FEDERICO GLÜCK

COMMENTARIO
ALLE PANDETTE

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

già sotto la direzione di

FILIPPO SERAFINI

DIRETTORI

PIETRO COGLIOLO E CARLO FADDA

LIBRO XVII

Tradotto ed annotato

dal prof. avv. GIOVANNI PACCHIONI

E

dall'avv. STANISLAO CUGIA

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
Via Kramer, 4 A - Gall. De Cristoforis 54

1904

Lodi, 1904 - Tip. Ennio Wilmant

LIBRO XVII.

TITOLO I.

Mandati vel contra

---

§ 950.

Concetto del contratto di mandato — L'assegno. Storia del mandato [a]).

Esaminata la dottrina dei contratti reali, passiamo a quella dei contratti consensuali, la natura dei quali consiste nel consenso reci-

---

a) Già nelle commedie Plautine troviamo frequenti esempi di mandato (veggasi HENRIOT, *Moeurs Juridiques et judiciaires* vol. I § VII pag. 564 e seg. — PERNICE, *Labeo* I pag. 443 e testo ivi citato); ma può dubitarsi circa alla affermazione del DEMELIUS (*Zeitschr. für Rechtsgeschichte* [Rivista per la storia del diritto] vol. II pagine 196-198) che già in questa epoca il mandato fosse riconosciuto come contratto consensuale. — Vedi WLASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio* (Storia della negotiorum gestio) pag. 78. Questi dubbî traggono la loro origine dalla dibattuta questione circa la priorità dei contratti consensuali sui reali nel loro svolgimento storico. Gli scrittori sono in questo proposito completamente discordi. Alcuni (KELLER, BETHMANN-HOLLWEG, DEMELIUS citati da WLASSAK, op. cit. pag. 36) sostengono l'azionabilità dei contratti consensuali nel periodo delle *legis actiones*, altri invece più recenti, e forse più numerosi scrittori (MOMMSEN, BEKKER, DERNBURG, IHERING ed altri citati da WLASSAK, op. cit. pag. 36 nota 5) sostengono al contrario che solo nel periodo formulare venne riconosciuta l'azionabilità di quei contratti. Sebbene debba ammettersi che l'elemento reale dovette nei contratti essere prima riconosciuto che l'elemento volitivo (IHERING, *Der Zweck im Recht* [Lo scopo nel diritto] pag. 167. — WLASSAK, op. cit. pag. 64 e seguenti), pure non crediamo possano da questo principio trarsi le conseguenze cui perviene il WLASSAK, per il quale il mandato avrebbe trovato il suo primo riconoscimento nel suo aspetto oggettivo di gestione, mercè l'editto *de negotiis gestis*. A questa teorica osta anzitutto la poca conseguenza del confronto fra la gestione ed il mandato; nella gestione abbiamo delle obbligazioni che sorgono *ex re;* nel mandato sarebbe ad ogni modo il contratto che si sarebbe costituito *re*, e questo contratto avrebbe dato luogo alle obbligazioni. Inoltre per accettare come buona la teoria del WLASSAK bisognerebbe ammettere

proco dei contraenti. Uno dei più comuni fra questi contratti è il mandato, *mandatum* [1]). Per esso si intende quel contratto consensuale pel quale alcuno si obbliga a compiere un negozio a lui affidato da

---

[1]) Di questo contratto trattano in generale Hug. DONELLUS, *Commentarior. iuris civilis* libro XIII cap. 10. — Franc. DUARENUS in tit. 35 lib. IV *Cod. et Tit.* 1 lib. XVII *Pand. Mandati* (*Operum* pag. 1009 e seg.). — Io. D'AVEZAN, *lib. Contractuum* II *Tract.* IV (nel *Thes. Meermann* tomo IV pag. 111 e seg.) ed Aug. BUCHNER, *Versuch einer Theorie des Vollmachts-Vertrags nach dem römischen Rechte.* Landshut 1809, 8.

---

che il limite estremo cui giungono le testimonianze sul mandato combaci perfettamente colla data della sua origine; non solo: ma sarebbe anche necessario fare risalire al sesto secolo la clausola edittale, il che abbiamo cercato dimostrare erroneo. Gli è dunque tuttavia, malgrado gli sforzi in contrario del WLASSAK, indiscutibile che il mandato sorse prima dell'editto *de negotiis gestis* e con figura propria (Veggasi COGLIOLO, *Trattato teorico-pratico sulla amministrazione degli affari altrui* vol. I pag. 64 e seg.). Ma come e quando forse? Gli scrittori cercano determinare il momento in cui il mandato fu riconosciuto come contratto consensuale, fondandosi specialmente sopra le disposizioni della *Lex Aquilia* e della *Lex Publilia*, come limite oltre al quale non è possibile far risalire il mandato, mentre d'altra parte dalle fonti ciceroniane risulta che esso dovette sorgere in un'epoca relativamente antica. CICERONE infatti attribuisce ai *maiores* i principî sulla responsabilità del mandatario per negligenza (*pro Roscio Amerino* 111, 116), Q. MUCIO SCEVOLA presuppone l'esistenza dell'*actio mandati* (L. 48 pr. Dig. *mand.* [XVII, 1]). Le due leggi sopra citate invece ne presupporrebbero, nel concetto di questi scrittori, l'assenza. Poichè se vi fosse stata l'*actio mandati* si sarebbe manifestato inutile il secondo capo della *Lex Aquilia*, per il quale l'*adstipulator* doloso era tenuto responsabile di fronte al creditore principale; come pure sarebbe stata inutile la *Lex Publilia*, la quale concedeva un'azione di regresso allo *sponsor* contro il debitore principale (GAI, III, 127; IV, 22). Ora la *Lex Aquilia* risale secondo ogni verosimiglianza al 476 a. u. c. (Veggasi a questo proposito PERNICE, *Zur Lehre der Sachsbeschädigungen* [Teoria dei danni dati alle cose] pag. 15 e seg. — GRÜBER, *The Lex Aquilia* (La legge Aquilia) pagine 183-84). In un'epoca più o meno posteriore dovette quindi trovare il suo riconoscimento giuridico il contratto di mandato. Certo esso era già come istituto indipendente accolto nell'ultimo periodo della repubblica, e di ciò fanno testimonianza CICERONE (*de nat. deor.* III, 30 § 74; *top.* X, 42 e XVII, 66) e A. MUCIO SCEVOLA (L. 48 pr. Dig. XVII, 1). Il WLASSAK ne induce che esso fosse riconosciuto, come contratto consensuale, nella metà del settimo secolo di Roma (op. cit. pag. 83), ma a ciò è indotto massimamente dalla logica necessità in cui si trova di porre l'editto *de neg. gestis* nel sesto secolo. Confutata la sua teorica sulla originaria funzione dell'editto, vien meno la ragione principale di ascrivere una data così recente al mandato, e si può col UBBELOHDE, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte* (Storia dei contratti detti reali) pag. 44, farlo sorgere nella metà del sesto secolo e forse oltre. — Sulla efficacia degli argomenti tratti dalle *Lex Aquilia* e *Publilia*, sulla data dell'origine del mandato veggasi GAI, III, 215 e 216; III, 110, 111, 117; L. 27 § 4 Dig. IX, 2, — IHERING, *Schuldmoment* pag. 34 — e DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation* (Storia e teoria della compensazione) 2. ediz. pag. 598.

altri, non illecito, e senza rimunerazione [2]). La parola *mandatum* [3]) ha varî significati. Essa indica talvolta il puro incarico, o il fatto del mandante pel quale soltanto non sorge alcuna obbligazione; tal altra indica il contratto sorto mediante l'accettazione del mandato, e tal altra infine il rapporto giuridico dal contratto sorgente: *obligatio mandati* [4]). I contraenti sono:

1. Quello che dà il mandato di trattare un negozio. Esso è in generale chiamato *mandans,* talvolta però anche *mandator* [5]), sebbene con questo nome più specialmente si indichi chi dà mandato di compiere alcun che nell'interesse di un terzo, per esempio di fargli credito, e a proprio rischio [6]). Dicesi anche *dominus negotii,* principale, committente, in base alla distinzione dei negozî affidati; *praeponens, exercitor navis,* secondochè trattasi di affari del commercio terrestre o marittimo;

2. Quello che assume la trattazione dell'affare. Questi è chiamato *mandatarius* ed anche *procurator;* pure questo ultimo nome si applica di preferenza a chi ha assunto mandato di trattare affari giudiziarî come fu già notato nel titolo *de procuratoribus.* Speciali mandatarî sono l'*institor* ed il *magister navis.* Talvolta trovansi anche altre indicazioni, come avviene in quella sorta di mandato che dicesi assegno [7]). S'intende per assegno un mandato che un debitore dà al

---

2) Ger. NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. pag. 371 dice: *Mandatum est contractus juris gentium, bonae fidei, consensu constans, de negotio mandatoris periculo gratis gerendo.* Anche NERAZIO ci insegna nella L. 39 Dig. h. t. che anche il mandatario può assumersi il rischio e pericolo. Le parole: *mandatoris periculo* non contengono quindi un concetto essenziale.

3) ISIDORO, lib. IV. *Origin.* cap. 24 fa derivare *mandatum* da *manum dare* perchè originariamente era uso fra le parti, che davano ed assumevano il mandato, di stringersi la mano destra come segno della reciproca obbligazione. Veggasi anche NOODT, loc. cit. ed OTTO, *Iurisprud. symbolica* Exercit. II cap. 10 pag. 187. È però anche possibile, come osserva PROUSTEAU nelle *Recitationes* ad L. 23 *de reg. iur.* [50, 17] cap. XIV § 1 (*Thes. Meerman* tom. III pag. 508), che la parola *manus* sia presa nel significato di *potestas.*

4) Vedi PROUSTEAU, c. l. princ. e BUCHNER, op. cit. § 19.

5) L. 22 § ult. L. 46; L. 49 Dig. h. t. § II, 1 *de mandato* L. 135 § 2 D. *de Verb. obligat.* L. 6 D. *SCto Silan* [29. 5].

6) L. 59 § 5; L. 60 pr. D. h. t.; L. 71 pr. e § 2 D. *de fideiuss.* [46, 1].

7) Vedi SICHERER, *Comment. de assignationibus.* Giessen 1782 e RICHELMANN, *Specimen sistens summa capita doctrinae de assignationibus mercatorum.* Gryphiswald 1805.

suo creditore di riscuotere da un terzo un pagamento e ritenerlo per sè. Chi dà l'assegno chiamasi *assignans*, chi lo riceve per liberare il terzo dal debito suo dicesi *assignatarius*, il terzo che deve pagare per l'assegno *assignatus*.

Sembra che il mandato venisse riconosciuto nel diritto romano in un'epoca relativamente recente. Esso traeva origine, dice PAOLO nella L. 1 § 4 D. h. t., dalla amicizia, e nei suoi inizî non dava luogo, come il NOODT [8]) osserva, ad una azione giudiziale. I rapporti semplicissimi della primitiva vita romana, rendevano, se non inutile completamente, certo poco frequente la costituzione di mandatari. Inoltre la pubblicità che sì spesso si richiedeva negli atti giuridici, s'opponeva a lasciarli compiere per mezzo di terzi. Molti affari potevano d'altra parte essere compiuti per mezzo di schiavi [9]). In seguito, complicandosi i rapporti del viver sociale per il lento e progressivo ampliamento del territorio, non potendo tutti i negozî giuridici compiersi per mezzo di schiavi, ed essendo le classi più povere prive financo di questo mezzo, dovettero farsi più frequenti i casi di mandato. Nullameno per lungo tempo ancora continuò il mandato, come il precario [10]), a non avere giuridica sanzione. Esso era sempre un contratto abbandonato alla fiducia dell'amico che coll'amico lo contraeva. La stretta di mano era il simbolo della obbligazione. Se l'amico non rispondeva alla fiducia in lui riposta, ciò andava a scapito della sua buona riputazione, poichè egli aveva violato l'amicizia e la fede; ma quale azione avrebbe potuto sorgere se non fosse stato possibile provare che egli era in dolo? Vale qui quanto Seneca dice [11]): « Multa legem non habent, nec actionem, ad quae consuetudo vitae humanae, lege omni valentior, dat aditum. » Gli svariatissimi usi e le molteplici necessità del mandato nella vita civile indussero alfine il legislatore romano ad accogliere questo *contractus* fra quelli *juris gentium* nel sistema giuridico, ed a regolarne la funzione e l'esistenza con esplicite norme. Così emanò il pretore il suo editto: *Quod quis mandasse dicetur: judicium dabo* [12]).

---

8) *Probabil. iuris civilis* lib. IV cap. 12.
9) Vedi HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts* (Berlin 1810) § 188.
10) L. 14 D. *de precario* [43, 26].
11) *De beneficiis* lib. V cap. 21 pr.
12) Vedi NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. princ.

Ma in origine non regnò accordo circa al determinare in quanto dovesse l'azione accordarsi contro gli eredi. Il pretore MARCO DRUSO la concedeva anche contro di essi; il contrario stabiliva invece il pretore SERVIO GIULIO, come a noi riferisce CICERONE [13]). Forse anche in origine il *dolus* usato in questo contratto portava seco l'*infamia;* ciò risulta da un frammento di una *Lex* trovato in Eraclea [14]). Merita qui di esser riportato un brano notevolissimo di un'orazione di CICERONE [15]): « In privatis rebus, dice egli, si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset, sui quaestus aut commodi causa, verum etiam negligentius, *eum maiores summum admisisse dedecus existimabant.* Itaque mandati constitutum est judicium, non minus turpe quam furti. Credo propterea, quod, quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his operae nostrae vicaria fides amicorum supponitur: quam qui ledit, oppugnat omnium commune praesidium, et, quantum in ipso est, disturbat vitae societatem. Non enim possumus omnia per nos agere, alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernentur. Quid recipis mandatum, si aut neglecturus, aut ad tuum commodum conversurus es? cur mihi te offers, ac meis commodis officio simulato officis et obstas? Recede de medio, per alium transigam. — Ergo idcirco turpis haec culpa est quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem. Nam neque mandat quisque fere nisi amico; neque credit nisi ei, quem fidelem putat. Perditissimi est igitur hominis simul et amicitiam dissolvere et fallere eum qui laesus non esset, nisi credidisset. »

§ 951.

Costituzione del mandato.

Il mandato è un contratto consensuale, e come tale prende vita mediante il consenso delle parti contraenti [16]). La certezza del con-

---

13) *Rethoricor. ad Herennium* lib. II cap. 13.
14) Vedi HUGO, *Civil. Magazin* vol. 3 pag. 376.
15) *Oratio pro Sex. Roscio Amerino* cap. 38 e 39.
16) L. 1 pr. D. h. t. *Obligatio mandati consensu contrahentium consistit.*

senso è dunque un requisito essenziale; poco importa che esso sia stato conferito a voce o in iscritto, fra presenti od assenti, per nuncio o per lettera. Esso può anche essere conferito mediante qualsiasi espressione, che non indichi un altro negozio giuridico, come ad esempio: ti prego di far la tal cosa per me, oppure: io desidero che tu faccia la tal cosa, oppure ti incarico di fare la tal cosa: purchè l'intenzione delle parti risulti a sufficienza da queste espressioni [17]). Gli è perciò indubitabile che questo contratto può conchiudersi per consenso tacito, e per vero non solo può tacitamente essere conferito il mandato, come quando ad esempio alcuno tratti affari miei in mia presenza, senza che io mi vi opponga [18]), ma può anche essere tacitamente assunto.

Pure il solo silenzio di quegli che non si è pronunciato circa un mandato conferitogli, non è in sè sufficiente a farlo ritenere accolto; nel dubbio questo silenzio deve piuttosto essere ritenuto indizio di non accettazione, e ciò tanto più quanto più gravosa è la trattazione degli affari proposti sia per la gratuità di quella, che per la responsabilità che essa include per ogni colpa [19]). In generale, vale come regola, per ogni mandato, ciò che ULPIANO dice nella L. 8 § 1 D. *de procuratoribus* [3, 3]:

« Invitus procurator non solet dari. Invitum accipere debemus, non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque, qui consensisse non probatur », sebbene queste parole egli riferisca al mandatario giudiziale. Da ciò consegue pertanto che al silenzio del mandatario cui fu proposto il mandato deve aggiungersi qualche atto positivo, od il silenzio deve essersi verificato in tali condizioni, dalle quali sufficientemente possa indursi l'accettazione del mandato. Così deve ritenersi accettato il

---

17) L. 1 §§ 1 e 2 D. *eodem: Ideo per nuncium quoque vel per epistolam mandatum suscipi potest. Item sive rogo, sive volo, sive mando, sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est.*

18) L. 6 § 2 D. h. t.: *Si passus sim aliquem pro me fidejubere, vel alias intervenire, mandati teneor.* ULPIANO parla qui veramente solo di intercessione; è però indubitato che ciò vale per qualsiasi altro negozio. Si vedano: L. 18, L. 53 D. h. t.; L. 60 D. *de reg. iuris* [50, 17]; L. 6 Cod. h. t.

19) Vedi HOMMEL, *Rhapsod. quaestion. for.* vol. II obs. 411 e specialmente Io. Ern. Bernh. EMMINGHAUS, *Commentat. de mandato tacito eiusque praesertim tacita susceptione.* Erlangae 1796.

mandato, quando alcuno riceva senza far parola, ma scientemente, la procura a lui presentata, o quando egli cominci a trattare gli affari propostigli, o quando abitualmente ha, fino al momento dell'ultimo mandato propostogli, eseguito sempre ogni mandato a lui affidato in iscritto [20]). Fra commercianti è però conveniente che quegli cui è stato per iscritto conferito un mandato, s'affretti, qualora non voglia accettarlo, ad avvisare il mandante, altrimenti il mandato si ritiene accettato, ed egli può essere ritenuto responsabile di tutti i danni sorti dalla non esecuzione del conferito mandato [21]). Se alcuno ha da principio trattato i miei affari senza mandato, ed io posteriormente ratifico questa sua gestione, da questa ratifica sorge il rapporto di mandato, solo in quanto essa contenga un mandato conferito pel futuro; ed allora è affatto indifferente che la ratifica avvenga durante il negozio o alla fine del medesimo. Se invece al momento della ratifica già fondata era l'*actio neg. gestorum* e pronta per essere intentata, essa non può con svantaggio del gestore essere per mezzo della ratifica trasformata in un'azione di mandato [22]). SCEVOLA [23]) dice esplicitamente:

« Si negotium a te, quamvis male gestum, comprobem, utique mandatum non est. Erit igitur, et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. »

A questa legge non contradice la L. 60 *de div. reg. iuris* [50, 17] che dice:

« Semper qui non prohibuit pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit quod gestum est: obstringitur mandati actione. »

Questa legge tratta di una intercessione. L'*intercessor* non può per regola esercitare la sua azione in regresso contro il debitore, prima

---

20) Vedi VOET, *Commentar. ad Pand.* h. t. § 3.

21) BUSCH, *Darstellung der Handlung in deren mannigfaltigen Geschäften* parte II 5.° vol. cap. 9 pag. 366, ed HOFACKER, *Princip. iur. civ.* tom. III § 2011.

22) Vedi THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* vol. II parte 10 pag. 243 e seg.

23) L. 9 D. *de negot. gestis* [3, 5]. D'altra opinione è WELCKER, *Diss. interpretationem exhibens.* L. 9 D. *de neg. gest.* [3, 5] *juncta.* L. 60 *de div. reg. iur.* [50, 7] Giessen 1813.

di avere per lui pagato o almeno prima di essere stato condannato al pagamento [24]). Se dunque A ha intercesso per B senza sua conoscenza, e questi posteriormente ha ratificato l'intercessione, può darsi che A avesse al momento della ratifica già pagato, o no. Nella prima ipotesi havvi e rimane l'*actio negotiorum gestorum;* nella seconda mediante la ratifica di B la *negotiorum gestio* si è cambiata in un *mandatum,* poichè in questa ipotesi la ratifica della intercessione contiene il mandato del futuro pagamento [a]).

§ 952.

Modi di costituire il mandato e sue divisioni.

Il mandato deve sempre avere un interesse per il mandante, altrimenti è invalido [25]). Non importa poi che questo interesse ridondi a favore del mandante medesimo, o di un terzo, o di entrambi, oppure a favore del mandatario e del mandante o infine a vantaggio del mandatario e di un terzo. Il mandato può dunque, come GAIO insegna [26]), essere rivolto: 1.° A vantaggio del mandante soltanto, e. g. quando io ti incarico di curare i miei affari; 2.° A vantaggio di un terzo soltanto; e. g. quando io ti incarico di curare gli affari di Tizio. In questo caso io rispondo di fronte al terzo come *negotiorum gestor;* a me spetta quindi l'obbligo di far sì che gli affari del terzo sieno bene curati e perciò posso convenire il mandatario coll'*actio mandati* [27]); 3.° A favore del mandante e di un terzo; e. g quando io ti incarico

---

24) L. 10 Cod. h. t. Vedi GIPHANIUS, *Explanat. difficilior. et celeb. L. L. Cod. ad* h. t. pag. 293 e seg.

25) L. 8 § 6 D. h. t.: « Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius, qui mandavit, caeterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest. »

26) L. 2 pr. e §§ 1-5 D. h. t.; §§ 1-5 Inst. *de mandato.*

27) L. 28 D. *de negot. gest.* [3, 5]; POTHIER, *Pand. Iust.* h. t. num. XIII nota *a.* A questo secondo caso si riferisce anche la L. 6 § 4 D. h. t.: « Si

---

a) Su questa disputa veggasi BERTOLINI, *Della ratifica degli atti giuridici* Roma 1889 § 8 pagine 39-57 ove espone tutti i varî tentativi di conciliazione delle due leggi.

di curare gli affari miei e quelli di un terzo; 4.° A favore del mandatario e del mandante; e. g. quando io ti incarico di dare ad interesse del danaro ad un terzo, il quale debba impiegarlo in mio vantaggio. L'interesse da parte del mandatario consiste qui nel godimento degli interessi. Infine: 5.° A vantaggio del mandatario e di un terzo; e. g. quando io incarico di prestare del denaro ad interesse ad un terzo. Se il mandatario desse questo denaro senza interessi, il mandato sarebbe nell'esclusivo vantaggio del terzo. Se al contrario un mandato viene conferito nel solo interesse del mandatario, esso è invalido; viene considerato come un semplice consiglio che non ha in sè forza di obbligare. Questo sarebbe il caso, ad esempio, se io ti incaricassi di impiegare il tuo denaro comprando un fondo piuttostochè mutuandolo ad interesse [28]). Così dice Gaio L. 2 pr. D. h. t.:

Quod si tua tantum gratia tibi mandem superveacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur, e spiega poi questo principio al § 2 L. cit. come segue:

« Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emtionem prediorum colloces, quam foeneres; vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emtiones praediorum colloces: cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum; et ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur. »

Questi principî soffrono tuttavia una eccezione quando il mandatario non avrebbe agito senza il mandato. Di questa eccezione tratta Paolo nella L. 6 § 5 D. h. t., dove dice:

« Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati

---

tibi mandavero, quod mea non intererat, veluti, ut pro Seio intervenias, vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, et ego tibi sum obligatus, » nè questa legge è minimamente in contraddizione colla L. 8 § 6 h. t. come Cuiacio ha dimostrato (*Observationes* lib. XVII cap. 29). Perciò non è affatto necessario sopprimere nella L. 6 la negazione *non* nelle parole *mea non intererat,* come hanno fatto Hotoman, *Observat.* lib. IV cap. 30 e Noodt, *Probabil.* lib. IV cap. 12 e *Comm. ad Dig.* h. t. pag. 373. Così anche Marcilius ad princ. I *de mandato* in Jani a Costa, *Comment. ad Istit.* pag. 453, e specialmente Marckart, *Probabilia receptar. lectionum iuris civ.* pag. 85 e seg.

[28]) Pr. e § 6 Inst. I *de mandato.*

actio, nisi mea quoque interfuit: aut si [29]) non esses facturus nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio » [30]).

Fuori di questo caso domina la regola, come ci insegna anche CELSO quando nella L. 48 §§ 1 e 2 D. h. t. dice:

« Cum mando tibi, ut credendo pecuniam, negotium mihi geras, mihique id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit; puto mandatum posse consistere. Caeterum, ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est, ut cuivis credas, tu recipias usuras periculum dumtaxat ad me pertineat; jam extra mandati formam est; quemadmodum si mandem ut tibi [31]), quemvis fundum emas. »

Da ciò risulta che il mandato deve riferirsi sempre ad un oggetto, sotto taluni riguardi almeno, estraneo al mandatario; altrimenti esso

---

[29]) NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. pag. 373 legge *at si* invece di *aut si* e crede che questo testo dalle parole *aut si* in avanti non si riferisca a ciò che è detto immediatamente prima nel § 5, ma a quanto è detto nel § 4 della L. 6. Realmente, come notano RUSSARDS e CHARONDAS, alcuni manoscritti leggono *at* invece di *aut;* questa lezione segue fra gli altri ALOANDRO ed il BRENKMANN la giustifica nel *Corpus juris* di Gottinga. Pure la spiegazione che il NOODT dà di questo testo è assolutamente erronea, come POTHIER ha dimostrato (*Pand. Iustin.* c. l. nota 1). Che le parole *aut si* contengano una eccezione alla regola immediatamente precedente, confermano anche i *Basilici* [tom. II lib. XXIV tit. 1 Cost. 6 § 4 pag. 134]: εἰ δὲ ὑπερ σοῦ μόνου, ἐκ ἐνέχομαι εἰ μὴ ἄρα ἐκ ἂν ἔπραξας, εἰ μὲ ἐνετειλάμεν, ἢ καὶ ἐμοὶ διαφέρει i. e. *Sin autem pro te solum, sc. mandavero, non teneor: nisi forte non esses facturus, si non mandassem, vel si mea quoque interfuit.* La interpretazione del NOODT è stata diffusamente confutata da Io. Guil. MARCKART, *Probabil. receptar. lection. iuris civilis* pag. 87 e seg.

[30]) A questa eccezione si riferiscono anche le parole del § 6 I *de mandato*: « Et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio foenerares? Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum; quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset, » poichè non vi è ragione alcuna per sostenere che vi fosse dibattito fra gli antichi giuristi romani circa alla validità di un mandato che avesse per iscopo o l'utilità di un terzo soltanto o l'utilità del mandatario e di un terzo ad un tempo. Veggasi di preferenza su questo punto VOET, ad *Pand.* h. t. § 4.

[31]) La lezione fiorentina *mihi* è evidentemente errata; vedi VOET, *Comm. ad. Pand.* h. t. § 4 e Ger. NOODT, *Probabil.* lib. cap. 12. *Operum* tom. I pag. 86. — ALOANDRO e BAUDOZA leggono *tibi;* così anche il nostro *Cod. Pand. Erlang.* I *Basilici* tuttavia tom. II pag. 157 confermano la lezione fiorentina: ὥσπερ ἐάν εντειλωμαί σοι ἀγοράσι μοι ἀγρὸν ὃν ἂν θελήσῃς: i. e. *quemadmodum si mandem tibi, ut quem fundum volueris, mihi emas.*

si trasforma in un mero consiglio, il quale, come sarà oltre dimostrato, non può dar luogo nè a diritti nè ad obbligazioni, e come CELSO insegnava, non può essere considerato mandato neppure quando il mandante avesse assunto il *periculum* [32]). Il concetto del contratto di mandato, come l'abbiamo sopra esposto, ci conduce quindi a dire che solo affari alieni, non appartenenti cioè a chi assume il mandato, possono formar oggetto del medesimo, e con ciò rimane maggiormente dimostrato il principio generale enunciato in riguardo a questo contratto, che cioè il mandatario non agisce in proprio nome, ma rappresenta la persona del mandante, cosicchè quanto egli fa a norma del mandato conferitogli si considera come fatto dal principale medesimo [33]).

Per questa considerazione si spiegano le varie partizioni del mandato. Se infatti il mandatario gerisce l'affare affidatogli in nome del mandante, ma nel proprio interesse, si ha un *mandatum in rem suam;* se lo gerisce nell'interesse del mandante o almeno per suo volere, si ha un *mandatum in rem alienam* Appartengono a quello tutti i mandati esplicitamente o implicitamente inclusi nella cessione di diritti, i quali rendono possibile al cessionario [che può quindi essere considerato un mandatario (*procurator in rem suam*)] la realizzazione di quei diritti, e gli assicurano regresso contro il mandante [35]).

Al mandato può anche collegarsi una intercessione da parte del mandante, come quando questi dà mandato di fare alcunchè in vantaggio di un terzo assumendone il pericolo, come ad esempio quando

---

[32]) D'altra opinione è COCCEIO, *Ius civ. controv.* h. t. Qu. 1, il quale conseguentemente ritiene errata la L. 48 D. h. t. nelle parole: *periculum dumtaxat* AD ME *pertineat,* e legge *ad te* invece di *ad me.* Ma le lezioni su questo punto a differenze che sulla chiusa del testo, ove è *mihi* invece di *tibi,* sono concordi. Anche la parola *dumtaxat* presso le parole *ad me* non permette una simile modificazione della lezione. I *Basilici* tom. II pag. 157 combaciano esattamente colla lezione delle nostre *Pandette.*

[33]) Vedi EBERWIN. DILTHEY, *Diss. de persona mandantis mandatario imposita.* Goettingae 1743 §§ 3-4.

[34]) L. 8 in fin D. h. t.; L. 3 § 5 Dig. *de in rem verso* [15, 3]; L. 24 pr. D. *de minoribus* [4, 4]; L. 76 D. *de solut.* [46, 3]. Vedi GRUBER, *Dissertatio de actionibus mandatis.* Halae 1723.

[35]) L. 22 § 2 D. h. t.

dia mandato di far credito al terzo, o di intercedere per lui [36]). Un tale mandato dicesi *mandatum qualificatum* [37]); qualsiasi altro mandato, che non si colleghi ad una intercessione: *mandatum simplex*. Il primo di questi mandati si distingue dagli altri perchè non può essere impartito da quelli che non possono validamente assumere obbligazioni altrui, come le donne [38]) *a*).

§ 953.

Mandatum rei turpis.

Oggetto del contratto di mandato [39]) possono essere soltanto negozi leciti, non contrari alla pubblica moralità, e che possano, senza violazione delle leggi, esser compiuti per mezzo di rappresentanti [40]). Il mandato di compiere azioni dannose: per esempio, di rubare, di offendere, di ingiuriare è nullo [41]), poichè esso contraddice alla *bona fides* che è caratteristica essenziale di ogni mandato [42]). Un tale mandato peraltro nè obbliga chi lo ha assunto ad adempierlo, nè chi l'ha conferito a tenere indenne, chi lo ha eseguito dei danni nei quali fosse incorso per la sua esecuzione, o delle pene per la medesima

---

36) Vedi L. 24 D. *de fideiuss.* [46, 1]; L. 58 § 1 D. h. t.; L. 196, L. 22 Cod. *de fideiuss.* [8, 40]; L. 8 Cod. *Mandati.* Vedi van ADRICHEM, *Diss. ad fr. Pauli ex libro IV Quaestionum quod extat in* L. 58 § 1 D. *mandati.* Lugd. Batavor. 1786, 4 cap. 2.

37) Vedi parte XIV di questo *Commentario* § 920 nota 30.

38) L. 6 e 7 Dig. *ad SCtum Vellejan.* [16, 1].

39) L. 90 D. *de acquir. vel omittenda hereditat.* [29, 2]. — VOET, *Comment.* h. t. § 7. — Iac. CUIACIUS, *Observationes* lib. XV cap. 16.

40) CICERONE, *de amicitia* cap. 13: « Haec prima lex in amicitia faciatur, ut ab amicis onesta petamus, amicorum causa honesta faciamus. »

41) L. 6 § 3 Dig. h. t.: « Rei turpis nullum mandatum est, et ideo hac actione (*sc. mandati*) non agetur. » Vedi STRYK, *Dissertatio de mandato delinquendi.* Halae 1704 e LYNCKER, *de mandato rei turpis.* Jenae 1699.

42) L. 12 § 11 D. h. t.: « Quasi adversus bonam fidem mandatum sit. »

---

a) Sulle varie applicazioni del mandato veggasi WINDSCHEID, *Lehrbuch* (6. ediz.) § 412. — SALPIUS, *Novation und Delegation* §§ 9, 10, 11, 58. — THÖL, *Praxis des Handelsrechts und Wechselrechts*, fasc. primo, pagine 52-76.

meritate [43]). In breve, da un tale mandato non sorge alcun rapporto obbligatorio, alcuna azione, anche quando il mandante avesse esplicitamente promesso di indennizzare il mandatario per il caso che avesse a soffrire dei danni [44]). Di fronte allo Stato però, le cui leggi furono per quel mandato violate, come anche di fronte al terzo che venne per esso leso, mandante e mandatario sono tenuti *in solidum* [45]). E va qui notato che nel concetto di azione turpe non si intende in questo riguardo il delitto soltanto, ma bensì anche qualsiasi atto che urti contro il buon costume. Un esempio di tali atti è dato da ULPIANO nella L. 12 § 11 Dig. h. t.: — « Si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem: quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed et si alterius directo mandaverit tibi ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati; quasi adversus bonam fidem mandatum sit. »

Si avrebbe, dunque, un caso di invalidità del mandato per immoralità, secondo PAOLO, quando un giovane lussurioso avesse dato mandato ad alcuno di far garanzia ad una meretrice, perchè nell'eseguire questo mandato, il mandatario si renderebbe così colpevole come se egli scientemente prestasse danaro al suo mandante perchè lo disperdesse. Ma che la ragione del testo non si adatti al caso in esso svolto, balza evidentemente agli occhi. E se noi confrontiamo in pro-

---

43) § 7 Inst. *de mandato:* « Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contra bonos mores est; veluti si Titius de furto aut de damno faciendo, aut de iniuria facienda mandet tibi: licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem. » — L. 22 § 6 D. h. t.: « Qui aedem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, mandatum suscipiat, nihil mandati iudicio consequi potest, propter turpitudinem mandati. »

44) Arg. L. 70 § ult. D. *de fideiuss.* [46, 1]. VOET, h. t. § 6.

45) L. 11 § 3; L. 15 § 8 D. *de iniur.* [47, 10]; L. 5 § 14 D. *Quod vi aut clam* [43, 24]; L. 5 Cod. *de accusation.* [9, 2]; L. 15 § 1 Dig. *ad legem Corneliam de sicariis* [48, 8]; L. 4 § 5 D. *de jurisd.* [2, 1]. — Vedi OTTO, *Comm. ad* § 7 I *de mand.* — LEYSER, *Meditationes ad Pand.* vol. III Specim. CLXXXIII medit. 3, 4 e 5. — SCHULTING, *Thes. controversarum* Dec. LXI Th. I. — BERGER, *Occon. iuris* lib. III tit. V § 26. — KLEINSCHROD, *Syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahreiten des peinl. Rechts* parte I § 185. — TITMANN, *Handbuch des gemeinen deutschen peinl. Rechts* parte I § 118.

posito i Basilici [46]), non potremo più dubitare che, per un accidente qualsiasi, un errore deve essersi insinuato nella lezione delle nostre *Pandette*. I Basilici infatti così traducono le parole di ULPIANO: « Ἐάν ἐν εἰδήσει κατά ἐντολήν ἀσώτη νέου εγγυήση ὑπέρ αὐτῆ πόρυῃ, ἐκ ἔχεις την περὶ ἐντολῆς ἀγωγὴν ἔοικας γὰρ τῷδανείξοντι ἀσώτω τὸ αὐτὸ ἐςι καὶ ὅτε καταβαλέιν τη πόρυῃ εντείλητάι σοι. » Questo passo rettamente tradotto in latino dice: « Si sciens mandatu adolescentis luxuriosi pro eo apud meretricem [47]) fidejusseris, non habes mandati actionem: non enim absimilis es ei, qui prodigo credit. Idem est, si mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam numeres » [48]). Si presuppone qui dunque che il mandatario sapesse che l'oggetto del mandato era turpe: se egli invece si fosse trovato in iscusabile ignoranza di ciò, non gli si potrebbe negare l'*actio mandati,* come risulta anche dal seguente testo di ULPIANO:

L. 12 § 13 Dig. h. t.: « Si quis mandaverit filio familias *credendam pecuniam, non* contra Senatus consultum accipienti, sed ex ea causa, ex qua de peculio, vel de in rem verso, vel quod jussu pater teneretur: erit licitum mandatum. Hoc amplius dico, si cum dubitarem, utrum contra SCtum acciperet, an non, nec essem daturus contra SCtum accipienti; intercesserit, qui diceret, non accipere contra *SCtum, et periculo meo* crede, dicat: bene credis: arbitror locum esse mandato et mandati eum teneri. »

Il mandato di dar denaro a mutuo ad un figlio di famiglia è dunque in tanto valido in quanto l'azione sorgente dal mutuo (*condictio certi ex mutuo*) non può essere annullata dal *SCtum Macedonianum.* Però questa regola subiva un'eccezione quando essendo il creditore in dubbio se il figlio di famiglia ricevesse il danaro a scopo lecito, un intermediario si fosse fatto ad assicurarlo che il debitore ricevendo il danaro non agiva contro il *SCto Macedoniano,* e quando gli avesse ingiunto di *credere* a suo pericolo: in questo caso il mandato è valido e l'*actio mandati,* almeno contro il mandante, è fondata.

---

46) Tom. II pag. 141.

47) FABROT a torto traduce *pro meretrice.* Si confronti la spiegazione degli Scoliasti Greci e non potrà più trattenersi dubbio di ciò. *Basilicorum* tom. II pag. 180: θεμάτισον ἢ ἐγγοήσασθαί σε τὸν νέον πρὸς τὴν πορυην, ὡς αὐτῆς καταβαλλεῖν ecc. i. e. *Pone te apud meretricem fidejussisse, adolescentis nomine soluturum.*

48) Vedi KOEHLER, *Interpret. et Emendationum iuris rom.* lib. I cap. 12 § 8 pag. 114 e seg.

Se ed in quanto in un *mandatum rei turpis* l'eccesso del mandatario sia da ascriversi al mandante, dipende dal determinare se il mandatario abbia eseguito puntualmente il mandato, e le conseguenze di questa esecuzione si sieno manifestate molto più perniciose di quanto pensasse il principale, oppure se egli abbia invece compiuto un atto diverso da quello che fu incaricato di eseguire. Nel primo caso gli effetti, quali si sieno, vanno ascritti al mandante [49]); nel secondo no. Il mandatario è in questa ipotesi punito come vero colpevole, il mandante come quegli che per colpa propria ha dato origine al danno [50]).

§ 954.

Obbligazioni del mandatario.

Il mandatario è obbligato ad eseguire l'affare affidatogli conformemente al mandato ricevuto, e per vero: I. *personalmente* se l'affare è di tale importanza, da non potersi ammettere che il mandante l'avrebbe affidato a qualsiasi altra persona oltre al vero mandatario — sia l'affare giudiziale od estragiudiziale — purchè sia insomma di tale indole da indurre la considerazione personale del mandatario. Fatta eccezione per questo caso il mandatario è autorizzato a sostituirsi nell'esecuzione del mandato un'altra persona [51]). Ciò è indiscutibilmente provato dalle seguenti leggi.

---

49) Cap. 3 *de homicidio in* VI. Vedi KLEINSCHROD, *Entwickelung* parte 1.ª § 187 e TITTMANN, *Handbuch des gemeinen peinl. Rechts,* parte 1.ª § 119.

50) L. 11 pr. Dig. *de doli mali et metus except.* [44, 4] — *alienus dolus nocere alteri non debet.* Di diversa opinione è SCHULTING, *Thes. controversarum* Dec. LXI Th. 2 e COCCEIO, *ius civ. contr.* h. t. Qu. 6. Ma veggasi PÜTTMANN, *Prol. de excessu eius, cui aut verberatio aut vulneratio alicuius mandata est, mandanti non imputando: Opuscul. iuris crim.* num. 1. — BERGER, *Oeconom. iuris* lib. III tit. 5 § 36. — FARINACIUS, *Quaest. crim.* Qu. 135 numeri 150-170.

