseguitato dalla vendetta divina, e con esterna figurazione venisse contrassegnato come un uomo pericoloso. GUNDLING nel suo *Trattato perchè i Romani punivano così severamente la mancanza di fede nel deposito*, parte 3 n. 8 § 4 p. 182, riferisce i varii passi che trattano di ciò, rilevati da TEOCRITO e da GIOVENALE. ERODOTO (*Historiarum*, lib. VI cap. 87) narra di un tale mancatore di fede, che perì con tutta la sua famiglia, e ne trae la conseguenza morale: οὕτω ἀγαθὸν μὴ δὲ διανοέεσθαι περὶ παρακαταθήκης ἀλλ'ἐγε, ἢ ἀπαιτεύντων ἀποδιδόναι, cioè *Ita bonum est, nihil aliud de deposito cogitare, quam ut repetentibus reddatur.* — PLINIO, lib. X Ep. 97, loda i Cristiani dei suoi tempi, perchè: *se sacramento non in scelus aliquod obstringere, sed ne furta, ne latrocinium, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent, ne depositum appellati abnegarent.*

[65]) GIOVENALE, *Satyr.*, 13 v. 10, chiama il *depositum* col nome di *sacrum*, e designa la mancanza di fede in esso come un *crimen violatae fidei.*

[66]) L. 29 pr. D. h. t.

---

h) Cfr. § 938 nota *s*; § 944 nota *d*.

i) Infatti nell'odierno diritto in caso di appropriazione di deposito necessario si procede sempre d'ufficio. Cfr. C. pen. art. 420, e i richiami della nota prec.

soggiunge: *Haec autem separatio causarum justam rationem habet; quippe cum quis fidem elegit nec depositum redditur, contentus esse debet simplo. Cum vero extante necessitate* [67]) *deponat, crescit perfidiae crimen: et publica utilitas coercenda est* [68]), *vindicandae rei publicae causa: est*

---

[67]) Il nostro Codice delle Pandette di Erlangen porta « *exigente necessitate* ». — Io. Guill. HOFFMANN, *Meletemat. et Observ. ad Paul.* Diss. XV § 8, legge « *ex tanta necessitate* ». Così pure molto prima di lui Pet. DUIRSEMA, *Conjectur. jur. civ.*, lib. II cap. 11 § 3. Ma io non trovo nessuna ragione sufficiente per respingere la dicitura del Codice fiorentino.

[68]) È evidentissimo che le parole: *et publica utilitas coercenda est vindicanda reipublicae causa* non hanno alcun significato giuridico. Ma quale sia la loro vera dicitura è ancora un problema, per la di cui soluzione la critica ha usato tutti i mezzi che l'arte e la sottigliezza potevano. — Jo. WATER, *Observat. jur. rom*, lib. I cap. 3, riferisce le correzioni di CUIACIO, di ROBERTO, di CONNANO, di Ferd. ARIAS DE MESA, DUARENO e LEICKLAMA VON RIEHOLT, ma le respinge tutte. Egli è d'opinione, dietro l'interpretazione dello scoliasta greco sui Basilici, tom. II p. 108, nota *b*, che il vero significato delle parole di ULPIANO si comprenda solo leggendo: *ob publicam utilitatem coërcendum* (*sc. perfidiae crimen*), *et vindicandum reipublicae causa*. Ma ad altri urta la tautologia che si produce così leggendo, e che invece potrebbe essere evitata ritenendo che ULPIANO abbia invece scritto: *et publica calamitas coërcenda, et vindicanda est reipublicae causa;* il che avrebbe il seguente significato: *res publice damnosa, poena imposita, impedienda est in gratiam reipublicae.* Questa è l'interpretazione di Georg. D'ARNAUD, *Variar. conjecturar.*, lib. II cap. 15 p. 314 data anche prima di lui da Jo. SUAREZ DE MENDOZA, *Comm. ad Leg. Aquil.*, lib. III cap. 5 num. 6 (*Thes. Meermann.*, tom. II). — Jo. JENSIUS, *Strictur. ad Rom. juris Paul. et Codicem*, pag. 111, crede di trovar qui una nuova prova in appoggio della sua ipotesi, che cioè noi non avemmo il testo originale latino delle Pandette, ma solo una traduzione latina, da una versione greca. Nella versione greca era usata forse la parola ἀμύνασθαι. Ora questa parola significa ordinariamente *coërcere*, ma può anche voler dire *defendere*, e sarebbe in quest'ultimo significato che sarebbe stata usata nel nostro caso. L'errore quindi starebbe tutto nella traduzione di tale parola per *coërcere* invece che *defendere*. Ma già BACH, nella sua *Critica imparziale sugli scritti giuridici*, vol. I p. 67, respinge ineccepibilmente questa fantasia di JENSIUS, e quindi oggi non se ne fa più parola. Molto più sensata è la congettura di Io. Guil. HOFFMANN, *Meletemat. ad Paul.*, Diss. XV § 8, il quale corregge quelle parole nel modo seguente: *crescit perfidiae crimen et publica utilitas: coërcenda et vindicanda reipublicae causa*. Il senso naturale di esse allora sarebbe, che quanto più grave è la mancanza di fede da parte del depositario, tanto maggiore è l'interesse dello Stato di punire tale infedeltà, e che quindi il bene pubblico lo richiede. Fra tutte queste interpretazioni certo merita la minore approvazione quella

enim inutile [69]), *in causis hujusmodi, fidem frangere.* È disputato però se l'editto pretorio abbia voluto colpire colla pena del duplo la sola impugnativa del deposito da parte del depositario, oppure qualunque dolo relativo al deposito miserabile. La maggior parte degli scrittori [70]) accettano la prima opinione, ma senza dubbio la seconda è molto più conforme al vero [71]). Pur tuttavia è certo che gli scrittori romani, i quali illustrarono l'editto pretorio, lo limitarono solo al caso in cui il depositario avesse dolosamente negato il deposito [72]);

---

di BYNKERSHOEK, il quale (edizione del *Corpus juris* di GEBAUER) leggè quelle parole così: *publica utilitas vindicanda est coërcendae reipublicae causa.* Certo però meritano di esser confrontate, sulla diversa lettura di questo brano, le varie edizioni delle Pandette. E il primo posto fra esse, a questo riguardo spetta senza dubbio all'edizione di HALOANDER in cui queste parole si leggono così: *et publica utilitas coërcendo vindicanda est reipublicae causa.* Così lesse anche VINTIMILLIUS e così HUBER, *Eunom. Rom.*, p. 588, dando a questa dicitura la preferenza in tutte le altre. Sembra però che essa si appoggi più a una congettura di HALOANDER che alla vera autorità dei manoscritti. Si sostiene invece sui manoscritti la lettura di PETRUS AB AREA BAUDOZA CESTIUS, che dice: *et publica utilitas coercendum est (sc. perfidiae crimen) vindicandae reipublicae causa;* poichè appunto anche il nostro Codice di Erlangen legge così. E se ad ammettere questa dicitura non v'è altra difficoltà che quella della tautologia che presenta, io osservo che di simili se ne trovano molte nelle nostre leggi e specialmente nei framm. d'ULPIANO, come dimostrò con parecchi esempi Ger. NOODT nelle *Probabil.* lib. III cap. 10 e nel *Commentar. Dig.* h. t. § *Tempestiorum cit.*, p. 368 *j*).

69) BAUDOZA e HALOANDER in luogo di *inutile* hanno *incivile.* Però si può benissimo conservare la lezione fiorentina, colla quale concordano anche le Pandette di Erlangen; poichè *inutile* qui vuol dire *quod utilitati publicae repugnat,* o *quod noxium et grave est,* come già dimostrarono, su molti passi degli antichi, Franc. DUARENUS, *Disput. anniv.*, lib. I cap. 11. — Ferand. ADDUENSIS. *Explicat.*, lib. I cap. 18 (in *Thes. juris Rom. Otton.*, tom. II p. 524 e seg.) e Ulr. HUBER, *Eunom. Rom.*, ad h. L. § 2 p. 588.

70) Ger. NOODT, *Comm. ad Pand.*, h. t § *Tempestivum*, pag. 368. — Io. SUAREZ DE MENDOZA, *Comm. ad L. Aquiliam*, lib. III cap. 5 num. 6. — BOECKMANN, *Comment. in Dig.* h. t. § 13.

71) Ant. SCHULTING, *Jurispr. antejust.*, p. 771 n. 31.

72) V. Ev. OTTO, *Comment. ad § 17 Ist. de actionib.*

---

j) Il MOMMSEN propone la seguente lezione: *Cum vero extante necessitate deponat crescit perfidiae crimen et publica utilitas coercendae et vindicandae: reipublicae est enim inutile in causis huiusmodi fidem frangere.*

e tale opinione fu accolta anche da GIUSTINIANO, come si rileva dal § 26 I. *de actionib.*, dove è detto: *at illae, id est, damni injuriae ex Lege Aquilia, et interdum depositi* (sc. *miserabilis*), *inficiatione duplicantur; in confitentem autem in simplum dantur.*

È da notarsi poi che la pena del duplo non passa agli eredi del depositario, quando non sia già stata proposta l'azione contro di lui. Gli eredi allora non sono obbligati che per il *simplum*, ciascuno in proporzione della propria quota ereditaria, e solo se l'azione venga diretta contro di loro entro un anno [73]). Al contrario se la domanda del duplo sia già stata rivolta contro il depositario stesso l'azione è perpetua; e può anche essere perpetua di fronte all'erede, quando anch'esso si sia al riguardo reso colpevole di dolo.

Poichè sebbene le azioni pretorie non abbiano che la durata di un anno [74]), qui si fa luogo a eccezione per la ragione che l'*actio depositi* pel *duplum* in origine non è pretoria, ma sorge dalla legge delle dodici tavole, e quindi non è che un'azione civile semplicemente modificata dal pretore [75]). Tutto ciò è affermato da NERAZIO nella L. 18 D. h. t. dove dice: *De eo quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum est, in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione, et in simplum, et intra annum quoque* [76]); *in ipsum* [77]) (vedi nota a pag. seg.) *et in solidum, et in duplum, et in perpetuum datur.*

---

[73]) V. Ger. NOODT, *Comm.* ad Dig. h. t. § *deinde ait.*, p. 370 e seg. e Io. VOET. *Comm. ad Pand.*, h. t. § 11.

[74]) L. 35 Dig. *de obligat. et actionibus.*

[75]) V. HEINECCIUS, *Histor. juris civ.*, lib. I cap. 3 § 68 nota *. — God. Lud. MENCKEN, *Introd. in doctrina de action. forens. Comm. Spec.* Sect. II capo 11 membr. IV § 18 p. 181, porta anche un'altra ragione, ed è che il depositario, il quale nega un deposito miserabile, è equiparato al ladro, contro di cui anchè le azioni penali pretorie sono perpetue.