51) Vedi WISSENBACH, *Exercit. ad Pand.* P. I Disp. XXXII § 15. — VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 5. — SCHULTING, *Thes. controv.* Dec. LX Th. 9. — COCCEJI, *ius civ. controv.* h. t. Qu. 3 e 4. — WERNHER, *lectiss. Comment. in Pand.* h. t. §§ 17 e 18. D'altra opinione è EMMINGHAUS *ad Cocceji ius civ. controv.* h. t. Qu. 3 nota *h.* Ma si vegga THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts,* vol. II parte 6.ª p. 169 e segg.

L. 8 § 3 D. h. t.: « Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur: tenetur autem, quia agere potest. Quamquam enim vulgo dicatur procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est: ad agendum enim dumtaxat hoc facere non potest. » Se dunque un procuratore non può nominarsi un sostituto *ad agendum,* solo prima della *litis contestatio,* egli potrà nominarlo in tutti gli altri casi. Ora però il procuratore giudiziario non può neppure dopo la *litis contestatio* nominare un sostituto (*After Anwald*) se non quando questa facoltà gli sia stata conferita esplicitamente nella procura, poichè gli effetti della *litis contestatio,* per la quale il *dominium litis* passava per diritto romano nel procuratore, sono ora venuti meno [52]).

Cap. ult. *de procurator in 6to.:* « Procurator non aliter censetur idoneus ad matrimonium contrahendum, quam si ad hoc mandatum habuerit speciale. Et quamvis alias is, qui constituitur ad negotia procurator, alium dare possit, in hoc tamen casu propter magnum, quod ex facto tam arduo posset periculum imminere, non poterit deputare alium, nisi hoc eidem specialiter sit commissum. »

In ogni caso però il mandatario è responsabile per le azioni del suo sostituto e quando non abbia avuto esplicito permesso di sostituirselo risponde della più lieve colpa nella scelta del sostituto [53]). Del resto, se la sostituzione avvenne senza il permesso del mandante, fra il mandatario ed il sostituto sorge una *obligatio mandati,* fra il sostituto ed il mandante solo il rapporto giuridico sorgente dalla gestione degli affari altrui [54]).

II. Il mandatario deve inoltre nell'esecuzione del mandato affidategli usare la massima diligenza, poichè anche la più leggera trascuratezza gli è attribuita a colpa, per la quale egli è responsabile. Di ciò è certa testimonianza nelle seguenti leggi:

---

[52]) Vedi la parte V di questo Commentario § 402.

[53]) L. 21 § 3 Dig. III, 5. L. 2 § 1. *Si mensor falsum mod. dixerit.* Vedi Müller, *Observat. pract. ad Leyserum* tom. II fasc. 1 Observ. 373 ed Hufeland, *Lehrbuch des Civilrechts* 1 B. § 513 nota *a.* Se nella scelta del sostituto egli non fu minimamente in colpa egli non è responsabile. Arg. L. 50 D. *de admn. tut.* [26, 7]. Vedi Thibaut, *Syst. des Pand. R.* 2 B. § 867.

[54]) L. 28 D. *de negotiis gestis* [3, 5]. Vedi Buchner, monografia citata § 77.

L. 13 Cod. h. t.: « A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur. »

L. 21 Cod. *eod.*: « In re mandata non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati judicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia exacto officio geruntur, nec quidquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est. »

Sebbene in queste leggi il principio sopra esposto sia così chiaramente ed esplicitamente espresso, pure molti giuristi hanno sollevato dei dubbî sulla sua veracità. Alcuni credono che queste disposizioni non possano essere prese in un senso generale; altri sostengono che bisogna attribuire loro un altro significato se non si voglia contraddire ai principî razionali, ai principî del Diritto romano, e perfino ad esplicite decisioni contrarie contenute in altre leggi romane. Il mandatario, dicono essi, non ritrae per regola alcun vantaggio dall'esecuzione del mandato, ed è a questa circostanza che si deve soprattutto aver riguardo nel misurare il grado di colpa e la maggiore o minore responsabilità del mandatario: questo principio è riconosciuto dalle stesse fonti romane [55]). Nei contratti nei quali chi presta qualche cosa ad un altro ritrae un corrispettivo, e. g. nel contratto di locazione, non si presta che la *culpa levis:* dovrebbesi dunque, riguardo al mandato per il quale l'amico presta servigio all'amico per puro favore, richiedere un maggior grado di responsabilità? Ciò costituirebbe un'asprezza, una inconseguenza. Inoltre si osservi il deposito; anche questo contratto trae origine dalla fiducia e dall'amicizia; perchè dovrebbe allora il depositario essere trattato più mitemente del mandatario? Non può e non deve anche il mandante, nel quale è lecito a buon dritto presupporre una sufficiente conoscenza del carattere del mandatario, usare nella scelta del medesimo la necessaria previdenza? Se al deponente si può rimproverare la sua leggerezza *quod negligenti amico rem custodiedam tradiderit,* come dice GIUSTINIANO [56]), perchè non potrà il me-

[55]) L. 5 § 2 Dig. *commodati* [13, 6]; L. 108 § 12 Dig. *de leg.* [1].
[56]) § 3 Inst. *Quibus mod. re contrah. obligatio.*

desimo rimprovero essere rivolto al mandante il quale abbia affidato ad un negligente amico la cura dei proprî negozi? Oltre a questi argomenti razionali si adducono molti testi a sostegno della tesi alla nostra contraria. Questi sono:

L 8 §§ 9 e 10 Dig. h. t.: « Dolo autem facere videtur, qui id, quod potest restituere, non restituit. Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. Sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti, ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus, passus es alium emere) teneberis. Sed et si servus, quem emisti, fugit, si quidem dolo tuo, teneberis: si dolus non intervenit, nec culpa, non teneberis, nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restituturum. »

L. 10 pr. D. *eodem:* « Nihil enim amplius, quam bonam fidem, praestare eum oportet, qui procurat. »

L. 29 pr. D. *eodem:* « Si fidejussor conventus, cum ignoraret, non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fidejussionis, an mandati judicio persequi possit id, quod solverit, quaeritur? Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari: dissoluta enim negligentia prope dolum est. Ubi vero ignoravit, nihil quod ei imputetur. »

L. 10 Cod. *de procurator.* [3, 3]: « Si procurator ad unam speciem constitus, officium mandati egressus est, id quod gessit, nullum domino praejudicium facere potuit. Quod si plenam potestatem agendi habuit, rem judicatam rescindi non oportet: cum si quid fraude vel dolo egerit, convenire eum more iudiciorum non prohibearis. »

Secondo queste leggi il mandatario dovrebbe dunque rispondere soltanto della colpa grave e del dolo. GIOVANNI BRUNNEMANN [57]), EVERARDO OTTO [58]), ed ABRAMO WIELING [59]), pongono il principio che discende da queste leggi come regola, e spiegano le contrarie disposizioni del codice come eccezionali per il caso, o che il mandatario riceva un onorario, o che l'esecuzione del mandato richieda una certa arte od abilità la quale è presupposta nel mandatario, come, ad

---

57) *Comm. ad* L. 10 D. h. t. num. 1.
58) *Comm. ad* § 11, I *de mandato.*
59) *Ad Reinholdi Opuscola* pag. 581 nota (*).

esempio, quando l'affare è giudiziale, nel qual caso il mandatario è tenuto a rispondere della *culpa levissima.*

Pure siccome in altre leggi oltre che del dolo è altresì parola della *praestatio culpae,* altri scrittori credono che il mandatario debba per regola prestare la culpa *levis* [60]). Essi si richiamano specialmente ai seguenti testi:

L. 23 D. *de div. reg. jur.* [50, 17]: « Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium. Dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, etc. »

L. 11 Cod. h. t: « Procuratorem non tantum pro his, quae gessit, sed etiam pro his, quae gerenda suscepit, et tam propter exactam ex mandato pecuniam, quam non exactam, tam dolum quam culpam, sumtuum, ratione bona fide habita, praestare necesse est. »

Da queste leggi appare evidente che in riguardo alla *culpae praestatio* non prende vita lo stesso rapporto giuridico nel mandato e nel deposito, ma che i due contratti sono in questo rispetto tenuti ben distinti. La differenza fra il deposito ed il mandato è evidente; nel primo si richiede da parte del depositario unicamente fedeltà nella conservazione della cosa; nel secondo invece richiedesi altresì diligenza ed abilità nella esecuzione dei negozi intrapresi [61]).

Quegli scrittori i quali sostengono dovere il mandatario usare nell'esecuzione del mandato una diligenza media quale può attendersi da un uomo ordinario, credono si debba attribuire poca importanza alla L. 21 Cod. h. t., perchè il legislatore in materia di colpa non ha usato una terminologia esatta. Inoltre le parole *omnis culpa* della L. 13 potrebbero riferirsi anche soltanto alla *culpa lata* e *levis,* poichè gli stessi imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, dei quali sono ambedue le leggi in discorso, in una delle costituzioni sopra citate (L. 11 Cod. h. t.) avevano stabilito che il mandatario deve rispondere solo

---

60) DUARENUS ad h. tit. cap. 2 pag. 1011. — ZOESIUS, *Comm. ad Dig.* h. t. num. 14. — BEYER, *Delineat. iuris civilis fec. Pandect.* h. t. posit. 19-23. — WAECHTER, *Tr. de gradibus culpae in contractibus* cap. 12. — LUDOVICI, *Doct. Pand.* h. t. § 6. — SCHAUMBURG, *Comp. iuris. Dig.* h. t. § 7. — HÖPFNER, *Commentar über die Heinecc. Institutionem* § 926 nota 3 e BUCHNER, *Versuche* § 81.

61) Vedi WISSEMBACH, *Exercitationes ad Pand.* P. I Disput. 32 parte 14.

del dolo e della colpa, ed è noto che quando la parola *culpa* è usata in contrapposto a *dolus* significa sempre *culpa levis*. In questo senso deve essere presa, nella L. 25, l'espressione *omnis culpa*, dovendo esser più decisivo argomento quello tratto dalla natura delle cose e dall'equità, che dalla incerta espressione della legge.

Altri scrittori credono che ogni difficoltà venga meno distinguendo il caso in cui l'esecuzione del mandato profitti al solo mandante, dal caso in cui essa profitti anche al mandatario o all'uno e all'altro ad un tempo. Nel primo caso il mandatario dovrebbe rispondere solo del *dolus* e della *culpa lata*, nel secondo della *culpa levis*, nel terzo anche della *culpa levissima*. Su questa opinione insistono specialmente i glossatori MARTINO ed ODOFREDO; pur tuttavia non fa d'uopo provare che una tale distinzione non trovasi neppur lontanamente accennata nelle leggi. Le leggi parlano con troppa determinatezza e troppo in generale per ammettere simili restrizioni ai principî in esse enunciate. Per ciò la maggior parte degli scrittori [62]) concordemente ammette che il mandatario debba usare nella esecuzione dei negozî affidatigli il maggior grado di diligenza. È a vedersi ora se le due citate costituzioni di DIOCLEZIANO e MASSIMIANO realmente contrastino coi

---

[62]) FABER, *Comment. ad tit. Dig. de div. reg. iur.* (Lugd. 1566) ad L. 23 h. t. pag. 81. — HIERON, *de* OROZ *de Apicibus iuris civ.* lib. V cap. 5 n. 18 pag. 366. — PROUSTEAU, *Recit. ad* L. 23 D. *de div. reg. iuris* cap. 14 §§ 20-30 (nel *Thes. Meerm.* tom. IV pag. 62). — OISELIUS, *ad Gai Institutiones* lib. II tit. 9 § 20 nota 14. — SCHULTING, *Iurisprud. Anteiust.* pag. 175. — NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. pag. 375 § *Sed apparet.* — VINNIUS, *Select. iur. Quaest.* lib. I cap. 52. — VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 9. — SCHULTING, *Thes. controv.* Dec. LXI Th. 5. — HUNNIUS, *Variaz. resolution. iur. civ.* lib. III Tract. VII P. IV Qu. 3. — SCHILTER, *Prax. iur. rom.* Exercit. XXVIII §§ 85-89. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 28. — FRANTZKE, *Comm. ad Pand.* h. t. num. 75. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. III Spec. CLXXX medit. 2. — COCCEIO, *ius. civ. controv.* h. t. Qu. 13 et *ad eundem Emminghaus* note *x* et *y*. — WERNHER, *Lectiss. Commentat. in Pand.* h. t. § 19. — REINHARD *Sammlung iurist. philosoph. und krit. Aufsätze* vol. I num. 3 pag. 337. — OVERBECK, *Meditationem über verschiedene Rechtsmaterien* 2 vol. Meditat. 99. — KÖCHY, *Meditationen über die interess. Gegenstände der heut. Civilrechtgelhrtheit* vol. I, 20. — SCHÖMAN, *Lehre vom Schadenersatz* parte I pag. 190. — WALCH, *Introd. in controv. iur. civ.* tit. III § 2012. — MALBLANC, *Principia* [*iur. rom.* parte II § 528. — THIBAUT, *Syst. des Pand. R.* vol. 2 § 827.

testi addotti dalle opposte opinioni. Non crediamo; e di ciò ci farà persuasi un più accurato esame delle medesime.

1.° La L. 8 § ult. e la L. 10 pr. D. h. t. sono strettamente connesse fra di loro. Sì l'una che l'altra sono di ULPIANO (lib. 31 *ad edictum*) e si trovano separate dalla L. 9 di PAOLO, lib. 32 *ad edictum*. Ora, se noi colleghiamo fra di loro questi due frammenti di ULPIANO, ci convinceremo tosto che non era intenzione del giurista il determinare il grado di diligenza da usarsi nella esecuzione del mandato, ma che egli voleva invece determinare quanto il mandatario dovesse restituire al mandante. Egli parte infatti dal concetto che chi non restituisce quanto può restituire agisce dolosamente. Se io quindi ti ho incaricato di comperarmi uno schiavo e tu l'hai comperato, tu sei obbligato a restituirmelo. Se poi tu avessi omesso di comperarlo, o ti fossi fatto soppiantare da un altro, o avessi lasciato che egli lo acquistasse di preferenza per amicizia, sì nell'uno che nell'altro caso io ti potrei convenire. Poichè nel primo caso tu hai agito dolosamente, nel secondo hai agito *culpa lata* [63]. Ma che dovrà dirsi, continua ULPIANO, quando lo schiavo da te acquistato sia fuggito? Anche in questo caso trattasi di vedere se ciò avvenne per tuo dolo. Se così fu, tu sarai responsabile verso di me pei danni. Ma se tu non agisti dolosamente, nè fosti in colpa, io non posso da te esigere se non che tu mi presti cauzione che mi restituirai lo schiavo se egli tornerà per avventura in tuo potere. Può infine sorgere anche questione circa al determinare in che consista la restituzione alla quale è obbligato il mandatario. Questa restituzione, dice ULPIANO, consiste in ciò che tu anzitutto devi consegnarmi lo schiavo, e secondariamente devi, quando il venditore ti ha prestato cauzione per evizione, o quando tu puoi ancora pretenderla, cedermi quella costituendomi *procurator in rem meam*.

Ciò è chiaro. Poichè tu non puoi essere costretto a darmi più di quanto hai ricevuto, o puoi ancora ricevere in forza del contratto. Lo

---

63) È degno di nota che venga qui considerato *culpa lata* una illegalità compiuta non solo scientemente, ma anche per inclinazione e che a questa, una compiuta per lucro, venga contrapposta come *dolus*. Vedi LOEHR, *Theorie der Culpa* I capo I § 6.

stesso accadrebbe quando io ti avessi incaricato di comperarmi un fondo poichè, secondo l'equità, non può altro dal mandatario pretendersi se non che egli adempia agli obblighi suoi [64]).

Dove è dunque il più piccolo contrasto fra questi frammenti e le più recenti leggi del codice?

2.° A più serio dubbio dà luogo la L. 20 D. h. t. In questa legge s'attribuisce a colpa del fidejussore il non avere scientemente esercitato, se convenuto, le eccezioni spettanti al debitore. Se egli non è colpevole di questo fatto, non gli può essere negata l'*actio mandati* per l'ammontare di quanto egli ha pagato per il debitore. Ma lo stesso ULPIANO spiega la ragione di questa speciale decisione, la quale è a ricercarsi in ciò: che causa di questa ignoranza è il debitore stesso il quale poteva facilmente torla di mezzo, e che era anche obbligato a farlo. Così ULPIANO dice: « potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fidejussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum. »

3.° Le rimanenti leggi che parlano della *culpae praestatio*, cioè la L. 23 D. *de reg. jur.* [50, 17] e la L. 11 Cod. h. t., vengono più precisamente determinate dalle L. 13 e L. 21 Cod. *eodem*, e non sono minimamente in contraddizione fra di loro. Anche i commentatori greci TALELEO e TEODORO ERMOPOLITA, riferiti da OISELIO [65]), hanno inteso queste leggi nel senso che il mandatario debba prestare *culpam laevissimam*.

Trattasi ora di spiegare per quali ragioni si imponesse al mandatario una così grave responsabilità, dal momento che ad esso spettavano anche tutti gli oneri del contratto. Non è inverosimile che una ragione di questo fatto debba vedersi nel modo di pensare dei Romani. CICERONE osserva nel sopra citato suo frammento, che nessuno avrebbe affidato un mandato se non all'amico più stimato per onorabilità e per capacità. Per ogni cittadino romano doveva quindi costituire un alto

---

64) Molto giustamente dice POTHIER, *Pand. Iustin.* tom. I h. t. num. XXXI nota *d* pag. 466: « Bona fides seu aequitas hoc tantum praecipit, ut restituat mandatarius, quod ex causa mandati consecutus est non ultra. Hinc male concludas, procuratorem non teneri de culpa, nam haec bona fides exigit, ut exactam diligentiam adhibeat, et parem negotio, quod gerendum suscepit. » Si veda PUFENDORF, *Comment. de culpa* parte IV cap. III § 4 pag. 243. — SCHILTER, loc. cit. §§ 86, 87. — SCHULTING, *Thes. contr.* Dec. LXI th. 5.

65) SCHULTING, *Iurisprud. Anteiust.* pag. 175.

onore l'esser nominato mandatario [66]). Perciò doveva richiedersi da esso che ben rispondesse alla fiducia in lui riposta, poichè il suo onor cittadino avrebbe corso grave pericolo se egli si fosse reso colpevole di qualsiasi negligenza. *In rebus privatis,* dice CICERONE, *si qui rem mandatam gessisset negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant.* In seguito dovette questo modo di pensare modificarsi; ma il principio rimase immutato. A giustificazione della severa responsabilità imposta al mandatario restò tuttavia un altro principio che PAOLO espone nella L. 5 pr. D. h. t.: « diligenter fines mandati custodiendi sunt, nam qui excedit, aliud quid facere videtur, » e nella L. 46 D. *eodem* insegna lo stesso giurista, » igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, RECEDI A FORMA NON DEBEAT. » Questo dovere esige la più esatta diligenza nella esecuzione del mandato [67]), e la natura delle cose porta necessariamente con sè che l'accettazione del mandato includa una tacita promessa di usare nella sua esecuzione la massima diligenza [68]). Parimenti affermano molti, che oggigiorno un mandatario risponde della *culpa levis* soltanto quando egli gerisca gratuitamente [69]); ma se si consultano gli scritti dei giuristi pratici non si trova che questa opinione sia profondamente trattata [70])

III. Il mandatario non deve oltrepassare i limiti del mandato [71]). Poichè questi determinano l'estensione dei poteri a lui conferiti. In

---

66) REINHARD, *Sammlung iurist. philos. und kritischer Aufsätze* vol. I pag. 347.

67) Questa ragione adduce specialmente OROZ, *de apicibus iur. civ.* lib. V cap. V num. 18.

68) Vedi DONELLUS, *Comm. ad* L. 11 Cod. h. t. num. 44 e LOEHR, *Theorie der Culpa* § 24.

69) SCHILTER, *Prax. iur. rom.* Exerc. XXVIII §§ 90-92. — ESTOR, *Deutsche Rechtsgelahrtheit* parte II, 68 § 4811. — REINHARD, *Samml.* pag. 333.

70) Vedi CARPZOV, *Iurispr. for.* parte II Const. 20. Def. 11 num. 6. — COTHMANN, *Respons. iur.* vol. I Resp. 44 num. 18. — PHILIPPI, *Observ. iur. pract. ex Decision.* Decis. XLII Obs. I num. 5. — LEYSER, Specimen CLXXIX med. 2.

71) § 8 Inst. *de mandato:* « Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati. Ut ecce si usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere: alioquin non habebis cum eo mandati actionem. » Vedi Sam. Frid. Wittenberg. *Diss. de mandatario mandatum excedente.* Gedani 1728 — BECMANN, *Diss. de obligatione mandantis erga mandatarium fines mandati excedentem.* Halae 1747 rec. 1767. — FLACH, *Diss. de eo quod iustum est circa*

questo proposito pertanto tutto dipende dalla natura del mandato conferito. Questo può essere universale o generale, oppure speciale. Il primo riguarda tutti gli affari che si riferiscono al patrimonio del mandante. Il mandatario che ha accettato un mandato generale, viene indicato nelle leggi romane colle espressioni: « procurator universorum bonorum; procurator seu administrator omnium bonorum rerum, negotiorum » [72]). Per quanto al mandatario generale spettino vasti poteri, pure questi non devono essergli conferiti oltre al presumibile volere del mandante. Il mandatario universale non deve quindi agire a suo talento, concludendo affari ai quali il mandante non poteva pensare o che egli avrebbe conoscendoli disapprovati. Egli deve tener presente le circostanze nelle quali il mandato fu conferito, lo scopo per il quale fu conferito, e la consuetudine affaristica del mandante. Da questi dati può desumersi l'estensione del mandato generale [73]), poichè come dice SCEVOLA [74]), nessun mandato, quindi anche nessun mandato universale, si estende, nè può per sua natura estendersi maggiormente: « quatenus res ex fide gerenda esset. » Un *procurator universalis* non può quindi permettersi alcuna arbitraria alienazione, solamente ha facoltà di alienare in caso di necessità, sia che a ciò egli venga costretto da un terzo, sia che mediante l'alienazione egli tenda ad evitare la distruzione o il deterioramento delle cose vendute. Così dice MODESTINO nella Legge 63 D. *de procurator* (III, 3):

« Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles, neque servus sine speciali domini mandatu alienare potest: nisi fructus aut alias res, quae facile, corrumpi possunt. »

Solo in casi estremi e ad evidente vantaggio del *dominus* il *procurator universalis* può quindi agire in giudizio [75]), far transazioni [76]),

---

mandatarium fines mandati excedentem. Marb. 1752 e BREUNING, *Diss. de obligatione mandati non servatis limitibus.* Lipsiae 1768.

[72]) L. 1 § 1 *de procurat.* [3, 3]; L. 6 § 6 D. *mandati* [17, 1]; L. 12 D. *de pacti* [2, 14]; L. 17 § ult. D. *de iureiur.* [12, 2]; L. 12 pr. D. *de solut.* [46, 3].

[73]) Vedi GÜNTHER, *rechtliche Bemerkungen* parte I (Helmstadt 1802) n. XIX.

[74]) L. 60 § 4 D. *de procurat.* [3, 3].

[75]) L. 12 D. *de pactis* [2, 14]; L. 17 § 16 D. *de iniur.* [47, 10].

[76]) L. 12 Dig. *de pactis* [2, 14]; L. 7 pr. D. *de calumniat.* L. 17 § ult. *de iureiur.* [12, 2]; confronta L. 2 D. *eodem.*

costituir novazioni [77]), fare pagamenti [78]), esigerne [79]), prendere a mutuo danaro [80]). Tali poteri non ha il mandatario generale per la cura di una determinata specie di affari, così e. g. [81]) non può il *procurator litium* transigere sulle cose del suo principale senza averne avuto speciale mandato [82]), neppure può egli ricevere pagamenti, nè compiere atto alcuno che non rientri nel concetto e nella sfera del suo mandato. Facoltà anche più ristrette spettano infine al mandatario cui è stato affidata la cura di un solo e determinato affare. Questi non può fare altro e niente altro che quanto gli è stato mandato; altrimenti egli non obbliga il mandatario [83]). Però egli non è soltanto autorizzato a compiere ciò che indicano le parole del mandato, ma anche tutto ciò che è conforme allo scopo di esso ed alla intenzione del mandante. Poichè ciò è tacitamente compreso nel conferito mandato. Quando quindi il mandatario ha ricevuto incarico di comperare una determinata cosa per il mandante, egli non deve comperarla per un prezzo maggiore di quello determinato nel mandato; ma se egli la compera ad un prezzo minore, o se per il prezzo determinato ha procurato la mandante oltre la cosa voluta un accessorio della medesima, egli non ha agito in opposizione al mandato [84]). Il mandatario ha in queste ipotesi eseguito l'affare affidatogli a condizioni migliori di quelle indicate nel mandato. Il mandatario non può invece intraprendere un affare diverso da quello affidatogli, anche se egli lo credesse più vantaggioso al mandante. Di ciò fanno testimonianza i seguenti testi:

L. 3 pr. Dig. h. t.: « Praeterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim nec melior causa mandantis fieri possit [85]), interdum melior, deterior vero nunquam. »

---

77) L. 20 § 1 Dig. *de novat.* [46, 2].

78) L. 59 Dig. *de procurat.* [3, 3] L. 87 Dig. *de solut* [46, 3].

79) L. 58 Dig. *de procurat.* [3, 3].

80) Arg. L. 11 § ult.; L. 12 D. *de pignor. act.* [13, 7].

81) L. 60 D. *de procurator.* [3, 3].

82) L. 86 D. *de solut.* [46, 3]. Vedi Buchner, *Versuch einer Theorie des Vollmachtsvertrags* § 86.

83) L. 5 pr.; L. 46 Dig. h. t.

84) § 8 Inst. *de mandato* in fin. « Quodsi minoris emeris habebis cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat ut sibi centum aureorum fundus emeretur is utique mandasse intelligitur, ut minoris si posset emeretur. »

85) *Scilicet quum sit prorsus aliud quam quod mandatum est; quamvis hoc esset*

L. 5 § 2 Dig. *eodem*: « Itaque si mandavero tibi ut domum Seianam centum emeres, tuque Titianam emeris longe majoris pretii, centum tamen aut etiam minoris non videris implesse mandatum. »

L. 5 § 5 Dig. *eodem.*: « Melior autem causa mandantis fiere potest, si cum tibi mandassem, ut Stichum decem emeres, tu eum minoris emeris, vel tantidem ut aliud quidquam servo accederet: utroque enim casu aut non ultra pretium, aut intra pretium fecisti. »

Secondo la dottrina professata da PAOLO nella L. 46 Dig. h. t. nel determinare quali sieno i limiti del mandato deve specialmente considerarsi se il *mandatum* sia *certum, incertum* o *plurium causarum.* Il *mandatum* è *certum* quando è diretto ad un negozio il quale può rispondere allo scopo ed alla intenzione del mandante, solo quando sia eseguito in una determinata guisa. Se invece lo scopo e l'intenzione del mandante possono essere raggiunti per varia guisa mediante la trattazione del negozio mandato, PAOLO dice esservi *mandatum incertum* vel *plurium causarum* [86]). Nella prima ipotesi il mandatario non può nell'esecuzione del mandato deviare dai precetti ricevuti; come dice PAOLO: « commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quoties certum mandatum sit, recedi a forma non debeat. » Nella seconda ipotesi invece il mandato può essere eseguito *per acquipollens.* Per esempio, io ho dato mandato a Tizio di procurarmi colla sua fidejussione 100 talleri da Sempronio. Tizio invece di prendere il danaro a nome mio rendendosi garante, contrae il mutuo a suo nome e mi dà il danaro: ecco un caso di esecuzione di mandato *per acquipollens:* i limiti del mandato non sono stati violati, poichè nel mio mandato era implicita questa maniera di esecuzione come rispondente allo scopo ed alla intenzione mia [87]). Gli è a questo riguardo

---

utilius mandatori, come giustamente spiega queste parole POTHIER nelle *Pand. Iustin.* tom. I h. t. num. XLIX nota *k.* Se quindi io avessi dato mandato a Tizio di comperarmi la casa di A. per 2000, ed egli invece ha a questo prezzo acquistata la casa di B, ha agito contro il mandato da me conferitogli, e quando anche la casa di B valesse molto di più, io non sarei obbligato a riconoscere la compera. Poichè non spetta al mandatario decidere quale negozio sia più utile al mandante; questi soltanto può decidere in proposito. Vedi FABER, *Rational in Pand.* ad h. L. 3 pr. e COCCEJI, *iur. civ. controv.* h. t. Qu. 12.

86) Vedi POTHIER, *Pand. Iustin.* tom. I h. t. num. XLV nota *e* pag. 468.

87) Vedi VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 11. — LEYSER, *Medital. ad Pand.* vol. III Specim. CLXXX medit. 3. — BECMANN, cit. *Diss.* §§ 32-33.

che PAOLO dice: « at quoties incertum vel plurium causarum, tunc licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati, quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit erit mandati actio. » Un esempio di ciò è dato da SCEVOLA nella L. 62 § 1 Dig. h. t.: « Mandavi in haec verba: Lucius Titius Gaio suo salutem. Peto et mando tibi ut fidem dicas pro Publio Maevio apud Sempronium: quaque a Publio soluta tibi non fuerint me representaturum hac epistola manu mea scripta, notum tibi facio: quaero si non fidejussisset, sed mandasset creditori et alias egisset, quam quod ei mandatum esset, an actione mandati teneretur? respondit, teneri. »

Entro i limiti del mandato infine si considera tutto ciò che si connette al mandato e serve di mezzo alla sua esecuzione. Ogni mandatario è quindi, in forza ad un tacito consenso del mandante, autorizzato a compiere tutti gli atti senza dei quali il negozio a lui affidato non potrebbe essere eseguito [88]).

Quando invece il mandatario compie un negozio diverso da quello affidatogli e che non risponde alla volontà ed all'intenzione del mandante, dicesi che egli ha oltrepassato i limiti del mandato. Ciò può avvenire in due guise: *a*) o che il mandatario fa il contrario di quanto gli è stato detto, o quando in altri termini, ciò che il mandatario ha fatto non è compatibile col negozio giuridico affidatogli; *b*) o egli ha eseguito il negozio affidatogli, ma oltre ad esso ne ha compiuto un altro di diversa indole, al quale non si estendeva il mandato. Nel primo caso si dice che il mandatario ha agito contro il mandato [*contra fines mandati egit*] [89]); egli non ha nè l'*actio mandati* nè l'*actio negotiorum gestorum*, poichè egli deve essere trattato come tale che ha gerito *negotia prohibentis* [90]). Non può quindi far valere le sue pretese che per ritenzione [91]).

Ma si domanda se debbasi concedere al mandatario l'*actio man-*

---

88) L. 56; L. 62 Dig. *de procurator.* [3, 3].

89) Vedi BECMANN, *Diss.* cit. §§ 37 e 38.

90) § 8 Inst. *de mandato* L. 40 Dig. h. t.; L. 31 § 4 Dig. *de negot. gest.* [3, 5]; L. ult. Cod. *cod.* Vedi VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 11. — WALCH, *Introd. in controv. iuris civ.* Sect. III cap. IV Membr. IV Subs. IV § 3 e questo Commentario parte V § 420.

91) Vedi STRUV, *Synt. iuris civ.* Exercit. XXII Th. 12 e *ad eundem.* — MÜLLER, nota λ, anche THIBAUT, *Syst. des Pandektenrecht* vol. II § 867.

dati almeno in quanto il negozio da lui compiuto sia conforme alla volontà del mandante. Per esempio se io do mandato a Tizio di comperarmi una determinata cosa per 50 fiorini, ed egli la paga invece 60, certo io non potrò essere obbligato a pagare 60, anche se possa provarsi che la cosa ha questo valore [92]). Ma che dovrà dirsi se egli è disposto a perdere i 10 pagati in più contro il mio mandato? Potrà almeno coll'*actio mandati contraria* richiedere che io paghi i 50 fiorini determinati nel mandato come prezzo della cosa da acquistarsi. Gli antichi giuristi avevano disputato in proposito [93]), ma l'opinione più equa, per la quale si accordava al mandatario l'azione entro quei limiti, finì per trionfare come risulta dai seguenti testi:

L. 3 § 2 Dig. h. t.: « Quod si pretium statui, tuque pluris emisti, quidem negaverunt te mandati habere actionem etiamsi paratus esses, id, quod excedit, remittere: namque iniquum est non esse mihi cum illo actionem, si nolit; illi vero, si velit mecum esse. »

L. 4 Dig. *eodem:* « Sed Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat: quae sententia sane benignior est. »

Lo stesso avviene quando io dia mandato di vendere una data cosa ad un prezzo determinato, ed il mandatario la venda ad un prezzo minore. Si tratta anche qui di vedere se il mandatario sia

---

92) Vedi VINNIUS in *Commentar. ad* § 8 Inst. *de mandato* num. 5.

93) Questa controversia è riferita da GIUSTINIANO nel § 8 Inst. h. t. SABINO e CASSIO sostenevano che il mandatario non può neppure, quando rinunci all'eccedenza della spesa, muovere l'*actio mandati* contro il mandante. Essi si fondavano su questo argomento: poichè il mandante, non può, anche quando sia disposto a pagare, nel caso supposto nel testo, i 60 fiorini, costringere il mandatario a consegnargli suo malgrado la cosa, così questi non può alla sua volta a ragion di diritto e di equità, costringere il mandante a pagare i 50 fiorini stabiliti come prezzo dell'acquisto [L. 3 § ult. Dig. h. t.]. NERVA e PROCULO, al contrario, ritenevano doversi al mandatario concedere l'azione per l'ammontare del prezzo fissato nel mandato, in quanto entro questi limiti egli aveva agito in conformità del volere del mandante. A questa opinione accedeva anche GIULIANO, come risulta dalla L. 33 Dig. h. t., ed essa ottenne, come quella che più risponde all'equità, il sopravvento. Vedi CUIACIO, *Observation.* lib. XII cap. 34. — COSTA e OTTO, *Comm. ad* § 8 Inst. *de mandato.* — Gottfr. MASCOV, *Diatr. de sectis Sabinianorum et Proculianor. in iure civili* cap. IX § 9 e CONRANDI, *Excurs IV ad Gellii Noct. Attic.* pag. 526 e seg.

disposto o no a rimettere quanto manca a raggiungere il prezzo fissato nel mandato. In quella ipotesi la vendita non è invalida; in questa io posso rivendicare la cosa dal compratore. Però se questi è disposto a darmi ciò che manca a raggiungere il prezzo fissato nel mandato, io sono obbligato a riceverlo e a lasciare definitivamente la cosa » [91]).

Il principio che il negozio è sempre valido in quanto è conforme al mandato, sebbene il mandatario ne abbia oltrepassati i limiti, è a fondamento anche della L. 22 *Cod. de fideiuss.* [8. 40], nella quale gli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO rescrivevano in questi termini ad un certo Ermiano:

« Si ultra hoc, quod accepit ea, pro qua te mandatario nomine intercessisse commemoras, daturum te scripsisti, Praeses provinciae ex hoc, quod ultra mandatum numeratum est, a te nihil exigi patietur. »

Non ci tratterremo qui sulle interpretazioni dei glossatori neppure su quelle di CUIACIO, CONNANO, DONELLO, GIFANIO e GOTOFREDO, le quali sono già state confutate dal VOORDA [95]), sebbene anche questo scrittore non abbia, a nostro avviso, colpito il vero caso ed il vero senso di questo rescritto: ci basterà rilevare come il BRANCHU [96]) ed il PÜTTMANN [97]) ne abbiano data la vera interpretazione. Il caso deciso dagli imperatori era indubbiamente il seguente: Ermiano aveva dato mandato a Tizio di mutuare una data somma a Seia; contemporaneamente aveva promesso al creditore di restituirgli una somma molto maggiore di quella mutuata. Tizio oltrepassa i limiti del mandato e dà a Seia maggior denaro di quanto doveva,

---

91) L. 5 §§ 3 e 4 Dig. h. t.: « Idem si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris et petam fundum: non obstabit mihi exceptio (sc. *rei venditae et traditae*) nisi et reliquum mihi, quod deest mandatu meo, praestes, et indemnem me per omnia conserves. — Servo quoque dominus si praeceperit, certa summa rem vendere, ille minoris vendiderit, similiter vindicare eam dominus potest; nec ulla exceptione removebitur, nisi indemnitas ei praestetur. » Veggasi anche PAULUS, *Sent. recep.* lib. II tit. 15 § 3 *et ad Eundem.* — CUIACIUS in Ant. SCHULTING, *Iurisprud. anteiust.* pag. 290 — e COCCEJI, *ius. civ. contr.* h. t. Qu. 10.

95) *Ellector.* cap. 8.

96) *Observation ad ius rom.* (Lugd. Batav. 1721) Dec. I cap. I

97) *Probabil. iur. civ.* lib. I cap. 2.

e poscia agisce contro Ermiano per il pagamento della somma che gli aveva promesso. Ermiano oppone che l'*actio mandati* non può intentarsi che per quanto fu dato in conformità al mandato; ma Tizio chiedere più di ciò. Si rivolge quindi agli imperatori chiedendo se la pretesa di Tizio sia fondata. Gli imperatori rescrivono che la decisione spetta al Preside della provincia, e che questi non potrà accordare l'*actio mandati* a Tizio che in quanto il mutuo fatto a Seia era avvenuto in conformità del mandato. Naturalmente quindi non potere Tizio pretendere che quanto aveva mutuato a Seia in conformità del mandato. Come avrebbero essi infatti potuto dare un diverso rescritto? In quanto Tizio aveva mutuato oltre i limiti impostigli nel mandato, egli aveva agito contro la proibizione del mandante; a lui quindi non solo non competeva l'*actio mandati*, ma neppure l'*actio neg. gest.* Ma anche l'avvenuta promessa di Tizio, in quanto oltrepassava l'ammontare della somma mutuata a Seia in conformità del mandato era invalida anche se non si voglia dire col BRANCHU che essa provenisse da errore.

Poichè quando io ti presto dieci, dice PAOLO nella L. 17 pr. D. *de pactis* [2, 14], e mi faccio ripromettere la restituzione di venti, non posso nullameno agire che per dieci. Alla stessa guisa non può l'intercedente, a detta di ULPIANO, nella L. 12 § 1 D. *de pecunia constituta* [13, 5], obbligarsi per una somma maggiore del debitore principale. Secondo questa opinione il rescritto degli imperatori è pienamente conforme ai principî del diritto comune. Devesi inoltre notare, che quando anche al mandatario non competesse, per avere oltrepassati i limiti del mandato, azione alcuna contro il mandante, questi potrebbe tuttavia agire contro quello, quando dall'eccesso del mandato egli avesse risentito danno. A ciò si riferisce anche GAIO quando nella L. 41 Dig. h. t. scrive:

« Potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari: nam si is, qui mandatum suscepit, egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati judicium non competit, at ei, qui mandaverit, adversus eum competit. »

Resta ora a trattare del secondo caso: di quando cioè il mandatario non ha agito *contra*, ma solo *praeter mandatum*. Qui egli deve essere trattato come gestore, e a lui quindi compete non l'*actio man-*

dati, ma l'*actio neg. gest.*, quando il negozio è di tal indole da recare utile al mandante [98]). Per esempio: A mi ha dato mandato di curare il suo giardino durante la sua assenza; io non solo curo questo, ma intraprendo anche una riparazione necessaria alla sua casa. Qui, per quanto ho fatto in forza del mandato, ho l'*actio mandati*, per quanto ho fatto senza il mandato ho l'*actio neg. gest. contraria* ed il mandante ha alla sua volta verso di me la *directa* [99]).

§ 955.

Continuazione.