[76]) Molti intendono queste parole nel senso che l'azione contro l'erede sia sempre pel *simplum*, anche se intentata entro l'anno, ma però anche contro di lui essa sia perpetua. V. Ant. FABER, *De errorib. Pragmatic.* dec. XXXVI err. 4 e *Rational. in Pand.* ad L. 28 h. t. — Ant. SCHULTING, *Thes. controv.*, Decad. LVIII Th. 7. — Pet. MÜLLER, *Diss. de deposito miserabili*, Th. 19. — Ma la distinzione fatta così chiaramente ed esplicitamente fra l'azione diretta contro l'erede incolpevole e quella intentata contro l'erede che è reo di dolo, contraddice di per sè a tale opinione. Sarebbe infatti ben difficile a com-

Si fa questione fra i pratici per determinare se anche oggi abbia luogo la pena del duplo pel deposito miserabile. Molti vogliono negarlo [78]) per la ragione generale, che in Germania sono oramai fuori d'uso tutte le penalità d'ordine privato del diritto romano. Ma il prof. WEBER [79]) ha con molto fondamento dimostrato che contro una tal regola generale, secondo una più retta teoria giuridica, vi è sempre molto da opporre. Quindi altri scrittori [80]) più giustamente affermano che la pena del duplo stabilita dal diritto romano pel caso

---

prendersi perchè NERAZIO avrebbe detto che l'azione intentata contro l'erede è in *simplum* anche se esercitata contro l'anno, una volta che la stessa ragione *in duplum* non è punto limitata alla durata di un anno. — Iust. BOEHMER, *Doctrina de action.*, sect. II cap. 8 § 23, è veramente di diversa opinione. Egli ritiene scorretta la comune lezione e crede che debba restituirsi alla forma seguente: *in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione; et intra annum quoque in ipsum* (*sc. depositarium*) *et in solidum et in duplum; at in simplum in perpetuum datur.* Ma tale arbitraria e violenta interpretazione, spogliata di ogni autorità, non può essere giustamente accolta da alcuno. La lezione comune, nella quale concordano tutti i manoscritti e le edizioni, è d'altronde rafforzata dai Basilici, tom. II lib. XIII tit. 2 Const. 18 p. 98 i quali dicono: ἀπὸ δὲ τοῦ δόλου αὐτοῦ οἱ κληρονόμοι αὐτοῦ κατὰ τὰ ἀληρονομιαῖα μέρη, καὶ εἰς τὸ ἁπλοῦν καὶ ἐνπὶς ἐναντοῦ ὁμοίως ἐναγονται, cioè, *de dolo autem ejus* (*sc. depositarii*) *heredes pro hereditaria portione et in simplum et intra annum similiter conveniantur.* Io credo quindi che sia molto più giusta l'interpretazione che vien data da me insieme al NOODT, al VOET accettando l'opinione di ACCURSIO.

[77]) È molto disputato fra i commentatori se la parola *ipsum* si riferisca al depositario o all'erede che dolosamente abbia negato il deposito. I BASILICI e ACCURSIO la riferiscono al depositario; ma posta in collegamento colla L. 1 § 1 Dig. h. t. può benissimo riferirsi anche all'erede.

[78]) GROENWEGEN, ad L. 1 § 1 D. h. t. — THOMASIUS, *Diss. de non usu actionum poenalium in foris Germ.*, § 41 e 42. — COCCEJI, *jur. civ. controv.*, h. t. qu. 9. — LUDOVICI, *Usu pract. distinction. jurid.*, h. t. Dist. 3. — CARRACH, *Adnotat.* ad BOEHMERI, *Doctr. de actionib.*, p. 305 ad § 23.

[79]) *Saggi di dir. civ.* (ted.), parte I § 23 p. 67.

[80]) STRYK, *Us. mod. Pand.*, h. t. § 1. — HARPRECHT, *Consult. crim. et civ.*, Cons. 3 num. 50. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand*, h. t. § 29. — MÜLLER, *Diss. de deposito miserabili*, § 18. — WILLENBERG, *Diss. ejusd. argum.*, § 11. — BOEHMER, *Doctrina de action.*, sect. II cap. VIII § 23 nota *y*. In molti Statuti tedeschi e diritti locali, la pena del diritto romano è espressamente sancita; così per es., nella Riforma di Francoforte e di Norimberga e nel diritto territoriale di Baden, di Wirtemberg e del Palatinato. Vedi GRIESINGER, *Comm. al dir. territoriale del Wirtemberg*, vol. I p. 119.

di negazione di un *depositum miserabile* debba trovar luogo anche oggi. E che oltre di questa pena può senza alcun dubbio [81]) essere comminata anche l'infamia, in quanto questa accompagna ogni dolo del depositario [82]) *k*).

§ 946.

Azioni del contratto di deposito.

Le azioni derivanti dal contratto di deposito sono:

I. L'*actio depositi directa* *l*) che si esercita dal deponente o dai suoi eredi contro il depositario o suoi eredi, per ottenere la restitu-

---

[81]) V. MÜLLER, Diss. cit., Th. 20 e WILLENBERG, *Exercitat. cit.*, § 12.

[82]) CICERO, *Orat. pro Roscio Comoedo*, cap. 6 et *pro Caecina*, cap. 3.

---

k) Cfr. § 944 nota *d*.

l) Delle formule che nel periodo della procedura formulare si riferivano all'*actio depositi directa* ci ha lasciato memoria GAIO nel seguente ben noto testo delle sue Istituzioni (IV, § 47):

Sed ex quibusdam causis Praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. illa enim formula quae ita concepta est: IUDEX ESTO. QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM, NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, *nisi restituat.* SI NON PARIT ABSOLV*ito, in ius concepta est. at illa formula quae ita concepta est:* IUDEX ESTO. SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDIT*am* NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT TANTUM PECUNIAM IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET ABSOLV*ito, in factum concepta est*, ecc.

Per spiegare sì fatta duplicità di formula sono state fatte numerose ipotesi. La questione del resto è ardua, e assai difficile ad essere risoluta allo stato attuale delle fonti. Vi è chi ritiene che l'*actio in factum* sia stata ammessa per i figli di famiglia perchè potessero nel contratto di deposito e di comodato *agere suo nomine* (cfr.: ZIMMERN, *Gesch. d. röm. P. R.* (Storia del dir. priv. rom.) 3 p. 154. — SAVIGNY, *System des h. röm. Rechts* (Sistema del dir. rom. attuale), II p. 102. — PUCHTA, *Istit.*, II § 165. — VANGEROW, *Pand.*, I § 138, ecc.). Tale opinione si fonda sui seguenti testi:

PAULUS *libro nono ad Sabinum* (L. 9 D. *de obl. et act.*, 44, 7): *Filius familias* SUO NOMINE *nullam actionem habet, nisi iniuriarum et quod vi aut clam et* DEPOSITI *et commodati ut* IULIANUS *putat.*

ULPIANUS *libro primo disputationum* (L. 13 D. *de obl. et act.*, 44, 7): *In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere.*

Altri invece ritengono che si facesse luogo all'*actio in factum* quando il convenuto negava che fosse avvenuto il deposito; e all'*actio in ius* quando la controversia cadeva

zione della cosa, con tutto ciò che da essa deriva, il risarcimento dei danni causati deliberatamente o per grave negligenza, e il *duplum* in caso di negato *depositum miserabile*. Questa azione spetta anche al ladro o al predone, come ULPIANO insegna nella L. 1 § 39 D. h. t. ove dice:

Si praedo vel fur deposuerint, et hoc MARCELLUS, lib. VI, *Digestorum putat, recte depositi acturos; nam interest eorum eo quod teneantur.*

Nè si deve credere che tale disposizione costituisca un favore accordato al ladro o al predone. Perocchè se la legge nega il suo appoggio a coloro che sotto un tale pretesto rifiutino la restituzione della cosa e si rendano quindi essi stessi colpevoli di furto [83]), non

---

[83]) Vedi Ant. MORNACII, *Observat. in Dig.*, ad h. L. in *Operibus*, tomo I p. 615.

---

sulle conseguenze del fatto dell'avvenuto deposito, fatto ammesso dal convenuto; alcuni per contro sostengono che la differenza consiste nel vantaggio che presenta l'*actio in factum* di fronte all'altra di essere arbitraria, onde sarebbe a ritenersi che fosse stata a tal fine introdotta posteriormente all'*actio in ius*. Anche il KARLOWA crede che la formula *in factum* sia di epoca posteriore, ma è di parere che essa trovasse applicazione nel caso di fatti delittuosi commessi dal depositario (*Röm. R. G.* (Storia del dir. rom.) II, 2 p. 603; cfr. anche: THON, *Zeitschrift fr. R. G.* (Riv. per la storia del dir.) II, 273).

Tutte queste dottrine sono state acutamente e dottamente criticate e respinte dal FERRINI in una pregevole monografia (*Storia e teoria del contratto di commodato nel dir. rom. Arch. giur.*, LII p. 469 e seg.) alla quale per brevità, senza addentrarci in particolari, rinviamo il lettore. Secondo il FERRINI, al quale noi aderiamo completamente, l'opinione più plausibile è di coloro che credono essere la *formula in factum* più antica della *formula in ius*. In origine la *formula in factum* si sarebbe specialmente riferita ad ottenere la restituzione della cosa deposta, e il passaggio da essa a quella *in ius* si spiegherebbe « pensando allo svolgimento giuridico avvenuto e compiutosi non senza efficacia della originaria tutela pretoria; s'era venuta nel frattempo consolidando la consuetudine, elaborandosi la dottrina e ormai ben poteasi discorrere di un *oportere* per diritto civile cui l'istituto s'era rivendicato » (FERRINI, op. cit. pagina 474 e segg. Cfr. inoltre: WLASSAK, *Negotiorum gestio*, p. 165 seg. — KRÜGER, *Rechtsquellen* (Fonti del dir.) pag. 44. — GIRARD, *Zeitschrift d. S. S. R. A.* (Rivista della fond. Sav., parte rom.) XIV, 16).

Le formule riferite da GAIO sul deposito evidentemente non sono tutte quelle che si trovavano nell'albo relative a questo contratto: probabilmente ve ne erano altre come quella dell'*actio in duplum ex deposito quod ruinae incendii naufragii causa factum est*, nonchè dell'*actio contraria*, e dell'*actio depositi sequestraria* (vedi LENEL, *Edictum perpetuum*, § 106).

per questo la buona fede che si esige dal depositario, e che porta per conseguenza di dover restituire la cosa depositata anche al ladro o al predone, giunge al punto da impedire che essa venga ridata al suo vero proprietario, quando egli la richiegga [84]) [m]).

Talvolta quest'*actio directa* può essere esercitata *utilmente* anche da un terzo, sia quando il deponente abbia fatto il deposito colla condizione che la cosa venga restituita a questo terzo; sia quando il terzo stesso abbia dato incarico al deponente di dare in custodia ad altri una cosa di sua proprietà.

Si riferiscono a ciò le seguenti leggi:

L. 1 § 11 D. h. t. *Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud* POMPONIUM *quaeritur? Et putat, tecum mandati: cum eo vero, qui eas receperit, depositi* [85]).

L. 1 § 33 D. *eodem. Eleganter apud* JULIANUM *quaeritur, si pecuniam servus apud me deposuit, ita ut domino pro libertate eius dem* [86]), *egoque dedero, an tenear depositi? Et libro XIII Digestorum scribit, si quidem sic dedero, quasi ad hoc penes me depositam, teque certioravero, non competere tibi depositi actionem.*

L. 26 pr. D. *eodem. Publia Maevia cum proficisceretur ad maritum suum, arcam clusam cum veste et instrumentis commendavit Gaiae Sejae, et dixit ei; cum salva sanare venero, restitues mihi; certe si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex alio marito suscepi* [87]).

---

[84]) L. 31 § 1 D. h. t. — V. Guil. MARANUS, *in var. Tractat. juris civ.*, t. III *Operum.*, p. 121. — Franc. CONNANUS, *Commentarior. jur. civ*, lib. VIII c. 4. — Ant. Dad. ALTESERRA, *Recit. in Claud. Tryphoninum*, tom. I e Christ. RAU, *Exercit. jur. civ.* ad L. 31 § 1 Dig. *depositi*, Lipsiae 1775.

[85]) V. Ant. FABER, *Rational. in Pand.*, ad h. L.

[86]) Leggere così è migliore che *eiusdem.* — V. Guil. BEST, *Ratio emendandi leges*, cap. I p. 10 (edit. Neuhaus, Lipsiae 1745). Così anche il Cod. Pand. di Erlangen.

[87]) La designazione che la deponente fa del figlio nato dal primo matrimonio, ci fa credere che ella ne abbia avuti degli altri anche dal secondo marito, e che li abbia lasciati eredi *ab intestato.* Altrimenti non si comprenderebbe come potesse dubitarsi se dovesse o no restituirsi al figlio, come

---

m) C. c. art. 1854.

Defuncta ea intestata, desidero, res commendatae cui restitui debeant: filio an marito? PAULUS *respondit, filio.*

L. 8 Cod. *ad exhibendum. Si res tuas commodavit, aut deposuit, is cuius in precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum, vel vindicatione uti potes. Quodsi pactus sit, ut tibi restituantur: si quidem ei, qui deposuit, successisti jure hereditario, depositi actione jure non prohiberis; si vero nec civili, nec honorario jure ad te, hereditas ejus pertinet: intelligis nullam te ex eius pacto contra quem supplicas, actionem stricto iure habere: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.*

È molto disputato se l'*actio depositi directa* possa talvolta essere esercitata contro un terzo possessore *n*). Si fa per esempio il caso in cui il depositario abbia a sua volta affidata la custodia della cosa ad un altro. Può allora il deponente agire direttamente contro il secondo depositario? PÜTTMANN [88]) *o*) lo nega assolutamente poichè al deponente spetta invero contro il terzo possessore la *rei vindicatio* [89]), ma non l'*actio depositi!* E in favore di quest'opinione si porta la L. 1 D. h. t. da cui si rileva che l'*actio depositi* può essere esercitata solo contro il depositario o i suoi eredi. Ma nella *Collatio legum mosaicar. et roman.*, tit. 10 § 7 [90]) si trova un passo di PAOLO tolto dalle *Receptae Sententiae*, in cui è detto precisamente il contrario.

---

erede, la cosa depositata dalla sua madre. Invece la restituzione si fa al figlio non come erede della deponente, ma in certo modo come per fedecommesso; il che si rileva anche dalla L. 77 D. *de legatis.* — V. Ger. NOODT, *Comm.* h. t. § *ab alia*, p. 367. — Christ. Lud. CRELL, *Diss. de deposito cum fideicommisso utili, ut res post mortem deponentis, tertio restituatur.* Vitembergae 1742.

88) *Meletematum jur. civ.* Specim. 1 cap. 9. V. anche NOODT, *Comm.* ad D. h. t. § *dixi*, p. 367.

89) L. 8 C. h. t.

90) V. Ant. SCHULTING, *Jurispr. antejust.*, p. 770.

---

n) Su questa questione cfr. HOLZSCHUHER, *Theorie und Casuistik*, ecc. (Teoria e casuistica dell'od. diritto) § 271 n. 2.

o) Così pure WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* (Man.) II (§ 230) pag. 285. Il NOODT, contrariamente a quanto pare che ritenga il GLÜCK (nota 88), è d'opinione che il deponente debba farsi cedere l'azione contro il terzo del depositario; così pure BUCHER, *R. d. Ford.* (Dir. dei crediti) § 100 p. 351.

Si quis, dice il giureconsulto, *rem penes se positam apud alium deposuerit, tam ipse directam, quam is, qui apud eum deposuit, utilem actionem depositi habere possunt.*

Ma questo frammento non fa parte del nostro *Corpus juris*, nel quale invece è riferita una legge di AFRICANO, che così si esprime: L. 16 D. h. t. *Si is apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat, et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, catenus eum teneri, apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet.*

Perciò secondo questa legge il primo deponente non avrebbe altro diritto che di esigere dal depositario, col quale egli ha contrattato, la cessione delle azioni che egli ha contro il secondo depositario.

Se non che il dott. Cristiano RAU [91]) di Lipsia ha efficacemente dimostrato che fra PAOLO ed AFRICANO non vi è alcuna contraddizione, ma possono benissimo conciliarsi fra loro, specialmente osservando che nelle nuove costituzioni imperiali venne concessa l'*actio utilis*, di cui parla PAOLO. Infatti se veramente vi fosse contraddizione fra i due scrittori, sarebbe sorprendente che in queste costituzioni si fosse preferita la massima dell'antico diritto, mentre PAOLO è giureconsulto più recente di AFRICANO [92]). Ma esattamente considerato, AFRICANO parla solo di un caso speciale, quello cioè in cui il secondo depositario abbia commesso un dolo. Allora se il primo deponente voglia esercitare contro il secondo depositario l'*actio depositi* con tutti gli effetti derivanti dal dolo, deve veramente farsi cedere l'azione dal proprio depositario, poichè qui non può dirsi che il nuovo depositario abbia ingannato la fiducia dell'attore, in quanto in realtà questi non aveva affidato la cosa in custodia a lui. Che se invece si tratta solo della restituzione della cosa da parte del secondo depositario al primo deponente, questi può certamente esigerla, senza bisogno della cessione, semplicemente coll'*actio depositi utilis p*). Il

91) *Diss. de actione depositi adversus tertium possessorem*, Lipsiae 1775.

92) V. Ant. SCHULTING, *Jurispr. antejust.*, p. 281 nota 12.

p) Cfr. pure: SCHILLING, *Lehrb. f. Inst.* (Man. delle Ist.) § 273 ann. X. — LUDEN, *Diz.*, p. 321. — UNTERHOLZNER, *Obb.* cit., p. 665 ann. *g*. — KOCH, *R. d. Ford.* (Dir. dei cred.), III § 272. — HOLZSCHUHER, cit. § 271, 2).

che del resto è così conforme a quanto è stabilito nelle nuove costituzioni imperiali, che dovrebbe senza dubbio ammettersi anche se PAOLO non lo avesse espressamente insegnato.

Gli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, nella L. 8 Cod. *ad exhibendum* surriferita, concessero questa azione, in via d'equità, nel caso in cui una nostra cosa, che si trova in mano di qualcheduno, a cui non l'avevamo affidata in custodia, venga da questi depositata presso un terzo, coll'obbligo di restituirla poi a noi. E perchè allora non dovrebbe concedersi l'*actio utilis* a un primo deponente contro un secondo depositario, quando a costui fosse dato l'obbligo dal primo depositario di restituire la cosa al deponente originario, dietro sua richiesta? [93]). Segue quest'opinione anche Giovanni Enrico VON BERGER [94]).

È da osservarsi poi che l'*actio depositi directa* è un'azione privilegiata. Vale a dire che se vi ha concorso di creditori sui beni del depositario, il deponente, qualora non abbia possibilità di rivendicare la cosa depositata come proprietario, è compreso fra i creditori privilegiati occupandone l'ultimo posto. Però egli perde questo privilegio quando abbia fatto un deposito di denaro ed abbia pattuito di riceverne gl'interessi; allora egli non si distingue dagli altri semplici creditori chirografarî. Si riferisce a ciò il seguente importante passo di ULPIANO:

L. 24 D. *de rebus auctorit. judicis possidendis. In bonis mensularii vendendis, post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. Sed enim, qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a caeteris creditoribus non separantur: et merito; aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis; et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.*

Questa prescrizione veramente è d'indole speciale, in quanto parla

---

93) POTHIER, *Pand. Just.*, h. t. num. XXXIX nota *g* tom. I pag. 45 fa sul passo di PAOLO la seguente giustissima osservazione: *non est autem infrequens ut ad vitandum cedendarum actionum circuitum, recta via utilis actio detur diversus quem cedendae erant actiones.*

94) *Oecon. juris*, lib. III tit. 2 Th. 13 p. 435 edit. Winckler.

di quel tal depositario che era il *mensularius* o *mensarius* [95]) presso i romani; ma il fondamento di essa è generale; *aliud est credere, aliud deponere,* e ci dà la dimostrazione che questo privilegio era proprio del deposito, e doveva quindi trovare applicazione anche quando non si fosse trattato di un mensario romano [96]).

Però il privilegio era anche maggiore quando l'*actio depositi* era diretta contro un argentario o *nummularius,* il quale avesse fatto bancarotta. Il deponente assume allora il pieno carattere d'un creditore personale privilegiato, e non solo quando il denaro depositato esista ancora, ma anche quando sia stato consumato, come dimostrano le seguenti leggi:

L. 7 §§ 2 e 3 D. h. t. *Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per ipsos exercebant: et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur: dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renunciaverint deposito. Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum, qui deposuerunt, an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur? Et constat simul admittendos: hoc enim, rescripto principale significatur.*

L. 8 D. *eodem. Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentariis ex pecunia deposita, reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus: idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. Plane sumtus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit; nam, deducto eo, bonorum calculus subduci solet.*

---

95) Questi *mensarii* o *mensularii* erano persone pubbliche elette in Roma dal Senato e nella provincia dal popolo, le quali esigevano alla maniera dei questori il denaro pubblico e lo impiegavano a beneficio dello Stato. Livius, *Historiar.*, lib. VIII cap. 21. — Cicero, *Orat. pro Flacco,* cap. 19. Presso costoro si facevano frequentemente dei depositi, poichè lo Stato garantiva della loro fede. Però essi erano distinti dagli *argentarii,* sebbene anche questi venissero chiamati talvolta *mensarii.* L. 47 § 1 Dig. *de pactis.* — Vedi Christ. Ger. Overbeck, *Diss. de collocatione depositi tam regularis quam irreg. in concursu creditor.,* Heidelb. 1808 parte II § 13 e seg.

96) V. Overbeck, *Diss.* cit. parte III § 18.

La maggior parte degli scrittori [97]) veramente ritiene che la L. 7 citata si riferisca solo al caso in cui i denari depositati esistano ancora in natura: in quanto che allora il deponente può rivendicarli ed aver la precedenza su tutti i creditori privilegiati. Però contro tale interpretazione si obietta che il diritto di rivendicazione non può oltrepassare i limiti della proprietà; mentre nella L. 8 h. t. che è intimamente connessa colla precedente, si afferma che questo privilegio può non solo esercitarsi sulle cose proprie depositate ed ancora esistenti, ma anche in tutti quanti gli altri beni del debitore. D'altronde come avrebbe potuto PAPINIANO chiamar privilegio la facoltà di rivendicazione che ha il deponente, fondata sulle regole comuni e generali del diritto? Oltredichè vi è una grave differenza dal caso in cui il deponente esiga il deposito come rivendicazione di proprietà, a quello in cui non faccia che esercitare il suo privilegio mediante l'*actio depositi* che gli compete; perocchè nella prima ipotesi egli è indipendente dal concorso dei creditori, nella seconda invece vi prende parte, e debbono prima di tutto esser sottratte le spese di concorso, ed egli deve contentarsi di quel che resta *q*).

---

97) Jac. CUJACIUS. *Observat.*, lib. X cap. 14. — Guil. FORNERIUS, *Select.*, lib. III cap. 8 (in *Thes. jur. Roman. Otton.*, tom. II pag. 90). — POTHIER, *Pandect. Just.*, tom. I h. t. num. LIII nota *b* p. 458 e Christ. Lud. RUNDE, *Commentat. de historia, indole ac vi remediorum securitatis, quibus jure Rom. prospectum est creditoribus debitoris obaerati*, ecc. Goett. 1794. 4 § 67.

---

q) Da quale tempo decorre la prescrizione dell'*actio depositi directa?*

La questione non è priva di una certa difficoltà, perchè nel deposito, come in parecchi altri casi quali il mutuo infruttifero, il precario, il diritto di liberare un pegno dalle mani del creditore (*actio pigneraticia directa*), l'*actio venditi* in forza di contratto *de retrovendendo*, e, secondo alcuni, il commodato, il rapporto giuridico porta, secondo l'esatta espressione del SAVIGNY (*System.*, V, p. 291), ad uno stato di cose *permanente*, la fine del quale è nondimeno in arbitrio del creditore.