Il mandatario è in quarto luogo obbligato ad amministrare l'affare a lui affidato senza rimunerazione. *Mandatum nisi gratuitum nullum est*, dice PAOLO nella L. 1 § 4 Dig. h. t.: « Nam originem ex officio, atque amicitia trahit. Contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit. » Anche in ciò si distingue il mandato da qualsiasi altro contratto, nel quale quegli che presta un servigio può esigere una rimunerazione. Tale è il contratto di locazione nel quale la rimunerazione è stabilita in danaro e che è rivolta a quei servigi che hanno un prezzo di mercato; tali sono i contratti innominati: *do ut facias* oppure *facio ut des,* nei quali o la rimunerazione non consiste in danaro, oppure vien data per tali servigi i quali, come è ad esempio il lavoro intellettuale, non hanno un prezzo di mercato. Il fondamento della gratuità del mandato è a vedersi, secondo PAOLO, nella natura di questo contratto che trae origine dall'amicizia e dall'officiosità. Per questa considerazione si ritenne sconveniente che l'amico si facesse pagare dall'amico il servizio prestatogli [100]). Tuttavia un *honorarium* nel vero

---

98) Per vero molti scrittori sono d'altro avviso. Veggasi HUBER, *Praelection. ad Institut.* lib. III tit. 27 § 6. — Ma il BECMANN, *Diss.* cit. § 56 in nota ha confutata completamente l'opinione di questi scrittori. Veggasi anche LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 22 e THIBAUT, *System des P. R.* 2 vol. § 867.

99) Vedi BECMANN, *Diss.* cit. § 57.

100) SENECA, *de benefic.* lib. III cap. 18; lib. IV cap. 25.

senso della parola, consistente cioè in una donazione volontaria susseguente, non altera la natura del contratto. Di ciò fa testimonianza ULPIANO nella L. 6 pr. D. h. t., dove dice:

« Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio. »

Queste parole non devono essere intese nel senso che coll'*actio mandati* possa pretendersi un onorario; ma esse indicano soltanto che quand'anche il mandatario ricevesse una remunerazione in compenso del servigio prestato, non perciò sarebbe alterata la natura del mandato. Così ha giustamente spiegato questo testo PROUSTEAU [1-2]). Molti scrittori sono per vero di diversa opinione [3]) e credono che quand'anche, al momento della conclusione del contratto, si fosse promesso un onorario, esso non si trasformerebbe da contratto di mandato in contratto di locazione, e che l'*actio mandati* prenderebbe nullameno vita. È solo la *merces* che contrasta colla natura del mandato; non anche l'onorario. Ma questa opinione non è conforme alle fonti, le quali assolutamente negano che possa esservi un contratto di mandato non gratuito. GIUSTINIANO esplicitamente ci dice nel § ultimo *Inst. de mandato:* « in summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. » Risulta dunque evidentemente che in riguardo al mandato i giuristi romani ritenevano potere il mandatario accettare una donazione in compenso dei servigi prestati, ma non potersi far promettere pei medesimi una determinata rimunerazione; e se ciò avveniva, il contratto di mandato si cambiava in una locazione d'opere o in un contratto innominato *facio ut des* e secondo che il negozio

---

1) *Recitation ad* L. 23 Dig. *de reg. iur.* cap. XIV § 13 in *Thes. Meerman* tom. III pag. 509. Veggasi anche NOODT, *Comment. ad Dig.* h. t. pag. 373. — VOET, *Comment. ad Pand.* h. t. § 2. — POTHIER, *Pand. Iustin.* tom. I h. t. numero XV nota *g* — e SCHULTING, *Thes. controv.* Dec. LX Th. 5. Erratamente ha invece interpretato questo testo BUCHNER, *Versuche einer Theorie des Vollmachts-Vertrag* § 94.

2) Con questa interpretazione concordano i *Basilici* tom. II pag. 133: εἰ καὶ παρεντεθῇ ἀντίδωρον, χώρα τῇ περὶ τῆς ἐντολῆς ἀγωγῇ i. e. *Etsi remuneratio interveniat, locus est mandati actione.*

3) TRENDELENBURG, *Diss. de honorario eiusque a mercede discrimine.* Chilonii 1775 § 10. — LAUTERBACH, *Coll. thes. pract. Pand.* h. t. § 15. — COCCEJI, *iur. civ. contr.* h. t. Qu. 7. — HÖPFNER, *Commentar über die Institutionen* § 925 num. 3. — THIBAUT, *System des Pand. Rechts* vol. II § 866 num. 4. HUFELAND, *Lehrbuch des Civilrechts* vol. I § 516 nota *a*.

richieda solo un'opera manuale oppure presupponga delle conoscenze scientifiche, sia che la rimunerazione consista in un determinato onorario in denaro o in qualche altra cosa.

Che quando si era promesso un onorario od un *salarium* non prendesse vita un'*actio mandati,* ma un'*actio extraordinaria,* cioè un'*actio in factum praescriptis verbis* [4]), dichiarano chiaramente le leggi seguenti:

L. 7 Dig. h. t.: « Salarium procuratori constitutum, si exstra ordinem peti coeperit [5]), considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit, atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat; an eventum litium majoris pecuniae praemio, contra bonos mores procurator redemerit » [6]).

L. 56 § Dig. *eodem:* « Salarium incertae pollicitationis neque extra ordinem recte petitur, neque judicio mandati ut salarium tibi constituat » [7]).

L. 1 Cod. *eod.:* « Adversus eum cuius negotia gesta sunt, de pecunias quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri. De salario autem quod promisit apud praesidem provinciae cognitio praebebitur. »

Si oppone alla nostra teorica che anche nel deposito di danaro possono promettersi interessi dal depositario, senza che il contratto di deposito si cambi in un mutuo, e che questi interessi possono essere chiesti coll'*actio depositi* [8]). Perchè non potrebbesi dunque anche nel mandato convenirsi un onorario e permettere che il mandatario lo chiedesse coll'*actio mandati?* Ma abbiamo sopra dimostrato, trat-

---

[4]) L. 5 § 2 Dig. *de praescriptis verbis* [19, 5].

[5]) Questa *persecutio extraordinaria* aveva il suo scopo in ciò che, in questo caso non veniva, come al solito, nominato un *iudex pedaneus,* ma conosceva lo stesso pretore. L. 1 Dig. *de extraordinar. cognit.* [50, 13]. Vedi Cuiacius, *Comm.* in lib. III *Responsorum Papiniani ad* L. 7 Dig. h. t. in *oper. posthum.* tom. I pag. 115, edit Fabroti. Paris 1658.

[6]) Queste ultime parole si riferiscono al *pactum de quota litis* che era proibito. Vedi § 370 di questo Commentario.

[7]) Così leggono le Pandette fiorentine, e quindi presso *constituat* è sottinteso: *judex.* Di questo avviso è anche Köhler, *interpretat. et emendation. iuris romani* lib. I parte 4 pag. 24. Ma Aloandro e Baudoza leggono: *constituatur* e questa lezione segue il codice di Erlangen.

[8]) L. 24 e L. 26 § 1 Dig. *depositi* [16, 3].

tando della colpa, che non può dal deposito argomentarsi circa al mandato. Il depositario non può del resto convenire una rimunerazione per la cura posta nel conservare la cosa, allo stesso modo che non può il mandatario convenire una rimunerazione dei proprî servigi, senza trasformare l'indole del contratto conchiuso [9]). In questo riguardo GIUSTINIANO parifica i due casi in una regola generale contenuta nel § 13 *Inst.* h. t.: « Quibus casibus sine mercede suscepto officio, mandati sive depositi contrahitur negotium; is casibus interveniente mercede locatio et conductio intelligitur contrahi. » Gli è poi assolutamente a considerarsi una specialità che nel deposito di cose fungibili possa *ab initio* convenirsi la restituzione del *tantumdem*, senza che ne resti alterata la natura del deposito; e la ragione di questa specialità è a vedersi nella natura delle cose fungibili, come fu dimostrato nel titolo *Depositi vel contra* [10]). Questo *jus singulare* non può quindi essere esteso al deposito di altre cose, e tanto meno ad altri contratti [11]). Come potrebbe dunque dirsi essere fondata l'*actio mandati* anche per l'onorario convenuto, mentre le leggi così esplicitamente insegnano il contrario? [12]). In ciò convengono con noi la maggior parte dei giuristi [13]).

Secondo la giurisprudenza odierna, la quale l'ESTOR e l'EINECIO [14]) fanno derivare dalle antiche consuetudini e leggi, il contratto di mandato resta anche tale quando si sia convenuto un onorario; si concede quindi l'*actio mandati* quando il mandatario si è obbligato a compiere un servizio che a norma del diritto romano non poteva formar oggetto di una locazione di opere. Altri vanno anche più oltre e sostengono

---

9) L. 1 §§ 8 e 9 Dig. *depositi* [16, 3].

10) § 940.

11) Si confronti OVERBECK, *Diss. de collocatione depositi tam regularis quam irregularis in concursu creditorum* § 21.

12) VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 2. — SCHULTING, *Thes. controvers.* Dec. LX Thes. 6. — HUBER, *Eunomia rom.* ad L. 53 § 3 Dig. h. t. pag. 614. — PROUSTEAU, *Recit. ad* L. 23 Dig. *de regul. iuris* [50, 17] cap. XIV § 7 e seg. (*Thes. Meerman* tom. III pag. 509). — VINNIUS, *Commentar ad* § ult. Inst. *de mandato* num. 1. — STRUVIUS, *Synt. iuris civilis* Exercit. XXII § 8. — Georg. FRANTZKIUS, *Comm. ad Pand.* h. t. num. 34 e REINHARD, *Sammlung iurist. philosoph. und kritischer Aufsätze* vol. I pagine 340-345.

13) *Deutsches Rechtsgelehrtheit* §§ 4811-4815.

14) *Elem. iur. germanici* tom. I lib. II tit. 13 § 382.

che anche quando non si è convenuto alcun onorario, ma il mandatario è persona non solita a render tali servigi senza rimunerazione, ma al contrario di questi viva, egli può nullameno pretendere un compenso [15]).

V. Il mandatario deve consegnare al mandante tutto ciò che per qualsiasi ragione ha ottenuto in forza del mandato, in quanto ciò non gli è, come nel *mandatum in rem suam,* dovuto a soddisfacimento di una obbligazione del mandante verso di lui, o non gli è rilasciato in donazione [16]). Specialmente non deve il mandatario trattenere frutti od interessi. Egli deve consegnare le cose corporali che ha ricevuto in forza del mandato, per il mandante; deve restituire il danaro riscosso e talvolta anche gli interessi, quando cioè si è reso colpevole di mora nella restituzione del medesimo, o quando lo ha lasciato infruttuoso, mentre avrebbe potuto sicuramente impiegarlo o spenderlo con vantaggio [17]); per ciò che si è fatto promettere per il mandante, deve cedergli le azioni. Infine egli deve restituire fin ciò che ha ottenuto eccedendo il mandato. Le prove di questi principî sono contenute nei testi:

1.° L. 6 § 6 D. h. t.: « Apud Julianum libro XIII Digestorum quaeritur: si dominus jusserit procuratorem suum certam pecuniam sumere, et foenerare periculo suo, ita ut certas usuras domino penderet dumtaxat, si pluris foenerari potuisset, ipse lucraretur: in creditam pecuniam videtur, inquit accepisse. »

Il mandatario doveva dare a mutuo del denaro del mandante ad un tanto per cento assumendo il pericolo dell'operazione. In compenso avrebbe potuto ritenere il lucro tratto, se per caso avesse mutuato ad un interesse maggiore. ULPIANO dice per vero, che gli è qui come se il mandante avesse dato il denaro a mutuo al mandatario, ma che tuttavia il mandato non si trasformasse in un mutuo risulta evidentemente dall'esempio che ULPIANO riferisce poi, di un procuratore al quale era affidata l'amministrazione di tutti gli affari del mandante, pel caso in cui gli fossero affidati ad eguali con-

---

15) Vedi LAUTERBACH, *Coll. th. pr. Pand.* h. t. § 15. — STRYK, *Us. mod. Pand.* h. t. § 18. — STRUBEN, *rechtliche Bedenken* parte IV, Bed. 173 pag. 449 e REINHARD, loc. cit. pag. 349 e seg.

16) DONELLUS, *Comment. iuris civ.* lib. XIII cap. II § *haec de priore* pag. 645.

17) BOEHMERI, *Diss. de usuris ex mandato solvendis.* Francof. ad Viadr. 1768.

dizioni denari da mutuare; qui dice egli espressamente: *mandati quoque eum teneri.* In parte risulta poi da ciò che l'attribuzione degli interessi maggiori a lucro del mandatario non avrebbe avuto scopo alcuno, se il contratto avesse dovuto essere considerato non più come mandato ma come mutuo. In conformità del mandato quindi il mandatario deve restituire solo gli interessi stabiliti; se egli riesce a mutuare ad un interesse più elevato, ciò risulterà a suo vantaggio. Poichè in quanto egli ha assunto il pericolo dell'operazione, egli ha gerito un affare proprio, il quale non trovasi in alcun rapporto col mandato.

2.° L. 8 § 10 Dig. h. t.: « Proinde si tibi mandavi, ut nominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas, sed et si restituas [18]), et tradere debes, etsi cautum est de evictione, vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere si mihi hac actione cedas ut procuratorem me in rem meam facies, nec amplius praestes quam consecuturus sis. »

L. 10 pr. Dig. *eod.:* « Idemque et in fundo, si fundum emit procurator. »

L. 10 § 2 Dig. *eod.:* « Si ex fundo quem mihi emit, procurator fructus consecutus est, hos quoque officio judicis praestare eum oportet. »

3.° L. 10 § 3 Dig. *eodem:* « Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendent. Sed et si pecuniam meam, foenori dedit, usurasque consecutus est, consequenter dicimus debere eum praestare, quantumcumque emolumentum sensit, sive ei mandavi sive non: quia bonae fidei hoc congruit ne de alieno lucrum sentiat. Quod si non exercuit pecuniam, sed ad usus suos convertit, in usuras convenietur, quae legitimo modo in regionibus frequentantur. Denique Papinianus ait etiam si usuras exegerit procurator, et in usus suos convertit usuras eum praestare debere. »

ULPIANO ci presenta qui dei casi nei quali il mandatario è obbli-

---

18) AZONE spiega giustamente il *restituas: restituendi facultatem habeas.* Poichè poco prima si tien parola del caso nel quale lo schiavo comprato dal mandatario sia fuggito, e quindi non possa essere restituito. Nei frammenti dei giuristi romani non è raro questo linguaggio. Vedi REITZ, *Annotation. sporad.* num. IX in PÜTTMANNI, *Opuscul. iurid. ex observat. miscell. batav. collect.* p. 155.

gato a pagare gli interessi. Il NOODT [19]), col quale combinano SCHULTING [20]) e POTHIER [21]), ed anche molti giuristi pratici [22]) vogliono concludere da questi testi che il mandatario, il quale ha impiegato in proprio vantaggio il denaro del suo mandante, deve prestare le massime usure permesse dal diritto romano, *usurae centesimae,* cioè il dodici per cento. A ciò alluderebbero le parole *legitimo modo,* poichè le *usurae centesimae* vengono nelle leggi chiamati *legitimae* [23]), ed il principio dovrebbe applicarsi anche alla *negotiorum gestio* [24]). Il NOODT è così profondamente convinto di questa opinione che non si fa scrupolo di proporre una inaudita trasposizione di parole in questo testo. Egli legge: *in usuras convenietur legitimo modo (i. e. ad modum lege praescriptum);* le restanti parole: *quae in regionibus frequentantur,* unisce colle parole: *ex mora utique usuras mihi praestet.* Ma ULPIANO non pensava certamente qui alle *usurae centesimae,* ma parlava soltanto degli interessi correnti nel paese. Del che potrà ognuno persuadersi confrontando la L.1 pr. Dig. *de usuris* [22, 1]. L'ardita trasposizione di parole del NOODT è quindi affatto innecessaria, priva d'ogni autorità, e contraria ai Basilici [25]) e l'argomento tratto dalle disposizioni riguardanti il *negotiorum gestor* non è efficace poichè le leggi hanno esplicitamente disposto in contrario riguardo al mandatario. In ciò convengono con noi ANTONIO FABRO [26]), COCCEIO [27]) e von BOEHMER [28]).

Trattando del caso nel quale il mandatario deve restituire i denari

---

19) *De foenore et usuris* lib. II cap. 5.

20) *Thesium controv.* Decad. LXI Th. 6.

21) *Pandect. Iustin.* tom. I h. t. num. XXXVIII nota *b.*

22) LAUTERBACH, *Coll. th. pr. Pand.* h. t. § 30. — BERGER, *Oecon. iur.* lib. III tit. 5 § 37 nota 5. — LEYSER, *Meditat. ad Pand.* vol. III Specim. CLXXIX medit. 3.

23) L. 1 § 3 *de pignor. et hypot.* [20, 1]; L. 8 Dig. *in quibus caus. pignus* [20, 2]; L. 4 § 1 Dig. *de nautico foenore* [22, 2]; L. 7 § 4 Dig. *de adm. et peric. tutorum* [26, 7].

24) L. 38 Dig. *de negot. gestis* [3, 5].

25) Tom. II pag. 138 dove è detto: *καὶ ἀπὸ συγχρήσεως δίδωσι τους ἐν τῷ κλήματι συχνάξωνας* i. e. *et si ad usus suos pecuniam converterit, usuras praestat, quae in regionibus frequentantur.* »

26) *Rational. in Pand.* ad L. 10 § 3 h. t.

27) *Iur. civ. controv.* h. t. Qu. 14.

28) *Diss.* cit. *de usuris ex mandato solvendis* §§ 10 e 11.

ricevuti per il suo principale cogli interessi, ULPIANO non ha preso in considerazione l'ipotesi che il mandatario abbia lasciato improduttivo il denaro del principale. Per questo caso decide SCEVOLA:

L. 13 § 1 Dig. *de usuris:* « Quaesitum est an judicio negotiorum gestorum vel mandato pro pecunia otiosa usuras praestare debeat, cum dominus nullam pecuniam foeneravit? respondit, si eam pecuniam positam [29]) habuisset, idque ex consuetudine mandantis fecisset, non debere quicquam usurarium nomine praestari. »

Devesi dunque aver riguardo in parte allo scopo del mandato, in parte alle abitudini del principale. Se il denaro non era destinato ad esser dato ad interesse, ma il principale l'avrebbe lasciato giacere nelle sue casse, il mandatario non sarà obbligato ad abbonargli gli interessi [30]). Se il mandatario ha ottenuto degli interessi per il mandante e li ha impiegati nel proprio vantaggio, questi assumono nella persona del mandatario l'indole di un capitale, e perciò non deve ritenersi anatocismo, se egli deve prestarne gli interessi al mandante [31]).

4.° L. 10 § 8 Dig. h. t.: « Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus? Et Labeo scribit restituere eum oportere etiamsi hoc mandaverim ut gratuitam pecuniam daret, quamvis si periculo suo credidisset, cessaret (inquit Labeo) in usuris actio mandati. »

ULPIANO ci presenta un caso nel quale il mandatario aveva agito contro il mandato. Per questo egli doveva mutuare senza interessi a Tizio; invece egli convenne anche per gli interessi. Si domandava, dovrà Tizio restituire al mandante gli interessi percetti? ULPIANO decideva insieme a LABEONE per l'affermativa, poichè egli aveva ottenuto gli interessi mutuando denaro altrui. Ma che dovrà dirsi quando

---

[29]) Il VAN DE WATER, *Observation. iuris rom.* lib. III cap. 12 pag. 341 legge *otiosam* invece di *positam;* ma senza necessità alcuna. Anche i *Basilici* tom. III pag. 378 leggono: κείμενα i. e. ciò che è lasciato inattivo. Non è quindi necessario neppure leggere con ALOANDRO *depositam.*

[30]) PEREZ, *Praelect.* in Cod. h. t. num. 11 in fine e MAGNUS, (Legrand) *Differentiar. iur. civ.* lib. I cap. I (MEERMANN, *Thes. iur. civ. et can.* tom. III pag. 267 *B*)

[31]) L. 7 § 12 e L. 58 § 1 Dig. *de adm. tutor.* [26, 7]. Vedi FABER, *Rational. in Pand.* ad L. 10 § 3 Dig. h. t.

il mandatario dette a mutuo il danaro a nome proprio ed a rischio proprio? Anche ciò non può liberare il mandatario dalle sue obbligazioni; poichè il danaro non cessa per ciò d'essere danaro altrui. Altrimenti sarebbe in potere del mandatario di agire *in fraudem legis,* se potesse valersi della eccezione di avere dato il danaro a nome suo ed a proprio rischio. Egli potrebbe così a suo piacere ritenere gli interessi ritratti. Quando il mandatario compie il negozio affidatogli in proprio nome, avviene che egli rimane obbligato di fronte al terzo in proprio nome, e che può essere convenuto *ex contractu* [32]), ma la natura della obbligazione fra mandante e mandatario non resta per ciò alterata [33]). In conseguenza, dice ULPIANO, seguendo LABEONE, l'*actio mandati* non ha luogo per gli interessi quando il mandatario ha dato a mutuo il danaro del suo principale a proprio rischio. È ridevole ciò che il LAUTERBACH [34]) afferma, che gli interessi non possono essere chiesti per azione, ma devono essere prestati *officio judicis.* Ed altrettanto infondata è la distinzione del VOET [35]), che il mandatario debba restituire gli interessi correnti nel paese, ma possa trattenere il di più ottenuto come ricompensa per il rischio assunto. Di tutto ciò ULPIANO non fa parola. Le ultime parole di ULPIANO devono piuttosto intendersi (a che non contraddicano a quanto è scritto nel § 3 di questo frammento) col NOODT [36]), riferendole al caso in cui il mandatario potesse in conformità al volere del mandante dare il denaro ad interesse a proprio rischio. Un caso non dissimile da questo ci si è sopra presentato nella L. 6 § 6 Dig. h. t. Se il mandante non si è riservato gli interessi, questi devono essere considerati come un lucro del mandatario per il pericolo sopportato [37]). Un altro caso nel quale il mandatario deve prestare al mandante il lucro tratto anche contro il fine del mandato, è offerto dalla L. 46 § 4 Dig. *de procurator* [3 ,3]: « Procurator ut in caeteris quoque negotiis gerendis ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debet. Itaque quod ex lite consecutus

---

32) L. 13 Cod. *Si certum petatur* [4, 2]. Vedi HERTII, *Diss. de obligatione mandantis et mandatarii contemplatione tertii* § 20.

33) LEYSER, Specim. CLXXIX medit. 1.

34) *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 30.

35) *Comment. ad Pand.* lib. XVII tit. 2 § 17.

36) *De foenor. et usuris* lib. I cap. 8 tom. I pag. 191 e seg.

37) BOEHMER, *Dissertat.* cit. *de usuris ex mandato solvendo* §§ 12-18.

erit, sive extrinsecus ob eam rem, debet mandati judicio restituere; usque adeo ut si per errorem aut injuria judicis non debitum consecutus fuerit; id quoque reddere debeat. »

Avevo dato incarico al mio procuratore di chiedere giudizialmente a Tizio 100 fiorini, dei quali egli mi era debitore. Questi, per errore, o per parzialità del giudice, riceve più di quanto Tizio è debitore. Anche questo ingiusto guadagno deve il procuratore restituire.

5.° L. 20 Dig. h. t.: « Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet: sicuti nec damnum pati debet, si exigeret foeneratam pecuniam non potuit. »

6.° L. 43 Dig. h. t.: « Qui mandatum suscepit ut pecuniam in diem collocaret isque hoc fecerit, mandati conveniendus est, ut cum dilatione temporis actionibus cedat. »

In questo caso il mandatario è obbligato in forza del mandato a cedere le azioni, ottenute mediante l'esecuzione del medesimo. Se anche queste azioni non possono ancora essere cedute, il mandante può tuttavia chiederne la cessione coll'*actio mandati*. Poichè anche il *debitor in diem* è tuttavia debitore, sebbene fino allo spirare del termine non possa essere convenuto [38]). La cessione avviene quindi sempre *cum sua causa*, e cioè le azioni presenti vengono cedute come presenti e le future come future. A ciò si riferisce ULPIANO quando dice che il mandatario cede le azioni *cum dilatione temporis* [39]).

7.° L. 45 pr. Dig. *eodem:* « Si mandatu meo fundum emeris utrum, cum dederis pretium, ageres mecum mandati, an et antequam des, ne necesse habeas res tuas vendere? Et recte dicitur in hoc esse mandati actionem ut suscipiam obligationem quae adversus te venditori competit; nam et ego tecum agere possum, ut praestes mihi adversus venditorem emti actiones. »

Come il mandatario può agire contro il mandante pel quale ha comprato una certa cosa, anche prima di averne pagato il prezzo, a che quelli lo rilevi della obbligazione contratta col venditore, poichè il mandatario non è obbligato a fare anticipazioni contro il suo volere; così può anche il mandante agire contro il mandatario per farsi cedere le azioni contro il venditore.

---

38) L. 10 Dig. *de condict. indeb.* [12, 6].

39) Vedi FABRI, *Rationalia in Pand. Iust.* tom. I h. t. num. XXXII nota *e*.

8.° L. 59 pr. Dig. h. t.: « Si mandatu Titii Calpurnius pecuniam quam Titius credebat stipulatus esset, non donandi animo: mandati judicio eum ab herede Titii posse conveniri, ut actiones suas praestet. »

Tizio aveva dato mandato a Calpurnio di farsi promettere da Sempronio il danaro da lui mutuato a Sempronio. Se Tizio non aveva intenzione di far donazione a Calpurnio del danaro, gli eredi di Tizio possono convenire Calpurnio coll'*actio mandati* e farsi da lui cedere l'azione contro il debitore. Questa cessione era specialmente necessaria e massimamente importante presso i Romani, poichè a norma del diritto civile nessuno poteva direttamente acquistare diritti e azioni per mezzo di una persona libera, ma era a ciò necessaria una cessione formale [40]). Solo in pochi casi facevasi eccezione a questi principî, ammettendo non essere necessaria la cessione, ed accordando al mandante talora azione diretta, talora utile, contro i terzi coi quali il mandatario avesse conchiuso dei negozi. Di ciò ci occuperemo più avanti, dove tratteremo dei rapporti giuridici fra mandante e terzi.

Infine:

VI. Il mandatario è obbligato a dar ragione della esecuzione del mandato e specialmente a rendere conto delle spese e degli incassi [41]). Solo in quanto egli ha adempiuto fedelmente ed onestamente (*bona fide*) queste obbligazioni, può anche far valere delle pretese giuridiche contro il mandante. Se altrimenti, egli risponde di tutti i danni arrecati colla più lieve colpa. Se egli viene condannato per dolo, la condanna trae seco l'infamia [42]). Le ragioni che il Cocceio [43]) adduce a sostegno della opinione che, in armonia coi concetti romani, anche una semplice *culpa* traesse seco l'infamia, sono molto apparenti, specialmente se si considera che l'*infamia* nel concetto del diritto romano non corrisponde al disonore (*Ehrlosigkeit*) nel senso del diritto tedesco, ma implica soltanto una diminuzione dell'onore cittadino [44]).

---

40) L. 126 § 2 Dig. *de verb. oblig.* [45, 1]. L. 1 Cod. *Per quas personas* [4, 27]; L. 7 Cod. *Si quis alteri vel sibi* [4, 50]. Vedi Hotoman, *Observat.* lib. III cap. 31 e Giphanii, *Lectur. Altorf.* ad L. 11 Dig. *de obligat. et act.* [44, 7] num. 16 e seg.

41) L. 46 § 4 Dig. *de procur.* [3, 3]; L. 10 § 9 Dig. h. t.; L. 56 § 4 Dig. *eod.*

42) L. 1 § 1; L. 6 §§ 5 e 6 Dig. *de his qui notantur infamia* [3, 2]; L. 21 Cod. h. t.

43) *Iur civ. contr.* h. t. Qu. 9 e lib. III tit. 2 Qu. 5.

44) Vedi Hubner, *über Ehre, Ehrlosigkeit und Ehrenstrafen* cap. III pag. 70.

Certo è che il diritto tedesco non si è mai assimilato quella guisa di concepire l'infamia [45]).

Esiste dolo non solo quando il mandatario ha agito scientemente, contrariamente ai proprî doveri [46]), ma anche quando ha così agito per desiderio di guadagno. Ciò risulta dai seguenti testi:

L. 8 §§ 9 e 10 Dig. h. t.: « Dolo autem facere videtur, qui id, quod potest restituere, non restituit. Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi ut restituas. Sed et si dolo emere neglexisti, forte enim pecunia accepta alii cessisti, ut emeret, aut si lata culpa, forte si gratia ductus, passus es alium emere, teneberis. »

L. 44 Dig. h. t.: « Dolus est, si quis nolit persequi, quod persequi potest: aut si quis non exegerit, quod exigere, solvere » [47]).

È ancora da notarsi che quando è stata affidata l'amministrazione a più persone insieme, esse rispondono come *correi* [48]). Ciascuno può quindi essere convenuto in *solidum;* ma se un solo ha soddisfatto il mandante, nessuna pretesa può farsi valere contro gli altri, come insegna SCEVOLA nella L. 60 § 2 Dig. h. t.: « Duobus quis mandavit negotiorum administrationem: quaesitum est, an unusquisque mandati judicio in solidum teneatur? Respondi, unumquemque pro solido conveniri debere: dummodo ab utroque non amplius debito exigatur. »

---

45) Vedi EMMINGHAUS *ad Cocceji ius civ. contr.* tom. I lib. III tit. 2 Qu. 2 nota *g* pag. 291.

46) LÖHR, *Theorie der Culpa* § 6 pag. 18.

47) Che queste ultime parole della L. 44 h. t. sieno corrotte gli è evidente. Si sono perciò fatti diversi tentativi per correggerle. L'opinione del CATARINO, ALOANDER, BYNKERSHÖK e PÜTTMANN trovasi in KOEHLER, *Interpret. et Emendation iuris rom.* lib. II cap. 10. Secondo questi scrittori il testo dovrebbe essere così completato: *aut si quis non exegerit, quod exigere potest; aut si quis nolit solvere, quod potest solvere.* I *Basilici* (tom. II pag, 155) hanno: Δόλος ἐστὶ τὸ μὴ ποιῆσαί τινα ὃ δύναται, ἢ τὸ μὴ ἀπαιτῆσαι τὸν δυνάμενον, ἢ τὸ μὴ δοῦναι τὸ ἀπαιτηθέν i. e. *dolus est, si quis non facial, quod facere potest, aut non exigat, cum possit, aut quod exegerit, non det.* Con ciò combina il nostro codice di Erlangen che legge: *aut si quis non exegerit, quod exigere potest, aut si quis nolit solvere, quod exegit.* Quasi identicamente legge BAUDOZA; solo invece di *exegit,* egli legge *exegerit.* Questa lezione accoglie anche HOFFMANN, *Meletemat. ad Pand.* Dissertat. XVI § 2.

48) Vedi VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 8.

§ 956.

Obbligazioni del mandante.

Poichè per regola il mandatario non ritrae alcun vantaggio dalla amministrazione degli affari altrui, così vuole l'equità che alla stessa guisa non abbia per essa a risentire danno di sorta. Chè giustamente dice AFRICANO: « nemini officium suum damnosum esse debet » [49]. Il mandante è quindi obbligato a tenere indenne il mandatario [50]. Da questo principio, riconosciuto pienamente dalle fonti consegue:

I. Che il mandatario ha diritto di pretendere tutte le spese fatte in prò del mandante, insieme agli interessi [51], anche quando il mandante ne avrebbe potuto fare di minori, o quando l'affare non riescì come volevasi, o quando il mandatario non avesse potuto condurlo a fine, purchè, ben s'intenda, egli abbia gerito *bona fide* e senza colpa. Sono a questo proposito interessanti i seguenti testi:

1.° L. 10 § 9 Dig. h. t.: « Idem Labeo ait, et verum est, reputationes [52] quoque hoc judicium admittere: et sicuti fructus cogitur restituere is, qui procurat, ita sumtum, quem in fructos percipiendos fecit, deducere eum oportet: sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in praedia, sumtum fecit, puto hos quoque sumtus reputare eum oportere: nisi si salariarius fuit [53] et hoc convenit, ut sumtus de suo faceret ad haec itinera, hoc est de salario. »

2.° L. 12 § 9 Dig. *eodem:* « Si mihi mandaveris ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebo mandati actionem de

---

49) L. 61 § 5 Dig. *de furtis* [47, 2].

50) L. 15, L. 20 pr. Dig. h. t. — NOODT, *Comm. ad Pand.* h. t. § *A directo.* — PROUSTEAU, *Recit. ad* L. 23 Dig. *de reg. iur.* [50, 17] cap. XIV § 26. — D'AVEZAN, h. t. § 10. *Contractuum* lib. II Tract. IV §§ 5 e 7 — e VOET, *Comm. ad Pand.*

51) BOEMERI, *Diss. de usuris ex mandato solvendis* § 19.

52) Per *reputationes* s'intendono gli sconti e le imputazioni che il mandatario può fare. I *Basilici* tom. II pag. 139 hanno ἀντελλογισμούς.

53) Nel codice di Erlangen si legge qui: *nisi salarium fuit.* — BAUDOZA ha invece: *nisi salarium fuerit datum.*

pretio recipiendo: sed et si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emtionem rei, erit contraria mandati actio; aut si rem emtam nolis recipere. Simili modo et si quid aliud mandaveris, et in id sumtum fecero. Nec tantum id, quod impendi, verum usuras quoque consequar. Usuras autem non tantum ex mora esse admittendas: verum judicem aestimare debere si exegit a debitore suo quis, et solvit, cum uberrimas usuras consequeretur; aequissimum enim erit, rationem eius rei haberi: aut si ipse mutuatus gravibus usuris, solvit. Sed et si rem usuris non relevavit, ipsi autem et usurae absunt; vel si minoribus relevavit, ipse autem majoribus foenus accepit, ut fidem suam liberaret: non dubito, debere eum mandati judicio et usuras consequi: et ut est constitutum, totum hoc ex aequo et bono judex arbitrabitur. »

A termine di queste può dunque il mandatario: 1.° pretendere le usure moratorie in tutti i casi nei quali esse hanno luogo; 2.° pretendere usure dei danari proprî impiegati per il mandante, sia che questi denari egli abbia liberato da un credito ad usure, sia che no; quando cioè: *a*) il mandatario ha preso denaro a mutuo ad interesse, *b*) o ha riscosso capitali proprî che aveva impiegato ad interesse, *c*) o ha impiegato per il mandante del danaro proprio che avrebbe altrimenti dato ad interesse. In questi casi egli può pretendere talvolta solo le usure correnti, talvolta anche le massime usure, a seconda lo richiedono le circostanze del caso ed i principî dell'equità [51]).

3.° L. 27 § 3 Dig. h. t.: « Impendia mandati exequendi gratia facta, si bona fide, facta sunt, restitui omnino debent; nec ad rem pertinet, quod is, qui mandasset, potuisset si ipse negotium gereret, minus impendere. »

4.° L. 56 § 4 Dig. h. t.: « Sumtus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, judicio mandati restitui necesse est. »

5.° L. 1 Cod. h. t.: « Adversus eum, cuius negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus, vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri. »

6.° L. 4 Cod. *eodem:* « Etiam si contrariam sententiam reportaverunt, qui te ad exercendas causas appelationis procuratorem con-

---

[51]) Vedi Buchner, *Versuch einer Theorie des Vollmachtsvertrages* § 93.

stituerunt: si tamen nihil culpa tua factum est sumtus, quos in litem probabili ratione feceras, contraria mandati actione petere potes. »

Se il mandatario ha fatto delle spese voluttuarie, non può pretenderne il rifacimento che quando il mandante vi abbia acconsentito; in caso contrario egli può soltanto togliere dalla cosa quanto fu aggiunto e può essere tolto senza danno, a meno che il mandante non sconti al mandatario anche queste spese.

L. 10 § 10 Dig. h. t.: « Idem ait, si quid procurator citra mandatum in voluptatem fecit, permittendum ei aufferre quod sine damno dominis fiat: nisi rationem sumtus istius dominus admittit. »

II. Il mandante deve risarcire al mandatario i danni che ha senza propria colpa risentiti per l'esecuzione del mandato, anche quando ciò sia avvenuto per lievissima colpa del mandante.

L. 26 § 7 Dig. h. t.: « Sed cum servus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur: si tamen sine culpa tua id acciderit, quod si ego scissem talem esse servum, nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet. »

PAULUS distingueva qui il caso nel quale il mandante sapesse che lo schiavo, comperato dal mandatario in conformità del mandato, e dal quale il mandatario fu derubato, fosse un ladro, dal caso opposto. Nel primo caso il mandatario può pretendere completo risarcimento dei danni subíti, nel secondo non può che ottenere una *noxae deditio*. Ma AFRICANO respingeva questa distinzione e riteneva più giusto che il mandante rifacesse ogni danno senza restrizioni, sia che sapesse essere lo schiavo acquistato, ladro, sia che l'ignorasse. Poichè il mandatario può sempre dire che egli non avrebbe risentito il danno se non avesse accettato il mandato. Certo sembra giusto che il *dominus* non abbia a risentire per uno schiavo danno maggiore di quanto lo schiavo stesso vale; ma gli è indubbiamente più equo ancora, che a nessuno debba provenir danno dall'aver voluto prestare ad altri amichevole servigio. Le parole di AFRICANO suonano così:

L. 6 § 5 Dig. *de furtis* [47, 2]: « Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aeque dicendum sit, omni modo damnum praestari debere? Et quidem hoc amplius, quam in superioribus causis servandum: ut etiam si ignoraverit is, qui certum hominem eius man-

daverit, furem esse; nihilominus tamen damnum decidere cogetur: iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset. Idquè evidentius in causa depositi apparere: nam licet alioquin aequum videatur, non opportere cuiquam plus damni per servum evenire quam quanti ipse servus sit: multo tamen aequius, nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit non etiam sui commodi causa susceperat damnosum esse. »

Per conciliare le parole di PAOLO con quelle di AFRICANO suolsi affermare [55]) che PAOLO parla d'un caso nel quale il mandatario aveva avuto incarico di acquistare uno schiavo in genere, mentre AFRICANO invece risolve la questione circa al caso in cui il mandatario ha ricevuto l'incarico di comperare un determinato schiavo. In quello spetta la scelta al mandatario, in questo al mandante; gli è quindi giusto che in quello il mandante non sia tenuto che alla *noxae deditio,* in questo invece al completo risarcimento dei danni.

Errerebbe molto per altro chi credesse tolta con questa interpretazione l'antinomia delle fonti. Le parole di PAOLO: *quod si ego scissem, talem esse servum,* provano evidentemente che anche PAOLO si riferiva ad un mandato che aveva per oggetto la compera di uno schiavo determinato, e gli è quindi, come ben nota POTHIER [56]), altrettanto evidente trattarsi qui di una diversità d'opinione fra gli antichi giuristi romani, quanto gli è impossibile all'interprete il conciliare i due testi. Ora, gli è vero che AFRICANO è giurista più antico di PAOLO, che fu contemporaneo di ULPIANO, come si è dimostrato in altra occasione [57]), ma chi non resterà nullameno persuaso della efficacia degli argomenti di AFRICANO? Il FABER [58]) inoltre trova nel testo di PAOLO un'altra difficoltà che gli sembra insuperabile senza ricorrere ad una emendazione. Secondo questo giureconsulto l'*actio mandati,* anche nei casi nei quali sarebbe rivolta unicamente alla *noxae deditio,* è sottoposta alla condizione che al mandatario non sia imputabile in riguardo

---

55) Vedi BACHOVIUS, *ad Disputat. Treutleri* vol. I Disput. XXVII Th. VII Lit. *E* et *F.* — MEYER, Ἐνδοξῶν *Iustinian.* Decad. VI cap. I e PACIUS Ἐναντιοφανῶν *f. Legum conciliatar.* Centur. IV Qu. 90 pag. 342.

56) *Pandect. Iustin.* h. t. num. LX nota *h* pag. 470.

57) Vedi § 779 di questo Commentario nota 43.

58) *Conjectur. iuris civ.* lib. III cap. 5.

al furto commesso dallo schiavo acquistato per il mandante, la minima colpa. ANTONIO FABRO trova in ciò un controsenso. Anzitutto perchè non sa, a suo avviso, concepirsi furto senza colpa anche da parte del derubato [59]); con questa condizione si verrebbe quindi a negare implicitamente l'azione.

E secondariamente, come può concepirsi che la negligenza del mandatario possa autorizzare lo schiavo del mandante a rubare? Che il mandatario possa ad ogni modo agire contro il mandante *noxaliter* è indubitabile, nè a dir ciò sarebbe stato necessario citare l'autorità di NERAZIO [60]). La questione versava piuttosto su ciò: se il mandatario dovesse contentarsi della *noxae deditio*. Per togliere quindi l'assurdo che si presenta all'interprete, sarebbe necessario emendare il testo, e invece di: *sine culpa tua*, leggere: *sine culpa mea*. Esser giusto che quando il mandante è senza colpa il mandatario debba contentarsi della *noxae deditio*.