Noi però senza internarci in questa intricata discussione, che troverebbe piuttosto il suo luogo in una teoria delle azioni, limiteremo il nostro compito solo a qualche osservazione, aggiungendo brevi indicazioni dei principali autori che sull'argomento hanno scritto.

È principio indiscusso che la prescrizione comincia a decorrere dal momento che nasce l'azione: ora, per limitare la questione al solo deposito, quando nasce l'azione in questo contratto?

Meglio che procedere per astratte deduzioni è vedere come a questa domanda rispondano i testi. Per ciò che riguarda il deposito è ben noto il seguente frammento:

II. *Actio depositi contraria.* Questa si esercita dal depositario o suoi eredi, contro il deponente o suoi eredi, sia per il risarcimento dei danni che possano essere derivati da colpa del deponente, qualunque essa sia, anche lievissima; sia per il rimborso delle spese

---

Ulpianus *libro trigesimo ad edictum* (L. 1 § 22 D. h. t.): *Est autem et apud* Julianum *libro tertio digestorum scriptum eum qui rem deponit statim posse depositi actione agere.*

Dal che non è difficile ricavare che l'azione sorge col contratto, e che quindi la prescrizione decorre da questo momento.

Del resto l'esame dei testi induce a respingere quella dottrina sostenuta da alcuni giureconsulti, secondo i quali nel caso del deposito e negli altri sopraddetti l'*actio nata* esisterebbe solo dopo che l'obbligato richiesto avesse ricusata o non effettuata la prestazione (così Savigny, *Sistem*, V, 281 e seg. — Kierulff, *Theorie* (Teoria, ecc.), I p. 193 e seg. — Puchta, *Lez.* I p. 204-206. — Sintenis, *Dir. civ.*, I, 281 seg. Contro: Windscheid, *Die actio des röm. Civilrechts*, ecc. (L'az. del dir. civ. rom.) pag. 42 e *Pand.*, I § 107 ann. 5 seguito dalla maggioranza degli autori). Noi crediamo quindi che rettamente intesa debba ritenersi nel fondo vera la tanto combattuta massima (si veda per tutti Thon, *Linde's Zeitschrift* [Riv. di Linde pel dir. e la proc. civ.] VIII, 1-57 [1835]; cfr. inoltre Savigny, *System*, V, § 237 pag. 280 e seg.) sorta fin dal tempo dei glossatori: ACTIO NONDUM NATA TOTIES PRAESCRIBITUR, QUOTIES NATIVITAS EST IN POTESTATE CREDITORIS (Cfr. Zrodlowski, *Arch. für civ. Praxis* (Arch. per la prat. civ.) LII p. 358 seg.). — Windscheid, l. c. — Arndts-Serafini, *Pand.* I § 107 nota 5.

La stessa questione si è fatta nel campo del nostro dir. civile; ma le conclusioni alle quali si deve venire non possono essere ragionevolmente diverse da quelle alle quali abbiamo aderito nel diritto romano. Nell'art. 1860 C. c. si trova del resto sancito un principio che nella sostanza collima con quello già posto da Giuliano, e che abbiamo veduto nel frammento di Ulpiano sopra riportato: « *Il deposito si deve restituire al deponente* APPENA LO DOMANDA, *quantunque siasi fissato nel contratto un termine per la restituzione, purchè non siavi presso il depositario un atto di sequestro.* Del resto il principio già accolto dagli antichi è accettato si può dire da tutti gli scrittori di diritto civile italiano (Cfr. Giorgi, *Obbl.*, VIII, 233, 234 e Mirabelli, *Della prescrizione*, p. 70 (1893).

Diremo per ciò che la richiesta del deponente fatta nei modi di legge, anzichè iniziare la prescrizione è invece solo causa interruttiva della medesima, e quindi dal giorno della richiesta incomincia un nuovo termine per la prescrizione.

Assai diversa dalla questione che abbiamo finora trattata, che riguarda la *prescrizione estintiva* dell'*azione personale* del deposito, è quella relativa alla *prescrizione acquisitiva* della cosa depositata. Così può avvenire che estinta l'azione personale del deponente verso il depositario, rimanga a lui l'azione rivendicatoria della cosa depositata. La prescrizione estintiva dell'obbligazione pertanto è da considerare una delle cause che danno origine alla prescrizione acquisitiva del deposito, in quanto coll'avverarsi della medesima potrà il depositario iniziare il possesso *ad usucapionem* della cosa depositata. Cfr. gli art. 2115, 2116, 2117 e 2118 C. c.

Nel *deposito irregolare* non si può parlare di prescrizione acquisitiva perchè la cosa depositata (per es., denaro) entra a far parte del patrimonio del depositario: perciò col decorso della prescrizione estintiva trentennale si estingue ogni diritto del deponente (Cfr. sent. Cass. Tor., 7 giugno 1883; *Gior. tor.*, 1883 p. 959).

necessarie alla conservazione della cosa, o anche di altre quando siano state eseguite col consenso del deponente [98]). Oltrechè questa azione si distingue dall'*actio directa* in ciò, che in essa non hanno luogo nè l'*iuramentum in litem*, nè l'effetto dell'infamia [99]) *r*).

§ 947.

Rapporti giuridici di più deponenti o di più depositarî, o di più eredi d'un deponente o d'un depositario.

I. Se più persone depositano una cosa, o muore un deponente lasciando molti eredi, vi hanno i seguenti casi:

a) O si tratta di una *cosa indivisibile*, e allora quegli che la richiede al depositario deve averne il mandato da tutti gli altri interessati, oppure deve dare al depositario una sufficiente cauzione per guarentirla di fronte agli altri. Se egli rifiuta di prestare tale cauzione il depositario può consegnare la cosa all'autorità giudiziaria e liberarsi così da ogni altra pretesa [100]) *s*).

---

98) L. 5 pr., L. 12 pr., L. 23 D. h. t, L. 31 Dig. *de pign. act.*, L. 61 § 5 Dig. *de furt.* — V. MENCKEN, *Introduct. in doctr. de action. for.*, pag. 185 e seg. et ad Eundem, HOMMEL not. 524. — SCHMIDT, *Teoria delle azioni giudiziarie* (ted.), § 799 e seg.

99) L. 5 pr. D. h. t., L. 6 § ult. Dig. *de his, qui not. infamiae.* V. questo *Commentario*, lib. XII § 813.

100) L. 1 § 36, in fin. D. h. t. — VOET, *Comm. ad Pand.*, h. t. § 4.

---

r) Il C. civ. dispone all'art. 1862 che il deponente è obbligato a rimborsare il depositario delle spese fatte per conservare la cosa depositata e a tenerlo indenne di tutte le perdite di cui il deposito può essergli stato occasione. Oltre a ciò, come abbiamo veduto altrove (§ 944 nota *b* p. 348), per l'odierno diritto compete al depositario diritto di ritenzione sino all'intero pagamento di tutto ciò che gli è dovuto per causa del deposito e privilegio pei miglioramenti (C. c. art. 1863 e 1958 n. 7).

s) È importante in proposito la l. 81 § 1 D. *de soluto et lib.*, 46, 3:

POMPONIUS, *libro VI ad Quintum Mucium.* — *Si lancem deposuerit apud me Titius, et pluribus heredibus reclictis decesserit, si pars heredum me interpellet, optimum quidem esse, si Praetor aditus iussisset me parti heredum eam lancem tradere; quo casu depositi me reliquis coheredibus non teneri; sed etsi sine Praetore sine dolo malo hoc fecero, liberabor, aut, quod verius est non incidam in obligationem; optimum autem est, id per magistratum facere.* Cfr. UBBELOHDE, *Die*

b) O si tratta invece di più *cose individuali e distinte* e allora: *α*) O queste sono tutte di egual forma e valore, in modo che possano vicendevolmente scambiarsi l'una per l'altra, come per esempio in un deposito di sei candelieri d'argento perfettamente identici nella forma e nel peso; e allora se muore il deponente, e lascia, poniamo il caso, tre eredi che debbano dividersi l'eredità a parti eguali, ciascuno di essi può esigere la sua parte di deposito, consistente in due candelieri d'argento, nè può essergli richiesta alcuna cauzione [1]) *t*). *β*) Se queste cose individuali invece, anche se della stessa specie, non sono permutabili fra loro, come per esempio nel deposito di tre cavalli, dato che muoia il deponente e lasci tre eredi, nessuno di essi può ripetere senza il consenso degli altri, e senza dare una sufficiente cauzione [2]), nè i tre cavalli, nè uno soltanto *u*). E quando anche uno degli eredi si fosse fatto dare uno dei cavalli non può dirsi che egli abbia acquistato un diritto esclusivo sul medesimo, ma il cavallo rimane in comune *pro indiviso* fra i coeredi [3]).

c) Se infine la cosa depositata è una *quantità*, ciascuno dei deponenti o degli eredi può esigerne la sua parte; inquantochè una quantità è *ipso iure* divisibile [4]) *v*). Se però si tratta d'una somma di denaro racchiusa dentro una borsa sigillata, questa borsa deve essere aperta dinanzi al giudice, o al cospetto di una persona conosciuta e inattaccabile [5]).

---

[1]) L. ult. C. h. t. — Hub. GIPHANIUS, *Explanat. difficilior. Legg. Cod.* ad h. L. ult. p. 292. — Hug. DONELLUS, *Comment. ad eund. Leg.*, p. 264.

[2]) L. 29 D. *de solut.*

[3]) FRANTZKIUS, *Commentar. in Pand.*, h. t. num. 19 e DUARENUS, *Comment.* ad h. Tit. cap. 4 p. 1007. Però sembra di diversa opinione COCCEJO, *Jur. civ. controv.*, h. t. qu. 8.

[4]) L. 2 § 1 *Dig. de verbor. oblig.* — FRANTZKIUS, *Comm. ad Pand.*, h. t. num. 18.

[5]) L. 1 § 36 D. h. t. Su questo passo confronta specialmente: Ulr. HUBER,

---

Lehre von den untheilbaren Obligationen (La teoria delle obbligazioni indiv.) pagine 233-245. — RÜMELIN, *Die Theilung der Rechte* (La divisione dei diritti) p. 219-223. — WINDSCHEID, *Pand.*, II § 299.

Per l'odierno diritto si veda l'art. 1207 C. c.

t) Cfr. C. civ. art. 1204 cap.

u) Cfr. C. civ. art. 1205 n. 3.

v) Cfr. C. civ. art. 1204 cap.

Quando nel deposito si sia convenuto che uno dei deponenti possa riscuotere l'intiera quantità, allora egli ha naturalmente il diritto di esigerla per intiero; ma senza questa speciale convenzione non gli sarebbe mai permesso [6] [w]).

Quando uno dei deponenti ha ricevuto la propria quota della cosa divisibile, non è mai tenuto a farne parte agli altri, neppure nel caso in cui questi avendo accordato al depositario delle dilazioni siano poi venuti, per la sua insolvenza a perder tutto [7]). Se il depositario ha consegnato la cosa a uno dei deponenti o degli eredi, il quale non aveva la necessaria autorizzazione per ritirarla, gli altri possono bene ed efficacemente esercitare contro il depositario l'*actio depositi* per l'intiera quantità della cosa depositata, ancorchè esso si fosse fatto dare una cauzione da quegli che ricevè la cosa [8]). Ma diversamente avverrebbe se l'erede il quale dietro cauzione ripetè l'intiera cosa depositata, fosse quello a cui spettasse la maggior parte di essa; perocchè allora non potrebbe essergli negato questo diritto, e il depositario non avrebbe nulla a temere dalle pretese degli altri coeredi [9]).

Eunom. Rom. ad h. L. p. 590. — Iust. Meieri, Ἐνδοξῶν *Justinianeor.* decad. V cap. 8 (adj. Eius. *Colleg. jur. Argentorat.*, tom. III p. 980).

[6]) L. 1 § 44 D. h. t.

[7]) L. ult. C. h. t. Donellus in *Commentar.* ad h. L. — Lauterbach *Colleg. th. pr. Pand.*, h. t. § 23.

[8]) Carpzov, *Respons. jur.*, lib. V Resp. 14. — Stryk, *de cautelis contract.*, sect. II cap. III § 3. — Lauterbach, *Colleg. th. pr. Pand.*, h. t. § 22.

[9]) L. 14 pr. D. h. t. *Si plures heredes extiterint ei, qui deposuerit, dicitur, si major pars adierit, restituendam rem praesentibus. Maiorem autem partem non ex numero utique personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariarum intelligendam, cautela idonea reddenda.* Ant. Faber, *Conjecturar. jur. civ.*, lib. XII cap. 16, ritiene erronea la dicitura *si maior pars adierit*, e legge invece, *si maior pars aderit.* Poichè le parole precedenti *si plures heredes extiterint* dimostrano che l'eredità fu già adita da tutti gli eredi; mentre le susseguenti *restituendam rem praesentibus* indicano che si tratta di un caso in cui una sola parte degli eredi si sia fatta innanzi, ed abbia reclamata la cosa depositata. Ma già Iust. Meier, Ἐνδοξῶν *Justinianeor.* decad. V cap. 9, dimostrò come questa correzione non sia punto necessaria. Accursio poi spiegò quel-

---

w) Cfr. C. civ. art. 1205 n. 2.

II. Quando sono invece più persone che prendono insieme in custodia una cosa, ciascuna di esse è obbligata per l'intiero [10]); perocchè il deponente ha affidato egualmente ed intieramente ad ognuna la propria cosa, e la custodia è indivisibile [11]) *x*). Però se qualcheduno dei depositarî possa provare che per parte sua, in caso di mancanza o danno della cosa, egli non ci ha avuto colpa alcuna, deve esser liberato, e la responsabilità cade tutta sugli altri, che sono colpevoli [12]).

Quando poi il deponente richieda l'intiero ad uno dei depositarî, ma non sia da questo completamente soddisfatto, gli resta sempre aperta l'azione contro gli altri [13]).

III. Quando invece si tratti di più eredi di un depositario, cia-

---

l'*adierit* riferendola non ad *hereditatem*, ma o a *iudicem* o a *depositarium*. Meier ritenne che dovesse veramente intendersi *adierit iudicem*, ma io credo che si possa benissimo riferire ad *hereditatem* senza incorrere in una contradizione colle parole precedenti. Il senso della frase sarebbe questo: Se il deponente ha lasciato più eredi, dei quali la maggior parte ha già adìta l'eredità, ecc. La quale interpretazione è confermata anche dai *Basilici*, tom. II p. 96: Ἐὰν κατα τὸ πλεῖον μέρος ὑπεισέλθῃ ἡ τοῦ παραθεμένου κληρονομία, ἀποδίδοται τὸ πρᾶγμα τοῖς παροῦσιν, cioè: *Si major pars heredum ejus, qui deposuit, hereditatem adierit, restituitur res praesentibus.* Ant. Faber ritiene che debbano anche togliersi, come un *Tribonianismo*, le parole *cautela idonea reddenda;* ma per qual ragione e con qual fondamento? — V. Huber, *Enuom. Rom.* ad h. L. p. 593.

10) L. 1 § 43 D. h. t. *Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit; nec liberabitur alter, si cum altero agatur, non enim electione, sed solutione liberantur. Proinde si ambo dolo fecerunt, et alter, quod interest, praestiterit: alter non convenietur: exemplo duorum tutorum.*

11) Se però il deponente affidata la cosa a più persone, a loro rischio comune, Lauterbach, *Colleg. Pand.*, h. t. § 26, ritiene che ciascuno dei depositari sia solo obbligato *pro rata*, in quanto nessuno di essi è reo di dolo.

12) L. 1 § 34 h. t. *Si alter dolo non fecerit et idcirco sit absolutus, ad alium pervenietur.*

13) L. 1 § 34 cit. *Quod si alter vel nihil, vel minus facere possit, ad alium pervenietur.*

---

x) Sulle controversie fra gli odierni romanisti relative all'applicazione di questi principii si veda specialmente Windscheid, *Pand.*, II § 269 n. 7. — Per il nostro dir. civ. cfr. art. 1206.

scuno di essi è obbligato *pro rata* per il fatto del testatore [14]) *y*). Ma se si ha riguardo al loro respettivo operato, sarà tenuto per la cosa depositata solo quell'erede il quale l'ha ancora in possesso, o che se ne è servito illegittimamente [15]). Nel caso vi sia dolo e tutti vi abbiano partecipato egualmente, e la cosa sia divisibile, ciascuno è responsabile per la sua parte. Se invece la cosa è indivisibile ogni erede è obbligato *in solidum*, e se quegli a cui viene richiesta non può più restituirla tutti i coeredi sono tenuti, ognuno per la propria parte, a risarcire il valore; e per le quote che non potessero esigersi da qualcuno di essi, debbono supplire gli altri [16]).

IV. Se infine uno degli eredi alienò per errore la cosa che era stata depositata presso il defunto, per esempio perchè la riteneva di sua proprietà, è tenuto, in quanto è possibile, a cercare di recuperare la cosa; e se ciò non sia più possibile deve dare ciò che ne ha ricevuto in compenso, o cedere le proprie azioni contro colui a cui l'ha venduta [17]) *z*).

---

14) L. 7 § 1, L. 9 Dig. h. t. — Ger. NOODT, *Comm.* ad D. h. t. § *Sequitur*, tom. II *Oper.* p. 367.

15) L. 9 e L. 10 D. h. t.

16) L. 22 D. h. t. — V. Ant. FABER, *Rational. in Pand.*, ad h. L. — Ulr. HUBER, *Eunom. Rom.* ad h. L. p. 594. — Paul. BUSIUS, *ad eand. L.* — Ge. FRANTZKII, *Comment. in Pand.*, h. t. num. 21 e num. 107.

17) L. 1 § 47, L. 2, 3, 4 D. h. t. — V. Franc. RAMOS DEL MANZANO, *Commentar.* ad L. 1 § ult. Dig. *Depositi* (in Meermann, *Thes. jur. civ. et canon.*, tom. VII).

---

y) Cfr. C. civ. 1204 cap.

z) Il C. civ. art. 1851 dispone: « L'erede del depositario, il quale ha venduto in buona fede la cosa che ignorava essere depositata, è obbligato soltanto a restituire il prezzo ricevuto, o a cedere la sua azione verso il compratore nel caso che il prezzo non gli sia stato pagato ».

§ 948.

Sequestro *).

Il sequestro, *sequestrum, sequestre,* è considerato nel diritto romano, ora come una forma di deposito, ora come un decreto del giudice [18]) [a]) (*Vedi contronota a pag. seg.*).

---

[18]) Fra gli antichi scrittori accolsero questa teorica: Andreas CLUDIUS e Casp. ZIEGLER, *de jure sequestrationum;* fra i nuovi: Adolph. Frid. TRENDELENBURG, *Exercit. juris civ. de sequestratione curatius definienda,* Buetzovii 1765. — GÖNNER, *Manuale della comune procedura ted.,* v. 4 nr. LXXX p. 369.

---

*) BIBLIOGRAFIA (Vedi, specialmente per i trattati generali, la bibliografia al § 938 nota *a*). — Jac. de ARENA, *De sequestrationibus,* Ven. 1584 (nel *Tractatus Tract.* tom. III pars II). — Joh. BAUMANN, *Tract. de sequestris et sequestrationibus,* Francof. 1597. — Joh. BECHMANN, *Disp. de sequest.,* Jenae 1671. — Henr. BOCERI, *Axiomata centum de iure sequestrato,* Tubing. 1592. — Vinc. CAROCH, *De deposito et sequestro,* Colon. 1573 e 1604. — Ant. CLUDII, *De iure sequestrationis,* Helmstad. 1594. — Franc. CURTII, *De sequestris,* Ven. 1584 (nel *Tractatus Tract.,* tom. III pars II). — Guid. FOIANI, *De sequestro,* Ven. 1608 e Francof. 1609. — Joh. GOEDDAEUS, *De sequestratione possessionis et fructuum,* Herborn. 1599 e 1623. — Henr. HAHN, *Disp. de obl. et in specie de sequestro,* Helmst. — MEVIUS, *De sequestris* (nella *Tractatio de arrestis,* ecc.) Lipsiae 1674. — NEGUSANTIUS, *Tr. de sequestrationibus.* — Nic. REINIGK, *Disp. inauguralis de sequestr.,* Argent. 1633. — SABELLI, *De sequestr.* (nella *Summa div. tract.*). — Io. de SEHAGUN, *De sequestratione possessionis.* — Guil. SCHMID, *Disp. inaug. de sequestr.,* Altorf. 1628. — TUSCHUS, *Pract. conclus. iur.* ad v.: *Sequestr.* — Ang. de UBALDIS, *De sequestris,* Ven. 1584 (nel *Tractatus Tract.,* tom. III pars II).

MUTHER, *Sequestration und arrest in röm. Recht* (Il sequestro nel diritto romano), 1856. — VOIGT, *Der Besitz des Sequester nach röm. R. zur Zeit der klass. Jurisprudenz* (Il possesso del sequestrario secondo il dir. rom. al tempo della giurisprudenza classica) 1885.

BORSARI, *Il cod. di proc. civ. ann.,* II p. 495 e seg. (1873). — CUZZERI, *Il Cod. di proc. civ. illustr.,* III p. 579 e seg. (1878). — GARGIULO, *Il Cod. di proc. civ.,* IV pagina 926 e seg. (1881). — MATTIROLO, *Trattato di dir. giud. civ.,* V. — MORTARA, *Man. di proc. civ.,* I p. 271 (Tor. 1887). — PATERI, *Dei vari proc. speciali,* II p. 601 e seg. — RICCI, *Comm. al Cod. di proc. civ.,* III pag. 463 e seg. (1876). — SAREDO, *Ist. di proc. civ.,* II p. 440 e seg. (1876) (Per le opere gen. di dir. civ. cfr. la cit. bibl. al § 938 nota *a*).

BUSATTI, *Del procedimento nel sequestro giudiziario, Foro it.,* I, 929. — CHIRONI, *Studio intorno al sequestro giudiziario, Arch. giur.,* XXIX, 389. — GIANZANA, *Del sequestro giudiziario e conservativo* (1884). — LESSONA, *Sequestro conservativo,* nel

I. Come forma di deposito si ha il sequestro, quando due parti contendenti stabiliscono di affidare l'oggetto conteso in custodia ad un terzo, che si chiamà *sequester*, colla condizione, che, quando la loro contesa sia decisa, egli consegnerà l'oggetto a quella parte per cui la decisione sia stata favorevole [b]. Di questa forma di sequestro, che dai moderni giureconsulti vien chiamata *sequestratio voluntaria seu conventionalis*, parlano le seguenti leggi:

L. 110 D. *de verb. significat.* SEQUESTER *dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt; dictus ab eo, quod occurrenti, aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur* [19] [c].