Sebbene GIOVANNI SUAREZ DE MENDOZA [61]) e IERONE TREUTLER [62]), abbiano accolta l'emendazione del FABRO, il BACOVIO [63]) ha dimostrato la dubitabilità della medesima mostrando come il testo possa dare un senso completo senza ad essa ricorrere, e GIOVANNI GUGLIELMO MARCKART [64]), ha posto fuor di dubbio la verità della tesi Bacoviana, coll'aiuto dei Basilici [65]) e degli scoliasti greci [66]). Gli è inutile rilevare qui del resto che ANTONIO FABRO ha contro di sè tutto quanto la critica testuale offre in sostegno della lezione comune: l'autorità dei manoscritti, quella delle migliori edizioni, e dei Basilici. Tutto ciò perde ogni importanza quando si rilevi di quale colpa del mandatario

---

59) L. 52 § 3 Dig. *pro socio* [17, 2].

60) L. 22 Dig. *Commod.* [13, 6]; L. 45 Dig. *Locati conducti* [19, 2].

61) *Comment. ad Leg. Aquil.* lib. II cap. II Sect. I num. 34.

62) Vol. I Disput. XXVII § 7 lit. *F.*

63) *Notae et Animadversiones ad Disputat.* Treutleri vol. I pag. 1025.

64) *Probabilia receptar. Lectionum iur. civ.* (Traj. ad Rhen. 1737) pag. 172 e seg.

65) Tom. II pag. 147 in fine. Σὰν ὁ δοῦλος, ὃν κατὰ ἐντολήν με ἠγόρασας, κλέψῃ παρὰ σοῦ ecc. i. e. *Si servus, quem mandatu meo emeras, furtum apud te fecerit, sine fraude tua....*

66) *Basilici* tom. II pag. 185 nota c. Τοχὸν εἰ μὴ σὺ αὐτὸν τοιοῦτον ἀπείργασω πολλάκις προτρεψάμενος ἕτερα ἀποσυλῆσαι — i. e. *nisi tu forte eum talem* (sc. *furem*) *effeceris, quod saepe eum cohortatus sis, ut res alienas contrectaret.*

si tenga qui parola. Lo scoliasta greco dà in proposito la seguente spiegazione: quando, per esempio, il mandatario ha eccitato lo schiavo al furto, e gli ha dato perciò occasione di rivolgere contro di lui questa prava tendenza. Questo esempio è pienamente conforme alla espressione usata dai Greci nel tradurre *culpa* colla voce κακία, la quale significa malvagità, perfidia, onde non a torto il BACOVIO intende la voce *culpa* per *culpa gravior per quam occasionem furandi mandatarius servo praebuerit,* ed il MARCKART spiega il frammento coll'esempio molto adatto di un mandante che abbia fatto conoscere al mandatario l'indole ladra del servo, consigliandolo di star sull'avviso per non essere derubato. Che in questo caso, se il mandatario trascura l'avviso, possa parlarsi di colpa, risulta anche dalla L. 61 § 7 Dig. *de furtis* [47, 2], ove AFRICANO dice: « Haec ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius, qui mandatum vel depositum susceperit, intercedat. Caeterum si ipse ultro ei custodiam, argenti forte vel nummorum, commiserit, cum alioquin nihil unquam dominus tale quid fecissot, aliter existimandum est. » E a chi potrà sembrare ingiusto, che in tali circostanze si neghi azione di danni al mandatario contro il mandante? [67]).

Se il mandatario nell'esecuzione del mandato ha subìto un danno puramente casuale, e. g. malattia, derubamento, naufragio e simili, non può di ciò chiedere risarcimento al mandante, poichè sono questi accidenti fortuiti, i quali non trovansi in alcun necessario nesso col mandato. E ciò non solo è conforme alla regola generale: *casus fortuiti a nullo praestantur,* la quale, secondo la teoria di ULPIANO [68]), vale in tutti i contratti, ma gli è anche specialmente confermato da PAOLO quando nella L. 26 § 6 D. h. t. dice: « Non omnia, quae impensurus non fuit, mandatori imputabit; veluti quod spoliatus sit a ladronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit; nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet » [69]). Molti giuristi nullameno trovano che ciò

---

67) PROUSTEAU, *Recital.* ad L. 23 Dig. *de reg. iur.* [50, 17] cap. XIV § 26 e CARPZOV, parte II Const. 20 Des. 13.

68) L. 23 in fin. Dig. *de dir. reg. iur.*

69) I *Basilici* tom. II pag. 147 traducono così: ταῦτα γὰρ κατὰ τύχην, οὐ μὴν ἐκ τῆς ἐντολῆς συνέβη. i. e. *haec enim casu fortuito, et extra causam mandati accidunt.*

è ingiusto [70]) ed ACCURSIO dice senz'altro: *nec hic § de curialitate debet servari.* Nel contratto di società avrebbero i giuristi romani indotti più equi principî. Il *socius* deve dividere i danni risultati da casi fortuiti che hanno colpito il socio [71]). Se dunque un socio, che per occasione della società, ma pure a proprio vantaggio, intraprende un viaggio, è colpito da un caso fortuito può dividerne coi consoci i danni, perchè non dovrà dirsi il medesimo per il mandatario che è colpito da caso fortuito nella esecuzione del mandato dalla quale egli non trae, per regola, vantaggio di sorta? Gli è che altro rapporto giuridico è quello creato da una società, altro quello sorgente da un mandato. E nella società, per la stessa natura di questo contratto, gli è evidente che danni e vantaggi debbano essere divisi fra i soci [72]); i quali sono considerati come fratelli. Di tale indole non è invece il mandato; e quindi non si può dalle regole dell'un contratto trar argomento per l'altro, come ENRICO HUBER [73]) e von WERNHER [74]) hanno sufficientemente dimostrato. Tuttavia può ammettersi una eccezione: quando alla conclusione del contratto si fosse altrimenti convenuto, o quando il mandante avesse scientemente inviato il mandatario per luoghi pericolosi ed infestati da malandrini. Gli è giusto, in questi casi, che il mandante risarcisca al mandatario anche i danni provenienti da caso fortuito, sia voglia dirsi avere egli tacitamente assunta la responsabilità per il caso fortuito, sia voglia ritenersi essere egli in colpa nell'inviare il mandante in tale pericolosa località [75]).

III. Il mandante è infine obbligato a liberare il mandatario da tutte le obbligazioni assunte in conseguenza del mandato per la sua migliore esecuzione. L'azione contro il mandatario è qui diretta non

---

70) Vedi FABER, *Rational. in Pand.* ad h. L. — SCHULTING, *Thes. controv.* Decis. LXI Th. IX. — LAUTERBACH, *Coll. th. pr. Pand.* h. t. § 36. — MAGNUS, *Rationum et different. iur. civ.* lib. II cap. 8 (*Thes. Meerm.* tom. III pag. 305). — TULDENUS, *Comment. in Cod.* h. t. num. 8 e D'ESPEISSES, *Oeuvres* tom. I pag. 99.

71) L. 52 § 4 Dig. *pro socio* [17, 2].

72) L. 73 § 1 Dig. *eodem.* L. 25 § 6 Dig. *Locati* [19, 2].

73) *Eunomia Rom.* ad L. 26 § 6 Dig. h. t. pag. 608 e seg.

74) *Selectar. Observation. forens.* tom. I parte IV obs. 214 numeri 49-57.

75) Vedi SCHILTER, *Prax. iur. rom.* Exerc. XXVIII § 93. — VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 13. — WERNHER, *Select. Observat. for.* tom. I parte IV obs. 214 num. 58. — LAUTERBACH, *Coll. th. pr. Pand.* h. t. § 36.

ad un dare o risarcire, come nelle precedenti obbligazioni, ma ad un fare. Il mandato deve pertanto essere stato realmente eseguito, come risulta dai seguenti testi:

L. 45 pr. D. h. t.: « Si mandatu meo fundum emeris, utrum cum dederis pretium ageris mecum mandati, an et antequam des, ne necesse habeas res tuas vendere? Et recte dicitur, in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem, quae adversus te venditori competit. »

L. 45 § 1 *eodem:* « Sed si mandatu meo judicium suscepisti, manente judicio, sine justa causa non debes mecum agere ut transferatur judicium in me: nondum enim perfecisti mandatum. »

§ 2 *eiusdem* L.: « Item si, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris, et, antequam solvas, dicendum est, te agere posse, ut obligationem suscipiam; aut si nolit creditor obligationem mutare, cavere tibi debeo, defensurum te. »

§ 3 *eiusdem* L.: « Si judicio te sisti promisero, nec exhibuero, et antequam praestem, mandati agere possum, ut me liberes, vel si pro te reus promittendi factus sum » [76]).

§ 4 *eiusdem* L.: « Sed si mandavero tibi, ut creditori meo solvas, tuque expromiseris, et ex ea causa damnatus sis, humanius est, et in hoc casu mandati actionem tibi competere. »

§ 5 *eiusdem* L.: « Quotiens autem ante solutam pecuniam mandati agi posse diximus, faciendi causa, non dandi tenebitur reus: et est aequum, sicut mandante aliquo actionem nacti, cogimur eam praestare judicio mandati, ita ex eadem causa obligatos habere mandati actionem, ut liberemur. »

L. 38 § 1 D. h. t.: « Non adsimilis illa, quae frequentissime, agitari solet, quaestio: Fidejussor, an et prius quam solvat, agere possit, ut liberetur? Nec tamen semper expectandum est, ut solvat, aut judicio accepto condemnetur, si diu in solutione, reus cessabit, aut certe bona sua dissipavit; praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit qua numerata creditori, mandati actione conveniat reum » [77]).

---

[76]) Nei *Basilici* tom. II pag. 155, questo testo è così efficacemente tradotto: τὸ αὐτὸ καὶ ἐι ὑπέρ τοῦ γέγονα χρεώσης i. e.: *Idem est si pro te debitor factus sim.*

[77]) Baudoza ed il Codice di Erlangen leggono invece *convenial.* Sulla L. 38 § 1 Dig. h. t.. si confronti Donellus, *Commentar. iur. civ.* lib. XIII cap. 13.

Se il mandante dolosamente si rifiuta di adempiere queste obbligazioni, e viene condannato per mancanza di fede, egli diviene infame [78]). Se il mandato è stato conferito da più persone, queste sono obbligate correalmente al risarcimento dei danni; se però una sola di esse venga citata mentre il suo conmandante è ancora incapace di pagamento, ad essa, sull'esempio dei più fidejussori, s'accorda il *beneficium divisionis* [79]). Se il mandatario ha esercitato l'azione contro uno dei mandanti senza esserne soddisfatto, non restano perciò liberati gli altri finchè egli non abbia ottenuto piena liberazione.

L. 59 § 3 D. h. t.: « Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato; post condemnationem autem in duorum personam collatam, necessario ex causa judicati singulas pro parte dimidia conveniri posse et debere. »

L. 52 § ult. D. *fidejussor.* [46, 1]: « Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus judicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur: sed omnes liberantur pecunia soluta. »

L. 3 Cod. *de fidejussor.* [8, 40]: « Ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur. »

L. 3 Cod. *de constit. pecun.* [4, 18]: « Divi Hadriani epistolam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fidejussores loquitur, locum habere in his etiam, qui pecunias pro aliis simul constituunt, necessarium est. »

§ 957.

Azioni sorgenti dal mandato.

Le azioni sorgenti dal mandato sono l'*actio mandati directa* e l'*actio mandati contraria.*

I. L'azione diretta compete al mandante od ai suoi eredi contro il mandatario, e contro gli eredi del medesimo per ottenere l'adempi-

---

78) L. 6 § 5 Dig. *de his qui not.* inf. [43, 2].

79) VOET, *Comment. ad Pand.* h. t. § 10. — MALBLANC, *Princip. iur. rom.* parte II Sect. I § 528. D'altra opinione è il THIBAUT, *Syst. des P. R.* 2 vol. § 868.

mento delle obbligazioni contratte col mandato. Essa tende quindi ad ottenere l'esecuzione degli affari mandati, ed in caso di mancata esecuzione la prestazione dell'interesse [80]); tende inoltre ad ottenere un resoconto quando nella esecuzione del mandato vi furono entrate e spese, tende infine alla cessione delle azioni e dei diritti acquistati dal mandatario in forza del mandato per il mandante, come pure alla restituzione di tutto ciò che il mandatario in qualsiasi altra guisa abbia ottenuto e ricevuto per il mandante, insieme ai frutti e agli interessi, non meno che al risarcimento dei danni causati con colpa propria. Se al mandatario si fossero affidati documenti necessarî alla gestione degli affari, l'azione diretta tende anche alla loro restituzione [81]).

II. L'*actio mandati contraria* compete al mandatario ed ai suoi eredi, e tende non solo ad ottenere le anticipazioni necessarie [82]) per l'esecuzione del mandato, ma anche al rifacimento delle spese già incontrate nell'esecuzione del negozio gerito, e all'abbonamento degli interessi del danaro [83]) dal mandatario impiegato per il mandante, al risarcimento dei danni da esso subìti in causa del mandante, come pure alla liberazione delle obbligazioni per esso assunte [84]).

Se il mandatario si è sostituito un altro nella esecuzione del mandato, fra il primo mandante ed il sostituito non sorge rapporto di mandato; così non può il mandante agire contro il submandatario, nè questo contro quello [85]). Ma poichè il sostituente è in riguardo al sostituito un vero mandante, così non vi ha dubbio che fra loro

---

80) L. 8 § 6, L. 27 § 2 Dig. h. t.

81) L. 8 pr. Dig. h. t.

82) L. 12 § ult. Dig h. t.: « Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieri, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. Illum vero, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum: potuit enim agere etiam cum eo, qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum: maxime si jam quaedam ad faciendum paravit. »

83) Vedi Putter, *Auserlesene Rechtsfälle* vol. II parte IV Ded. 245.

84) Vedi Voet, *Comm. ad Pand.* h. t. § 10. — Schmidt, *Lehrbuch von Klagen und Einreden* § 1036 e seg. — Boehmer, *Doctrina de action.* Sect. II cap. VIII § 131 e Mencken, *Introd. in doctrina de action. for.* Sect. II Membr. IX § 15.

85) Arg. L. 1 § 11 e L. 16 Dig. *depositi* [16, 3]. Vedi Voet h. t. § 8.

valgano reciprocamente i medesimi mezzi giuridici e sorgano i medesimi rapporti giuridici che fra il primo mandante ed il mandatario [86]).

È controverso se anche l'*actio mandati contraria* sia infamante contro il mandante. Alcuni [87]) sostengono che solo l'*actio mandati directa* produce quell'effetto. Essi richiamansi in parte al § 2 *Inst. de poena temere litigant.* dove GIUSTINIANO dice: « ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti etc.... item tutelae, mandati depositi DIRECTIS, non contrariis actionibus; » in parte anche alla L. 6 § 7, D. *de his qui not. infamia,* dove ULPIANO enuncia il principio: « contrario judicio damnatus non erit infamis: nec immerito: nam in contrariis non de perfidia agitur sed de calculo qui fere judicio solet dirimi. » Pure la stessa ragione qui addotta da ULPIANO ci persuade che l'*actio mandati contraria* non è infamante solo in quanto non può al mandante imputarsi mancanza di fede. Nel caso contrario non vi sarebbe invero ragione alcuna per negare la famosità dell'*actio contraria.* Il che sostengono anche GIOVANNI VOET [88]) e ARNOLDO VINNIO [89]).

Del resto lo stesso ULPIANO insegna nel § 5 della L. 6 *cit.* che anche il mandante può essere reso infame per mancanza di fede. « Mandati condemnatus, dice egli, verbis Edicti notatur, non solum, qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat: utputa, fidejussi pro te et solvi, mandati te si condemnavero, famosum [90]) facio. » Lo scoliasta dei Basilici [91]) vuole per

---

86) L. 8 § 3 Dig. h. t.

87) Ian. a COSTA, *Comm.* ad § 2 Inst. *de poena temere litigantium.* MERILLIUS, *Comm. ad eund.* § e BUCHNER, *Versuche* § 110 nota *a* pag. 122.

88) *Comment. ad Pand.* lib. III tit. 2 § 2.

89) *Comment.* ad § 2 Inst. *de poena tem. litig.* num. 3 in fin.

90) *Si condemnavero* vale qui *si effecero, ut condemnareris,* come spiega SCHULTING, *Enarrat. part. prim.* Dig. h. t. § 8. — VOET, *Comment. ad Pand.* lib. III tit. 3 § 14, trova rozza ed inusitata questa espressione. Ma il BRISSONIO, *De verb. signif.* sub. voc. *Condemno,* ha dimostrato che lo stesso CICERONE ed i migliori classici usavano questa espressione. Veggasi anche PITHOEI, *Adversar.* nel *Thes. Meerman.* tom. I pag. 354 e VAN VRYHOFF, *Observation. iuris civ.* cap. 3. — FINESTRES, *Hermogenian* pag. 922 in fine e ERNESTI, *ad Sveton. in Tiberio* cap. 8.

91) *Basilici* tom. II pag. 618 secondo il FABROTO: « Nam contraria infamiam non irrogat, haec enim pro sumtibus in iudicio factis a procuratore pro prin-

vero limitare questa sentenza all'*actio mandati contraria* che spetta al fidejussore contro il debitore, poichè il debitore che ricusa di pagare ciò che il fidejussore ha per lui pagato vien meno ai doveri della riconoscenza che egli deve al suo benefattore; ma gli è tuttavia evidente che ULPIANO parla qui del fidejussore *exempli gratia,* come è provato dalle parole *ut puta.* E che l'*actio mandati contraria* fosse infamante anche in ogni altro caso, nel quale il mandante fosse stato condannato per mancanza di fede, provano all'evidenza le parole: « sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est non praestat (sc. notatur) » [92]).

Nel diritto odierno l'*actio contraria* può tendere al pagamento di un onorario convenuto dalle parti [93]).

§ 958.

Rapporto giuridico fra i terzi ed il mandante, o mandatario.

Dobbiamo ora trattare dei diritti e delle obbligazioni che il contratto di mandato produce in riguardo ai terzi coi quali il mandatario ha conchiuso i negozî affidatigli [94]). Si deve in questo proposito distinguere il rapporto giuridico fra il mandante ed il terzo, dal rapporto giuridico fra il terzo ed il mandatario. In riguardo al primo di questi rapporti il diritto romano pone i seguenti principî:

---

cipali, qui ei mandavit, ut litigaret intenditur. — Sola autem quae fideiussori competit, contraria infamat: idque rationem habet. Nam qui pro aliquo fideiussit, et solvit, quique moram passus est in eo recipiendo, ab eo pro quo fideiussit, quomodo eum non infamabit, qui erga beneficum frustrator extitit. »

92) Veggasi anche HÖPFNER, *Commentar über die Einecc. Institutionen* § 962 numero 6.

93) BÖHMER, *Doctrin. de action.* loc. cit. § 132. — HOMMEL *ad Menken Introd.* in *doctrin. de action. for.* nota 832. — SCHMIDT, *pract. Lehrbuch von. gerichtlich. Klagen* § 1039. Se non si è convenuto onorario di sorta, ma il mandatario si trova in condizione di poter pretendere alcunchè per le sue fatiche, gli si accorda un'azione straordinaria. Vedi HÖPFNER, *Comment.* § 931.

94) Di ciò tratta diffusamente Io. Nic. HERTIUS in *Diss. de obligatione mandantis et mandatarii contemplatu tertii* (in *eius comment. et opuscul.* vol. I tom. III pag. 155 e seg.). Veggasi anche BUCHNER, *Versuch* § 95.

I. Il mandante non può per regola agire direttamente *actione directa* contro i terzi che hanno contrattato col mandatario, ma deve farsi da questi cedere le azioni personalmente acquistate contro i terzi. La ragione di questo principio è a vedersi in ciò, che, secondo la sottigliezza del diritto romano, nessuno può acquistare diritti per mezzo di una persona libera, non sottoposta alla sua potestà, e tanto meno può per essa restare obbligato [95]). « Inventae sunt enim obligationes ad hoc, dice ULPIANO [96]), ut unusquisque sibi adquirat, quo sua interest. »

In conseguenza di questo principio, il mandante non acquista per diritto romano, dai contratti del suo mandatario, diritto alcuno, nè contrae per esso obbligazioni. Queste sorgono, sia attivamente che passivamente, nella persona del mandatario [97]). Il mandante ha poi diritto di farsi da questi cedere le azioni acquistate mediante la conclusione del contratto.[98]), ed è obbligato alla sua volta a liberarlo assumendo personalmente le obbligazioni da lui contratte [99]). Solo per questa guisa i rapporti giuridici originariamente sorti fra il terzo ed il mandatario diventano efficaci per il mandante. In pochi casi però anche il diritto romano ammetteva che il mandante potesse direttamente agire contro il terzo in forza del contratto da questi conchiuso col suo mandatario [100]), e cioè:

1. Quando il mandatario avesse conchiuso il contratto in presenza del mandante [1]);

2. Quando il procuratore nell'interesse del suo principale si fa prestare cauzione, c. g. *cautio judicatum solvi* [2]).

---

95) Vedi la parte IV di questo Commentario § 343.

96) L. 38 § 17 Dig. *de verb. obligat.* [45, 1].

97) L. 11 § 6 Dig. *De pign. actione* [13, 7]; L. 11 Dig. *de oblig. et actionibus* [44, 7]; L. 1 Cod. *per quas personas nobis acquirat* [4, 27].

98) L. 8 § 5, L. 43, L. 45 pr. e § 5 Dig. h. t., L. 49 § 1 Dig. *de acquir. vel amitt. possessione* [41, 2].

99) L. 45 pr. e §§ 2 e 5 Dig. h. t.

100) Vedi GIPHANIUS, *Lectur. Altorfin.* ad L. 11 Dig. *de obligat. et action.* [44, 7] numeri 18-20. *Pet. de Greve Exercitat. ad Pandect. loca dificill.* Exercit. IV § 26 ed HERT, *Diss.* cit. § 3.

1) L. 79 Dig. *de Verb. oblig.* [45, 1].

2) L. 27 § 1, L. 28 Dig. *de procuratoribus* [3, 3].

Ciò valeva anche per tutte le stipulazioni pretorie [3]), e. g. la *cautio de damno infecto* [4]).

3. Quando il mandatario si fa altrimenti promettere alcunchè in riguardo ad una cosa appartenente al mandante, come se ad esempio egli si faccia promettere una servitù in favore del fondo del suo principale [5]).

4. Quando il mandante per l'assenza del principale non potrebbe da lui ottenere la cessione [6]).

In tutti questi casi ad ogni modo il mandante può agire solamente *utili actione*. In certi altri casi però il mandante può anche agire senza cessione, *actione directa*, e cioè:

a) quando il mandatario ha mutuato del denaro a nome del mandante, nel qual caso questi acquista non solo la *condictio certi ex mutuo*, ma anche l'*actio hypotecaria* nel caso in cui il mandatario l'avesse costituita [7]);

b) quando il mandatario ha pagato per *ignorantia* un indebito per il suo principale. Anche in questo caso questi può intentare la *condictio indebiti* senza cessione [8]).

Nel diritto moderno invece sono sufficientemente concordi i giuristi [9]) nell'ammettere che il mandante può in forza del contratto a suo nome compiuto dal mandatario entro i limiti del mandato, direttamente agire, e in ogni caso, contro il terzo senza bisogno di alcuna formale cessione, e senza bisogno di ricorrere ad un'*actio utilis*. Poichè il principio fondamentale sul quale fondavasi la legislazione romana in questa materia, che cioè non possa acquistarsi diritto di sorta

---

3) L. 3, L. 5 Dig. *de stipulation. praet.* [46, 5].

4) L. 18 § ult. Dig. *de damno inf.* [39, 2].

5) L. 68 Dig. *de procurat.* [3, 3]. GIPHANIUS, *Lectur. Altorf.* pag. 76. Specialmente *Osius Aurelius de variant. Cujacii interpretat.* Dispunct. IX (in *Thes. iur. rom.* di OTTO, tit. III pag. 716 e seg.).

6) L. 1 in fin. L. 2 Dig. *de inst. act.* [14, 3].

7) L. 9 § 8 Dig. *de rebus creditis* [12, 1]; L. 2 Cod. *per quas personas nobis acquir.* [4, 27].

8) L. 6 Cod. *de cond. indebiti* [12, 6].

9) Vedi STRYK, *Hus. mod. Pand.* h. t. § 6. — HÖPFNER, *Commentar über die Heinecc. Institutionen* § 938.

a mezzo di libera persona, non venne mai accolto in Germania, il che ha convincentemente dimostrato il prof. WEBER [10]).

II. Come il mandante non può, secondo i principî dello *strictum jus* romano, agire contro il terzo senza cessione, così egli non può essere dal terzo convenuto. Poichè come era massima che: *alteri stipulari nemo potest,* del pari lo era che: *alter ex alterius contractu non obligatur.* Questo rigore dell'antico diritto romano venne poi da nuove leggi attenuato e modificato, concedendosi anche contro il mandatario l'*actio quasi institoria,* o l'*actio institoria utilis.* Questa azione spettava *direttamente,* come è detto nel titolo *de institoria actione,* contro il *dominus* di un negozio, col fattore del quale un terzo avesse contratto. Ora poichè fra il padrone di un negozio ed il suo fattore esiste il medesimo rapporto giuridico che fra mandante e mandatario, così si estese l'*actio institoria utiliter* a tutti i mandanti e mandatarî. Ciò risulta dai seguenti testi:

L. 10 § 5 Dig. h. t.: « Idem Papinianus libro eodem refert, fideiussori condemnato, qui ideo fidejussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam, quasi institoriam; quia et hic quasi proposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur. »

L. 19 pr. Dig. *de institoria actione* [14, 3]: « In eum qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio: quod aeque faciendum erit, et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit. »

L. 23 § 25 Dig. *de action. emti vend.* [19, 1]: « Si procurator vendiderit, et caverit emtori: quaeritur an domino vel adversus dominum actio dari debeat? Et Papinianus libro III Responsorum putat cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit » [a]).

---

10) *Systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichc Verbindlichkeit* § 89 a pag. 375.

---

a) Sembra opportunissima a questo punto la trattazione della controversia questione circa l'*actio neg. gest.* del terzo contraente contro il *dominus* del gestore od il mandante del mandatario che contrae a nome proprio; questione che non solo ha un interesse esegetico, ma bensì anche un vivo interesse pratico sotto il dominio dei codici

moderni. — I due testi fondamentali, dalla esegesi dei quali dipende la risoluzione del quesito sulla ammissibilità, per diritto romano, dell'*actio neg. gest. contraria* del terzo contraente, sono la L. 30, Dig. h. t. e la L. 5 § 3 *eodem*. L. 30 pr. [31] Dig. III, 5, *Papinianus libro secundo responsorum:* « Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: cuius litteras creditor secutus contraxit et fidejussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori scilicet ad exemplum institoriae actionis. »

La fattispecie di questa legge è la seguente: Un tale ha dato mandato ad un suo amico di prendere a mutuo del danaro. Un terzo avuta notizia di questo mandato (*cuius litteras secutus*) contrae col mandatario, intervenendo in suo favore un fideiussore. Che azione avrà questo terzo? risponde il testo: « etiamsi pecuniam non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fidejussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis. » Disgraziatamente però questa risposta la quale avrebbe dovuto tor di mezzo ogni difficoltà, ne fa sorgere e di gravi. Anzitutto che azione è questa concessa nel testo? E indipendentemente dall'essere un'azione a preferenza dell'altra, concorre essa colla *condictio mutui* o la esclude?

Circa alla prima questione si sono manifestate due opinioni principali: alcuni l'hanno ritenuta un'*actio neg. gest.;* altri invece un'*actio quasi institoria.* La ritengono un *actio neg. gest.:* Baron, *Die adjecticischen Klagen* pag. 193; Keller, *Pand.* § 238; Chambon, *Die negotiorum gestio* pag. 190; Elsaesser, *Ueber die institorische Klage* pag. 28; Ruhstrat nelle varie monografie citate; Zimmermann, *Die stellvertretende neg. gestio* pag. 320 nota 430; Cogliolo, *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui* vol. I § 15. Questi scrittori concordano nell'ammettere la gestione del terzo contraente e nel riconoscere un'*actio neg. gest.* nella L. 30 cit. Differiscono però in altri punti essenziali. Ritengono invece nella L. 30 cit. si tratti di un'*actio quasi institoria:* Windscheid, *Lehrbuch* vol. II § 482 nota 8; Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* § 248; Schlossmann, *Ueber die sog. actio neg. gest. ad exemplum institoriae actionis* (Jahrb. für die Dogm. XXVIII N. F. XVI pagine 287-331); Mommsen, *Erörterungen* II pag. 120 nota 14. Quelli scrittori poi sonsi divisi in due schiere: gli uni ammettendo essere l'azione ricordata nel testo una vera e propria azione *negotiorum gestorum,* altri ritenendola un'*actio utilis.* Contro questa opinione, nell'una e nell'altra forma da essa assunta si sono schierati con criteri affatto diversi il Ruhstrat e lo Schlossmann. La diversità fra le opinioni di questi scrittori è però essenziale; il Ruhstrat nega l'*actio neg. gest.* in quanto esista la *conditio mutui;* lo Schlossmann invece nega assolutamente che il contrarre il mutuo col mandatario possa costituire una gestione per il mandante e dar quindi nascita ad un'*actio neg. gest.* contro di lui. Questa diversità essenziale nella opinione di questi due scrittori non esclude però che essi si trovino in un punto concordi: nell'ammettere cioè che il contrarre un mutuo con un mandatario non costituisce, nè può costituire, una utile gestione per il mandante in quanto il terzo ha la sua *condictio mutui* contro il mandatario medesimo, e quindi non vi è da parte sua sacrificio alcuno in favore del mandante, nè quindi interesse ad agire contro di lui.

Partendo da questo principio il Ruhstrat è giunto a formulare e a ripetutamente sostenere una teoria la quale non può, nella significazione che ad essa attribuisce il Ruhstrat, essere accolta. Fondandosi unicamente sulla L. 30 citata egli sostiene avere Papiniano introdotta una speciale azione: l'*actio neg. gest. ad exemplum institoriae,* per la quale venne felicemente colmato nel sistema giuridico romano il vuoto che in esso lasciava l'inammissibilità della rappresentanza diretta, e la quale si accordava al terzo contraente ogni qualvolta avesse contratto col mandatario nel nome di questo, ma *contemplatione domini.* E la base giuridica di questa azione sarebbe riposta in una speciale efficacia che il Ruhstrat attribuisce alla *contemplatio domini* che hanno avuto i due contraenti nel contrarre; l'efficacia cioè d'una rinuncia alla *condictio mutui* od all'azione speciale dello speciale contratto posto in essere, rinuncia fatta nell'interesse del

dominus. Il Ruhstrat quindi s'allontana dall'opinione comune per la quale è sufficiente la *contemplatio domini* del terzo contraente ad attribuirgli un'*actio neg. gest.* contro il *dominus*, sia pur utile, e vi si allontana in quanto richiede sia estinta ogni pretesa contro il mandatario a che il terzo possa agire contro il principale.

Ammessa la rinuncia tacita nell'accordo delle parti nella *contemplatio domini*, non si potrebbe negare in tesi generale l'ammissibilità dell'*actio neg. gest. contraria* per il terzo contraente; ma gli è appunto nell'ammettere questa tacita rinuncia che non possiamo assolutamente convenire col Ruhstrat. Come mai può concepirsi, esclama giustamente Schlossmann, (op. cit. pag. 296), che ad alcuno possa venire in mente di contrarre un mutuo per contemporaneamente rinunciare all'azione procacciatasi colla sua conclusione! E veramente la risposta che il Ruhstrat dà a questa obbiezione non ne scema l'efficacia. (Ruhstrat, *Ueber die römischen Handlungsbevollmächtigten* (Zeitschr. der Savigny Stiftung Nachtrag pagine 338, 344). Non si tratta infatti di vedere in qual guisa possa figurarsi nella sua mente un rapporto giuridico un uomo del volgo, ed in qual guisa uno sciaziato; ma trattasi di interpretare la volontà di un contraente e di vedere se nel dare a mutuo una somma di denaro ad alcuno egli possa voler disobbligarlo anzichè obbligarlo. La risposta non mi sembra dubbia. Se la volontà è diretta a costituire il mutuo non può essere contemporaneamente rivolta a discioglierlo fra le parti che lo costituirono. Quindi se sorge la *condictio mutui* la *contemplatio domini* passa in seconda linea e diventa un motivo del contratto. Se invece la volontà del mutuante è rivolta direttamente ad obbligare il *dominus* non può sorgere la *condictio mutui* contro il mandatario: poichè non può volersi prestato a Tizio ciò che contemporaneamente si vuole erogato in favore di Caio. In questa ipotesi quindi si avrebbe l'*actio neg. gest.* perchè non sorge la *condictio mutui;* non si potrebbe quindi parlare di *negotiorum gestio* del terzo contraente. Nè vale il dire che l'aver contratto il mandatario non esclude che egli abbia esplicitamente contratto nell'interesse del *dominus*. Non può *a priori* negarsi che in un contratto concluso a nome del mandatario possa tuttavia esistere rappresentanza; quando da tutte le circostanze che accompagnarono la conclusione del contratto risulti che concorde volontà delle parti era di far sorgere la rappresentanza. Ma in questa ipotesi l'obbligazione sorge direttamente fra il terzo ed il *dominus;* non vi è traslazione di rapporti giuridici e non è a parlarsi di gestione del terzo. Ma quando risulta che volontà delle parti fu di contrarre nel nome del mandatario sebbene nell'interesse del *dominus*, allora non può pensarsi che il terzo acquisti in forza della conoscenza e coscienza di agire nell'interesse del *dominus* un'azione contro di lui perdendo quella azione che aveva legittimamente acquistato contro il mandatario. È inammissibile che questa contemplazione dell'interesse del *dominus* possa avere l'efficacia di togliergli l'azione contro quello che ha voluto obbligare, ed è del pari inammissibile richiedere alla conservazione di quella azione una nuova stipulazione. Si verrebbe così ad attribuire maggiore efficacia ai motivi determinanti alla conclusione di un contratto che non alla volontà in esso fermata.

Queste considerazioni vogliono dimostrare insostenibile l'idea del Ruhstrat che la rinuncia alla *condictio mutui* od all'azione del contratto posto in essere col mandatario possa essere inclusa nella volontà che l'ha fatto sorgere. Con ciò non si esclude che possa il terzo contraente acquistare un' *actio neg. gest. contraria* contro il *dominus* rinunciando all'azione contrattuale contro il mandatario. Lo può; ma posteriormente e a condizione che in questa rinuncia si attuino i requisiti di quell'azione.

Per il Ruhstrat, come si è detto, l'azione *neg. gest.* concessa nel testo sarebbe una creazione di Papiniano per la quale il sistema giuridico romano si sarebbe comdice pensato della mancanza di una teoria generale sulla rappresentanza diretta. Bisogna Ruhstrat, tenere ben distinte due ipotesi diverse: quando il mutuatario contrae a nome proprio e quando contrae a nome del *dominus*. In questa ipotesi v'ha l'*actio quasi institoria*, in quella l'*actio neg. gest. ad exemplum institoriae actionis*. La funzione dell'*actio*

neg. gest. concessa nella L. 30 dunque sarebbe duplice: da una parte essa supplirebbe alla mancanza del rapporto institoriale quando questo non esistesse, dall'altra sarebbe sempre un mezzo utile elettivo quando cadesse dubbio sulla sua esistenza. (Così RUHSTRAT considera casi dell'*actio neg. gest. ad exemplum institoriae actionis* quelli contenuti nelle L. 30 [31] Dig. III, 5; L. 10 § 5 Dig. XVII, 1; L. 13 § 25 Dig. XIX, 1; L. 5, 6 Cod. IV, 25. WINDSCHEID § 482 nota 8.) Come si vede per ben determinare l'importanza e la portata dell'azione del RUHSTRAT è necessario determinare bene i confini dell'*actio institoria* e *quasi institoria*. Infatti è evidente che se il diritto romano avesse già conosciuta un'azione che servisse al medesimo fine della pretesa *actio neg. gest. ad exemplum inst.*, PAPINIANO non avrebbe menomamente pensato a crearle ed allora il silenzio delle fonti in suo riguardo più naturalmente si spiegherebbe pensando alla sua recentissima invenzione per opera del RUHSTRAT.

La dottrina romanistica non è concorde su questo punto. Si sono manifestate varie opinioni le quali oscillano fra questi due estremi: da una parte si è sostenuta irrilevante la contemplazione del *dominus*, si è ritenuto essenziale al sorgere dell'*actio institoria* solamente che il contratto posto in essere dal *magister* col terzo sia avvenuto entro i limiti delle facoltà accordate al *magister*: dall'altra si è invece ritenuto essenziale al sorgere dell'azione che non solo si sia contrattato entro i limiti della preposizione, ma anche a *nome* del *dominus*. Presupposto dell'*actio institoria* sarebbe quindi la rappresentanza. Sostengono che presupposto dell'azione *institoria* ed *exercitoria* sia la rappresentanza il MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung*. Wien 1885 § 3, pagine 24-32; COGLIOLO, op. cit. pag. 166. Negano invece GENSLER (*Archiv für die civ.* Pr. I, pagine 393-395) e fra i più recenti HELLMANN, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften* München 1882, pagine 80-96. Non è qui a dire dell'influenza che questa diversità di teorica sull'*actio institoria* ed in genere sulle azioni *adjecticiae qualitatis* possa esercitare sulla teoria generale della rappresentanza nel diritto romano. Veggasi specialmente in proposito RUHSTRAT, *Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung*. Oldenburg 1854, ed HELLMANN, op. cit. pag. 80 e seg. È invece opportuno esaminare i testi e vedere quale delle due suaccennate opinioni sia preferibile.

a) L. 13 pr. Dig. XIV, 3: ULPIANUS, *libro vicensimo octavo ad Edictum*. « Habebat quis servum merci otearíae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione, probare non potuit mercis gratia eum accepisse. licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Julianus utilem ei actionem competere ait. » HELLMANN, op. cit. pag. 85.

b) L. 1 § 9 Dig. XIV, 1. ULPIANUS, *libro vicensimo octavo ad Edictum*: « Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus, nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio, et ait, si hac lege accepit, quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi cur talem praeposuerit. Quod si ab initio consilium cepit, fraudandi creditoris, et hoc specialiter non expressit, quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem Pedius probat. » (ELSSAESER, op. cit. pag. 37 e seg.; BRINZ, *Lehrb. der Pand.* (2.ª ediz.) vol. II pag. 225. Sulla L. 7 pr. e §§ 1, 2 Dig. XIV, 1; HELLMANN, op. cit. pag. 86 e seg.).

c) L. 10 § 5 Dig. XVII, 1. ULPIANUS, *libro trigesimo primo ad Edictum*: « Idem Papinianus libro eodem refert, fidejussori condemnato, quia ideo fidejussit, quia dominus procuratori mandaverat ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam quasi institoriam, quia et hic praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur. »

d) L. 5 § 17 Dig. XIV, 3. ULPIANUS, *libro vicensimo octavo ad Edictum*: « Si ab alio institor sit praepositus, is tamen decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit, nec non, si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est ignoranti dari institoriam actionem. »

e) L. 1 § 12 Dig. XIV, 3. ULPIANUS, *libro vicensimo octavo ad Edictum*: « .... igitur praeposito dat certam legem contrahentibus .... »

f) L. 5 § 9 Dig. XIV, 3. ULPIANUS, *libro vicensimo ad Edictum:* « Labeo ait; si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta praesenti ut per dies singulos ei panem praestaret, conturbaverit, dubitari non oportet, quin, si permisit ei ita dari summas teneri debeat. » MITTEIS, op. cit. pag. 30.