L. 5 § 1 D. h. t. *In sequestrem depositi actio competit; si tamen cum sequestre convenit, ut certo loco rem depositam exhiberet, nec ibi exhibeat, teneri eum palam est. Quod si de pluribus locis convenit, in arbitrio ejus est, quo loci exhibeat; sed si nihil convenit, denunciandum est ei, ut apud Practorem exhibeat.*

L. 6 D. *eodem. Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur.*

L. 17 D. *eodem. Licet deponere tam plures, quam unus possunt, attamen apud sequestrem, non nisi plures deponere possunt: nam tum id fit, cum*

---

[19] Aulus GELLIUS, *Noct. Atticar.*, lib. XX cap. ult., dissente qui da MODESTINO. Egli deriva il vocabolo *Sequester, a sequendo, quod ejus, qui electus sit, utraque pars fidem sequatur.* — V. Jo. Lud. CONRADI, *Excursus ad* GELLIUM *in div. titt. Dig.*, parte II Exc. 8 pag. 350 e TRENDELENBURG, cit. *Exercit.*, § 3.

Dig. ital. (1896). — MANFREDI, *Il sequestro conservativo, Arch. giur.*, XI, 69 e seg. — NORSA, *Il sequestro nella legislazione vigente* (1879).

BOUCHON, *Théorie et pratique des saisies conservatoires* (1887). — DODO, *Théorie et prat. de la saisie arrêt* (1889). — GUILLOUARD, cit. § 938 nota *a*.

a) La distinzione fatta dall'A. pel diritto rom., sussiste anche nell'odierno diritto, nel quale si distingue, come è noto, il *sequestro convenzionale* o *volontario*, dal *sequestro giudiziario* (*sensu lato*) o *necessario*, che a sua volta suddividesi in *sequestro giudiziario propriamente detto* (*stricto sensu*), e *sequestro conservativo*.

b) Cod. civ. art. 1870: Il sequestro convenzionale è il deposito di una cosa controversa fatto da due o più persone presso un terzo che si obbliga di restituirla, terminata la controversia, a colui al quale sarà dichiarato che debba appartenere.

c) Invece *sequester* ha verisimilmente la stessa radice di *secus*, *secius*, radice che indica, separazione, divisione, quasi a mostrare colui il quale fra due contendenti si tiene in disparte. Cfr. MUTHER, op. cit. in princ.

aliqua res in controversiam deducitur; itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse: quod aliter est, cum rem communem plures deponunt.

L. 9 § 3 D. *de dolo malo.* LABEO, *XXXVII. Posteriorum scribit: si oleum tuum, quasi suum, defendat Titius; et tu hoc oleum deposueris apud Sejum, ut is hoc venderet, et pretium servaret, donec inter vos diiudicetur, cuius oleum esset; neque Titius velit judicium accipere, quoniam neque mandati, neque sequestraria Seium convenire potes, nondum impleta conditione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. Sed* POMPONIUS *posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel is si solvendo non sit, cum Titio de dolo, quae distinctio vera esse videtur.*

L. 5 Cod. h. t. *Propter instrumenta quidem, quae te deposuisse cum adversario tuo dicis, ut residua pecunia, quae ex conductione debebatur, soluta, ea reciperes, si id quod, placuerat, implesti, sequestrum potes convenire.*

Riguardo alla forma con cui le parti contraggono col sequestratario, il sequestro può talvolta, al pari di ogni altro deposito, convertirsi in un altro contratto. A questo proposito quando il sequestratario prende in custodia la cosa questionata bisogna distinguere:

a) Egli la prende *gratuitamente.* E allora: *α*) O gli viene semplicemente data in custodia, e si ha un vero caso di deposito. *β*) O gliene vien data anche l'amministrazione, e il sequestro si converte in un *contractus mandati.*

b) Il sequestratario riceve un compenso, e allora a seconda che questo consista in denaro contante o in altra cosa, il sequestro si converte in contratto di locazione, o in un contratto innominato [20] *d*).

Il sequestro può inoltre essere eseguito per *ordine del giudice,* sia come *mezzo conservativo* sia come mezzo di esecuzione, e può avvenire anche senza il consenso delle parti [21]). A questo riguardo i moderni

[20]) V. TRENDELENBURG, Diss. § 1 e 11.

[21]) L. 7 § ult. D. *qui satisdare cogantur;* L. 11 § 1 D. *ad exhib.;* L. 1 § 37; L. 5 § ult. D. h. t., L. 22 § 8 D. *solut. matrim.*

d) Invece nel nostro Cod. civ. è espressamente dichiarato che il sequestro può non essere gratuito (art. 1871).

giureconsulti chiamano questo sequestro col nome di *sequestratio necessaria* [e]).

A) Come mezzo di conservazione della cosa, il sequestro può tanto eseguirsi su un oggetto questionato, come su uno non questionato [22]); ma deve essere ordinato soltanto quando si tema un pericolo tale, che questo sia il mezzo più proprio e più opportuno

---

[22]) V. Cocceji, *jur. civ. controv.*, h. t. qu. 16.

---

e) Nell'odierno diritto la *sequestratio necessaria* si presenta sotto due forme diverse e ben distinte: il *sequestro giudiziario*, che è dato per provvedere alla custodia di una cosa *mobile od immobile* che forma o potrà formare oggetto di controversia fra due o più persone; il *sequestro conservativo*, che è una cautela sui *mobili* del debitore, che il giudice accorda al creditore (Mattirolo).

Il *sequestro giudiziario* ha luogo, ed è in *facoltà* dell'autorità giudiziaria il concederlo, nei casi seguenti:

1.° Quando si tratti di un immobile o di una cosa mobile, la cui proprietà o il cui possesso sia controverso fra due o più persone (Cod. civ. art. 1875 n. 1).

2.° Quando devesi provvedere a regolare il deposito della cosa che il debitore offre per la sua liberazione (Cod. civ. art. 1875 n. 2, 1259 e seg.).

3.° Quando, sebbene non siavi ancora lite pendente fra le parti, siavi pericolo di alterazione, sottrazione o deteriorazione di una cosa mobile o di un immobile (C. proc. civ. art. 921).

Casi analoghi al sequestro giudiziario si hanno negli articoli 2085 Cod. civ. e 612 C. proc. c.

La destinazione di un depositario giudiziale produce fra il sequestrante e il depositario vicendevoli obbligazioni. Così il depositario deve usare per la conservazione delle cose sequestrate la diligenza di un buon padre di famiglia, ed inoltre ha il dovere di presentarle tanto per soddisfare il sequestrante colla vendita, quanto per restituirle alla parte contro cui sono state fatte le esecuzioni, in caso di rivocazione del sequestro. Il sequestrante deve pagare al depositario la mercede stabilita dalla legge, o in mancanza dall'autorità giudiziaria (C. c. art. 1876).

Il *sequestro conservativo* è una forma preventiva di applicazione nel noto principio che i beni del debitore sono la garantia comune dei suoi creditori (Codice civile art. 1949).

Le condizioni per procedere al sequestro conservativo sono tassativamente determinate dal legislatore. Il creditore — così è detto nell'art. 924 Cod. proc. civ. — che abbia giusti motivi di sospettare la *fuga* del suo debitore, di temere *sottrazioni*, o sia in pericolo di perdere le *garantie* del suo credito, può domandare il sequestro dei *beni mobili* spettanti e delle *somme* dovute al debitore medesimo, se la legge non ne vieti il pignoramento ».

Le regole procedurali che si devono seguire sia nell'una che nell'altra forma di sequestro necessario sono di competenza del diritto formale, e più che essere argomento di nota richiederebbero la trattazione in una speciale monografia, laonde senza altro dilungarci sul *sequestro* rinviamo il lettore agli scritti citati nella nostra nota bibliografica al principio di questo paragrafo.

per poterlo allontanare [23]). In tal caso possono essere sequestrate cose di qualunque specie, mobili ed immobili, corporali ed incorporali; ed anche persone libere, di sesso maschile o femminile [24]). Quindi il sequestro necessario può essere ordinato dal giudice, a sicurezza del diritto di una delle parti, nei seguenti casi:

1.° Quando si teme che il possessore della cosa questionata possa prender la fuga con essa [25]).

2.° Quando i beni di una persona, la cui sicurezza deve essere tutelata dal giudice, possono esser dissipati dal loro possessore, o quando la cosa disputata possa essere distrutta durante il processo [26]).

3.° Quando pendente il processo le due parti possono venire a violenze, e l'una sottrarre all'altra violentemente il possesso della cosa [27]).

4.° Quando due uomini si questionano una sposa, e ciascuno di essi afferma d'avere dei diritti privilegiati sulla sua persona [28]).

5.° Quando uno reclami una ragazza come propria figliuola, e non possa senza difficoltà raccoglierne le prove, deve ordinarsene il sequestro, se la persona a cui la ragazza è richiesta goda poco buon nome e vi sia pericolo a lasciarla ancora presso di lei [29]).

6.° Quando una vedova si spacci per gravida, o quando sciogliendosi un matrimonio si presupponga con fondamento che la donna sia incinta [30]).

In questi casi il giudice dove ordinare il sequestro, e la cosa o può essere depositata all'autorità giudiziaria, o può essere affidata

---

23) L. 22 § 8 in fin. D. *solut. matrim.* — V. Nic. Christ. Kob, *Diss. de sequestratione permissa*, Altorfii 1712.

24) L. 3 § 6 D. *de liber. exhib.*

25) L. 7 § 2 D. *qui satisdare cogant.*

26) L. 22 § 8 D. *Solut. matr.*, L. 21 § fin. D. *de appell.* cap. 2, X *de sequestr. possess. et fruct.*

27) L. 9 C. *de transact.*

28) Cap. 14, X *de sponsal.* — Henr. de Cocceji, *Diss. de foeminar. sequestro*, Francof. ad Viadr. 1698. — Jo. Guil. Hoffmann, *Observ. quae ad usum fori spectant*, Diss. I Obs. 8 e nell'*Archivio di giurisprudenza teorico-pratica* di Hagemann e Günter, vol. II, num. VIII.

29) L. 3 § 6 D. *de lib. exhib.*

30) V. *Tit. Pand. de inspiciendo ventre*, XXV § 4. — Westenberg, *Divus Marcus*, Diss. X.

ad un terzo, sia in semplice custodia, sia in amministrazione, secondo le circostanze. Nel sequestro di donne poi esse debbono essere affidate alla cura d'una femmina di ben conosciuta onestà [31]).

B) Il sequestro come mezzo d'esecuzione può essere ordinato con sentenza dal giudice, per permettere al creditore di percepire i frutti della cosa, quando per altre ragioni sia conveniente di rilasciarla nelle mani del debitore, o quando si questioni soltanto sui frutti, come, per esempio, in caso di fedecommessi feudali o familiari [32]).

§ 949.

Azioni derivanti dal sequestro.

In quanto il sequestro è un contratto che si conchiude fra le parti, il sequestratario può essere costretto, da colui al quale deve essere restituita la cosa, ad eseguire questa restituzione, mediante l'azione derivante dal contratto stesso, la quale prende il nome di *sequestraria* [33]). Il sequestratario a sua volta, può, con l'azione che anche per lui deriva dal contratto e che ha eguale designazione, esigere da colui che domanda la cosa, il soddisfacimento delle proprie pretese contrarie.

Le azioni derivanti dal sequestro quindi sono:

1.° L'*actio depositi sequestraria directa* per il vincitore della questione, e l'*actio depositi sequestraria contraria* per il sequestratario, quando il sequestro ha la forma di un vero deposito.

2.° L'*actio mandati sequestraria,* anch'essa ora *directa,* ora *contraria,* quando il sequestro ha la forma di mandato.