Le fattispecie contenute in questi testi sono sufficienti a persuadere che al sorgere dell'*actio institoria* non era necessario, a contrarre nel nome del *dominus*, volere la rappresentanza, come RUHSTRAT e MITTEIS specialmente sostengono. Nella legge *a*) il mutuante ignorava i limiti della preposizione, aveva creduto di mutuare *ad merces*, e a questo titolo mosse l'azione contro il *dominus:* non essendogli riuscito di provare che l'institure aveva preso il danaro *mercis causa*, rimase soccombente. Consunta così l'azione egli non avrebbe più potuto *agere quasi pecunias quoque mutuis accipiendis esset praepositus*, ma GIULIANO *utilem ei actionem competere ait.* L'argomento che si può ritrarre da questa legge è dunque duplice: anzitutto la ragione per la quale si nega l'azione in massima *quasi pecuniis....* non è riposta nella circostanza che ignorando egli i veri limiti della preposizione non volle obbligare il *dominus*, ma bensì nella consunzione dell'azione. Se egli avesse quindi primieramente agito per il mutuo, avrebbe agito utilmente, sebbene nel contrarre ignorasse che la preposizione si estendeva anche *mutuis pecuniis accipiendis.* Inoltre l'azione accordata da GIULIANO è *utile* per l'avvenuta consunzione, non per la sua causa: dal che risulta che non era necessario che nel contrattare il terzo sapesse realmente quali fossero i precisi limiti della preposizione, sebbene entro quelli soltanto egli potesse obbligare il *dominus.* Per questo testo può quindi dirsi che al sorgere dell'institoria bastava che il terzo contraesse entro i limiti della preposizione, essendo in questa conoscenza per sè stesso incluso quel tanto di volontà di obbligare il *dominus* che è necessario e sufficiente ad obbligarlo. Nella legge *b*) il RUHSTRAT sostiene che il contratto di mutuo essendo stato concluso *hac lege quasi in navem impensurus*, dovette essere concluso nel nome del *dominus:* è un'asserzione completamente gratuita. Se per altri testi risultasse *evidente* essere necessario al sorgere dell'*actio institoria*, il contrarre a nome del *dominus*, la legge in esame potrebbe essere spiegata col dire che presuppone colla frase *quasi in navem impensurum* il contrarre a nome del *dominus;* ma allo stato delle fonti essa non può che forzatamente esser tratta alla interpretazione del RUHSTRAT. Giustamente interpretata essa invece dice con una frase che esprime mediatamente il requisito dell'*actio institoria*, che il contratto di mutuo venne compiuto entro i limiti della preposizione. Ed è naturale: può concepirsi un *magister navis* che non abbia facoltà dall'*executor* di mutuar danaro *ad navem reficiendam?* No certamente: dicendo dunque che il *magister* prese il danaro *ad navem reficiendam* si dice mediatamente che contrasse nei limiti della preposizione, ma nulla più. Il caso di questa legge è perciò identico a quello della L. 30 ed invano il RUHSTRAT vuol dimostrare (*Die* neg. gestio *des dritten Kontrahenten* pagine 42-43), che in questa non si volle la rappresentanza, in quella sì. La rappresentanza non si volle nè nell'una nè nell'altra, ma nell'una e nell'altra il terzo contrasse entro i limiti della preposizione e del mandato. Anche la legge *c*) non offre il minimo sostegno alla teoria del RUHSTRAT, ma ne offre confutazione. Questa legge tratta una fattispecie identica a quella della L. 30, Dig. III, 5, pure l'*azione* qui accordata non è l'*actio neg. gest. actio quasi institoria.* Il BARON, op. cit. pag. 49, dubita che ULPIANO abbia frainteso PAPINIANO: ma il dubbio è affatto ingiustificato. RUHSTRAT (op. cit. pag. 130), così concilia le due leggi: « Nell'una e nell'altra il mandatario ed il terzo hanno contratto *contemplatione mandantis*, ma mentre nella L. 10 § 5 Dig. XVIII, 1 essi *hanno voluto la vera e propria* rappresentenza ed il fidejussore è intervenuto per il debito del mandatario, nella L. 30 mutuante e mandatario hanno convenuto che il contratto si conchiudesse in nome del mandatario ma *contemplatione domini* » pag. 48. Anche qui debbo dissentire dal chiaro magistrato alemanno. Donde infatti può desumersi che nella L. 10 § 5 Dig. XVII, 1, i

contraenti abbiano voluto la vera rappresentanza? Non certo dal testo che rileva unicamente come il fidejussore possa considerarsi fidejubente entro i limiti di una preposizione. E se a questa sola condizione esso accorda l'*actio quasi institoria* non sa comprendersi quale interesse potesse avere il terzo di convenire col mandatario di non volere la vera rappresentanza per raggiungere il poco desiderabile fine d'essere meno garantito.

E continuiamo nell'esame dei testi trascritti. Il Mitteis trova una prova decisiva della opinione che pone a fondamento dell'*actio institoria* la vera rappresentanza la legge *d*). « Poichè egli dice (op. cit. pag. 29), se realmente non fosse la *contemplatio domini* (die Rücksichtnahme auf den *dominus*) il fondamento essenziale della concessione dell'*actio institoria*, come si spiegherebbe che dopo la morte del *dominus*, e prima dell'adizione dell'eredità, si accordava al creditore l'azione istitoria solo quando egli avesse ignorato la morte del *dominus*, e anche in questo caso gli si concedeva *aequitatis causa?* » Nella maniera che segue.

Tutti si è concordi nell'ammettere che a far sorgere l'*actio institoria* è necessario aver contratto entro i limiti della preposizione, e solo si richiede da molti in più, il requisito dell'aver contratto rappresentando il *dominus*. Ora nel testo in discorso si decide che se il preponente muore ed un terzo contrae coll'istitore ignorandone la morte e prima dell'adizione dell'eredità, obbliga l'erede, *aequum est institoriam actionen dari*. Tutta l'argomentazione del Mitteis è riposta in ciò, che a spiegare il richiamo all'equità nel concedere l'azione occorre ammettere che qualche requisito all'azione medesima mancasse; ora per lui questo elemento mancante è la contemplazione del *dominus:* poichè non potevasi contrarre in nome del *dominus* morto, e neppure da quello che non avendo adita l'eredità non poteva essere ancora considerato *dominus*. Ma a me sembra che in questa argomentazione inesatte sieno le premesse e molto più inaccettabili le conclusioni. Inesatte le premesse perchè l'essere il *dominus* morto non esclude che il terzo di buona fede avesse contratto a nome suo egualmente, ed in questa ipotesi l'azione avrebbe dovuto essere diretta, non mancandole nessuno dei requisiti che il Mitteis ritiene essenziali al suo sorgere. Inaccettabile la conclusione perchè la ragione del richiamo che si trova nel testo all'equità, è a ricercarsi, in accordo colle considerazioni sopra svolte, nella possibilità di un contratto concluso a nome del *dominus* morto, ed anche indipendentemente da essa in altra circostanza del testo diversa da quella rilevata dal Mitteis. Morto il *dominus* si estingue il mandato; l'institore non è più strettamente parlando *praepositus*, e quindi non si può ammettere che abbia applicazione vera e propria l'*actio institoria*. Vi è l'azione utilmente per salvare la buona fede del terzo contraente, e per evitare i danni economici che potevano risultare, e vi è ultimamente non per la mancanza di *contemplatio* ma per mancanza di preposizione.

Così estinta la preposizione si concedeva ai terzi in buona fede di potere agire contro l'erede anche per i contratti conchiusi in buona fede *ante aditam hereditatem*.

Un'altra legge, la L. 17 § 3 Dig. h. t., accorda l'azione anche al terzo contraente che sapeva essere morto il *dominus:* se questa legge fosse genuina, anche più efficacemente si dimostrerebbe quanto insostenibile sia l'argomento che il Mitteis vuol trarre dalla legge in esame. A respingere l'opinione del Mitteis non è però necessario coinvolgere nella nostra ricerca la L. 17 § 3, ecc.: basta osservare che nella fattispecie della legge in esame il terzo avrebbe potuto egualmente contrarre in nome del *dominus*, e che ammesso anche non l'avesse fatto, a spiegare come l'azione venisse accordata utilmente basta il pensare alla circostanza dell'essersi colla morte del preponente estinta la preposizione.

Anche meno della legge testè esaminata, provano alcunchè in favore della tesi del Mitteis le altre leggi da lui citate.

L. 1 *de exerc. act.* citata; L. 1 § 12 Dig. *eod.:* « igitur praepositio dat certam legem contrahentibus. »

Il Mitteis insiste sulla parola *contrahentibus;* se la preposizione, dice egli, dà legge

ad ambedue i contraenti, è evidente che anche il creditore deve conoscerla. E sta bene: ma conoscere che esiste una *praepositio* è qualche cosa di ben differente dal contrarre in nome del preponente. Nessuno nega che perchè esista l'azione institoria sia necessario aver contratto entro i limiti della preposizione, ma si nega che contraendo entro questi limiti *sia inoltre essenziale* aver contratto in nome del preponente. Ora è evidente che questa preposizione non trae conforto alcuno dalla L. 1 § 12 cit. e neppure ne trae dalla L. 5 § 9 Dig. XIV, 3: ULPIANUS, lib. XXVIII *ad Edictum:* « Idem Labeo ait: si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accetta praesenti ut per dies singulos eis panem praestaret, conturbaverit dubitari non oportet, quin, si permisit ei ita dari summas tenere debeat. » La frase: *si permisit ei ita dari summas* altro non significa che questo: se l'*ita dari summas* era compreso nei limiti della preposizione c'è l'*actio institoria*. Ed è giusto: un venditore di pane al minuto non ha normalmente la facoltà di fare degli abbonamenti; a ciò è necessario che il *dominus* manifesti il suo consenso, e. g. appendendo nel luogo della rivendita le tabelle coi patti d'abbonamento. È affatto arbitrario dunque far dire a questo testo che al sorgere dell'*actio institoria* è essenziale la *contemplatio domini;* è necessario conoscere i limiti della preposizione. Vero è che la conoscenza di questo porterà normalmente a conoscere anche la persona del *dominus*, e porterà come elemento normalmente esistente anche la contemplazione di lui. Ma ciò è ben diverso dal dire che questa sia essenziale. Un'ultima considerazione ci sembra decisiva in proposito. Se la *contemplatio domini* fosse *essenziale* non si comprenderebbe come i testi a rilevarla si servissero *costantemente* di espressioni che solo indirettamente possono significare quel concetto. Questi testi non si opporrebbero alla concessione che combattiamo se fossero sussidiati da altri espliciti, ma perchè di tali non ve ne ha alcuno, non può a meno di riconoscersi che la interpretazione loro da noi avversata è completamente arbitraria. (Si veggano i §§ 42 Inst. IV, 7; L. 1 pr. *bis* XIV, 3; L. 1 pr. Dig. XIV, 1; HELLMANN, op. cit. pagine 81-84; BRINZ, *Lehrbuch der Pand.* (2.ª ediz.) § 259).

Dalla precedente determinazione degli estremi dell'*actio quasi institoria* la teoria del RUHSTRAT riceve un colpo fatale, perchè per essa vien meno il bisogno di quell'azione che avrebbe altrimenti avuto una grande importanza pratica. Volendo pertanto essere logici, escluso che nel contrattare con un mandatario *contemplatione domini* possa esservi una implicita rinuncia alla *condictio* e quindi una utilità per il *dominus* ed una diminuzione patrimoniale per il terzo contraente, estremi dell'*actio neg. gest.*, non ci resta che ad optare fra queste due opinioni: o ammettiamo la concorrenza della *condictio mutui* contro il mandatario coll'*actio neg. gest.* contro il principale, e non troveremo difficoltà alcuna a riconoscere nell'azione, accordata nella L. 30 citata, una vera e propria *actio neg. gest.* Oppure neghiamo la possibilità di quella concorrenza ed allora dovremo altrimenti giustificare l'azione accordata nel testo.

Senza esitazione crediamo si debba seguire questa seconda via. E la seguiremmo anche se non fosse possibile plausibilmente spiegare la frase del testo in armonia colla opinione che su di esso sosteniamo, convinti sia miglior sistema trascurare l'espressione di un testo la quale ben sappiamo può essere stata per molte guise guasta e modificata dalla sua originaria concezione, anzichè su di essa sostenere una teoria che urta coi principî generali del diritto. Infatti, come abbiamo sopra accennato, non può concepirsi facendo astrazione dal caso tipico rom[illegible] dell'*actio institoria* che da un medesimo contratto sorgano due azioni rivolte ad ottenere il contenuto del medesimo da due diverse e distinte persone delle quali l'una fu completamente estranea alla contrattazione. Nè gioverebbe il distinguere il contratto come tale dal contratto come fatto nel quale si è fermata una utilità per il principale: perchè è decisiva obiezione contro questa opinione che l'azione contro il contraente giuridicamente compensa il terzo e gli toglie ogni interesse ad agire contro il principale. D'altra parte se in base alla L. 30 citata volesse accordarsi l'azione contro il mandante per il mutuo, la si dovrebbe accordare per qual-

siasi altro negozio, e non solo, nè sempre per l'ammontare del medesimo in quanto il il valore della cosa venduta al mandatario forse minore o maggiore all'ammontare del prezzo pattuito. E così se il terzo avesse accordato il danaro al mandatario senza interessi potrebbe dal principale farsi a pretenderlo insieme a quelli coll'*actio neg. gest. contraria.* Inoltre esponendo il principale all'azione del terzo contraente lo si esporrebbe al rischio di sborsare due volte il prezzo della cosa richiesta, o di pagare due volte il mutuo. Il mandatario può infatti essere provvisto di fondi, egli può avere debiti compensabili verso il principale, e il mandato a lui conferito può aver avuto lo scopo di offrire un modo di compensazione. Infine accordando al terzo l'azione *neg. gest.* contro il principale si verrebbe in pratica a ripercuotere su di lui la insolvibilità del contraente, il che ognun vede sarebbe iniquo e dannoso.

Escludiamo quindi assolutamente che il terzo contraente possa azionare a sua scelta il mutuatario colla *condictio mutui* od il mandante coll'*actio neg. gest.* Nè si dica che ciò ha praticamente poca importanza, poichè l'*actio neg. gest.* che noi neghiamo esistere nella fattispecie della L. 30 citata sarebbe perfettamente sostituita dall'*actio quasi institoria:* le considerazioni sopra svolte dimostrano esistere una differenza di pratiche conseguenze fra queste due azioni; in quanto l'*actio neg. gest.* non avrebbe sempre e necessariamente la portata dell'atto contrattuale, come avviene per l'*actio institoria,* e d'altra parte (conseguenza questa di massima importanza) negando l'applicabilità dell'*actio neg. gest.,* esclusa la rappresentanza, non potrà per diritto moderno accordarsi al terzo un'azione contro il principale che quando si ammetta l'odierna applicabilità dell'*actio institoria* e *quasi institoria.*

Tutte le considerazioni precedenti sono di indole puramente critica: esse escludono in tesi generale che il terzo contraente possa acquistare sul contratto conchiuso con un rappresentante un'azione *neg. gest.* contro il principale. Resta ora a dimostrare che l'azione accordata nella L. 30 sia una vera *actio quasi institoria,* ed a conciliare questa affermazione colle altre fonti. A questo proposito è necessario studiare anzitutto il rapporto esegetico fra la L. 30 e la L. 5 § 3 h. t. Gli scrittori che sostengono l'esistenza della gestione del terzo contraente si richiamano anche alla L. 5 § 3 e istituiscono un assoluto parallelo fra le due leggi. Noi crediamo invece che questa analogia non esista affatto, e che quindi non si possa ammettere che la risoluzione contenuta nell'una valga per la fattispecie dell'altra. Conviene quindi attentamente esaminare la L. 5 § 3 Dig. III, 5: Ulpiano, lib. X *ad Edictum:* « Item si procuratori tuo mutuam pecunia dedero tui contemplatione ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum cum quo contraxi nullam, quid tamen, si a procuratore tuo stipulatus sum: potest dici superesse mihi adversus te negotiorum gestorum actionem quia ex abundanti hanc stipulationem interposui. » L'opinione comune ha sempre ammesso trattarsi in questo testo di un vero e proprio mutuo: per essa quindi la difficoltà consisteva nello spiegare come, essendo sorto il mutuo, il mutuatario non acquistasse azione alcuna. Ma recentemente lo Schlossmann ha dato una diversa interpretazione della legge. Egli nega che le parole *mutuam pecuniam dare* abbiano nel testo il significato tecnico di contrarre un mutuo. Al contrario egli insiste assai sul rapporto che è nel testo fra il *dare pecuniam* e l'*ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet,* e ne conclude che l'essenza del contratto, di cui è parola nel testo, non raffigurarsi che in un contratto di mandato o in un contratto innominato *do ut facias.* Conviene riconoscere che la supposizione è ardua di fronte all'espressione del testo per la tecnicità della frase *mutuam pecuniam dare,* ma bisogna altresì convenire che essa è necessaria di fronte alle esigenze logiche del ragionamento, e di fronte all'analisi del contenuto essenziale della fattispecie contenuta nel testo. Nel quale se si dovesse seguire l'opinione comune si avrebbe un mutuo sorto con una condizione incompatibile colla natura sua. È infatti possibile dare a mutuo del danaro a condizione che sia impiegato nell'interesse di un terzo collo scopo di ottenere un'azione contro questo terzo? Se nella

natura del mutuo vi è la restituzione di una somma eguale di danaro da eseguirsi dal mutuatario verso il mutuante, non può concepirsi che il mutuatario sia contemporaneamente obbligato a disporne in vantaggio di un terzo; e se si ammette che egli sia tenuto di fronte a chi glielo diede ad impiegarlo in prò del terzo per procurare l'*actio neg. gest.* al suo creditore, non può concepirsi che egli contemporaneamente risponda come *mutuatario.* Egli risponderà certo per l'esecuzione dell'incarico assunto, ma non come mutuatario, come mandatario, come quello che accettò una prestazione col patto di fare alcunchè, come si vede, la difficoltà logica che presenta l'opinione comune è molto grave: e se si potesse istituire un confronto fra due difficoltà d'indole così diversa, potrebbe dirsi che essa è maggiore di quella che presenta l'attribuire alla frase *mutuam pecuniam dare* un significato che non è il suo tecnico.

Di questa difficoltà è ben conscio il prof. Cogliolo quando tenta eliminarla colla seguente interpretazione della L. 5 § 3 Dig. h. t. Egli ammette che sarebbe assurdo il pensare che concluso il contratto di mutuo non ne sorgesse la *condictio mutui.* « La *condictio,* conclude quindi egli, sorge ma il procuratore può opporle una *exceptio pacti* o *exceptio doli,* perchè è noto che anche tacitamente in base alle speciali condizioni di fatto può sorgere un *pactum de non petendo.* Se dunque il procuratore può con una eccezione respingere la *condictio* del mutuatario, bene Ulpiano diceva che costui *nullam actionem habebit,* perchè *nihil interest ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur* (L. 112 D. 4, 17) » (op. cit. pag. 161).

Ma non si riesce così a togliere la difficoltà per mezzo di una finzione? Con un artificio molto simile il Ruhstrat sostiene la teoria della tacita rinuncia la quale è giustamente respinta dal medesimo Cogliolo. Ma dove non posso assolutamente convenire è sulla interpretazione testuale data alle parole: « *nullam actionem habebit,* » poichè è vero ciò che si dice nella citata L. 112 *de div. reg. iur.,* ma vero nell'amplissimo senso in cui è vera ogni regola generale di diritto. Essa però non dà il minimo conforto alla supposizione che nel testo le parole *nullam actionem* non vogliano escludere anche l'esistenza di una *exceptio.* Al contrario i testi romani costantemente rilevano il contrapposto fra chi non ha azione e chi l'ha, ma paralizzata da una *exceptio.*

Quando dunque una legge nega senz'altro l'azione, non è lecito a noi dire che essa la concede, ma che essa non produce effetto alcuno essendo paralizzata da una eccezione. E se ciò è vero come principio generale d'interpretazione, verissimo è poi in riguardo all'esegesi della nostra legge, nella quale la supposizione di una tacita *exceptio doli* ha valore e pratica importanza solo in quanto si ammetta vera la teoria che stiamo combattendo. Per queste considerazioni ci sentiamo quindi autorizzati a concludere che nel concetto di Ulpiano, il terzo che aveva dato il danaro al mandatario *ut credito rem vel pignus liberet* non poteva essere considerato mutuatario e non acquistava quindi la *condictio mutui.*

Come abbiamo già rilevato però, lo scopo della dazione del danaro non escludeva che un rapporto giuridico potesse sorgere anche fra il terzo ed il *procurator.* Senonchè Ulpiano, supponendo che il procuratore avesse usato il danaro nel modo indicatogli (ciò risulta dalla circostanza che Ulpiano concede direttamente l'*actio neg. gest.* contro il *dominus*), non poteva pensare che questo rapporto giuridico desse luogo ad un'azione. Raffigurando quindi il rapporto fra terzo e procuratore come un mandato o come un contratto innominato *do ut facias* si comprende che col dire sorta l'azione contro il *dominus* si dice implicitamente, normalmente non sorta l'azione contro il mandatario. Ciò non toglie però che il mandatario non eseguisse il mandato o l'accipiente non eseguisse la sua controprestazione, non potesse sorgere contro di loro un'azione. Il *nullam actionem habebit* non va inteso in un senso assoluto, ma relativamente all'ipotesi che Ulpiano ha presente, come normale, nel testo.

Se ciò è vero che dovrà dirsi sulla validità della *stipulatio* di cui è menzione nelle ultime parole del testo? Il Cogliolo crede che la stipulazione sia valida per più ragioni:

1.° perchè quando vi sia una *stipulatio* esplicita non può più sorgere in favore del mutuante che ha stipulato l'eccezione *de non petendo;* 2.° perchè praticamente avviene che chi dà danaro ad un mandatario desidera non solo l'azione contro il principale, ma anche la personale garanzia del mandatario stesso; 3° infine perchè *ex abundanti* vuol solo dire che la garanzia stipulata è un di più che non toglie l'azione del mutuante contro il *dominus negotii.* Il Ruhstrat invece e lo Schlossmann credono che malgrado l'espressa stipulazione il mutuante non abbia la *condictio* contro il procuratore; e per vero se nel primo di questi scrittori l'affermazione non è dimostrata, il secondo adduce varî argomenti che mi sembrano validissimi. Le fonti anzitutto usano in varî testi l'espressione *ex abundanti* per indicare un atto compiuto il quale per natura sua non può produrre alcun effetto; un atto cioè che venne compiuto da una persona nella convinzione che potesse avere delle conseguenze, ma che in realtà non poteva nulla aggiungere a quanto già esisteva. Se questo fosse il significato tecnico della frase anche nella nostra legge, Ulpiano avrebbe detto quindi che l'interposizione della *stipulatio* non modificava menomamente le condizioni giuridiche delle parti, e come indipendentemente dalla *stipulatio* il terzo avrebbe avuto la sua *actio neg. gest.*, così malgrado quella l'avrebbe poi *conservata.* A pensare che questo fosse il significato della legge induce poi massimamente una considerazione intima che si ricollega direttamente a quanto abbiamo sopra detto sopra il contenuto della manifestazione di volontà di cui è parola nel testo. Il terzo, il quale ha dato al mutuatario il danaro perchè lo impiegasse a liberare il debitore od il pegno, come potrebbe senza cadere in una contradizione di volere, pretenderne anche la restituzione? Il mandatario non può obbligarsi ad impiegare per il *dominus* il danaro, ed obbligarsi contemporaneamente a restituirlo. Se vuole la prima di queste cose non può volere la seconda: la *stipulatio* che ricoprirebbe questa volontà è nulla: *ex abundanti:* l'azione *neg. gest.* resta in vita. Noi accogliamo questa interpretazione nè ci muovono le obiezioni sopra esposte del nostro direttore: non la prima perchè neghiamo che nell'atto di dare il danaro sia sorta la *condictio mutui* e quindi anche neghiamo che il *nullam actionem* significhi aver l'azione, ma essere respinti da una eccezione sorta implicitamente e distrutta esplicitamente dalla stipulazione: non la seconda perchè l'intenzione del mutuante di obbligare anche il mutuatario poteva esplicarsi in altra guisa: ottenendo cioè dal mutuatario fidejussione per il *dominus.* Che ciò potesse avvenire dimostra all'evidenza la L. 3 § 11 Dig. III, 5: Ulpianus, lib. X *ad Edictum:* « Apud Marcellum libro secundo digestorum quaeritur, si cum proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris, ut geram, an utraque actione uti possim, et ego puto utramque locum habere: quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fidejussorem accepero negotia gesturus; nam et hic dicit adversus utrumque esse actionem. » Ma che ciò fosse avvenuto nel caso che Ulpiano ci presenta nega con ragione lo Schlossmann (Arndts, pag. 116, vol. II, note *b. b.* altre leggi I).

Se giusta è questa interpretazione della L. 5 § 3 cit. non potrà in essa trovarsi una applicazione della cosidetta gestione del terzo contraente. È affatto arbitrario supporre in questa legge una tacita rinuncia alla *condictio mutui,* non può ammettersi che il testo negando l'azione volesse viceversa significare che l'azione v'era ma paralizzata da una eccezione, più arbitrario ed ingiusto ancora sarebbe l'ammettere che accanto a questa presunta *condictio mutui* esistesse una *actio neg. gest. contraria.*

La conclusione alla quale siamo così logicamente costretti, si è dunque che le due leggi (L. 30 cit. e L. 5 § 3 cit.), le quali vengono generalmente considerate come esempi tipici di gestione del terzo contraente, non danno a questa configurazione giuridica il minimo sostegno. Nella prima si ha un caso di *actio quasi institoria,* nella seconda si ha una vera e propria *actio neg. gest.*, la quale non ha nulla a che vedere colla cosidetta *actio neg. gest.* del terzo contraente perchè il suo contenuto è diverso da quello dell'azione contrattuale; l'oggetto della gestione è diverso e compatibile con l'oggetto del contratto concluso dal gestore col rappresentante. Ora che la L. 30 contenga un caso

actio quasi institoria è comprovato da quelle leggi nelle quali in condizioni identiche si concede l'*actio quasi institoria*, o *institoria utilis*.

Tali sono la L. 10 § 5 Dig. XVII, 1; la L. 45 Dig. *eod.*; L. 13 § 25 Dig. XIX, 1. La prima di queste leggi specialmente ha un grande interesse per l'identità della fattispecie che essa presenta con quelli della L. 39 cit. L. 10 § 5 Dig. XVIII, 1. ULPIANUS: «.... idem Papinianus refert fidejussori condemnato, qui ideo fideiussit quia dominus procuratori mandaverat ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam quasi institoriam quia et hic proposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur.» Il BARON (op. cit. pag. 130) ha sollevato il dubbio che ULPIANO avesse male inteso PAPINIANO accordando un'*actio quasi institoria* ove questa avrebbe accordata un'*actio neg. gest. ad exemplum institoriae*. Il RUHSTRAT (*Die neg. gest. des dritten Contrah.* pagine 48-49) invece toglie la difficoltà che di fronte alla sua teoria presenta la legge sostenendo che in essa si accorda la *quasi institoria* perchè le parti vollero la rappresentanza contraendo a nome del *dominus*, mentre nella L. 30 cit. la esclusero contraendo nel nome del mandatario. Ma nè l'una nè l'altra di queste due interpretazioni è accettabile. Non la prima che evidentemente è arbitraria, e non toglie menomamente la difficoltà; non la seconda che è fondata su dati che non risultano dai testi, e che sarebbe in ogni evento ammissibile solo quando fosse vero che l'*institoria* presuppone rappresentanza, e che rappresentanza si può solo avere quando si contragga *esplicitamente a nome altrui*. Ma in realtà nel testo nè si volle la rappresentanza, nè a far sorgere l'azione quasi institoria era necessario volerla (HELLMANN, op. cit. pag. 90). A convincersi di ciò basta esaminare attentamente la dicitura del testo la quale sarebbe ben strana e contorta se in esso si fosse voluto scolpire un caso tipico di rappresentanza. L'azione infatti vi è concessa perchè il terzo fu determinato a contrarre dalla conoscenza avuta che il *dominus* aveva dato mandato di prendere del danaro a mutuo, (« *quia dominus procuratori mandaverat ut pecuniam mutuam acciperet* »). Ora potrebbe immaginarsi frase più inadatta ad esprimere che l'azione gli si concedeva perchè aveva contratto a nome altrui? Nell'ordine logico delle idee altro è concedere un'azione contro il terzo perchè aveva contratto sapendo che il *dominus* aveva dato al mutuatario mandato di contrarre mutui; altro è concedere l'azione contro il *dominus* perchè il contratto venne conchiuso in suo nome. Vi è contrapposizione fra questi due concetti, e anche qui potremmo ammettere che le parole del testo *potessero* indicare esser sorto un rapporto di rappresentanza, ma ad una sola condizione: che cioè risultasse evidentemente provato essere substrato dell'azione *institoria* la rappresentanza. Allora potrebbe soltanto farsi appunto al testo di avere espresso con una frase poco felice il concetto del contrarre a nome altrui; ma poichè non è affatto dimostrato che il fondamento dell'azione institoria fosse riposto nella rappresentanza, nulla può in quel senso da esso ritrarsi.

Un altro esempio di *actio quasi institoria* trovasi nella L. 13 § 25 Dig. XIX, 1.: « Si procurator vendiderit et caverit emtori, quaeritur an domino vel adversus dominum actio dari debeat? Et Papinianus lib. 3 responsorum putat cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem domino competere.» Il RUHSTRAT ha sostenuto essere questa azione un'*actio neg. gest. ad exemplum institoriae actionis*, ma la sua tesi non è accettabile: bisognerebbe per accoglierla ammettere che PAPINIANO avesse per brevità omesso di chiamare l'azione col suo nome, il che trattandosi di azione nuova e da lui creata sarebbe veramente strano. Nelle conseguenze pratiche poi il RUHSTRAT vorrebbe parificare la fattispecie di questa legge a quella della L. 5 § 3 cit., che è affatto diversa, sostenendo sull'erronea interpretazione di quella non avere il terzo compratore azione alcuna contro il *procurator*, ma solo l'*actio ex emto utilis* contro il *dominus*. Ma è facile l'obiettargli anzitutto che il testo nostro parla di *actio ex emto* e non di *actio neg. gest.*, secondariamente non essere vero che il terzo non abbia nella fattispecie della L. 5 § 3 azione alcuna contro il *procurator*: non ha azione contro di lui nell'ipotesi normale che egli abbia adempiuto esattamente

l'incarico ricevuto. L'azione *ex emto utilis* del nostro testo è dunque una vera e propria *actio quasi institoria.*

Non ci resta ora che a giustificare l'espressione della L. 30 cit. *actio neg. gest. ad exemplum institoriae.* Il WINDSCHEID (*Lerhbuch* II § 482 e nota 8), che riconosce essere l'azione accordata nel testo un'*actio quasi institoria,* sostiene riferirsi la denominazione dell'azione quale *neg. gest.* a motivi formali, riguardanti la concezione delle formule. Ma lo SCHLOSSMANN giustamente gli osserva che nella formula si scolpisce sempre un concetto giuridico, e che concedere l'*actio neg. gest.* solo allora sarebbe stato possibile quando fossero esistiti tutti i requisiti della medesima. Gli è per questa considerazione che lo SCHLOSSMANN è indotto a sostenere che il testo deve necessariamente essere corrotto, e che sia corrotto facilmente si desume da due ordini di considerazioni. Il primo resultante dalla indubitata testimonianza di altri testi nei quali lo stesso PAPINIANO in fattispecie identiche a quelle della L. 30 cit. concedeva un'*actio quasi institoria;* secondariamente dal considerare che una breve trasposizione di due parole, assai facile a verificarsi, nella trascrizione, mentre spiegherebbe l'azione del fidejussore ridarebbe anche all'azione accordata al terzo il suo vero nome, non lasciando più alcun appoggio testuale alla dottrina della gestione del terzo contraente. È infatti noto che l'azione *institoria* e *quasi institoria* si accordava anche non solo in base a veri contratti conchiusi da un terzo coll'institore o col mandatario, ma anche in base ad una utile gestione del terzo in favore del procuratore! Tra questi casi è da enumerarsi quello del fidejussore onde a ragione potrebbe caratterizzarsi di *actiio neg gest ad exemplum institoriae,* l'azione sua contro il principale. Ma l'azione accordata al mutuante contro il principale non può esser un'*actio neg. gest.* ma un'*actio certae creditae pecuniae ad exemplum institoriae.* È dunque molto probabile che il testo di PAPINIANO, L. 30 sia corrotto: dal constatare la probabilità della corruzione di un testo al proporne la emendazione vi ha gran tratto. Altrettanto può riescir facile il dimostrarne la corruzione, e altrettanto arbitraria la correzione. Però non può dissimularsi che quella proposta da SCHLOSSMANN è quanto mai seducente; colla semplice trasposizione di due parole si salva testo e teoria. Mentre il testo come è giunto a noi dice: « dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fidejussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis, » dovrebbe invece secondo lo SCHLOSSMANN (op. cit. pag. 330), leggersi: « dabitur in eum actio ad exemplum institoriae actiones creditori, vel fidejussori, scilicet negotiorum gestiorum. » Contro COGLIOLO I pagina 174.

Conclusioni. — Così interpretate le L 30 cit. e L. 5 § 3 resta escluso che il diritto romano abbia mai riconosciuto una gestione del terzo contraente Il COGLIOLO però, che in gran parte conviene nella nostra critica, non vuole rinunciarvi, e ne sostiene l'ammissibilità in tre casi specialmente: 1.° quando essendo nullo il mandato non poteva esservi l'*institoria;* 2.° quando il mandato era valido ma nel contrarre il mandatario ne oltrepassò i confini; 3.° quando prima della conclusione del contratto il mandato era stato revocato. Di questa opinione dovremo fra breve occuparci discutendo l'ammissibilità dell'*actio neg. gest.* del terzo contraente nel diritto civile moderno; non possiamo però a meno di notare chiudendo la trattazione di diritto romano che con questa teoria forzatamente si interpretano le fonti. Così il COGLIOLO (op. cit. pag. 172-73) tenta accordare la L. 30 cit. colla L. 10 § 5 cit., sostenendo doversi la prima di queste due leggi riferire ad uno di questi due casi: *a*) o al caso che il mandato fosse stato revocato; *b*) o al caso che la somma mutuata fosse maggiore di quella indicata nel mandato medesimo. Ma chi ci autorizza a supporre nella fattispecie della L. 30 questi dati, dei quali in essa non è traccia alcuna? E se non è lecito supporre che nella L. 30 vi siano questi elementi in più i quali giustificherebbero la concessione di un'*actio neg. gest.* converrà per esser logici riconoscere che solo arbitrariamente essa può essere spiegata ammettendo che in essa si tratti di una vera *actio neg. gest.* Saremmo così ricondotti alla opinione da noi sostenuta. Della quale ci persuaderemo anche maggiormente di

fronte alla teoria del Cogliolo considerando le conseguenze alle quali egli è costretto pervenire quando si chiede se nei casi nei quali egli ammette la gestione del terzo contraente questi conservi la sua azione contro il suo contraente. Da taluno si è negata questa azione, da altri si è concessa; il Cogliolo ammette che il terzo possa averla o meno, a seconda che il suo volere si sia rivolto ad obbligare il mandante od il mandatario. Se fu diretto ad obbligare solo il mandante, egli perde l'azione contro il contraente in forza di un patto tacito *de non petendo;* se egli invece volle obbligare anche il mandatario conserva la sua azione. Ma a noi non sembra ammissibile nè l'una nè l'altra ipotesi. Infatti se realmente la volontà del terzo fu di obbligare il mandante, non può logicamente concepirsi sorto fra terzo e mandatario un rapporto giuridico di mutuo; può solo concepirsi un rapporto di mandato o di *do ut facias,* un rapporto cioè compatibile colla volontà di erogare la somma a prò del terzo; se poi si volle obbligare il mandatario non si può concepire che contemporaneamente si volesse obbligare anche il mandante come *dominus* di una gestione, o che volendo lo si potesse, poichè per avere l'*actio neg. gest. contraria* bisogna avere un interesse, ed interesse nel terzo manca quando ha ottenuto già un'azione contro il mandatario. Neppure nella limitata funzione che ad essa attribuisce il Cogliolo crediamo quindi ammissibile secondo i principî del diritto romano la gestione del terzo contraente. Dovrà darsi la medesima risoluzione nel sistema del diritto moderno? Su questa ulteriore domanda conviene trattenersi alquanto.

In diritto civile la questione si è presentata a proposito dei testi romani. Gli scrittori si sono chiesti se in fattispecie analoghe a quelle della L. 30 cit., e delle altre leggi nella quale molti romanisti riconoscevano gestione del terzo contraente, si dovesse accordare al terzo l'azione anche per diritto civile, ed il Tribunale di Padova con sentenza 25 marzo 1890 (causa Galante e De Zara) risolveva essere ammissibile per diritto moderno « quel tipo di gestione che nel diritto romano si disse del terzo contraente. » Le ragioni con le quali il Tribunale giustificava questa sua sentenza sono però tutt'altro che adatte all'uopo: le leggi citate affatto irrilevanti! (Per una critica completa di questa sentenza vedi Cogliolo nel suo *Annuario* anno II fasc. VI, pagine 303-304). La base giuridica dell'*actio neg. gest.* del terzo contraente è secondo il Tribunale riposta nell'utilità dell'atto compiuto dal terzo; ma come risulta dalla trattazione precedente l'avere un terzo agito utilmente per un Tizio non porta seco necessariamente che egli acquisti l'azione *neg. gest.* contro di lui: occorre ancora che il suo patrimonio abbia subito una diminuzione in favore del gerito. Ora questa diminuzione non si verifica ogni qualvolta il terzo contraente acquisti un'azione la quale giuridicamente equivale al sacrificio pecuniario che ridonda a favore del *dominns.* E poichè nella fattispecie proposta il signor Galante aveva acquistato un'azione contro il Zuecca al quale aveva prestato il danaro, non poteva naturalmente muovere l'azione contro il De Zara.

Non può dunque nella fattispecie parlarsi di gestione del terzo contraente. Per noi che neghiamo assolutamente il tipo ciò non può recar meraviglia. Ci si presenta però un altro quesito. Nelle leggi romane, nelle quali molti scrittori trovano l'*actio neg. gest.* del terzo contraente, abbiamo sostenuto trattarsi invece di *actio quasi institoria.* Ora può chiedersi: è questa azione ammissibile per diritto moderno? La questione non è nuova: è stata vivamente controversa fra gli scrittori tedeschi, in rapporto alla teoria della rappresentanza. Quelli che sostengono che nel diritto romano, fondamento dell'*actio institoria,* era la rappresentanza, sostengono come per conseguenza la sua inapplicabilità per diritto moderno. Vedi Laband (*Zeitschr. für Handelsrecht* X, 197); Zimmermann, *Die stellvertretenden neg. gestio.* Strassburg 1876, pag. 124 e segg. E infatti, essi ragionano, a che servirebbero quelle azioni se nel concorso dei loro requisiti si ha ora diretta rappresentanza? Quelli invece che credono poter dimostrare non essere stato il momento della rappresentanza requisito essenziale della *institoria,* ragionano al contrario che l'applicabilità generale della rappresentanza diretta non esclude l'applicabilità dell'azione *institoria, quasi institoria ed exercitoria.* (Windscheid, *Lehrbuch* § 482 n. 14).