3.° L'*actio locati* e *conducti sequestraria,* quando il sequestro avviene come una *locatio operarum.*

4.° Finalmente l'*actio praescriptis verbis sequestraria,* quando il sequestro assuma la natura di un contratto innominato [34]).

---

[31]) L. 3 § 6 D. *de liber. exhib.,* cap. 14, X *de sponsal.,* cap. 8, X *de restitut. spoliat.*

[32]) V. GÖNNER, *Manuale di procedura,* cit. vol. IV num. 80 § 10.

[33]) L. 12 § 2 D. h. t. *Cum sequestre recte agetur depositi sequestraria actione, quam et in heredem eius reddi oportet.*

[34]) L. 9 § 3 D. *de dolo malo.* — V. SCHMID, *Teoria delle azioni e delle eccezioni* (ted.) § 806 e seg.

INDICE

LIBRO SEDICESIMO.

Titolo I.

Ad Senatusconsultum Velleianum.

§ 920. Storia del senatoconsulto Velleiano. Forme diverse d'intercessione 1
§ 921. Ragione del senatoconsulto Velleiano 16
§ 922. A chi e per chi il senatoconsulto proibisca d'intercedere . . 23
§ 923. Effetti del senatoconsulto Velleiano 29
§ 924. Casi ne' quali il senatoconsulto Velleiano non trova applicazione 45
§ 925. Come e in quanto sia possibile una rinunzia al senatoconsulto Velleiano 73
§ 926. Natura dell'eccezione del senatoconsulto Velleiano 86
§ 927. Uso odierno del senatoconsulto Velleiano 90

Titolo II.

De compensationibus.

§ 928. Concetto della compensazione. Fondamento e requisiti della medesima 93
§ 929. Quali debiti vengano estinti per mezzo della compensazione . 97
§ 930. Omogeneità dei crediti reciproci 110
§ 931. I crediti debbono essere liquidi e scaduti 120
§ 932. Fra quali persone ha luogo la compensazione 127
§ 933. Entro quali limiti può opporsi in compensazione il debito di un terzo 134
§ 934. Efficacia della compensazione. La compensazione è ammessa anche nel concorso dei creditori? 147

§ 935. Della eccezione di compensazione: sua natura ed efficacia . . 163
§ 936. Del diritto di ritenzione. Concetto e suddivisioni 168
§ 937. Requisiti del diritto di ritenzione legale 175
Appendice del traduttore al titolo II 186

Titolo III.

Depositi vel contra.

§ 938. Concetti e caratteri essenziali e legali del contratto di deposito . 278
§ 939. Quali sono le cose che possono essere depositate 293
§ 940. Deposito irregolare 297
§ 941-942. Quali gradi di colpa deve prestare il depositario? Chi sopporta il caso fortuito? 315
§ 943. Come deve farsi la restituzione della cosa depositata? In che misura è responsabile il depositario per le cose consegnategli in un recipiente chiuso? 332
§ 944. Il depositario non può, sotto alcun pretesto, sottrarsi alla restituzione della cosa 336
§ 945. Deposito necessario (*depositum miserabile*) 353
§ 946. Azioni resultanti dal contratto di deposito 361
§ 947. Rapporti giuridici di più deponenti o di più depositari, o di più eredi di un deponente o di un depositario 370
§ 948. Sequestro 375
§ 949. Azioni risultanti dal sequestro 380

INDICE ALFABETICO

DELLE MATERIE PRINCIPALI TRATTATE NEL PRESENTE VOLUME

A

Actio cum compensatione . 190, 198, 222
Actio cum deductione 196, 222
Actio depositi 117, 361
— — contraria 369
— — directa 361
— — — in factum . . . . . ivi n. *l*
— — — in ius ivi
— — — utilis 363
— — in duplum . . . . . 354 n. *g*
— — sequestraria 380
— institutoria 41
— interrogatoria 49
— locati conducti sequestraria . . 380
— mandati sequestraria. 380
— praescriptis verbis sequestraria . . 380
— quasi serviana . . . . . 43 n. *o*
— restitutoria o rescissoria 42
— sequestraria depositi, locati conducti, mandati, praescriptis verbis 380
Argentari 190, 367
Autorizzazione della legge ad intercedere 71

C

Caso fortuito nel deposito 326
Cesta sigillata data in deposito . . . 334
Commendare 307
Commendatum v. depositum 278
Compensatio. Definizione e concetto . 92
— differenza dalla solutio 96, 97**
— voluntaria, seu hominis . . . 55, 99
— necessaria, iuris, legalis 95
— delle obbligazioni naturali. . . . 102
Compensatio delle obbligazioni ex maleficio 107
— delle specie 112
— delle obligationes generis 114
— delle obligationes faciendi 116
— nell'actio depositi 117
— nello spoglio. 118
— delle obbligazioni cedute 139
— nell'actio de peculio 144
— dei fideiussori 145
— dei debiti verso lo Stato 128
— fatta ipso iure 149, 243
— nel concorso dei creditori 158
— nei bonae fidei iudicia . . . 187, 203
— nei iudicia stricti iuris . . 190, 197, 206
Compensazione nel deposito (vedi anche compensatio) 339
Comunione dei beni 72
Condictio indebiti . . . . . 154 n. *g*
— — per l'intercedente. 34
Costituzioni di sospensiva 237
Creditore minorenne 59
Culpa latior . . . . . 317 n. *p*
Custodia rei 285

D

Delegazione ad intercedere . . . 12 n. *l*
Deponente (v. deposito) diritti del 282, 315, 332, 369.
Depositario, obblighi e responsabilità del. 282, 315, 332
Depositarii, pluralità di 370
Deposito, contratto di 278
— definizione del . . . . . 278, 279 n. *b*
— elementi essenziali del 282
— elementi legali o naturali del . . 290

Deposito, natura nell'odierno diritto del . . . . . 282 n. *f*
— oggetto del 293
Deposito di cosa altrui 296
— — — fungibile 295
— — — immobile 294
— — — propria 343
— — pecunia numerata . . . 262 n. *c*
Deposito irregolare 297
— miserabile 353
— necessario . . . . . ivi n. *e*
— simulato . . . . . 300 n. 29
Depositum v. deposito 278
Donna commerciante 71
Dote, intercezione per 62

E

Eccezione di compensazione 163
Efficacia parziale delle eccezioni . . 209
Exceptio doli per la compensazione . 207
— — per la ritenzione 170
— senatus consulti Velleiani . . . 29 seg.
— natura della 86
Eredi del deponente o del depositario 370

F

Favor dotium nell'intercessione . . . 62
Fictio brevis manus 283
Fiducia . . . . . 354 n. *g*
Frode dell'intercedente 45
Fungibilità dell'oggetto dei crediti nella compensazione 110
Furtum usus . . . . . 271 n. *s*

G

Giuramento nell'intercessione. . . . 70

I

Infamia comminata al depositario infedele 350
Intercessione correale 43
Intercessione, definizione della . . . 10
— giurata 70
— elementi della 10
— forme della 15
— necessaria e cumulativa 16
— non dannosa 65
Intercessione omnibus piis causis et corporibus 63
— per autorizzazione della legge . . 71
— per delegazione . . . . . 12 n. *l*
— per la liberazione di uno schiavo . 60
— per la promessa di dote 61
— principale o privativa 15
— rinnovata dopo due anni 55
Interessi del deposito 331

L

Lex Papia Poppaea 19
Liquidità dei crediti compensabili 120, 236

M

Mallevadore della donna 86
Mensari o melsulari 367

N

Nummulari 367

O

Obbligazione ex delicto contratta dalla donna 55
Obbligazioni del depositario (v. anche depositario) 282, 315, 332
— ex maleficio. Compensabilità . . . 207
— naturali. Compensabilità 202

P

Pactum de compensando seu de nominibus compensandis 100
Patti aggiunti al contratto di deposito 300
Pecunia numerata . . . . . 302 n. *c*
Pegno dato dall'intercedente 31
Pensatio (v. anche compensatio). . . 94
Poena dupli inflitta al depositario . 354
Prescrizione dell'actio depositi directa 308 n. *q*
— se un credito prescritto possa opporsi in compensazione 104
Procedimento di compensazione. . . 186

R

Renuncia al senato consulto Vell. . . 73
— forma della 81

Rescriptum Divi Marci 206, 232
Responsabilità del depositario . 315, 332
Restituzione del deposito 332
Rinuncia alla compensazione . . 100 n. 3
Ritenzione (diritto di) nel deposito 168, 345
— Differenza dalla compensazione . . 171
— legale: requisiti 175
Rivendicazione del pegno dell'intercedente 31

S

Senatus consultum Velleianum (vedi anche Intercessione) 1
— differenze fra il Sc. Macedoniano e il 36
Senatus, effetti del 29
— persone a cui si riferisce il . . . 23
— quando non si applica il . . . 45
— ragione del 16
— renuncia al 73, 81
— storia del 3
— uso odierno del 91
Sequestro e sue specie 375
— azioni del 380
Spoglio 118

U

Usure. . 154

INDICE DELLE FONTI

a) *Fontes iurisprudentiae anteiustinianae.*

Ulpiano (*liber regularum*).

Tit. XI. *de tutelis.*

§ 1 pag. 3 n. 99

Paolo, *Sentenze.*

Lib. II.

Tit. 5. *de pignoribus.*

§ 3 pag. 223, 230

Tit. 11. *ad Sc. Velleianum.*

§ 1 pag. 76 n. 83

Tit. 12. *de deposito.*

§ 1 pag. 297
§ 6 » 315
§ 11 » 354
§ 12 » 118

Gajo, *Istituzioni.*

Lib. II.

§ 60 pag. 355 n. *g*

Lib. IV.

§ 47 pag. 361 n. *l*

§ 63 pag. 188
§ 64 » 190
§ 65 » 196
§ 68 » 191
§ 119 » 210

b) *Corpus iuris civilis.*

Istituzioni.

Lib. III.

Tit. 14 *quibus modis re contr. oblig.*

§ 3 pag. 290 n. *o*, 292 n. *b*
§ 6 » 316

Lib. IV.

Tit. 1. *de obl. quae ex del. nasc.*

§ 3 pag. 291 n. 3
§ 17 (19) » 286, 316

§ 30 » 117, 149, 207, 255

Tit. 6. *de actionibus.*

§ 26 pag. 359
§ 30 » 303 n. *c*

Digesto.

Lib. I.

Tit. 3. *de legibus senat. etc.*

L. 25 pag. 321
L. 26 » 64

Lib. II.

Tit. 11. *si quis cautionibus.*

L 9 § 1 pag. 219

Tit. 14. *de pactis.*

L. 7 § 15 pag 299, 326 n. *x*
L. 27 § 5 » 218
L. 56 » 101

Lib. III.

Tit. 2. *de his qui not. infamia.*

L. 1 pag. 350 n. 45
L. 6 § 6 » ivi

Lib. IV.

Tit. 2 *quod metus causa.*

L. 13 pag 176

Tit. 3. *de dolo malo.*

L. 7 § 10 pag. 46 n. 6
L. 9 § 3 » 377, 380, n. 34
L. 36 » 109

Tit. 4. *de min. vig. et quinq. ann.*

L. 11 § 7 pag. 60
L. 12 » 59

Lib. XII.

Tit. 1. *de rebus creditis.*

L. 3 pr. pag. 327
L. 9 § 9 » 301
L. 10 » 302
L. 11 pr. » 328
L. 18 § 1 » 287

Tit. 4. *de condictione causa data causa non secuta.*

L 9 § 1 pag. 215

Tit. 6. *de condictione indebiti.*

L. 26 § 4 pag. 180

Lib. XIII.