Accettando le premesse di questa ultima teorica, non crediamo poter convenire nelle conclusioni sue. La questione viene per essa troppo astrattamente risolta. Di fronte ai disposti positivi della nostra legge essa è inaccettabile. Vero è che la base giuridica dell'*actio quasi institoria*, non è incompatibile colla pratica ammissibilità della rappresentanza diretta, ma questa compatibilità logica non prova nulla in favore della sua attuale ammissibilità. La legge civile e commerciale espressamente ritiene obbligato il *dominus* per i contratti compiuti dal suo rappresentante *in suo nome:* e lo ritiene implicitamente obbligato per questi soltanto. L'esempio tipico della commissione è decisivo in proposito. Si ha qui un rappresentante che contrae in nome proprio nell'interesse altrui. Nulla impedisce però di far conoscere la sua qualità di rappresentante, e nella normalità dei casi al contrario, il terzo contraente sa di contrarre nell'interesse del *dominus*. Tuttavia di fronte a questo stato di cose la legge commerciale ha esplicitamente escluso che i terzi possano acquistare azione contro il committente. L'art. 381 Cod. com. dice: « Il commissionario è obbligato direttamente verso la persona colla quale ha contrattato, come se l'affare fosse suo. » « Il committente non ha azione verso le persone colle quali il commissionario ha contrattato, nè queste hanno azione verso il committente. » Ammettendo che il terzo potesse contraendo *contemplatione domini* perdere l'azione contro il suo contraente ed acquistare un'*azione neg. gest.* contro il committente (teoria Ruhstrat) si condurrebbe la legge a risultati opposti a quelli da essa voluti. Se dunque il terzo ha contrattato in nome del commissionario non acquista azione contro il committente, e se ha contrattato a nome del committente non acquista azione contro il commissionario. Il decidere se il terzo abbia azione contro il principale dipende unicamente dal determinare se egli contrasse a nome di quelli o invece a nome del commissionario. In questa ipotesi egli avrà azione contro di lui, ma non azione di gestione, sibbene l'azione contrattuale in forza dell'attuale rappresentanza. È notevole a questo proposito quanto scrive il Borsari in proposito al primo alinea dell'art. 69 dell'abrogato codice di commercio, il quale non è stato riprodotto nell'art. 381 del nuovo codice. La sola dichiarazione che si faccia al terzo di essere un commissionario, o la scienza che il terzo abbia di simile qualità nell'agente, o anche la rivelazione sul bel principio delle pratiche che il commissionorio si permette di fare del nome del suo committente non sono circostanze bastevoli a sciogliere da un impegno il commissionario verso il terzo, a ridurlo alle proporzioni di semplice mandatario, quando egli firmi in proprio nome, e non vi siano altri indizi più esplicativi e più rimarchevoli. Stando le cose in questi termini semplicemente, e trovandosi firmata l'obbligazione nel solo proprio nome del commissionario, la conclusione che si presenta spontanea alla mente è questa: che il commerciante sia stato contento alla firma del commissionario, accettando il nome di lui anzichè quello di un altro qualunque. Egli sapeva che il commissionario si obbliga del proprio, per sua qualità e per ordine di legge e questo gli bastava.

Di diversa opinione è il Parodi (*Lezioni di diritto commerciale* lib. I pagine 6-7) il quale scrive: « Dietro le regole generali di diritto, il principio relativo agli effetti derivanti dal contratto stipulato a nome proprio dal commissionario, non può impedire l'azione sussidiaria, che anche senza una cessione deve accordarsi al committente per salvare, nella scomparsa, per esempio del commissionario, il proprio interesse di rimpetto al terzo, il quale profittando senza alcun corrispettivo dell'utile del contratto a puro danno del committente medesimo, come non può escludere egualmente l'azione *de in rem verso*, che avrebbero i terzi contro dello stesso committente, il quale non avendo sborsati i fondi necessarî all'esecuzione del suo mandato, godesse del beneficio del contratto celebrato dal commissionario, mentre il terzo nella posizione di quest'ultimo restasse del tutto perdente ». Il Delvitto (*Comment. teorico pratico del codice civile* volume IV, pag. 162), accorda al terzo che ha mutuato del danaro al commesso l'azione *neg. gest.* contro il committente, se il danaro è stato prestato *in considerazione del committente.*

Dobbiamo profondamente dissentire dall'egregio scrittore. Non solo il committente infatti ma tutti i creditori del commissionario hanno diritto di esercitare le azioni a lui spettanti contro i terzi (art. 1234 Cod. civ.). Con qual veste potrebbe quindi il committente chiedere d'essere preferito agli altri creditori nell'esercizio dell'azione al commissionario spettante contro il terzo? Non è egli un creditore del commissionario al pari di tutti gli altri? Non fu forse per sua volontà che egli non acquista azione diretta contro il terzo, in quanto egli non volle che il contratto avvenisse a suo nome? Se dunque egli è un creditore come gli altri non può a preferenza degli altri muovere contro il terzo. Così nega assolutamente l'azione del terzo contro il committente la Cassazione di Roma (11 dicembre 1888 *Romani* c.° *Rossi*), la quale sostiene che in caso di trasmissione successiva della commissione ad un altro commissionario i terzi non possono esperimentare le loro ragioni che contro l'ultimo commissionario col quale contrattarono. La Cassazione di Torino (30 giugno 1888) nega possa sorgere alcun rapporto fra i terzi e il committente anche in caso di eccesso di commissione. L'azione sussidiaria di cui parla il Parodi è quindi affatto immaginaria. Neppure possiamo consentire col Parodi nell'accordare al terzo contro il committente l'*actio de in rem verso utilis*. Troppo si è abusato di questa azione e sebbene la discussione su di essa non sia finita, anzi perchè è tuttora vivissima, non possiamo qui occuparcene senza escire dai confini imposti alla nostra ricerca. Crediamo però che neppure l'azione *de in rem verso utilis* sia applicabile alla nostra fattispecie; ma per il nostro attuale assunto è necessario soltanto dimostrare l'inapplicabilità dell'*actio neg. gest.* del terzo contraente. (Taluni scrittori hanno erroneamente confuso l'azione *neg. gest.* del terzo contraente con l'*actio de in rem verso utilis*. Così Maynz, *Cours de droit romain*. Bruxelles 1877 vol. II pag 269).

La quale se risulta sufficientemente in tesi da tutta la discussione precedente, deve però più particolarmente essere dimostrata di fronte alla teoria recentemente sostenuta dal nostro chiarissimo direttore. Il Cogliolo, pur consentendo pienamente nel ritenere erronea la teoria del Ruhstrat, non crede si debba rinunciare alla così detta gestione del terzo contraente. Anzi egli le attribuisce una funzione rilevantissima riconoscendone l'applicabilità per diritto civile: 1.° quando il mandatario agì in nome e conto proprio, ma il terzo ebbe la *contemplatio domini;* 2.° quando il mandatario agì oltre i limiti del mandato, ma il negozio è *utiliter coeptum*. E per diritto commerciale: 3.° quando il mandatario agì in nome e conto proprio ma il terzo ebbe la *contemplatio domini;* 4.° quando l'institore uscì dai limiti della preposizione, ma il negozio fu utile; 5. quando il contratto è fatto da un commissionario ma il terzo ebbe la *contemplatio domini* ed il *negotium* fu o utile o ratificato (op. cit. pagine 179-180).

I casi nei quali il Cogliolo ammette esistere per diritto moderno gestione del terzo contraente, possono dunque dividersi in due categorie le quali vanno a nostro avviso tenute separate e distinte. Nella prima si comprendono tutti quei casi nei quali il contratto posto in essere dal terzo col rappresentante non superò i limiti del mandato o della preposizione, ma nei quali esso non fu conchiuso a nome e per conto del rappresentante. Nella seconda vanno posti tutti i casi nei quali invece il contratto fu conchiuso a nome del *dominus*, ma esso non era conforme al mandato (sia perchè lo eccedesse, sia perchè il mandato esistente di fatto fosse giuridicamente nullo, sia perchè fosse stato revocato prima della conclusione del contratto).

Nella prima di queste categorie neghiamo possa mai sorgere azione alcuna in favore del terzo contraente contro il *dominus*. Il terzo, che ha posto la sua fiducia nel suo contraente deve appunto per ciò contentarsi del mezzo giuridico che contro di lui gli sorgerà dal negozio conchiuso: d'altra parte il suo contraente non potrà lamentarsi di essere personalmente obbligato verso il terzo quando per suo volere nel contratto non si tenne parola del *dominus* e non si volle la rappresentanza. Ma il Cogliolo attribuisce una grande efficacia alla circostanza che il terzo pur contraendo col mandatario nel nome suo, poteva avere la *contemplatio domini* e. g. *litteras secutus*. Suppongasi in-

fatti che il terzo prima di contrarre abbia ricevuto una lettera dal principale nella quale veniva avvisato che Tizio aveva realmente ricevuto da lui incarico di prendere a mutuo L. 1000 e che per questa lettura egli si decida a contrarre con Tizio. Nessuno potrà negare che a questo contratto il terzo si determinò in contemplazione del *dominus;* ma il quesito giuridico consiste nel determinare l'efficacia di questa *contemplatio.* Io credo che ad essa non possa attribuirsi altro significato che quello di aver voluto il terzo favorire il *dominus.* Certo egli avrà pensato in così fare che mutuando Tizio per incarico del *dominus,* per ciò stesso presentava una maggior garanzia di solvibilità; non poteva però per ciò solo pensare di acquistare anche un'azione contro il *dominus.* A raggiungere questo scopo sarebbe d'uopo rinvenire nella lettera del *dominus* gli elementi di una promessa garanzia per il caso che il terzo si decidesse a mutuare a Tizio. Anche in questa ipotesi però non potrebbe mai parlarsi di gestione del terzo contraente: la base giuridica dell'azione sarebbe riposta nella promessa del *dominus,* non nella gestione del terzo. Il contratto di mutuo conchiuso con Tizio non riescirebbe quindi in alcun modo a porre in contatto il terzo col *dominus.* Il Cogliolo invece crede che nella *contemplatio domini* debba vedersi incluso il requisito del *neg. alienum,* e nel mandato una implicita ratifica alla gestione del terzo. Ora essendo teorica da lui sostenuta esservi gestione (e quindi *actio directa* ed *actio contraria*) ogni volta che vi è *negotium alienum,* e ratifica o *utiliter gestum,* è naturale che poste quelle premesse egli concluda esservi nei casi in discussione una vera e propria *actio neg. gest.* del terzo contraente. Ma noi neghiamo le premesse e crediamo che anche ammettendole si dovrebbero logicamente negarne le conclusioni. Neghiamo le premesse, perchè, come abbiamo cercato dimostrare altrove, le due azioni hanno diversi requisiti; neghiamo le conseguenze poichè, anche ammesse quelle premesse, ci sembra possa nel caso attuale impugnarsi assolutamente l'azione di *gestione* in base alla mancanza o di *utiliter* o di ratifica. È questo forse il punto di minor resistenza della teoria Cogliolo. Egli dice che la ratifica esiste, inerente al concesso mandato; ma se questo mandato aveva per suo naturale effetto di obbligare Tizio a consegnare al *dominus* il danaro mutuato, e quindi importava in lui l'obbligo alla restituzione, come potrà dirsi acquistare il terzo in base ad esso un'azione *neg. gest.?* Forse che all'istante della conclusione del mutuo il mandato non si è estinto? E non è forse soltanto dal momento della sua conclusione che il terzo acquisterebbe l'azione *neg. gest.* contro il *dominus?* Questa semplice considerazione mi sembra decisiva. Si pensi inoltre che revocato il mandato i contratti conclusi dal terzo con il mandatario sono compiuti *prohibente domino.* [Vedi Chambon, op. cit. pag 117].

Passiamo ora ad esaminare i casi della seconda classe: contratti conchiusi dal rappresentante in nome del *dominus:* 1.° essendo nullo il mandato; 2.° essendovi eccesso di mandato; 3.° essendo stato il mandato revocato prima della conclusione del contratto. In queste varie ipotesi, al contrario che in quelle precedentemente esaminate, il terzo può acquistare un'azione contro il *dominus.* L'art. 1752 infatti ammette che il *dominus* possa restare obbligato pei contratti conchiusi in eccesso del mandato conferito quando egli ratifichi: ora tutta la questione riducesi a vedere quale sia l'azione che compete al terzo avvenuta la ratifica. Il Cogliolo argomenta che non mutando la ratifica la gestione in mandato, l'azione del terzo rimane quella di gestione, e quindi vede nella ipotesi dell'art. 1752 un esempio di gestione del terzo contraente. Ma il principio che la ratifica non muta la gestione in mandato, non pregiudica, qualsiasi significato voglia ad esso attribursi, la nostra questione.

Trattasi infatti di vedere se anche in base ad un'utile gestione possano sorgere i rapporti della rappresentanza diretta fra il terzo contraente ed il *dominus.* Questo quesito è stato risolto in senso negativo dal diritto territoriale prussiano (§ 90, I, 13) e dal diritto austriaco (§ 1017), i quali richiedono al sorgere della rappresentanza che il contratto sia stato conchiuso entro i limiti del mandato. (Vedi Ogonowski, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag.* Lemberg 1877, pagine 81-86). Ma noi riteniamo che per diritto italiano

Come l'*actio institoria* solo allora è propriamente fondata contro il *dominus* di un commercio o di un negozio, quando il contratto conchiuso dall'institore col terzo è conforme alla legge data dalla preposizione, così anche l'*actio quasi institoria* ha luogo contro il mandante a condizione che il mandatario non abbia ecceduto dai limiti del man-

---

debbà al contrario risolversi essere anche la gestione utile un titolo legittimo di rappresentanza. Infatti l'art. 1144 dispone: « Se l'affare fu bene amministrato, l'interessato *deve adempiere le obbligazioni contratte in nome suo* dall'amministratore, tenerlo *indenne da quelle che ha personalmente assunto* e rimborsarlo delle spese necessarie ed utili, cogli interessi dal giorno in cui furono fatte. »

Si ha in questo articolo una netta distinzione fra le obbligazioni contratte dal gestore a nome del *dominus* e quelle contratte a nome proprio pure nell'interesse del *dominus:* questa distinzione ha lo scopo di determinare essere la gestione un titolo legittimo di rappresentanza. Il *dominus* deve adempire le obbligazioni contratte in suo nome: questa frase sarebbe assolutamente inesatta qualora il legislatore avesse voluto indicare che l'azione del terzo è l'azione *neg. gest.:* è invece l'azione contrattuale, la quale intanto può dirigersi contro il *dominus* in quanto vi ha utile gestione. La gestione utile è equiparata in questo riguardo al mandato.

In tutti i casi quindi di eccesso di mandato, o di mandato nullo non è a parlarsi nel caso che la conclusione del contratto a nome del *dominus* costituisca un *utiliter gestum* di *actio neg. gest.* del terzo contraente; sebbene di rappresentanza. E veramente il diritto moderno, che ammette senza limite la teoria della rappresentanza diretta non avrebbe potuto, senza subire taccia di formalismo, riconoscere pel terzo che contrae a nome del *dominus* con un suo mandatario la rappresentanza, e negarla a quello che parimente contrasse mancando il mandato ma attuando un *utiliter coeptum.*

In tutti i casi della seconda categoria ammettiamo dunque che nel concorso dei due requisiti dell'*utilità* e della *contemplatio,* sorge per il terzo un'azione, ma non un'*actio neg. gest.,* sibbene l'azione contrattuale che può farsi valere contro il *dominus* in base alla gestione.

Riassumendo i risultati della nostra ricerca possiamo quindi dire che ogni volta che un terzo contrae con un rappresentante possono verificarsi queste due ipotesi: o il contratto avvenne *nomine domini* ed entro i limiti del mandato, od utilmente, il che equivale e si ha vera e propria rappresentanza, oppure il contratto avvenne nel nome del rappresentante ed allora, anche se fu utile per il principale, il terzo non acquista per esso azione alcuna contro di lui. Solo posteriormente rinunciando alla sua azione contro il rappresentante il terzo potrebbe acquistare, nel concorso dei suoi requisiti, un'*actio neg. gest. contraria* contro il *dominus;* ma in questa ipotesi la gestione non consiste nel contrarre, ma nel rinunciare all'azione acquistata contraendo. Non potrebbe quindi qualificarsi questo per un caso di *gestione del terzo contraente.* Respingiamo dunque assolutamente questo tipo affatto innecessario di azione *neg. gest.* del terzo contraente dal nostro sistema giuridico: nè a far ciò ci trattenga il timore di sacrificare uno dei tanti organi dell'equità. La teoria della rappresentanza bene intesa, ricondotta cioè alla volontà delle parti contraenti, riesce a tutelare perfettamente gli interessi delle parti: chi contrae con un rappresentante s'attenga a chi gli ispira fiducia maggiore, che se avrà poi a dolersi di una mala scelta ascriva il danno a sua colpa. Una rigida ma giusta applicazione dei principî giuridici conduce così naturalmente ad escludere un'azione la quale, fondata sopra un male inteso senso di equità, ridonderebbe unicamente a vantaggio degli incauti ed inesperti.

dato nel contrarre col terzo [11]). A questo principio si fanno le seguenti eccezioni:

1.° Quando il mandatario, oltre al mandato aperto, aveva delle istruzioni segrete [*mandatum secretum*], a lui solo ed al mandante note. In questo caso, anche se egli eccede i limiti del mandato segreto [12]), obbliga tuttavia il mandante al terzo col quale ha contratto, restando responsabile di fronte al mandante, che può agire contro di lui [13]).

2.° Chi ha dato mandato di compiere un atto illecito risponde di tutti i danni che sono da quello resultati, anche se impreveduti, a meno che il mandatario dolosamente abbia eseguito un atto del tutto diverso da quello mandatogli (§ 953) [14]).

3.° Quando il mandante ha ratificato gli atti dal mandatario compiuti in eccesso del mandato [15]), il che avviene anche tacitamente quando il mandante pretenda dal mandatario ciò che egli si è fatto promettere dal terzo e riceva a ciò la cessione [16]). In questi casi, si comprende facilmente, che egli si obbliga anche di fronte al terzo contraente.

4.° Quando il mandatario ha ecceduto i limiti del mandato in particolari di secondaria importanza [17]).

Quanto ai rapporti del mandatario col terzo valgono i seguenti principî:

I. Il mandatario può agire contro il terzo in base al contratto con lui conchiuso. Se però i poteri a lui accordati non gli permettono ciò, può essergli opposta una *exceptio doli* [18]). Solo in riguardo alla

---

11) L. 10 Cod. *de procurat.* [2, 12]; L. 27 pr. Dig. eodem [3, 3]; L. 22 Cod. *de fideiussoribus* [8, 60]. — Mevius, P. VI, *decis.* 24 e 26.

12) L. 11 §§ 2-5 Dig. *de iust. act.* [14, 3]. Grotius *de jure belli ac pacis* lib. III cap. 22 § 4. — Hert, *Diss.* cit. § 11. — Rivinus, *Diss. de mandato procuratoris secreto.* Vitemb. 1752 §§ 20-22.

13) L. 41 Dig. h. t., L. 10 Cod. *de procurat.* [2, 12]. — Carpzov, parte II Const. XX def. 11 e Leyser, *Medital. ad Pand.* vol. III Specimen CLXXVIII meditat. 5.

14) Hert, *Diss.* cit. § 12.

15) L. fin. Cod. *ad S.Clum. Macedon.* [4, 28] cap. 10 *de reg. jur. in 6to.*

16) Mevius, parte II decis. 140 ed Hert, *Diss.* cit. § 13.

17) Arg. L. 1 § fin. Dig. *de ventre insp.* [25,4]. Hert, *Diss.* cit. § 14.

18) L. 28 Dig. *de procurat.* [3, 3] confrontata con la L. 16 pr. Dig. *de pactis.* Vedi Hert. *Diss.* cit. § 8, ed Höpfner, *Commentar über die Einecc. Institutionen* §932 num. 2.

procura giudiziale le leggi apportano un'eccezione. Quando il procuratore giudiziale ha dovuto anticipare delle spese nella condotta del processo, e queste non può pretendere dal suo principale divenuto insolvibile, egli ha un'azione, alla quale non può opporsi eccezione di sorta, (*actio judicati*) contro l'avversario del suo principale, colla quale può pretendere di essere soddisfatto sull'ammontare di quanto questi deve al principale [19]. Oltre a ciò, il mandatario, del così detto *mandator* di un mutuo di danaro, acquista in seguito al mandato accettato due efficaci azioni: una contro il *mandator*, come ogni mandatario acquista l'*actio mandati contraria*, e contro il terzo la *condictio ex mutuo* sorta dal negozio con lui conchiuso.

L. 7 Cod. h. t. « Si litteras eius secutus, qui pecuniae actor fuerit, ei, qui tibi litteras traditit, pecunias credidisti: tam condictio adversus eum qui a tè mutuam sumsit pecuniam, quam adversus eum, cuius mandatum secutus es, mandati actio tibi competit. »

II. Finchè il mandato non sia sciolto, il mandatario può essere convenuto dal terzo, col quale egli ha contratto in conformità del mandato, naturalmente solo affinchè egli lo soddisfi coi beni del mandante che trovansi ancora presso di lui. Poichè giustamente dice HERT [20] *qui administratorio nomine contrahit solutionem promittere videtur*. Sciolto il mandato invece, non può più prender vita azione alcuna contro il mandatario, a meno che il mandatario non abbia contratto a nome proprio [21], o che si sia personalmente obbligato con intercessione [22], o per aver oltrepassato i limiti del mandato [23], o per aver gerito un affare illecito [24].

---

19) L. 30 Dig. *de procurat.* [3, 3]: « Actoris procurator, non in rem suam datus, propter impensas, quas in litem fecit, potest desiderare, ut sibi ex iudicatione satisfiat, si dominus litis solvendo non sit. »

20) *Diss.* cit. § 20.

21) Lo stesso dicasi per il caso nel quale il terzo contemporaneamente alla conclusione del contratto esplicitamente dichiarò, di aver riguardo al mandatario, e che si sarebbe attenuto a lui. L. 13 Cod. *si certum petat.* [4, 2].

22) L. 67 Dig. *de procurat.* [3, 3] L. 3 § 2 Dig. *de admin. rer. ad civitat. pertinent.* [50, 8].

23) Arg. L. 1 § fin. Dig. *Quod jussu* [15, 4]. L. 13 e 19 Dig. *Rem rat. haberi* [46, 8]. L. 6 §§ 1 e 2. L. 57 § 1 Dig. *De condictione indebiti* [12, 6]. CARPZOV, parte II const. XX def. 12 ed HERT, *Diss.* cit. § 18.

24) L. 11 § 3 Dig. *de iniur.* [47, 10]. Vedi THIBAUT, *Syst. des Pand. Rechts* § 873 e GÜNTHER, *Princip. juris romani priv. noviss.* tomo II § 1005.

§ 959.

Estinzione del mandato.

Il mandato presuppone da una parte: amicizia e volontà di prestar servigio, dall'altra: fiducia. Ora, poichè queste caratteristiche, in parte per essere personali, e per non trasmettersi quindi agli eredi, in parte per il verificarsi di circostanze imprevedute, e per la stessa mutabilità degli umani divisamenti, sono soggette ad esser facilmente cambiate; le leggi, provvidamente e in armonia colla natura delle cose, hanno stabilito le seguenti regole in riguardo alla estinzione del mandato. Il mandato si estingue:

I. PER LA MORTE DI UNO DEI CONTRAENTI, sia desso il mandante od il mandatario [25]). Così, morto il mandante, il mandatario non è autorizzato ad eseguire il mandato [26]) nè potrebbe essere a ciò costretto. Non è autorizzato poichè la volontà del mandante si spegne colla sua morte [27]); non è obbligato poichè in accordo colla natura di questo contratto può asserirsi che il mandatario volle prestare servigio al defunto, non anche ai suoi successori [28]). Da ciò consegue che i negozi compiuti dopo la morte del mandante sieno considerati compiuti senza mandato, di modo che gli eredi non sieno obbligati a riconoscerli validi [29]), e che in caso di morte del mandatario gli eredi suoi non siano autorizzati ad immischiarsi negli affari a lui affidati. Se essi pertanto ne intrapresero la trattazione, non ac-

---

25) § 10 I. *de mandato.* « Item si adhuc integro mandato [i. e. prima che il negozio affidato fosse intrapreso] mors alterius interveniat, id est vel ius qui mandaverat, vel illius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. »

26) L. 26 pr. Dig. h. t.: « Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte. » — L. 15 Cod. *cod.*: « mandatum re integra domini morte finitur. » Vedi GÜNTHER, *Princip. iur. civ. rom. priv. noviss.* tom. II § 1009 nota *e.*

27) L. 12 § 16 Dig. h. t.: « Quia extinctum est mandatum finita voluntate. » Vedi VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 15.

28) VINNIUS, *Comm. ad* § 10 I. *de mandato* num. 1.

29) Vedi BÖHMER, *auserlesene Rechtsfälle* 2 vol. 1.ª parte Resp. CXXVI n. 17 pag. 256.

quistano *actio mandati* [30]) neppure quando ciò avvenne per errore. *Neque oportet,* dice PAPINIANO [31]) *cum qui certi hominis fidem elegit ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.*

Sebbene le leggi pongano il principio che il mandato s'estingue per la morte del mandante, pure esse richieggono a ciò che:

1.° la morte del mandante sia avvenuta *integro adhuc mandato* o *re integra* [32]). Consegue da ciò che nella ipotesi contraria, quando cioè la *res* non era più *integra,* la *obligatio* e l'*actio mandati* restino tuttavia in vita. Per ben comprendere il significato di queste leggi è però necessario fare le seguenti distinzioni:

a) Da parte del mandante o dei suoi eredi il *mandatum* non è più *integrum,* quando al momento della morte del mandante il negozio era a tal punto che l'erede non avrebbe potuto, senza suo danno, continuarlo da sè od affidarlo ad un'altra persona [33]). Se, ad esempio, l'adempimento del mandato è vincolato ad un termine perentorio, e così breve che gli eredi del mandante non potrebbero, prima del suo decorso, aver notizia della avvenuta morte del loro *de cuius,* e provvedere altrimenti per l'esecuzione del mandato, il mandatario non potrebbe per la morte del mandante ritenersi sciolto dal mandato senza arrecare evidente pregiudizio agli eredi. Lo stesso dicasi per il caso che un tale, ammalatosi, avesse affidato ad un amico la cura di nutrire i suoi cavalli durante la sua malattia: se egli muore non potrebbe l'amico ritenersi sciolto dal mandato e lasciar morire di fame i cavalli, quando gli eredi del defunto fossero nella materiale impossibilità di conoscerne la morte subito. Gli è quindi equo ritenere che il mandante richiegga sempre tacitamente dal mandatario di adempiere il mandato anche dopo la sua morte (del mandante) ogniqualvolta gli eredi suoi non possano, con loro danno, eseguire il mandato od affidarlo ad altra persona. Poichè già nell'antico sistema giuridico

---

30) L. 27 § 3 h. t.: « Morte quoque eius, cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum; et ob id heres eius, licet executus fuerit mandatum, non habet mandati actionem. » Vedi anche L. 57 Dig. h. t. già interpretata, parte 8.ª, pag. 366 (Ed. ital. Lib. VI § 598).

31) L. 57 Dig. h. t.

32) VINNIUS, *Comm. ad* § 10 Inst. *de mandati* num. 3.

33) Arg. § 11 Inst. h. t. e L. 22 § ult. e L. 27 § 2 D. eod.

romano era indubbiamente ammesso che si potesse stipulare in proprio favore ed in favore dei proprî eredi [31]).

A conforto del fin qui detto mi sia permesso richiamare l'autorità del CONNANO [35]): « Rem non amplius integram, dice questo sommo giurista, intelligo, cum salva fide officii semel suscepti, et sine mandatoris aut eius heredum pernicie recedi a mandato non potest: veluti si mandasses mihi ut fundum tuum redimerem, et audita morte tua, qui peregre profectus esses, nec dum heres tibi ullus appareret, et instaret redemtionis dies, qua praeterita redimendi jus tolleretur: contra officium fecero, si non redimam. Res enim integra non est. Atque ita, uti pares erunt rationes, parius constituendum erit: ut cum est mandatum eiusmodi, quod inchoatum deseri quasi sine scelere non potest. Cuius rei et hoc addatur exemplum. Reliqui apud te servum aegrotantem, mandavique ut curares et aleres: si de morte mea resciveris, tamen magnum scelus facias, si servum destituas, et sinas fame necari. Namque in huius generis mandati tacita contrahentium voluntate videtur quodammodo actum, ut ne morte quidem mandantis terminetur mandatum, usque dum per alium provideri queat. »

b) Da parte del mandatario il mandato non è più *integrum* quando egli lo ha già condotto a tal punto, ed è per la sua esecuzione incorso in tali spese, che gli sarebbe impossibile ritrarsene [36]).

c) Per i terzi infine, col quale il mandatario ha contratto, la *res* non è più *integra* quando essi hanno già acquistato un diritto che non può più essere loro tolto.

2.° Il mandato deve essere tale da potersi e doversi adempiere durante la vita del mandante. Si comprende quindi che se il negozio affidato al mandatario fosse, per esplicito volere del mandante, da eseguirsi dopo la sua morte, non potrebbe con la morte del mandante estinguersi, chè anzi, alla pari di un fedecommesso [37]), esso riceve-

---

34) L. 38 §§ 12 e 14 Dig. *de verb. oblig.* [44, 7]. Vedi Franc. DUARENUS in *Comm. ad* h. L. *Oper.* pag. 742 e DONELLUS, *Commentar. iur. civ.* lib. XII cap. 17 § *In secundo genere.*

35) *Commentar. iur. civ.* Tom. II lib. VII cap. 14 fog. 567.

36) Vedi VINNIUS ad § 10 *Inst.* h. t. num. 3 in fin.

37) Che un tale mandato abbia delle affinità col fedecommesso non può dubitarsi; poichè GIUSTINIANO attribuisce alle formule: *mando* e *fidei tuae*

rebbe natura, vita e sostanza solo alla morte di quello. Vero è che fra gli antichi giuristi romani sembra fosse questione sulla validità di un tal mandato *post mortem mandantis exequendum,* poichè si contendeva in generale circa l'ammettere la validità di un contratto mediante il quale taluno si facesse promettere alcunchè per dopo la sua morte, come risulta dalla L. 11 Cod. *de contrahen. et committ. stipulatione.* Pare però che almeno per quanto riguarda il mandato già prima di GIUSTINIANO i giuristi romani fossero concordi nell'ammettere la validità di un *mandatum post mortem mandantis exequendum,* e la conseguente *actio mandati* risulta all'evidenza dai seguenti testi:

L. 12 § ult. Dig. h. t.: « Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere » [38]).

L. 13 Dig. *eod.:* « Idem est si mandavi tibi ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum. »

L. 27 § 1 Dig. *eod.:* « Si servum ea lege tradidero ut eum post mortem meam manumitteres, consistit obligatio » [39]).

L. 108 Dig. *de solutionibus:* « Ei qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur: quia talis est lex obligationis. »

Malgrado questi testi decisivi, Gerardo NOODT [40]) sostiene una opinione contraria a quella da noi esposta. Egli pone il principio, che in seguito alla regola che il mandato si estingue colla morte del mandante, non può ammettersi sia valido un mandato il quale debba secondo la volontà del mandante essere eseguito dopo la sua morte. Le leggi romane apportarono secondo NOODT una sola eccezione a

---

committo il medesimo significato: nel § ult. Inst. *de sing. rebus per fideicomm. reelict.* ed in generale in tutte le leggi le quali parlano di disposizioni fidecommissarie usano la parola: *mandare* o *mandatum imponere:* L. 77 § 24 Dig. *de leg.* II; L. 62 § 1 Dig. *ad SCtum Trebell.;* L. 74 pr. Dig. *eod.;* L. 123 § 1 Dig. *de leg.* [I, 3]; L. 1 § 1 Cod. *Comm. de manumiss.* [7,15]. In questo ultimo testo il fedecommissario è chiamato *mandator.*

38) NOODT, *Observat.* lib. II cap. 2 aggiunge in base a MSS. le parole: *ut perficiatur,* le quali trovansi anche nel *Cod. Pand. Erlang.*

39) BAUDOZA legge: *consistit. obligatio mandati.* Il *Cod. Erlang.* ha: *consistit obligatio.* Questa lezione combina coi *Basilici* tom. II pag. 148: Il BRENKMANN nel *Corpus iuris* Gottinghiano sostiene la lezione fiorentina.

40) *Observation.* lib. II cap. 1-3.

questo principio per il caso in cui oggetto del mandato fosse l'erezione di un monumento o l'acquisto di un terreno ove eseguire la sepoltura del mandante. A questo caso si riferiscono la L. 12 § ult. e L. 13 h. t., dovendosi in omaggio alla connessione fra le due leggi leggersi nella L. 13: *hereditario monumento* invece di: *heredibus meis* [41]). Che oltre a questi casi, nei quali evidentemente il rigore dei principî giuridici è attenuato da considerazioni religiose, il mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante non fosse valido, prova esplicitamente PAOLO nella L. ult. Dig. *de solut.* dove dice: « Ei autem, cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur: quia mandatum morte dissolvitur. » Ciò era ben consono al principio dell'antico diritto romano per il quale nessuna obbligazione od azione poteva prender vita *ab herede.* È vero che GIUSTINIANO abrogò colla L. *un.* Cod. *Ut actiones et ab herede et contra heredem incipiant* questo principio, ma la natura del mandato ne rimase immutata; poichè GIUSTINIANO conservò nel § 10 *Inst.* h. t. il principio dell'antico giure, per il quale colla morte del mandante si estingueva il mandato.

L'opinione del NOODT è seguíta da Everardo OTTO [42]) e da Bernardo Enrico REINOLD [43]), ma Giovanni IENSIO [44]) l'ha così fondamentalmente confutata che chi ha letto questo scrittore non può certamente convenire con quelli.

L'opinione del NOODT trae una apparenza di verità specialmente dalla L. ult. Dig. *de solut.* che dice: « Ei autem, cui jussu debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur: quia mandatum morte dissolvitur. »

---

41) NOODT, loc. cit. cap. 3 crede che negli antichi manoscritti si trovassero le abbreviazioni H. M. le quali male intese dagli amanuensi, furono tradotte in *hereditario monumento.* Ma già il WIELING, *Lection. iur. civ.* lib. II cap. II §§ 3 e 4 osservava che simili abbreviature non trovansi mai negli antichi. A ciò si aggiunga la concorde testimonianza di tutte le edizioni e di tutti i manoscritti delle Pandette; specialmente l'autorità dei *Basilici* tom. II p. 144 e si troverà assai dubbia l'emendazione del NOODT.

42) *Commentar. ad* § 10 Inst. *de mandato.*

43) *Diss. ad* L. 57 Dig. *Mandati* cap. I § 17 in *Opusculis iurid. a Iuglero ed.* pag. 251.

44) *Ad Romani iuris Pandect. et Codicem fricturae* (Lugd. Batav. 1764, 4) pagine 112-120.

Per verità non può negarsi che se PAOLO avesse realmente detto ciò che risulta dalle sue parole, l'opinione del NOODT troverebbe nel testo citato un valido sostegno. Ma tosto che si confronta il fondamento della legge col caso in essa deciso, gli è pressochè impossibile pensare che PAOLO volesse in essa trattare di un *mandatum post mortem mandantis demum exequendum*. Poichè se ciò fosse, come avrebbe egli potuto dire che colla morte del mandante si estingue il mandato, che dalla sua morte avrebbe dovuto prendere vita, e che per sua espressa volontà solo dopo la sua morte avrebbe dovuto essere adempiuto? Già il CUIACIO [45]) supponeva quindi nel testo una trasposizione di parole, e leggendo: « Ei autem, cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur » toglieva ogni difficoltà. Trattasi ora di giustificare questa emendazione. Veramente a ciò crederemmo sufficiente il ricordare che senza di essa la legge sarebbe inspiegabile, e che per essa ULPIANO sarebbe in contraddizione con sè stesso e con GAIO; ma essa ha inoltre in suo favore l'autorità di antichi manoscritti. Lodovico ROUSSARD [46]) prova nella sua edizione delle Pandette che il suo *liber manuscriptus* conforta la lezione Cuiaciana, la quale ha anche in suo favore, il che sfuggì alla diligenza del CUIACIO, l'autorità dei Basilici [47]). Nella traduzione greca infatti le parole di PAOLO suonano come segue: *εἰ δὲ ἐπιτρέφω τῷ χρεώσῃ μου καταβαλεῖν σοι, μετὰ θάνατόν μου, οὐ καχῶς δίδωσιν. ἡ γὰρ εντολὴ τῇ τελευτῇ μου λύεται* i. e. « Si autem iusserim debitorem meum solvere tibi, post mortem meam non recte solvit: nam mandatum morte mea solvitur » [48]). Così questa parte della L. 108 Dig. *de solutionibus* viene perfettamente accordata coll'altra parte da noi sopra citata; poichè in quella è parola di un mandato per il quale il mandatario doveva farsi promettere da un terzo, qualche cosa da solversi dopo la morte del mandante. Un simile mandato viene dichiarato valido ed il mandatario non solo

---

45) *Observat.* lib. I cap. 38.

46) Vedine le note ad ult. Dig. *de solut.* nella sua edizione. Lugduni 1560 f.

47) Tom. IV lib. XXVI tit. 5 Const. 108 pag. 171.

48) Il FABROTO, sviato dalla falsa lezione delle Pandette latine, traduce erroneamente: « Si vero iusserim debitori meo, ut tibi post mortem meam solveret non recte solvit. » La virgola che egli pone dopo le parole *μετὰ θάνατόν* deve essere posta prima di esse.

può pretendere dal terzo il pagamento, dopo la morte del mandante, ma se la stipulazione avvenne mentre il mandante era ancora in vita, non può il mandato essere revocato, ed il mandatario può esigere dal terzo il pagamento anche contro il volere del mandante, poichè egli ha acquistato colla stipulazione un diritto che non gli può più essere tolto [49]. A torto quindi secondo il mio avviso l'OTTOMANO [50], il MERILLIO [51], il WISSEMBACH [52], il FLORENZIO [53] ed il WIELING [54] respingono la emendazione del CUIACIO; e tanto meno è possibile convenire con loro in quanto la distinzione che essi fanno fra *mandatum quod in faciendo*, e *mandatum quod in solvendo consistit* non è evidentemente bastante a togliere la difficoltà.

Ci resta ora da sciogliere una difficoltà presentata dalla L. un. Cod. *Ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant.* In questa costituzione GIUSTINIANO dice: « Cum stipulationes et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recipimus [55]: consentaneum erat etiam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare: ab heredibus enim incipere actiones, vel contra heredes, veteres non concedebant, contemplatione stipulationum, caeterarumque causarum post mortem conceptarum. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam de medio tollere: ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes: ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur. »

Se dunque secondo il contenuto di questa legge, era regola dell'antico diritto romano che nè azione nè obbligazione alcuna potesse prender vita negli eredi la quale non fosse già sorta anteriormente nella persona del testatore; se fu GIUSTINIANO il quale primieramente abolì questa regola, come poteva per diritto classico ritenersi valido

---

49) L. 106 Dig. *de solut.* [46, 3]. Vedi SCHULTING, *Thes. controv.* dec. XLI thes. 7.

50) *Observation.* lib. XIII cap. 38.

51) *Variant. ex Cuiacio Interpretation.* lib. III cap. 20 et *Different. iuris* cap. 22.

52) *Exercitationes ad Pand.* parte I disputat. XXXII th. 19.

53) *Tractat. ad tit. Dig. et Cod. de solutionibus ad* L. ult. D. h. t. in *Operib. iurid. cura* LORBER e STOERCHEN, *edit.* tom. II pag. 455.

54) *Lection. iur civ.* lib. II cap. II § 5.

55) Ciò avvenne per la Cost. 11 Cod. *de contrah. stipulat.* [8, 37].

un mandato conferito in modo da dovere essere eseguito dopo la morte del mandante? Il BACHOVIO [56]) si trovò talmente imbarazzato di fronte a questa difficoltà, che a lui per primo, come egli dice, si presentava, che coraggiosamente confessò di non trovarvi altra risoluzione che di spiegare le parole: *post mortem meam* come aggiunte da TRIBONIANO, e il WISSENBACH sviato dalle sue considerazioni pone la L. 13 Dig. h. t. fra gli *Emblemata Triboniani.* Ma se questi scrittori avessero letto con attenzione solo il § 13 *Inst. de inut. stipul.,* dove GIUSTINIANO si riferisce a quella costituzione, si sarebbero persuasi che in essa non vuolsi affermare che nel diritto anteriore tutti i contratti coi quali alcuno si fosse fatto promettere alcunchè da un altro per il caso della sua morte, fossero considerati nulli, e che quindi nessuna azione od obbligazione avrebbe potuto prendere vita nella persona degli eredi [57]). No! GIUSTINIANO chiaramente dice contro qual principio si era ribellata l'antichità: « Post mortem suam DARI SIBI nemo stipulari poterat: non magis quam post eius mortem a quo stipulabatur. — Sed et si quis ita stipuletur: Pridie quam moriar, vel pridie quam morieris, dare spondes? » L'antichità s'atteneva qui allo stretto significato delle parole, e quindi naturalmente riteneva nulla una simile promessa. Ed infatti come mai potrebbe alcuno dare o ricevere alcunchè dopo la propria morte, quando non è più? Come si sarebbe potuto con una tale ristretta interpretazione della *stipulatio* attribuire un'azione agli eredi, o contro gli eredi? GIUSTINIANO volle, in accordo colle idee meno rigide del suo tempo, modificare l'interpretazione di simili stipulazioni. Ma dove è detto che l'antichità dichiarasse nullo anche un semplice contratto la cui esecuzione fosse rimessa dopo la morte del mandante a suo vantaggio o a vantaggio di un terzo? Perchè in questo caso non avrebbe dovuto sorgere negli eredi azione alcuna? Se vera è questa nostra opinione è completamente inutile cercar scampo dalla difficoltà rilevando collo SCHULTING [58]), WIELING [59]) e POTHIER [60]) che forse la *res* non era più *integra*

---

56) *Notae et animadversiones ad Treutlerum* vol. I disput. XXVII th. 6 lit. *C.*

57) HUBER, *Eunom. rom.* ad L. 12 § ult. e L. 13 Dig. h. t. §§ 3 e 4 pag. 604 ha efficacemente svolto questi concetti contro il BACHOVIO.

58) *Thesium controvers.* Dec. LXI th. 8.

59) *Lection. iur. civ.* lib. II cap. II § 4.

60) *Pand. Iustin.* tom. I h. t. num. LXXVIII nota *e.*

perchè ULPIANO nella L. 12 § ult. Dig. h. t. dice: « maxime si jam quaedam ad faciendum paravit, » e che inoltre il mandatario avrebbe potuto durante la vita del mandante chiedergli una anticipazione per l'esecuzione del mandato.

3.° È necessario che il mandatario sappia della morte del mandante. Se quindi il mandatario ha eseguito il mandato dopo la morte del mandante, senza saperne nulla e senza aver potuto averne notizia, si concede l'*actio mandati* affinchè nè il mandatario nè il terzo col quale egli ha contratto abbiano a subirne danno. Su questo punto sono decisivi i seguenti testi:

§ 10 Inst. *de mandato:* « SED UTILITATIS CAUSA [61]) receptum est, si EO MORTUO qui tibi mandaverat TU IGNORANS EUM DECESSISSE, executus fueris mandatum posse te agere MANDATI ACTIONE. Alioquin JUSTA ET PROBABILIS ignorantia tibi damnum adferret. »

L. 26 pr. e § 1 Dig. h. t.: « Mandatum solvitur morte (i. e. mandatoris): si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem UTILITATIS CAUSA DICITUR. JULIANUS quoque scripsit mandatoris morte solvi mandatum, sed OBLIGATIONEM ALIQUANDO DURARE. — § 1. Si quis debitori suo mandaverit ut Titio solveret, et debitor MORTUO EO cum id ignoraret, solverit, liberari eum oportet. ».

L. 77 § 6 Dig. *de leg.* II: « Maevio debitori suo reus stipulandi mandavit, ut Titio, cui mortis causa donabat, pecuniam debitam solverit: cum sciens dominum vita decessisset Maevius pecuniam dedisset, non esse liberationem secutam constitit; nec si Maevius solvendo non esset, in Titium actionem solidi vel jure Falcidiae dandam esse; quia MORTIS CAUSA COEPISSE NON VIDETUR [62]). Diversum probandum foret,

---

61) THEOPHILUS in *Paraphras. graec. Instit.* traduce queste parole così: διὰτὸ φύσει δίκαιον, i. e.: *propter naturalem aequitatem.* La parola *utilitas* viene in questo senso contrapposta alla *stricta juris ratio,* come risulta dal § 10 Inst. h. t. e dalla L. 43 Dig. *de relig.* Vedi BRISSONIUS, *de verb. significatione sub. voc. Utilitas.*

62) Senza ragione rimprovera qui PAPINIANO il WESTPHAL nella sua esposizione sistematica dei legati e fedecomessi § 1506. Poichè il debitore aveva ricevuto mandato dal suo creditore di pagare a Tizio la somma da lui dovuta, al quale la destinava come donazione a causa di morte; così egli non poteva dopo aver saputo della morte del mandante pagare il suo debito a Tizio, poichè il mandato si era sciolto colla morte del mandante. Il pagamento essendo avvenuto ad una persona alla quale non doveva essere fatto, non libe-

si Maevius ignorans dominum pecuniam errore lapsus dedisset: tunc enim portio jure Falcidiae revocaretur. »

L. 19 § 3 in fin. Dig. *de solution.:* « Si mandavero Tibi, ut pecuniam Titio des, cui donare volebam et tu, IGNORANS ME MORTUUM, hoc feceris: habebis adversus heredes meos mandati actionem. SI SCIENS non habebis. »

L. 58 Dig. *mandati:* « Si praecedente mandato Titium defenderes, quamvis MORTUO EO, cum hoc IGNORARES; ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio, solvitur. »

Diversa questione consiste nel vedere se il negozio conchiuso dal mandatario per ignoranza dell'avvenuta morte del mandante sia valido per sè, e se quindi anche allora abbia luogo un'azione contro gli eredi quando il riconoscere la validità del negozio conchiuso non abbia per risultato di evitare un danno, ma di attribuire un vantaggio al terzo col quale il mandatario per errore ha contratto. Gli scrittori sono di diversa opinione. Alcuni [63]) stanno per la validità assoluta, altri [64]) solo per la validità relativa. Ma quest'ultima opinione merita

---

rava quindi il debitore. A ciò si aggiunga che la *donatio mortis causa* non era per questa ragione efficace per Tizio, perchè il creditore aveva dato mandato al suo debitore di pagare il suo debito a Tizio come donazione a causa di morte. E non era efficace perchè la donazione a causa di morte richiede l'accettazione del donatario. L. 38 Dig. *de mortis causa donat.* Tanto meno poteva dunque il mandato essere eseguito dopo la morte del creditore in quanto in quel momento non esisteva alcun fondamento del diritto quindi anche nessuna *causa solutionis.* Vedi Ant. FABER, *de erroribus pragmatic.* Decis. III Err. 3 e Dec. XLIV Err. 2. — CUIACIUS, lib. VIII *Responsorum Papiniani ad* L. 77 § 6 Dig. *de legat.* 2 *in Operibus. posthum.* tom. I pag. 336 edit. Fabroti, Paris 1658. — FINESTRES, *Hermogenianus* pag. 711.

[63]) WOLF, *Iur. natur.* tom. IV § 759. — HUBER, *Praelection. ad Inst.* h. t. § 10. — HOFACKER, *Princip. jur. rom. germ.* tom. III § 2015. — DABELOW, *Handbuch des heut. röm. deutsch. Privatrechts* II § 1291. — GÜNTHER, *Princ. iuris rom. priv. nov.* tom. II § 1009. — BUCHNER, *Versuch einer Theorie des Vollmachtsvertrages* § 118.

[64]) D'AVEZAN, *Contractuum* lib. II tract. IV § *Eo tamen casu* pag. 117. — — BÖHMER, *auserlesene Rechtsfälle* vol. II parte I respon. 126 qu. 2 num. 16 pag. 255 e seg. — BECMANNORUM, *Consilia et Decisiones* parte I Consil. VIII num. 9 pag. 165, e specialmente WESTPHAL *rechtl. Abhandl. von der Gültigkeit einer Handlung, die ein Anwaldin Vollmacht verrichtet, da der Principal schon vorher die Vollmacht wiederrufen, oder gestorben, wovon jedoch der Anwald keine Wissenschaft erhält.* Halle 1784, 4.

senza dubbio la preferenza. Poichè l'errore, in quanto merita giuridicamente scusa, può proteggere da danni, ma non può mai attribuire dei diritti. Così quando il mandatario ha eseguito il mandato, ignorando la morte del mandante, non deve per ciò subire danno, ma neppure può il terzo, col quale il mandatario per errore contrasse, trarre dal negozio conchiuso alcun vantaggio a danno degli eredi del mandante. Si supponga che Tizio abbia dato a Caio mandato di comprare degli oggetti preziosi; il quale ignorando la morte di Tizio eseguisca la compera e ne paghi il prezzo. In questo caso non si può negare a Caio l'azione contro gli eredi del mandante. Ma se invece la vendita non fosse già stata eseguita, il venditore non avrebbe alcuna azione contro gli eredi del mandante, in quanto non potesse provare un danno speciale, che a lui proverrebbe se gli eredi non mantenessero la vendita. Questa opinione viene anche maggiormente confermata dalle eccezioni che le leggi arrecano in certi casi quando il mandato non resta estinto per la morte del mandante. Così quando il mandato si riferisca alla costituzione di una dote o alla manomissione di uno schiavo. Per quel caso ULPIANO dice:

L. 9 § 1 Dig. *de iure dotium:* [23, 3] « Sed benignius est, favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei, quod defunctus fecit. »

E per il caso in cui il mandato avesse per oggetto la manomissione di uno schiavo GIULIANO insegna:

L. 4 pr. Dig. *de manumiss. vindicta:* [40, 2] « Si pater filio permiserit servum manumittere, et interim decesserit intestato, deinde filius, ignorans patrem SUUM MORTUUM, libertatem imposuerit: libertas servo, favore libertatis, contingit, cum non appareat mutata esse domini voluntas. »

Infine:

4.° Il mandato deve essere *in rem alienam.* Se quindi il mandatario è un *procurator in rem suam,* non cessa colla morte del mandante la *causa* dalla quale dipende la validità del mandato, ed il mandato stesso non cessa. Si ponga il caso [65]) che un tale abbia ceduto ad un altro un suo credito mediante vendita o donazione, e gli abbia

---

[65]) Vedi Jan. a COSTA, *Commentar. ad* § 10 Inst. *de mandato:* ad verb. *solvitur mandatum.*

quindi dato mandato di riscuoterlo: cesserà questo mandato colla morte del mandante? No; anche se questa avvenga prima che il mandatario abbia intentato l'azione. Solo affinchè abbia luogo contro il debitore l'*actio directa* il mandante non deve esser morto senza eredi; altrimenti non potrebbe concedersi che un'*actio utilis,* la quale nel diritto nuovo spetta ad ogni cessionario in nome proprio. In tal guisa devesi, secondo CUIACIO [66]), intendere la L. 1 Cod. *de oblig. et action.,* nella quale l'imperatore GORDIANO così rescriveva ad una certa Valeria:

« Data certae pecuniae quantitate ei, cuius meministi, in vicem debiti actionem tibi adversus debitorem pro quo solvisti, dicis esse mandatam; et antequam eo nomine litem contestareris [67]), SINE HEREDE creditorem fati munus implesse proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit. »

Questa Valeria aveva pagato ad un creditore un debito nella vece del debitore, stimando di acquistare così *quasi pretii loco* il credito stesso. Il creditore infatti le cedette la sua azione contro il debitore mediante mandato; ma morì prima che Valeria avesse intentata l'azione, e morì senza eredi. Si domandava allora se il mandato dovesse considerarsi sciolto. Se il mandante avesse lasciato degli eredi la risposta avrebbe dovuto indubbiamente essere negativa; poichè essendo dipendente il mandato da una *causa praecedens,* cioè la compera conchiusa sul credito, non poteva estinguersi colla morte del creditore, allo stesso modo che con questa non si estingueva la *causa* da cui dipendeva la sua validità [68]). La Valeria avrebbe quindi potuto agire *actione directa* in base alla cessione, ed *actione utili* in nome proprio. Ma il mandante era morto senza lasciare eredi; conseguentemente il mandato si era a stretto rigore di diritto estinto. La Valeria non poteva quindi agire che *actione utili,* azione che spetta in generale in proprio nome ad ogni compratore di crediti [69]).

---

66) *Observat.* lib. II cap. 31.

67) Se al tempo della morte del mandante il procuratore aveva già contestato la lite, egli era diventato (pei principii del diritto romano) *dominus litis* e poteva come tale continuare la lite anche dopo la morte del suo principale. L. 23 Cod. *de procuratoribus* [2, 12].

68) L. 33 Cod. *de donationib.* [8, 53].

69) L. 2 Cod. *de oblig. et action.* [4, 10]. L. ult. Cod. *Quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores convenire possit.*

Gli stessi principî valgono per il caso della morte del mandatario, a condizione però che egli sia morto *integro adhuc mandato,* nel qual caso il mandato si scioglie colla sua morte. In altri termini la morte del mandatario deve essere avvenuta prima che egli abbia subìto delle spese in causa del mandato, o che abbia assunto delle obbligazioni [70]). Poichè se al tempo della sua morte la *res* non era ancora *integra*, il mandato passa negli eredi, come risulta dai seguenti testi:

L. 37 § 3 Dig. h. t.: « Morte quoque eius, cui mandatum est, si is integro adhuc mandati decesserit, solvitur mandatum. »

L. 14 pr. Dig. *eod.:* « Heredem fidejussoris, si solverit, habere mandati actionem, dubium non est. Sed si vendiderit hereditatem, et emtor solverit, an habeat mandati actionem, quaeritur? Et JULIANUS libro XIII scribit, idcirco heredem habere mandati actionem, quia tenetur judicio ex emto, ut praestet actiones suas, idcirco competere ex emto actionem, quia potest praestare. »

§ 1 *eiusd.* L.: « Si fidejussori duo heredes extiterint, et alter eorum a coherede emerit hereditatem, deinde omne, quod defunctus fidejusserat, stipulatori solverit, habebit aut ex stipulatu aut ex emto obligatum coheredem suum: idcirco is mandati actionem habebit. »

Se quindi e. g. il mandatario avesse, in conformità al mandato, prestato fidejussione per il mandante, il mandato alla sua morte non sarebbe più *integrum.* Poichè egli si è già obbligato come fidejussore al creditore del suo mandante, per il pagamento del debito. L'erede può quindi pagare e l'*actio mandati* è senza dubbio fondata [71]). Ma che dovrà dirsi per il caso in cui l'erede del fidejussore avesse venduto la eredità del suo testatore e il compratore avesse pagato il creditore? Potrà anche in questo caso l'erede del fidejussore agire contro il mandante del suo testatore?

Sembra a prima giunta che egli non vi abbia più alcun interesse, poichè non egli ma il compratore ha pagato il debito: inoltre egli ha appunto a questo ceduto tutto il suo diritto ereditario, il com-

---

[70]) Vedi CONNANUS, *Comment. iur. civ.* tom. II lib. VII cap. 14 pag. 567 e seg. — COCCEJI, *juris civilis controvers.* h. t. Quaest. 18.

[71]) L. 47 Dig. *de cond. ind.* [12, 6]. — DONELLUS, *Commentar. jur. civ.* lib. XIII cap. 13.

pratore è sottentrato nel posto dell'erede: *nam emtor hereditatis vicem heredis obtinet* [72]). Ma il venditore di una eredità rimane tuttavia erede, anche se egli più non possegga l'eredità: *Semel heres, semper heres manet;* egli può quindi ancora intentare l'*actio mandati,* poichè egli è l'erede del fidejussore che l'avrebbe potuta intentare [73]). E senza dubbio può intentarla nel suo interesse, poichè egli può essere convenuto coll'*actio emti* dal compratore dell'eredità, e costretto così a cedere l'*actio mandati* e a pagare quanto quegli ha dovuto pagare in forza del mandato [74]). Lo stesso avviene quando il fidejussore lascia due eredi, uno dei quali, dopo aver venduto la sua parte di eredità all'altro, paga l'intero debito. Anche qui può ancora il venditore intentare l'*actio mandati.* Veramente il FABRO [75]) vorrebbe riferire le parole: *idcirco is mandati actionem habebit* al compratore della eredità, poichè solo questi, dice egli, potrebbe muovere l'*actio mandati* per l'intero, in parte in forza della sua quota ereditaria, in parte in forza della cessione dell'altra quota a lui fatta dal coerede, mentre il venditore al contrario non potrebbe mai muovere l'azione per l'intero. Ma poichè il compratore è obbligato a cedere al compratore della sua quota le sue azioni, così lo si deve considerare come se egli avesse già pagato il debito [76]).

Il mandato si scioglie inoltre colla revoca, sulla quale valgono le seguenti regole.

1. Il mandante può revocare il mandato a suo piacere finchè la *res* è *integra.* Poichè nel conferimento del mandato non è inclusa obbligazione di sorta per il mandante di fare assolutamente eseguire il mandato dal mandatario e da lui soltanto, ma solo è in esso inclusa l'obbligazione di risarcire i danni [77]). Il mandatario inoltre non ha alcun altro interesse ad eseguire quel mandato che accettò per amicizia e

---

72) L. 2 § 18 Dig. *de her. vel action. vendita* [18, 4].

73) L. 7 § 10 in fin. Dig. *de minoribus* [4, 4] e L. 88 Dig. *de heredib. instituendis* [28,5].

74) Vedi FABER, *Rational. in Pand. ad* L. 14 pr. Dig. h. t. e POTHIER, *Pand. Iustin.* tom. I h. t. num. LXXV nota *c* pag. 473.

75) *Rational. in Pand.* ad L. 14 § 1 Dig. h. t.

76) POTHIER, *Pand. Iustin.* h. t. num. LXXV nota *b* pag. 474.

77) LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 38.

senza rimunerazione. Conseguentemente è detto nel § 9 Inst. *de mandato:* « Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res fit, revocatum fuerit, evanescit. » E così ULPIANO nella L. 12 § 16 Dig. h. t.: « Si mandavero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutavero, — cessare mandati actionem: quia extinctum est mandatum finita voluntate. » Se però la revoca avvenisse dopo che il mandatario avesse già subìto delle spese, o avesse già assunto delle obbligazioni, il mandato si scioglie egualmente, in quanto il mandatario non può più agire, ma l'*actio mandati contraria* già sorta non viene meno [78]. La revoca può del resto avvenire tacitamente od esplicitamente. Si ha revoca tacita: *a*) quando il mandante ha affidato ad un secondo la cura del medesimo negozio, che prima aveva affidato a Primo. Con questo atto è tacitamente revocato il primo mandato [79]. Così pure: *b*) quando egli prende a trattare da sè l'affare che aveva prima affidato a Tizio [80], — *c*) quando nel frattempo sono sopravvenute tali circostanze da far sì che il mandante non abbia più interesse all'esecuzione del mandato, semprechè queste circostanze sieno note al mandatario [81]. Colla revoca il mandato viene sciolto di tal guisa che tutto ciò che il mandatario ha compiuto dopo di essa, anche se non ne ebbe notizia, si considera a stretto rigor di diritto, nullo. Come però sarebbe molto ingiusto che il mandatario, per la sua scusabile ignoranza, o che il terzo, senza colpa, dovessero in causa della revoca subir danno, così non solo si accorda *aequitatis causa* al mandatario l'*actio mandati contraria,* al pari che nel caso in cui il mandato si fosse, lui ignorante, estinto per la morte del mandante, ma anche i negozî da lui compiuti coi terzi, ignorando la revoca, sono ritenuti validi in quanto si tratti semplicemente di liberarlo da una obbligazione, dalla quale egli non potrebbe a rigor di dritto essere altrimenti liberato in causa della avvenuta revoca. A conferma di questo principio valgono i seguenti testi:

---

78) Vedi Eguin. BARO *Comm. ad lit. I de mand.* pag. 332. — Arn. VINNIO *Comm. ad* § 9 *Inst.* cod. — Petr. MÜLLER *ad Struvium* Exerc. XXII th. 17 not. 8.

79) L. 31 in f. *D. de procur.* [3,3]. Cap. penult. X cod.

80) Cap. 3 Cod. h. t.

81) Arg. L. 41 pr. D. *de rebus cred.* [12, 1] § 10 in fin. h. t. L. 38 pr. Dig. *de solutionib.* Vedi VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 17. — LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. § 38.

L. 15 Dig. h. t.: « Si mandassem tibi ut fundum emeres, postea scripsissem ne emeres, tu, antequam, scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero; ne damno adficiatur is, qui suscipit mandatum. »

§ 10 Inst. *eodem:* « Et huic simile est quod placuit, si debitores manumisso dispensatore [82]) Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: eum alioquin strictu iuris ratione non possent liberari, quia alii solvissent quam cui solvere debuerunt. »

L. 12 § 2 Dig. *de solut.* [46, 3]: « Sed et si quid mandaverit ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor. »

L. 34 § 3 Dig. *eodem:* « Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea; *debitores ei solvendo, liberabuntur.* Nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intelligitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant. »

Però, che in caso di revoca del mandato avvenuta prima della sua esecuzione, ignorante il mandatario, il negozio sia invalido in quanto per esso voglia il terzo non già evitare un danno, ma trarre un lucro, provano le seguenti leggi:

L. 4 pr. Dig. *de manumiss. vindicta* [40, 2]: « Sin autem ignorante filio vetuisset pater per nuncium, et antequam filius certior fieret, servum manumississet: liber non fit. Nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat durare oportet patris voluntatem; nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre filium manumississe. »

Cap. 9, X *de procurat. in 6to:* « Procurator non aliter censetur idoneus ad matrimonium contrahendum quam si ad hoc mandatum habuerit speciale. – Sane si procurator, antequam contraxerit, a domino fuerit revocatus, contractum postmodum matrimonium ab eodem (licet tam ipse, quam ea, cum qua contraxerit, revocationem huiusmodi penitus ignorarent) nullius momenti existit. »

L. 41 Dig. *de reb. cred.* [12, 1]: « Nam et si tibi in hoc dederim

---

[82]) Si chiama *dispensator* il servo che cura gli affari pecuniari del suo padrone, che ne riscuote il danaro, e lo dà a mutuo. Vedi THEOPHILUS, *Paraphr. graec. Inst.* ad. h. §. La manomissione di questo schiavo doveva esser considerata come una specie di revoca degli affari a lui affidati. Vedi VINNIUS ad § 10 Inst. h. t. num. 5.

nummos, ut eos Sticho eredas, deinde, mortuo me ignorans dederis, accipientis non facies. Neque enim sicut illud receptum est, ut debitores solventes ei liberentur, ita hoc quoque receptum, ut credendo nummos alienaret. »

L. 25 § 14 Dig. *de acquir. vel omitt. hereditate* [29, 2]: « Sed si posteaquam jussit poenitentiam egit, prius quam adiret, nihil agit adeundo. »

Malgrado l'evidenza di questi testi il LEYSER [83]) professa una opposta opinione. Egli pone il principio che la revoca del mandato non produce effetto alcuno finchè non sia giunta a conoscenza del mandatario. Egli si richiama all'autorità di STRYK [84]) e crede essere talmente fondata la sua opinione per le L. 26 § 1 Dig. *Mandati* e L. 17 Dig. *de officio praesidis* e cap. 33 X *de rescript.* da doversi considerare come eccezionali tutti i testi da noi sopra recati. Ma che all'opposto tutti i testi citati dal LEYSER non riguardino menomamente la nostra controversia è già stato così luminosamente dimostrato dal WERNHER [85]) e dal WESTPHAL [86]), si che sarebbe tempo perduto insistervi ancora. La generica *ratio decidendi* contenuta nei testi contrarî all'opinione del LEYSER mostra bensì che alla nostra regola non devono arrecarsi eccezione di sorta [87]).

Si danno anche casi nei quali il mandante non può più revocare il mandato. E cioè: *a*) quando il mandante ha ceduto al mandatario un credito costituendolo *procurator in rem suam* [88]). Pure finchè il mandatario non ha notificato la cessione al debitore, nè ha da lui ricevuto una parte del debito.... nè l'ha citato, nè con lui ha contestata la lite, può il mandante, il quale a rigor di dritto è tuttora proprietario dell'azione ceduta, agire contro il debitore, anche dopo la cessione, come pure può il debitore fino

---

83) *Meditat. ad Pand.* vol. III Specim. CLXXX medit. 4.

84) *Us. mod. Pand.* h. t. § 7.

85) *Lectiss. Commentation. in Pand.* h. t. § 26 pag. 616 e seg.

86) *Rechtliche Abhandl. von der Gültigkeit einer von einem Anwald nach dem Wiederruf der Vollmacht oder erfolgten Tode des Principals aus Unwissenheit verrichteten Handlung.* §§ 10-16.

87) Cfr. WERNHER, *Select. Observat. forens.* tom. II parte VIII observ. 488 num. 2 e MÜLLER, *Observ. pract. ad Leyserum.* tom. II fasc. 1 obs. 375.

88) L. 25 in fin. L. 55 Dig. *de procurat.* [3, 3]. VOET, *Comment.* h. t. § 17.

a questo momento validamente pagare al cedente [89]); però questi dovrà poi consegnare al mandatario quanto in tal guisa ebbe a riscuotere [90]). Poichè il mandante non può più togliere al mandatario il diritto cedutogli, nè renderlo illusorio mediante revoca [91]). Quindi può anche in questo caso il mandatario, senza bisogno di cessione, a norma del rescritto di ANTONINO PIO, agire *utiliter* in nome proprio [92]); dal che consegue naturalmente che quando mandante e mandatario concorrano ad intentare l'azione, a questo spetta la preferenza [93]); *b*) quando il mandato ha per oggetto la trattazione di un processo. Un tale mandato non può per diritto romano, contestata la lite, essere revocato senza giusti motivi [94]). Ma poichè ciò è indubbiamente dovuto al *dominium litis,* il quale secondo i principî del diritto romano ed anche del diritto canonico si acquistava al procuratore per mezzo della *litis contestatio,* il che non avviene più per diritto moderno, così questa eccezione non trova più applicazione [95]).

2. Anche il mandatario può rinunciare al mandato finchè la *res* è *integra* [96]). Pure egli può rinunciarvi solo finchè il mandante sia in grado di intraprendere il negozio da sè, o di affidarlo ad un altro, finchè quindi la rinuncia non riesca dannosa al mandante. Se la disdetta non è avvenuta a tempo debito, il mandatario è responsabile di fronte al mandante per i danni da lui subìti in quanto egli non sia in grado di addurre un motivo giuridico a propria scusa.

---

89) L. 3 Cod. h. t. L. 3 Cod. *de novation.* Si vegga specialmente DONELLUS, *Comm.* ad L. 3 Cod. h. t. pag. 371 e seg.

90) L. 23 § 1 Dig. *de hered. vel action. vend.* [18, 4]. Vedi FINESTRES, *Hermogenianus* pag. 462 e seg.

91) L. 13 § 1 Dig. *de pactis* [2, 14].

92) L. 16 pr. Dig. *de pactis* [2, 14], L. 7, L. 8 Cod. *de hered. vel action. vendita* [18, 4]. Vedi NOODT, *Comment. ad Dig.* tit. *de hered. vel action. vendita* § ultimo.

93) L. 55 *de proc.* [3, 3]. BACHOVIUS, *Tr. de actionibus* Disp. IV § 3 e VOET, *Comment. ad Pand.* lib. XVIII tit. 4 § 15.

94) L. 17 e seg. L. 25 Dig. *de proc.* [3, 3] cap. 13, X *de procurat.* cap. 2 *eodem in 6to.* VOET, *Comment. ad Pand.* libr. III tit. III § 23.

95) Vedi BOEHMER, *Iur. eccles. Protest.* lib. I th. 38 § 52. — STRUBENS, *rechtliche Bedenken* Th. 5 Bed. 25.

96) D'AVEZAN, *Contractuum* lib. I cap. 12 § *Evenit.* pag. 28. — NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. § *Non minus* pag. 374 e specialmente FINESTRES in *Hermogeniano* pagine 444-449.

§ 11 *Inst.* h. t.: « Mandatum non suscipere cuilibet liberum est; susceptum autem consumandum est, aut quam primum renunciandum, ut per semetipsum aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuncietur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi: nihilominus mandati actio locum habet; nisi justa causa intercesserit, aut non renunciandi, aut intempestive renunciandi. »

L. 22 § 11 Dig. *eodem:* « Sicut autem liberum est mandatum non suscipere ita susceptum consumari oportet, nisi renunciatum sit. Renunciari autem ita potest, ut integrum jus [97]), mandatori reservetur vel per se, vel per alium eandem rem commode explicandi: aut si [98]), redundet in eum captio [99]), qui suscepitma ndatum. Et quidem si ei, cui mandatum est ut aliquid mercaretur, mercatus non sit, neque renunciaverit, se non emturum, idque sua non alterius culpa fecerit: mandati actione teneri eum convenit. Hoc amplius tenebitur (*sicuti Mela quoque scripsit*), si eo tempore per fraudem renunciaverit, cum iam recte [100]) emere non posset. »

---

97) *Ius* significa qui *potestas,* facoltà possibilità. I *Basilici* tom. II pag. 146 traducono δυνάται.

98) Invece di *aut si* il Codice di Erlangen ha *si non.* Così anche BAUDOZA. Anche JENSIUS ritiene che questa sia la vera lezione [*Strictur. ad rom. iuris Pand. et Cod.* pag. 121]. Il senso completo è dunque secondo il JENSIUS: *aut, si non sc. integrum jam id sit mandatori.* In ciò conviene HAUBOLD [*Diss. de Fabio Mela Icto eiusque fragmentis* § 11] il quale così completa il frammento: *aut si justo tempore non renunciaverit.* Non altrimenti ha compreso questo testo la Glossa.

99) *Captio* ha qui il significato di *damnum* o *detrimentum.* JENSIUS, loc. cit. spiega così queste parole: « ut redundet in eum restitutio damni, quod passus est mandator ob susceptum mandatum non peractum. » In ciò conviene anche HAUBOLD dicendo: « omne damnum et detrimentum ipsi imputabitur. » Questa spiegazione è confortata dalle parole che seguono. Diversa è pertanto la spiegazione di POTHIER, *Pand. Iustin.* tom. I num. 80 nota *g* pag. 474. Egli dice: « Hic alter casus est, quo mandatarius non tenetur exequi mandatum, quod suscepit; scilicet si quid ex improviso supervenit, propter quod non sine magna sua captione, id est sine magno incommodo illud exequi non possit; puta adversa valetudo, necessaria peregrinatio. » Con questa spiegazione si conserva la lezione fiorentina.

100) *Recte emere* significa qui contrarre una compera vantaggiosa: *male emere* significa al contrario comprare ad un prezzo troppo elevato. CICERONE *ad. Quint. Fratr.* lib. I Ep. 1. Vedi SCHELLERS, *Wörterbuch* sub voc. *Recte.*

Se il mandatario dopo avere accettato il mandato s'avvede di non poterlo per qualsiasi ragione eseguire, deve tosto avvisarne il mandante affinchè questi possa, se voglia, conferirlo ad un altro. Se egli tralascia di far ciò, o se lo fa troppo tardi, è obbligato a rifare al mandante tutti i danni che ne ha risentito, a meno che non avesse potuto avvisarlo per giusti motivi.

L. 27 § 2 Dig. h. t.: « Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non potest: alioquin, quanti mandatoris intersit, damnabitur. Si vero intelligit, explere se id officium, non posse, id ipsum, cum primum poterit, debet mandatori nunciare: ut is si velit, alterius opera utatur. Quod si cum possit nunciare, cessaverit, quanti mandatoris intersit tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nunciare, securus erit. »

Giusti motivi di scusa sono a considerarsi le malattie, l'inimicizia sorta fra mandante e mandatario, viaggi necessarî, azioni frustranee per l'insolvenza del debitore o per una eccezione perentoria del medesimo, od anche inefficace azione di regresso contro il mandante per casuale impoverimento, quando l'oggetto del mandato consisteva nel fare per lui pagamenti ad un terzo ed altri casi simili.

L. 23, 24, 25 Dig. h. t.: « Sane si valetudinis adversae vel capitalium inimicitiarum, seu ob inanes rei actiones [1]), seu ob aliam iustam causam excusationes alleget, audiendus est. »

---

[1]) Baudoza legge qui *immanes* e dalla Glossa risulta che anche Accursio deve aver seguìto questa lezione, la quale tuttavia non rende un giusto senso. Inanes rei actiones [dice invece il Finestres in *Hermogeniano* ad h. l. § 8 pagina 448]: sunt, quas vel inopia vel exceptio debitoris excludit. » L. 6 Dig. *de dolo malo* [4, 3]. L. 117 Dig. *de reg. iur.* [50, 17]: « Ideoque si mandatarius non convenerit reum, qui ob summam inopiam iudicato facere satis non poterat, in justam excusationem habebit omissae executionis mandati, quod si implevisset, inutilibus sumtibus onerasset mandatorem cuius periculo aut damno illud fecisse mandatarius. » L. 51 Dig. *de pec.* [15, 1]. L. 1 Cod. h. t.: « Tuebitur etiam causa inopiae mandatum eum, qui post mandatum susceptum de solvendo rescivit, se ab eodem recuperare propter nimiam egestatem non posse quod illius creditori de suo forte solvisset: neque enim officium gratuitum et ex amicitia alteri praestitum damnosum ipsi esse debet exibenti. » L. 61 § 5 Dig. *de furt.* [43, 2]. L. 3 § ult. Dig. *de testib.* [22, 5]. Pothier in *Pand. Iustin.* tom. I h. t. num LXXX, nota *h* spiega le parole: *inanes rei actiones* così: « *id est,* dice egli, quia mandatore in paupertatem delapso, mandatarius inanes actiones haberet ad repetendas ab eo impensas, quas faceret. »

PAULUS, *Sentent. Rec.* libro II tit. 15 pr. [2]): « Ob subitam valetudinem, ob necessariam peregrinationem, ob inimicitiam et inanes rei actiones [3]) aut integra adhuc causa [4]) mandati negotio renunciari potest. »

Del resto nota STRUBEN [5]), non senza fondamento, che la prescrizione dell'*actio mandati,* colla quale il mandante chiede il risarcimento dei danni al mandaiario, comincia a decorrere dal momento nel quale si è manifestato il danno dovuto.

§ 960.

Differenze fra il mandato ed un semplice consiglio od una semplice raccomandazione.

Resta infine a determinarsi come si distingua il mandato da un semplice consiglio o da una semplice raccomandazione [6]).

1. Si dà un consiglio quando si dà a conoscere ad un altro, ciò che si riterrebbe opportuno di fare, e si farebbe essendo nelle sue condizioni. Il consiglio riguarda quindi esclusivamente quello cui è dato; il consigliere non vi ha alcun interesse proprio, mentre invece il mandante conferisce il mandato o nell'interesse proprio, o nell'interesse proprio ed in quello del mandatario, od infine nell'interesse di un terzo. Un semplice consiglio non produce quindi in sè e per sè alcun rapporto giuridico, nè in chi lo dà nè in chi lo riceve; quegli

---

2) SCHULTING, *Iurisprud. Antejust.* pag. 289.

3) RITTERSHUSIUS ad PAULUM c. l. alle parole *inanes rei actiones* osserva: *ob debitoris inopiam ut in* L. 6 Dig. *de dolo malo* [4, 3]: *Idem vero erit, si quamvis alia ratione actio perierit.*

4) La lezione comune è veramente *integra adhuc causa.* Ma poichè queste parole collegate colle precedenti danno un senso evidentemente falso, il NOODT, *Comm.* ad Dig. h. t. § *Non minus* da noi seguìto emendava il testo aggiungendo la parola *aut.* Il RITTERSHAUSEN invece afferma che queste parole possono essere state intruse nel testo per una spiegazione inesatta dell'ANIANO. Concorda con lui il FINESTRES, *loco cit.* § 5, pag. 446.

5) *Rechtliche Bedenken* parte IV Bed. 203.

6) LAUTERBACH, *Commentat. de consiliis eorumque jure.* Tubingae 1654. — FROMMANN, *Diss. de commendatione.* Tubingae 1669. — LYNCKER, *Diss. de commendatione speciali.* Jenae 1693. BECK, *Diss. de eo quod justum est circa commendationem.* Jenae 1716.

non è tenuto a risarcire i danni risultati dall'averlo seguíto, questo non è obbligato a seguirlo. Il mandato invece produce obblighi e diritti. Così insegna GIUSTINIANO § 6 Inst. h. t.: « Tua gratia intervenit mandatum: veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emtiones potius praediorum colloces, quam foeneres vel ex diverso, ut foeneres potius quam in emtiones praediorum colloces. Cuius generis mandatum magis consilium, quam mandatum est, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat eicui dabitur; cum liberum cuique fit, apud se explorare, an expediat consilium ».

Pure si presuppone: *a*) che il consigliere non sia in dolo, nel qual caso competerebbe contro di lui l'*actio doli*. *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio*, dice ULPIANO nella L. 47 pr. Dig. *de div. reg. iur.* [50, 17], *caeterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit* [7]); *b*) che egli non si sia particolarmente obbligato a rispondere della buona riescita del consiglio. Poichè se il consigliato si fosse per tale circostanza deciso a fare ciò che altrimenti non avrebbe fatto, il consiglio è equiparato ad un mandato, e sorge l'*actio mandati*, anche se il consigliere non avesse a ciò alcun interesse. *Si non esses facturus*, dice ULPIANO nella L. 5 § 4 Dig. h. t., *nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.* Veramente non trattasi qui di un vero consiglio bensì di un mandato, ma di un tale mandato al quale il mandante non ha interesse alcuno e che quindi non porta seco i giuridici effetti di un mandato. Ma in quanto un tal mandato è equiparato al consiglio, noi dobbiamo, come ha per disteso dimostrato il THIBAUT, applicare questa legge [8]).

Un consiglio viene inoltre ritenuto obbligatorio quando chi lo dà si spaccia per perito della cosa e consiglia male un inesperto [9]).

---

[7]) Vedi WERNHER, *Lectissim. comment. in Pand.*, h. t. §§ 9 e 10.

[8]) *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, vol. I, parte 8.ª, pag. 131.

[9]) Vedi LAUTERBACH, *Comm. de consiliis*, parte II, cap. I, parte 6.ª — HOFACKER, *Princ. jur. civ. rom. germ.*, tom. III § 2016. — HÖPFNER, *Commentar über die Institutionen*, § 919.

Ma in questa ipotesi si ha dolo, o almeno una colpa prossima al dolo per la quale il consigliere vien ritenuto responsabile [10])

2. Anche una semplice raccomandazione (*commendatio*), colla quale alcuno magnifichi ad un altro le qualità di una persona o di una cosa, coll'intenzione di determinarlo ad alcunchè, non produce obbligazioni di sorta.

L. 12 § 12 Dig. h. t.: « Cum quidam talem epistolam scripsisset amico suo: Rogo te, commendatum habeas Sextilium crescentem amicum meum, non obligabitur mandati; quia commendandi magis hominis, quam mandandi causa scripta est ».

L. 43 pr. Dig. *de contrah. emt.* [18, 1]: « Ea, quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant: veluti si dicat servum speciosum, domum bene aedificatam ».

L. 2 Dig. *de proxeneticis* [50, 14]: « Si proxeneta intervenit faciendi nominis [11]) ut multi solent: videamus an possit quasi mandator teneri? et non puto teneri: quia hic monstrat magis nomen, quam mandet, tametsi laudet nomen ».

Tuttavia anche qui possono intervenire speciali motivi giuridici a rendere obbligatoria la raccomandazione. Così:

a) quando il raccomandante agisce dolosamente [12]).

L. 7 § 10 Dig. *de dolo malo* [4, 3]: « Idem Pomponius refert. Caecidianum Praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui adfirmaverat, idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur: quod verum est, nam nisi ex magna et evidenti calliditate, non debet de dolo actio dari ».

L. 8 Dig. *eodem*: « Quod si cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi, idoneum esse: merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est ».

---

[10]) L. 9 § 5 Dig. *locati* [19, 2]. L. 8 § 1 Dig. *ad Leg. Aq.* [9, 2]. L. 132 Dig. *de reg. iur.* [50, 17].

[11]) Sc. *causa*. È questo un grecismo notato anche da AUGUSTINUS, *Emendat.* lib. II, cap. I, pag. 99. Vedi anche NOODT, *Probabil. juris. cir.* lib. IV, cap. 11, § 4.