Tit 6. *commodati nel contra.*

L. § 11 pag. 296
L. 5 » 322
L. 5 § 2 » 315
L. 17 § 3 » 338 n. *s*

Tit. 7. *de pigneraticia actione.*

L. 43 pr. pag. 216.

Lib. XIV.

Tit. 6. *de senatusconsulto Macedoniano.*

L 1 § 3 pag. 213
L. 2 » 213
L. 9 pr. pag. 213

Lib. XVI.

Tit. 1. *ad senatus consultum Velleianum.*

L. 1 pr. pag. 9
L. 1 § 1 » 17

L. 2 pr. pag. 5
L. 2 § 1 » 5, 29 n. 66
L. 2 § 2 » 17, 91
L. 2 § 3 » 17, 45, 91
L. 2 § 4 » 16
L. 2 § 5 » 15, 74 n. *p*
L. 4 § 1 » 21 n. 51
L. 4 § 2 » 21 n. *s*
L. 5 » 33 n. *e*
L. 6 » 88 n. *x*
L. 7 » ivi
L. 8 § 1 » 11
L. 8 § 2 » 36, 38
L. 8 § 3 » 35
L. 8 § 12 » 41, 43 n. 95
L. 8 § 13 » 67
L. 8 § 14 » 14
L. 11 » 47
L. 12 » 50
L. 13 § 1 » 43 n. *o*
L. 14 » 41 n. *l*, 60
L. 16 pr. » 67
L. 16 § 1 » 7, 74 n. *p*, 87
L. 17 pr. » 12 n. *l*
L. 17 § 1 » 47
L. 17 § 2 » 213
L. 19 pr. » 11
L. 19 § 5 » 52
L. 21 pr. » 66
L. 21 § 1 » 21
L. 22 » 67
L. 23 » 11 n. *h*. 49
L. 24 § 3 » 42 n. 90
L. 28 § 1 » 50
L. 29 § 1 » 77 n 84
L. 30 » 46 n. 5
L. 30 pr. » 27 n. 63, 45
L 31 » 35
L. 32 » 31
L. 32 § 2 » 32
L. 32 § 3 » 29 n. 66
L. 32 § 4 » 74 n. *p*

Tit. 2. *de compensationibus.*

L. 1 pag. 96, 233
L. 2 » 96, 194, 198, 202
L. 3 » 96, 233
L. 4 » 145, 146, 227, 266
L. 5 » 146, 233
L. 6 » 102
L. 7 » 231
L. 8 pag. 194, 233
L. 9 » 144, 235
L. 10 pr. » 109, 269
L. 10 § 1 » 154
L. 10 § 2 » 107
L. 10 § 3 » 200, 202
L. 11 » 154, 235
L. 12 » 154
L. 13 » 198, 204
L. 14 » 101, 103
L. 15 » 234
L. 16 » 135
L. 17 » 131
L. 18 pr. » 142, 234
L. 18 § 1 » 134, 231
L. 20 » 130
L. 21 » 144, 195, 228, 264
L. 22 » 234
L. 23 » 136
L. 29 » 130

Tit. 3 *depositi vel contra.*

L. 1 pag. 280
L. 1 pr. » 286
L. 1 § 1 » 354
L. 1 § 2 » 256
L. 1 § 4 » ivi
L. 1 § 6 » 299
L. 1 § 11 » 353, 284 n. *g*
L. 1 § 12 » 287
L. 1 § 13 » ivi
L. 1 § 14 » 284
L. 1 § 22 » 337, 360 n. *q*
L. 1 § 26 » 335 n. *m*
L. 1 § 33 » 363
L. 1 § 34 » 302, 373 n. 12 e 13
L. 1 § 35 » 299, 325
L. 1 § 39 » 362
L. 1 § 41 » 334
L. 1 § 43 » 373 n. 10
L. 5 § 1 » 376
L. 6 » ivi, 281
L. 7 § 2 » 367
L. 7 § 3 » ivi
L. 8 » ivi
L. 12 » 349
L. 12 § 1 » 350
L. 12 § 2 » 380
L. 14 pr. » 372 n. 9
L. 15 » 296

L. 16 pag. 365
L. 17 » 376
L. 17 § 1 » 290
L. 18 » 359
L. 23 » 346 n. 39, 347
L. 24 » 302 n *c*, 304 332 n 2, 298 n. 22
L. 25 » 284
L. 25 § 1 » 282, 308
L. 26 pr. » 363
L. 26 § 1 » 308
L. 26 § 2 » 285
L. 27 » 300
L. 29 § 1 » 312
L. 31 § 1 » 342, 344
L. 32 » 317, 318 n. *q*

Lib. XVII.

Tit. 1. *mandati vel contra.*

L. 8 pag. 285 n. 1
L. 8 pr. » 287 n. 97
L. 34 pr. » 301
L. 39 » 299, 326 n. *x*

Lib. XIX.

Tit. 2. *locati conducti.*

L. 31 pag. 802 n. *c*, 310

Lib. XX.

Tit. 1. *de pignoribus.*

L. 1 pr. pag. 164

Tit 3. *quae res pignori etc.*

L. 2 pag 89 n. *y*

Lib. XXII.

Tit. 3. *de probationibus et praes.*

L. 18 § 1 pag. 335

Lib. XXIII.

Tit. 3. *de iure dotium.*

L. 2 pag. 20

Lib. XXIV.

Tit. 3. *soluto matr. dos,* ecc.

L. 1 pag. 20, 62
L. 23 » 220
L. 39 » 108
L. 47 » 110

Lib. XXV.

Tit. 1. *de impensis in res dot. factis.*

L. 5 pag. 346 n. 38

Lib. XXVI.

Tit. 7. *de administratione tutorum.*

L. 36 pag. 137

Lib. XXXV.

Tit. 2. *ad legem Falcidiam.*

L. 15 pr. pag. 214

Lib. XXXVI.

Tit. 1. *ad Sct. Trebellianum.*

L. 22 (23) § 3 pag. 318 n. *q*

Lib. XL.

Tit. 5. *de fideicomm. libertatibus.*

L. 45 pr. pag. 214

Lib. XLI.

Tit. 2. *de adquir. vel amitt. posses.*

L. 39 pag. 291

Lib. XLII.

Tit. 5. *de rebus auct. iud poss.*

L. 24 pag. 366

Lib. XLIV.

Tit. 1. *de exceptionibus.*

L. 2 pr. pag. 210
L. 2 § 2 » 210
L. 2 pr. » 211

Tit. 4. *de doli mali et metus except*

L. 2 § 7 » 218
L. 4 § 3 » 108
L. 4 § 8 » 220
L. 5 § 5 pag. 40
L. 8 » 220, 344
L. 15 » 217
L. 16 » 216

Tit. 7. *de oblig. et action.*

L. 1 § 4 pag. 330 n. 91
L. 1 § 5 » 290 n. 1, 317, 351
L. 55 » 311 n. 56

Lib. XLV.

Tit. 2 *de duobus reis.*

L. 10 pag 140

Lib. XLVI.

Tit. 1. *de fideiuss. et mandat.*

L. 22 pag. 84
L. 24 » 14
L. 37 » 104

Tit. II. *de novat. et delejat.*

L. 11 pag 15 n. 34
L. 12 » 39
L. 13 pag. ivi
L. 19 » ivi n. 83

Tit. 3. *de solut et liberat.*

L. 81 § 1 pag. 370 n. *s*
L. 95 § 4 » 102
L. 105 » 338

Tit. 8. *ratam rem haberi.*

L. 8 § 1 pag. 221

Lib. XLVII.

Tit. 2. *de furtis.*

L. 61 § 5 pag. 316

Tit 8. *de vi bon rapt.*

L. § 21 pag. 288 n. 99

Lib. XLIX.

Tit. 14. *de iure fisci.*

L. 44 § 5 pag. 231
L. 46 § 5 » 129

Lib. L.

Tit. 16. *de verb. signif.*

L. 110 pag. 376
L 186 » 278 n. 83

Tit. 17. *de div. reg. iuris ant.*

L. 2 pag. 17 n. 43
L. 45 » 296
L. 145 » 50

Codice.

Lib. III.

Tit. 42. *ad exhibendum.*

L. 8 pag. 364, 366

Lib. IV.

Tit. 29. *ad senatus consultum Velleianum.*

L. 1 pag. 50
L. 2 » 67
L. 3 » 24

L. 4 pag. 14, 15, 81
L. 5 » 23, 27 n. *x*, 9
L. 8 » 24
L. 9 » 29, 34
L. 13 » 50
L. 14 » 86 n. 22
L. 18 » 45
L. 20 » 86 n. 21
L. 22 » 55, 85
L. 23 » 26, 64, 65 n. *d*, 68, 70, 81
L. 25 » 61

Tit. 30. *de non num. pecunia.*

L. 2 pag. 216
L. 14 § 1 » 303 n. *c*

Tit. 31. *de compensationibus.*

L. 1 pag. 128
L. 2 » 129, 132
L. 4 » 151, 261
L. 5 » 154, 231
L. 7 » 133
L. 9 pag. 135, 144
L. 14 » 255, 339 n. 18
L. 14 § 1 » 117, 120
L. 14 § 2 » 119

Tit. 34. *depositi.*

L. 3 pag. 331
L. 5 » 377
L. 10 » 350 n. 45
L. 11 » 107, 205, 303, 338, 339, 339 n. 18, 339 n. *u*, 345.

Lib. VIII.

Tit. 4. *unde vi.*

L. 1 pag. 169
L. 9 » 335 n. *m*

Tit. 42 (43) *de solutionibus.*

L. 7 pag. 154

Novelle.

Nov. IV cap. 1 pag. 63
Nov. LXI cap. §§ 1 e 2 » 57
Nov. LXXXVIII cap. 1 » 340
Nov. CXV cap. 3 § 8 pag. 24
Nov. CXXVIII » 74 n. *p*
Nov. CXXXIV cap. 8 25, 83, 85

c) *Diritto odierno italiano.*

Codice civile.

Art. 1110 pag. 293
» 1204 » 371, 374
» 1205 » 371, 372
» 1206 » 373
» 1207 » 371
» 1218 » 350
» 1219 » 326
» 1223 » 331
» 1224 » 322
» 1259 » 378
» 1289 » 314, 339
» 1298 » 327
Art. 1354 pag. 336
» 1374 » 336
» 1710 » 331
» 1750 » 331
» 1821 » 314, 334
» 1826 » 314
» 1835 » 279, 281, 333
» 1836 » 280
» 1837 » 279, 281, 283 284, 288, 294
» 1839 » 292, 281
» 1840 » 292, 296

Art. 1841	pag. 293	Art. 1859	pag. 349
» 1842	» 293	» 1860	» 281, 337, 338 342, 369
» 1843	» 322, 299		
» 1844	» 286, 299, 322	» 1862	» 370
» 1845	» 326	» 1863	» 370
» 1846	» 291, 312, 314	» 1864	» 281, 353
» 1847	» 336	» 1867	» 353
» 1848	» 312, 333	» 1868	» 353
» 1849	» 322, 333, 334, 378	» 1870	» 376
» 1850	» 333	» 1871	» 377
» 1851	» 333, 374	» 1873	» 280
» 1852	» 331, 333	» 1875	» 378
» 1854	» 333, 342	» 1876	» 324, 378
» 1856	» 336	» 1949	» 349
» 1857	» 333	» 1958	» 370
» 1858	» 349	» 2085	» 378

Codice di procedura civile.

Art. 612	pag. 378
» 921	» 378
» 924	» 378

Codice penale.

Art. 82	pag. 351	Art. 430	pag. 351
» 417	» 350, 292	» 431	» 351
» 419	» 292	» 432	» 351
» 420	» 350	» 433	» 351
» 424	» 350		