[12]) Vedi BECK, *Diss.* cit. §§ 13-14.

b) quando egli è tenuto a rispondere della sua raccomandazione per ragioni di ufficio o per disposizione di legge. Questo è p. e. il caso di chi propone al magistrato un tutore ed afferma essere egli idoneo [13]).

c) quando il raccomandante si obbliga al risarcimento dei danni, determinando alcuno a contrarre negozi giuridici che non avrebbe altrimenti contratto. Quando, ad esempio, raccomandi una persona come tale cui possa senza pericolo farsi credito, e prometta e si impegni a far riavere al creditore il danaro prestato [14]).

d) Molti [15]) scrittori affermano che fra commercianti una semplice raccomandazione vale garanzia. Ma altri [16]) dubitano giustamente della generalità di questa osservanza e tanto più, in quanto nella natura e nella specialità del commercio questa opinione non trova valido fondamento [17]) *a*).

---

[13]) L. 4 § 3 fin. Dig. *de fideiuss. et nominatorib.* [27, 7]. L. 1 e 2 Cod. *de periculo nominator* [11, 34]. L. 2 e 8 Cod. *de susceptorib.* [10, 72]. Vedi FROMMANN, *Diss. de commendatione* § 31 e BECK, *Diss. de eo quod justum est circa commendatione* § 32.

[14]) Vedi WERNHER, *Select. Observat. for.* tom. II parte VI observ. 372. — STRUBEN, *Rechtliche Bedenken*, parte I, Bed. 175 — Nic. Christph. LYNCKER, *Disp. de commendatione speciali*, Jenae 1693 cap. IV, parte 4.ª e seg.

[15]) MARQUARD, *de jure mercaturae*, lib. II cap. 11 num. 69 e CARPZOV, *Jurisprud. For.* parte II Const. XVIII Def. 24 numeri 7, 8, e 9. — LAUTERBACH, *Diss. de jure in curia mercatorum usitato* § 172 — FROMMANN, *Diss. de commendatione* § 66. — BECK, *Diss.* cit. § 30.

[16]) Vedi STRYK, *Us. Mod. Pand.* h. t. § 10. — WERNHER, *Lectiss. commentat. in Pand.* h. t. § 11 e specialmente Ernst. Fernd. KLEIN, *Merkwürdige Rechtssprüche der Hallischn Juristen-Facultät*, vol. 3 num. XV pag. 222 e seg.

[17]) Vedi WERNHER, *Select. Observat. for.* tom. II parte VI Observ. 495.

---

a) Sulla distinzione fra mandato e consiglio o raccomandazione si consultino TROPLONG, *Du Mandat*, n. 8 e seg. DOMENGET, *Du Mandat*, ecc., I, n. 9 e seg. DALLOZ, *Répertoire*, v. *Abus de confiance*, n. 110 (Parigi, 22 maggio 1832). Il notaio che si limita ad indicare al suo cliente un collocamento di danaro non è tenuto responsabile se e. g. al momento dell'espropriazione gli immobili ipotecati si palesano insufficienti alla garanzia del creditore. DALLOZ, *eod.* v. *Respons.*, n. 357 (Parigi 26 gennaio 1843). DALLOZ, *Recueil periodique*, 57, 2, 151 (Caen, 2 febbraio 1857). (Lion, 31 maggio 1844), *eod*, pagine 46, 2, 24 (Douai, 29 maggio 1844), pag. 462 (Douai, 27 dicembre 1845, pagine 46, 2, 24) (Caen, 9 aprile 1839, DALLOZ, *Rép.* v. *Respons.*, n. 347). Altra giurisprudenza francese in DOMENGET, *loc. cit.* I, pag. 11 e seg.

TITOLO II*)

Pro Socio

UNTERHOLZNER, *Ricostruzione secondo le fonti della teoria dei rapporti di credito in diritto romano* [quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des r. R. von den Schuldverhältnissen] vol. II, 378-392, 1840 — VANGEROW, *Pandekten* vol. III § 651-655 — BRINZ, *Manuale delle Pandette* [Lehrbuch der Pandekten] 2 ed. § 335 — ARNDTS, *Manuale d. pand.* [Lehrb. d. P.] § 317 sg. p. 623 sg. 14.ª ed. Stuttgart 1889 — BARON, *Pandette*, § 300 sg. p. 548 seg. 9.ª ed. 1896 — DERNBURG, *Pandekten* §§ 124 sg. vol 2.º pag. 341 6.ª ed. 1900 — WINDSCHEID, *Manuale del diritto delle pandette* [Lehrbuch ecc.] vol. 2º § 405 p. 724 8.a ed. 1900.

FERRINI, *Manuale di pandette* num. 571 sg. p. 707, Società Editrice Libraria in Milano.

WEYL, *Dissertazioni sul codice civile* [Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch] I § 120 München 1898 — ENDEMANN, *Introduzione nello studio del cod. civile* [Einführung in das Studium des B. G. B.] vol. I § 180 Berlino 1899 — HACHENBURG, *Il cod. civ.* [das B. G. B.] p. 58, 201, 204, 210 — 1899 — KUHLENBECK, von den Pand. zum bürg. Gesetzb. II § 47 sgg. p. 319 sg. Berlino 1899 — OERTMANN, *Il diritto dei rapporti di credito* [das Recht der Schuldverhältnisse] § 705 sg. p. 440 sg. Berlino 1899 — MATTHIASS, *Manuale del dir. civ.* [Lehrbuch des bürg. Rechts] vol. I § 128 sg. p. 621 sg. Berlino 1900, PLANCK, *Codice civile* [Bürgerl. Gesetzbuch] II vol. tit. 14 p. 451 sg.

AUBRY et RAU, *Cours de droit civ. franç.* § 377 sg. p. 542 vol. IV, 1871 ZACHARIÄ-CROME, *Manuale del dir. civ. francese* [Handbuch des französischen Civilrechts] vol. II § 357 sg. 8.ª ed. 1894, Freiburg. — PLANIOL, *Droit civil élémentaire.*

---

*) Questo titolo venne tradotto ed annotato dall'avv. Stanislao Cugia.

PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di dir. civ.* titolo X p. 106 sgg. Vol. VI, 1873 — CHIRONI, *Istituzioni di dir. civ. ital.* vol. II § 340 sg. p. 131 sg. Torino 1889.

ENDEMANN, *Studi* (Studien) I n. III p. 343 sg. — PLANCK, *Dissertazioni* [Verhandlungen des Pr. Landes-Oex-Koll.] p. 123 — 1899 — GIERKE, *Il progetto* [der Entwurf] p. 90 sgg. 191 sg. 252 sg. 1889 — Lo stesso, *Contributi* [Beitr.] p. 95 sg. 105 sg. 119, 1889 — BOYENS S. A. p. 1025 sg. 1059 sg. — 1890 — JAKUBEZKY, *Osservazioni* [Bemerkungen] p. 145 sg. 1892. — SAKOBY, *Annali* [Annalen ecc.] p. 99 sg. 1891.

TROPLONG, *Commentaire sur le contrat des sociétés*, 1843 — BOYENS (Friedrich), *Società in comparazione con altre comunioni di diritto* nei *Gutachten aus dem Anwaltstande* p. 1015-1062, 1314-1318. — JASPAR, *Des sociétés particulières*, Paris 1887 — PLANCK, nell'*Arch. f. d. civ. Pr.* vol. 75 p. 341 sg. 1889 — GUILLOUARD, *Traité du contrat de société*, 2.ª ed. 1892 — TRIPARD, *De la société*, 1890. — GRÜSSMANN, *Sachs. Arch.* vol. 3 p. 690 sgg. 1893. — KRÜCKMANN PAUL, *Kommissionen*, *Komitees Ausschüsse* nei *Kohlers Arch.* vol. 8 p. 67-170, 1894 — CROME CARL., *I negozi giuridici parziari secondo il dir. rom. e l'odierno dell'impero* [Die partiarischen Rechtgeschäfte nach römischen u. h. Reichsrecht] Freiburg 1897 — HELLER, *Le linee fondamentali del diritto di società secondo il cod. civ. ted.* [Die Grundzüge des Gesellschaftsrechts nach dem B. G. B. f. d. Dtsch. Reich], dissertazione inaugurale in Erlangen, Berlino 1898 — BAUDRY-LACANTINERIE *et* WAHL (*A*), *De la société*, 2. ed. 1898 — MÜLLER GUSTAV, *La società* (Skizzen zum B. G. B. XI) (Bl. f. Rechtsanw. 63), 1898 e specialmente KNOKE (PAUL), *Il diritto di società nelle trattazioni del* FISCHER (*Abhandlungen*), Jena 1901.

§ 961

Concetto del contratto di società.

La parola *societas* società ha diversi significati. 1) Con essa si intende in generale la riunione di più persone per il conseguimento di uno scopo comune. 2) In un senso più ristretto è detto *societas* quel contratto col quale si costituisce una certa comunione. Si deve dunque distinguere società da comunione. Questa ultima, di cui il concetto è stato già dato in altro luogo [18]), può sorgere anche senza contratto; una tal comunione è detta *communio incidens* [19]). Ma non ogni società va congiunta ad una comunione [20]). Una società può essere di diverse specie.

---

[18]) V. la parte 10.ª di questo Commentario § 714.

[19]) L. 31 e 32 D. h. t. (17, 2).

[20]) V. *Giov.* D'AVEZAN, *Contractuum*, Lib. II. Tract. III § *Socius ergo* sqq. pag. 106. WERNHER, *Select. Observat. for.* Tom. II, P. X, Obs. 326.

a) In quanto al suo scopo essa è costituita o per un comune guadagno o per un altro scopo. Nel primo caso è detta *societas quaestuaria* o *negotiatoria*, *Maskopey* [a]) o *Compagnie-Handlung* (compagnia di commercio) *Gewerbs-Gemeinschaft* (compagnia di industria); nel secondo *societas non quaestuaria*. P. e. due dotti hanno insieme un cavallo per ragione di salute.

b) In quanto al suo oggetto, come mezzo a scopo, essa può essere o una *societas operarum* se vi si contribuisce col lavoro, o *societas rerum* se con cose, o nello stesso tempo *societas rerum* e *operarum* se tutte e due le specie di contributi sono insieme mezzo a scopo.

c) In quanto all'effetto essa è o una *societas quoad usum tantum*, o *quoad ipsam sortem contracta* secondo che le cose sono state conferite o perchè se ne faccia semplicemente uso in comune o perchè diventino proprietà comune.

3) Nel senso più proprio si intende per *societas*, il *contratto di società* [*Gesellschaftscontract* (ted.)], cioè quel contratto consensuale per cui più persone si obbligano reciprocamente a voler associare cose e beni, o lavori, o insieme cose e lavoro allo scopo d'un guadagno comune e lecito [21]). Noi in proposito facciamo ancora le seguenti osservazioni.

I. Lo scopo del *contratto di società* o di una *società* in senso proprio è sempre un guadagno comune, non semplicemente un uso

---

[21]) *Franc.* DUARENUS, *Comm. ad h.* Tit. (in *Operib.* pag. 1014 sqq). *Gabr.* MUDAEUS, *Comm. ad eund. Tit.* (in *Commentar. de contractibus*, Francof. 1586). *Gior.* D'AVEZAN, *Contractuum* Lib. II, Tract. III *de societate* (in *Thes. Meerman.* Tom. IV, pag. 103 sqq.). *Gior.* GOEDDAEUS, *de contractu societati*, Marb. 1603. *Fed.* GERDES, *Tr. de societate*, Griphisw. 1667 (in Opp. Tom. I, pag. 874 sqq.). *Huld. ab* EYBEN, *Diss. de societate et mandato* (ne'suoi Scriptis. Argent. 1708, pag. 155 sqq.). *Gior. Enr.* FELTZ, *Dispp.* I et II de societate. Argent. 1705 et 1711. *Tob. Iac.* REINHARTH, *Diss. de natura et effectu societatis*, Erlangen 1732 e *Gior. Rud.* ENGAU, *Diss. de societate mercatoria*, Jena 1747.

---

[a]) Termine corrotto dell'olandese *Maatschappij* (pronunci *matsciappai*) che significa la unione di più camerati, ma propriamente società commerciali cfr. MEYERS *Konversations-Lexikon*.

o vantaggio comune [22]). Se dunque due comprano insieme un cavallo per usarne e goderne in comune, non per farne ulteriormente guadagno, si può ben dire che essi hanno un cavallo in comunione, ma non che abbiano costituito una società [23]). Così pure se io do a uno una cosa coll'intento che egli me la venda per un certo prezzo, ma che se ne ricavi un prezzo maggiore debba ritener per sè il di più, non avrò stretto un contratto di società, ma un contratto innominato che è detto contratto estimatorio (*Trödel-contract*) (ted.). Se al contrario si fosse convenuto che il guadagno dovesse esser diviso, il negozio sarebbe una vera società, nella quale l'uno conferisce una cosa determinata, l'altro presta un servizio e ciò per un comune guadagno [24]). Che poi anche la perdita debba esser comune, come vogliono il HUBER [25]) e il NOODT [26]), ciò non appartiene alla determinazione essenziale del concetto, ma è soltanto una qualità naturale del contratto di società che può anche esser modificata per convenzione [27]).

II. Il guadagno che i soci voglion fare insieme dev'esser lecito. Quindi una società che abbia per scopo un guadagno illecito non può sussistere. Dice la

L. 70 § ult. D. *de fideiussor.* (46, 1):

« Flagitiosae rei societas coita nullam vim habet ».

E lo stesso si dice nella

L. 57 D. *h. t.* (17, 2):

« Nec praetermittendum esse Pomponius ait ita demum hoc esse verum, si honestae et licitae rei societas coita sit: ceterum si maleficii coita sit, constat nullam esse societatem. generaliter enim traditur, *rerum inhonestarum nullam esse societatem* ».

---

[22]) § 2 I. *de societate* (3, 25). L. 7, L. 8, L. 29, § 1 et 2 D. h. t. (17, 2). V. *Hug.* DONELLUS, *Commentar. iuris civ.* Lib. XIII, cap. 15 § *Nondum satis* pag. 652 sq.

[23]) L. 31 D. h. t. (17, 2).

[24]) L. 44 D. eod. V. POTHIER, *Pand. Iustin.* Tom. I h. t. nr. IV nota *a*.

[25]) *Praelect. ad Institut.* Lib. III. Tit. 26, § 1.

[26]) *Commentar. ad Dig. h. t.* § 1.

[27]) L. 29 § 1, L. 30 D. h. t. (17, 2). V. DONELLUS, c. 1 § *Sed. cur*

In un caso tale perciò nè l'uno può conseguire dall'altro di poter partecipare al guadagno illecito, nè colui che per tale guadagno è stato condannato ad una pena può pretendere che l'altro partecipi a questo danno [28]).

III. Ogni socio deve conferire qualcosa nella società, consista ciò o in cose o in servigi o ad un tempo in tutt'e due le specie [29]). Senza contributo e per solo scopo di donazione non può costituirsi [30]) una società.

IV. Il contratto di società si basa sulla reciproca fiducia. Quindi i soci sono riguardati come fratelli [31]); e ogni dolo annulla la società [32]).

§ 962.

Diverse partizioni della società.

La società congiunta a una comunione di beni può essere o universale o particolare. Se cioè la società si estende all'intero patrimonio presente e futuro dei soci, in maniera che il patrimonio di ciascuno è comune anche in quanto alla sostanza, sia esso acquistato col lavoro o per un caso fortunato qualsiasi, o per eredità, essa è detta *societas universalis*, *societas omnium bonorum* [33]), *societas universarum fortunarum* [34], universale [35]).

Al contrario una società nella quale l'intero patrimonio degli interessati non è apportato in comunione, è detta *società particolare* o *speciale*. Se si ha di mira semplicemente l'acquisto, la società o si riferisce a una comunione di tutto ciò che i soci si acqui-

---

[28]) L. 1 § 14 D. *de tutelae et rat. distrahend.* (27, 3). VOET, *Comm. ad Pand.* h. t. § 7.

[29]) L. 1 *Cod. pro Socio* (4, 37).

[30]) L. 5 § 2 h. t. (17, 2). L. 35 § 5 D. *de mort. caus. donat.* (39, 6). L. 16 § 1 D. *de minorib.* (4, 4).

[31]) L. 63 pr. D. h. t. (17, 2). *Societas ius quodammodo fraternitatis in se habet.*

[32]) L. 3 § 3 D. h. t. (17, 2).

[33]) L. 1 § 1 D. h. t. (17, 2). L. 3 § 1 D. eod.

[34]) L. 73 D. h. t. (17, 2).

[35]) V. *Pet.* MÜLLER, *Diss. de societate universali*, Jenae 1691.

stano coll'industria e col lavoro, o essa riguarda semplicemente un determinato ramo di commercio o un singolo affare. Nel primo caso una tal società è detta *societas generalis*, nell'ultimo *societas specialis*. P. e. due commerciano insieme in bestiame, o in grano o in lana; oppure costituiscono una società mineraria per sfruttare una miniera. ALPHENUS VARUS adduce un esempio di una società speciale nella

L. 71 pr. D. *h. t.* 17, 2:

« Duo societatem coierunt, ut *grammatica* [36]) [MOMMSEN grammaticam] docerent et *quod ex eo artificio quaestus fecissent*, commune eorum esset ».

Al contrario una società costituita su di una eredità, sia essa testamentaria o legittima, è una società particolare. Una simile società può essere costituita non solo se l'eredità è di già acquistata, ma anche se debbà nel futuro spettare a uno dei soci [37]). Di tutti questi casi noi abbiamo esempi nei Digesti:

L. 3 § 2 D. *h. t.* (17, 2).

« De illo quaeritur, si ita sit coita societas, ut, *si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis sit,* quae sit iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenit, an etiam ea quae testamento? et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere » [38]).

---

[36]) Il HALOANDER e il RUSSARD vogliono leggere *grammaticam*, ma senza ragione. Si veda piuttosto SVETONIO, *De illustrib. grammat.* cap. 2. Il GRONOOVIUS, *Observation.* Lib. II, cap. 2, ha dimostrato quanto questa maniera di dire fosse comune. È inconsulto che ALFENO chiami *artificium* l'insegnar lingue. Ma a' suoi tempi non esistevano ancora dei maestri di lingua pagati a pubbliche spese. Infatti il primo maestro pubblico fu Quintiliano. Si insegnava dunque per una mercede che era maggiore e più lucrosa secondo che un tale insegnamento era più richiesto. V. *Scip.* GENTILIS, *Parergor.* Lib. I, cap. I e *Ev.* OTTONIS, *Alphenus Varus.*

[37]) V. *Ant.* SCHULTING ad *Gaii Institut.* Lib. II Tit. 9 § 16 not. 93 verso la fine (in *Jurisprud. Anteiust* pag. 169).

[38]) Sotto un altro rapporto, cioè riguardo alla *lex Julia* e *Papia* contro i matrimoni illegali, i quali oltre a diverse altre pene si attiravano anche l'incapacità all'acquisto di eredità deferite, l'espressione potrebbe esser spiegata in modo che essa comprenderebbe anche una eredità testamentaria. L. 130 D. *de Verb. Signif.* (50, 16). V. *Caes.* COSTA, *Variar. ambi-*

L. 52 § 6 D. *eodem.*:

« Papinianus quoque libro III Responsorum ait: si fratres parentium indivisas hereditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, quod aliunde quaesierint in commune non redigetur ».

§ 963.

Differenza tra societas universalis *e* societas generalis quaestuaria.

I. Una società universale ha questo dunque di caratteristico 1) di estendersi all'intero patrimonio dei soci sia presente sia futuro, il quale per ciò diventa comune quanto alla proprietà. Essa presuppone dunque beni soggetti alla libera disposizione di quelli che hanno costituito tra di loro una tale società. Per ciò i beni feudali e fidecommissari non sono compresi essenzialmente in questa società. Soltanto i frutti e le vendite di questi beni appartengono alla comunione [39]). In una siffatta comunione universale dei beni cadono anche le eredità, i legati, le donazioni e in generale tutto ciò che i soci acquistano, quindi anche il ricavato da azioni penali. Sotto questo rispetto i seguenti frammenti sono molto interessanti.

L. 3, § 1. D. *h. t.* (17, 2):

« Cum specialiter *omnium bonorum societas* coita est, tunc et hereditas et legatum et quod donatum est aut quaqua ratione adquisitum communioni adquiretur ».

L. 73 pr. D. eod.

Ulpianus libro primo responsorum Maximino respondit, si *societatem universarum fortunarum* coierint, id est earum quoque

---

quitat. iuris. Lib. II, cap. 19 (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV pagina 1227). *Andr.* FACHINAEUS, *Controvers. iur.* Lib. VI, cap. 41 e *Io. Gottl.* HEINECCIUS, *Comm. ad Leg. Iul. et Pat. Poppaeam* Lib. II, cap. 6 paragrafo 5.

[39]) V. STRUVII, *Synt. iuris civ.* Ex. XXII T. 26 e WERNHER, *Lectiss. Commentat. in Pand.* T. I. h. t. § 2, 3.

rerum, quae postea cuique adquirentur, *b*) hereditatem cuivis eorum delatam in commune redigendam ».

L. 52 § 16 D. *eodem*.

« Socium universa in societatem conferre debere Neratius ait, si *omnium bonorum socius sit*: et ideo sive ob iniuriam sibi factam vel ex lege Aquilia, sive ipsius sive filii corpori nocitum sit, conferre debere respondit ».

Persino la dote, portata ad un socio dalla moglie, diventa comune fino a quando dura il matrimonio. Se questo è sciolto la dote deve essere restituita, pure la società ne gode le rendite fino al giorno della restituzione. Se la società dev'essere sciolta prima, il marito può prelevare, in via di precezione, dal patrimonio sociale la dote, poichè egli solo sostiene i pesi del matrimonio, i quali altrimenti erano sopportati dalla cassa sociale [40]). Tuttavia se la dote, al tempo dello scioglimento della società, si trovasse in condizione tale da non dover esser più restituita, allora essa è divisa tra gli interessati come il restante patrimonio della società: ciò risulta da' seguenti frammenti:

L. 65 § 16 D. *h. t.* (17, 2).

« Si unus ex sociis maritus sit et distrahatur societas manente matrimonio, *dotem maritus praecipere debet*, quia apud eum esse debet, qui onera sustinet: quod si iam dissoluto matrimonio societas distrahatur, *eadem die recipienda est dos, qua et solvi debet* » [41]).

L. 66 D. *eodem*.

« Quod si eo tempore quo dividitur societas in ea causa dos sit, ut certum sit eam vel partem eius reddi non oportere, dividere eam inter socios iudex debet ».

---

[40]) V. VOET. *Comm. ad Pand.* h. t. § 4.

[41]) i. e. *Socius, qui dotem accepit, eamque uxori restituere tenetur, eam quidem recipere seu praecipere debet e medio societatis: sed non debet eam praecipere ante eam diem, qua tenetur eam uxori solvere: interusurium debet societatis lucro esse,* come il POTHIER in *Pand. Iustin.* Tom. I *h. t.* Nr. XV, not. *d.* illustra questo frammento

---

b) Interpolazione (?) cfr. EISELE nella *Zeitschrift für Sav. St.* vol. 11 p. 7.

Se un socio ha acquistato qualcosa con un atto delittuoso non è obbligato a versare nel capitale sociale questo guadagno turpe. Pure se egli fa ciò spontaneamente il guadagno diventa comune. Se dopo il colpevole è punito, per il suo delitto, a una pena pecuniaria, si tien conto se l'altro socio ha avuto, o non, conoscenza dell'illeceità di questo acquisto. Nel primo caso è comune anche la pena. Nell'ultimo, al contrario, il socio incolpevole è tenuto soltanto a restituire quanto ha ricevuto, e la pena è sopportata per intero dall'autore del delitto [42]). I seguenti passi riguardano questo punto.

L. 52 § 17 D. *h. t.*:

« Neratius ibidem ait socium omnium bonorum non cogi conferre, quae ex prohibitis causis adquisierit ».

L. 53 D. *eodem:*

« Quod autem ex furto vel ex alio maleficio quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam est, quia delictorum turpis atque foeda communio est. plane si in medium collata sit, commune erit lucrum ».

L. 54 D. *eodem:*

« Quod enim ex maleficio contulerit socius, non aliter recipere debet, quam si damnatus sit ».

L. 55 D. *eodem:*

« Si igitur ex hoc conventus fuerit qui maleficium admisit, id quod contulit aut solum aut cum poena auferet: solum auferet, si mihi proponas insciente socio eum in societatis rationem hoc contulisse: quod si sciente, etiam poenam socium agnoscere oportet: aequum est enim, ut cuius participavit lucrum participet et damnum ».

L. 56 D. *eodem:*

« Nec quicquam interest, utrum manente societate praestiterit ob furtum an dissoluta ea. idemque est in omnibus turpibus actio-

---

[42]) V. *Franc.* CONNANUS, *Commentarior. iuris*, civ. Lib. VII, cap. 13, pag. 547. *Giov.* D'AVEZAN, *Contractuum*, Lib. II, tom. 3 § *Itaque*, pagina 104.

nibus, veluti iniuriarum, vi bonorum raptorum, servi corrupti et similibus, et in omnibus poenis pecuniariis quae ex publicis iudiciis accidunt ».

2) In una società universale tutte le cose corporali e le azioni reali [43]) che i soci hanno già nel loro patrimonio, al tempo della costituzione della società, diventano immediatamente, per forza di legge, comuni, senza bisogno di una speciale tradizione o cessione. I diritti di credito, al contrario, e le azioni personali perchè diventino comuni devono essere ceduti reciprocamente [44]). Anche le cose corporali, acquistate da' soci dopo la costituzione della società, non diventano comuni immediatamente, per legge, ma è necessaria una tradizione, perciò nel caso di rifiuto si deve proporre l'*actio pro socio* [45]).

L. 1 § 1 D. *h. t.*

« In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur ».

L. 2 D. *eodem*:

« quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire » [46]).

---

[43]) *Giov.* VOET, *Comm.* ad Dig. h. t. § 6, è di un'altra opinione. Ma si veda il CUIACIO ad Lib. 32 *Pauli ad Edictum* in L. 3 D. h. t. e il LAUTERBACH, *Colleg.*, *th. pr. Pand.* h. t. § 14.

[44]) « Actiones enim personales adeo cohaerent personae, ut a persona separari nullo modo possint », dice *Ant.* FABER, *Rational. in Pand.* ad L. 3 h. t.

[45]) *Sam. de* COCCEJI, *iur. civ. controv.*, h. t. Qu. 5 e l'EMMINGHAUS *ad Eundem* not. *r*, sono d'altra opinione. Si veda però *Ant.* FABER, *Rational. in Pand.* ad L. 74 D. h. t. *Ger.* NOODT, *Comm. ad Dig.* h. t. § *ostendi*, pag. 380. *Giov.* VOET, *Comm. ad Pandect.*, h. t. § 6. *Ant.* SCHULTING, *Thes. controvers.* Decad. LXII, Th. I. Il LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.*, h. t. § 14, e il THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pand.* (System des Pand. Rechts), vol. 2 § 882.

[46]) Si spiega, di solito, questa tradizione tacita ricorrendo al concetto del *constitutum possessorium*. Infatti ogni socio prometterebbe all'altro di voler da quel momento in poi considerare come patrimonio sociale comune le cose che finora egli aveva posseduto come sua esclusiva proprietà, e ciò sia in nome proprio, sia in quello dell'altro socio. V. *Ger.*

L. 3 pr. D. *eodem:*

« Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu: sed actiones invicem praestare debent ».

L. 74 D. *eodem:*

« Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare ».

3) Poichè in una società universale l'intero patrimonio dei soci è comune, non solo la perdita deve essere sopportata in comune, ma anche ai bisogni di ogni singolo socio si deve provvedere colla massa comune [47]); sebbene i soci non abbiano conferito somme eguali [48]), pure l'uno può dover sostenere maggiori spese dell'altro. Se dunque l'uno de' soci, p. e., ha figli, l'altro non, le spese per il sostentamento, le spese per la dotazione delle figlie in occasione del matrimonio e per gli studi dei figli vengono sostenute dalla massa comune [49]). Così pure i debiti dell'uno o dell'altro socio sono pagati colla massa, e non soltanto quelli con-

---

NOODT, *Probabil.*, lib. II, cap. 6 in fine. *Gior.* d'AVEZAN, *Contract.*, lib. II, tom. 3 § *Ex eo* pr. 104. *Ant.* SCHULTING in *Iurisprud. Antejustin.*, pag. 169, nota 93, e il POTHIER, *Pand. Iustin.*, h. t. Nr. XIII, nota *b.* Ma *Ant.* FABER, *Rational. ad L. 2 D. h. t.*, ha però, non senza ragione, rigettato questo concetto.

[47]) L. 73 § 1 D. h. t.

[48]) L. 5 § 1 D. h. t. « Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus ».

[49]) L. 73 § 1 D. h. t.: « Idem ULPIANUS MAXIMINAE respondit, si societatem universarum fortunarum ita coierint, ut quidquid erogaretur [nel MOMMSEN *erogetur*] vel quaereretur *c*) communis lucri atque impendii esset, ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrisque imputanda ». La L. 81 D. *eodem* non contraddice a questo frammento. Infatti in essa non si parla di società universale ma di una società semplicemente particolare. Perciò era necessaria una convenzione speciale perchè i beni dotali potessero esser costituiti colla cassa sociale. V. VOET, *Comm. ad Pand.*, h. t. § 4. BACHOV, *ad Treutlerum*, vol. I, Disp. XXVII, Th. 8, litt. *H.* DONELLUS, *Comm. ad Cod. ad rubr. h. Tit.* nr. 18, sq. LAUTERBACH, *Colleg. Theor. pr. Pand.*, h. tit. § 3 e *de* COCCEJI, *iur. civ. contr.*, h. t. 2, n. 1.

---

c) Per il LENEL, *Palingenesia*, II, 1016, *quaereretur* è un tribonianismo.

tratti durante la società, ma anche quelli fatti prima della sua costituzione [50]). Ciò si deduce già dal principio che ci insegna PAOLO.

L. 39 § 1 D. *de Verb. Signif.* (50, 16).

Bona intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt.

Si può esigere dalla massa persino ciò che è stato pagato per delitto; pure solo fino all'ammontare della parte del colpevole. A meno che egli non fosse stato condannato dal giudice senz'essere colpevole. In questo caso la perdita è comune, in caso contrario il colpevole allo scioglimento della società deve permettere che dalla sua quota sia detratto quanto è stato speso per questa ragione [51]).

L. 52 § ult. D. h t.:

« Per contrarium quoque apud veteres tractatur, an socius omnium bonorum, si quid ob iniuriarum actionem damnatus praestiterit, ex communi consequatur ut praestet. et ATILICINUS SABINUS CASSIUS responderunt, si iniuria iudicis damnatus sit, consecuturum, si ob maleficium suum, ipsum tantum damnum sentire debere. cui congruit, quod SERVIUM respondisse AUFIDIUS refert, si socii bonorum fuerint, deinde unus, cum ad iudicium non adesset, damnatus sit, non debere eum de communi id consequi, si vero praesens iniuriam iudicis passus sit, de communi sarciendum ».

L. 52 § 4 D. *eodem:*

« Nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit ».

---

[50]) *Arg.* L. 39 § 3 D. *familiae ercisc.* (10, 2). VOET, h. t. § 4. D'altra opinione sono il LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, Vol. III, *Specim.* 184, e il WERNHER, *lectiss. Commentation. in Pand.*, h. t. § 2 e 3. Si veda però il MÜLLER, *Observat. pract. ad Leyserum*, tom. II, fasc. I. Obs. 380 e il THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pand.* volume II § 882.

[51]) V. DONELLUS, *Commentarior. iuris civ.*, lib. XIII, cap. XVI. § *Atque haec.*, pag. 654. *Mich. God.* WERNHER, *lectiss. Commentat. in Pand.*, h. t. § 8 e il THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pand.* vol. II § 882.

L. 59 § 1 *eodem:*

« Quod in alea aut adulterio perdiderit socius, ex medio non est laturus. si quid vero dolo nostro socius damni ceperit, a nobis repetet ».

4) Allo scioglimento di una società, il patrimonio ancora esistente è diviso, aritmeticamente, e però per capi senza riguardo al contributo di ciascuno; si deve soltanto eccettuare la dote portata ad un socio dalla moglie, e da restituirsi allo scioglimento del matrimonio: nella divisione egli deve prelevarla [52]).

II. In una *societas generalis,* al contrario, è comune soltanto il guadagno che i soci ricavano dal commercio, dalle compere, dalle locazioni o in altro modo colla loro operosità ed industria e quindi anche le mercedi dei soci. Le eredità, invece, i legati, le donazioni non appartengono alla cassa sociale, ma restano a quello a cui sono deferite. Dalla cassa comune poi sono pagati soltanto le spese e i debiti fatti in vista dell'acquisto. Se i soci nella conchiusione del contratto non hanno manifestato chiaramente il loro intento, nel dubbio, si deve piuttosto ammettere una società generale che non una universale. Tutto ciò è confermato dai seguenti frammenti.

L. 7 D. *h. t.*:

« Coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, *videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt,* [hoc est si quod lucrum ex emptione] *d*) venditione, locatione conductione descendit ».

L. 8 D. *eodem:*

« Quaestus enim intellegitur, qui ex opera cuius descendit ».

L. 52 § 8 D. *eodem:*

---

[52]) V. Struvii, *Synt. iur. civ.* h. t. § 2. Il Voet, *Comm. ad Pand.* h. t. § 27. Thibaut, *Sistem.* nel luogo cit. e Hufeland, *Manuale del dir. civ.* (Lehrbuch des Civilrechts), v. I § 688.

---

d) Interpolazione (?) cfr. Eisele nella *Zschr. für S. St.* vol. XI, p. 7.

« PAPINIANUS ait: si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit, et stipendia ceteraque salaria in commune redigi iudicio societatis ».

L. 9 D. *eodem:*

« Nec adiecit SABINUS hereditatem vel legatum vel donationes mortis causa sive non mortis causa, fortassis haec ideo, quia non sine causa obveniunt, [sed ob meritum aliquod accedunt *e*)] » [53]).

L. 10 D. h. t.

« et quia plerumque vel a parente vel a liberto quasi debitum nobis hereditas obvenit ».

L. 11 D. *eodem:*

« et ita de hereditate legato donatione QUINTUS MUCIUS scribit ».

L. 12 D. *eodem:*

« Sed nec *aes alienum,* nisi quod ex *quaestu* pendebit, veniet in rationem societatis ».

L. 13 D. *eodem:*

« Sed et si adiciatur, *ut et quaestus et lucri socii sint,* verum est non ad aliud lucrum, quam quod *ex quaestu* venit, hanc quoque adiectionem pertinere ».

L. 71 § 1 D. *eodem:*

« Duo colliberti societatem coierunt *lucri quaestus compendii,* postea unus ex his a patrono heres institutus est, alteri legatum datum est. *neutrum horum in medium referre debere respondit* ».

L. 45 § 2 D. *de adquir. vel omitt. heredit.* (29, 2):

« Et cum *quaestus* et *compendii societas* initur, quidquid ex *operis* suis socius adquisierit, in medium conferet: sibi autem quisque *hereditatem* adquirit ».

---

[53]) In altre parole: le donazioni di solito trovano la loro ragione o in un merito personale del donatario, o in un obbligo naturale da parte del donante, ed essendo acquistate senza fatica non possono essere annoverate tra i QUAESTUS, *qui ex opera cuiusque descendit.* V. POTHIER, *Pandect. Iustin.*, tom. I, h. t. Nr. XXI, nota *b*.

---

e) Il LENEL, *Palingenesia*, II, 1129, annota: *dubitari potest, num haec Ulpiani sint.*

In una tale società, tuttavia, il guadagno non può esser determinato [54]) se non detratta ogni perdita, e per conseguenza solo dopo sciolta la società, e dev'esser diviso tra' soci proporzionalmente alla grandezza dei contributi [55]). Si deve notare ancora che in una semplice società d'acquisto le eredità e le donazioni non si versano nella cassa sociale nemmeno quando esse fossero state acquistate da un socio per causa della società e in occasione di essa [56]).

Dice POMPONIUS L. 60 § 1 D. h. t.,

« Nec compendium, quod *propter societatem* ei contigisset, veniret in medium, veluti si *propter societatem* heres fuisset institutus aut quid ei donatum esset ».

§ 964.

Che cosa è necessario per la perfezione e che per l'adempimento del contratto di società?

Il contratto di società è un contratto consensuale, esso perciò altro non esige per la sua perfezione se non il consenso degli interessati [57]). Questo consenso può anche qui esser manifestato così tra assenti, per mezzo di lettere o di messi, come tra presenti, e non solo espressamente ma anche tacitamente secondo che i contraenti o con parole o con determinati atti dimostrano chia-

---

[54]) L. 30 D. *h. t.* STRYK, *Us. mod. Pand.*, h. t. § 5.

[55]) V. THIBAUT, *Sistem. del dir. delle Pand.* (System des Pand. Rechts), vol. 2, § 883, lett. B.

[56]) LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.*, h. t. § 4. VOET, *Comm.*, h. t. § 5 e *Giov.* D'AVEZAN, *Contract.*, lib. II, Tr. 3 § *Quid si simpliciter*, pag. 105.

[57]) Pr. e § 1, I. *de obligat. ex cons.* (3, 22) V. D'AVEZAN, c. 1 pag. 103.

ramente il loro intento di voler costituire insieme una società *f*) [58]).
MODESTINO dice espressamente

L. 4 pr. D. h. t.:

« Societatem coire *et re* [59]) *et verbis* et per nuntium posse nos dubium non est ».

Veramente riguardo alla società universale alcuni giuristi [60]) sono d'altra opinione. Essi credono che PAOLO colle parole del

---

[58]) L. 2 Cod. h. t. (4,37); VOET, *Comm. ad Pand.*, h. t. § 2. *Ger.* NOODT, *Comm. ad Dig.*, h. t. § *Ostendi*, pag. 382, e specialmente *Gio. Nic.* HERTII, *Diss. de societate facto contracta* in *Opuscul.* Vol. I, tom. III, pag. 171 segg.

[59]) Molti giuristi, infatti, vogliono interpretare diversamente le parole *re et verbis*. Essi credono che il loro senso sia questo: che si conchiuda una società non semplicemente col conferimento di determinate cose, ma unitamente colla dichiarazione che queste cose debbano esser comuni. Senza questa dichiarazione esisterebbe solo una comunione, ma non una società. Così l'ACCURSIO e il SALICETO interpretarono questa L. 4 *h. t.* Altri, come il WISSENBACH, *Exercitat. ad Pand.*, tom. I, Disp. XXXII, Th. 20, colla parola *verbis* vogliono intendere parole solenni. Ma tutte queste interpretazioni sono evidentemente sbagliate. L'HERTIUS, cit. *Diss.* Sect. I § 2, ha dimostrato che le parole *re et verbis* non si debbano intendere in altro senso che in quello da noi sopra dato. Si veda anche specialmente *Ug.* DONELLUS, *Commentarior. iuris civ.*, lib. XIII, cap. 15 § *Cum de hac communione.*

[60]) VOET, *Comm. ad Pand.*, h. t. § 2 in fine. FRANTZKIUS, *Commentar. in Pand.*, h. t. nr. 25. CARPZOW, P. III, Const. XV, Def. 45, nr. 3.

---

f) Il contratto di società in generale, per il nostro codice civile, non è vincolato a nessuna forma, può quindi esser costituito anche verbalmente o addirittura tacitamente, solo che per esso non sarà ammessa la prova testimoniale se eccede la somma di cinquecento lire (art. 1341 cod. civ.). In quanto però nella società siano conferiti beni immobili, il contratto sarà assolutamente nullo, se non fatto per atto pubblico o scrittura privata, nel caso che gli immobili debbano diventare comproprietà degli altri soci (art. 1314: devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità, 1° le convenzioni che trasferiscono proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, salve le disposizioni relative alle rendite sopra lo Stato); o siano dati in godimento per una durata oltre nove anni o indeterminata (art. 1314, 5.° i contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società è indeterminata o eccede i nove anni).

Per le società commerciali l'art. 87 cod. comm. dispone: « il contratto di società dev' essere fatto per iscritto ».

« Le società in accomandita per azioni e le società anonime devono costituirsi per atto pubblico ».

fr. 3 § 1 D. h. t. (17, 2): « cum specialiter [g]) omnium bonorum societas coita est », faccia intendere abbastanza chiaramente che una tal società possa esser costituita solo con un consenso espresso e non mai tacito. Ma sebbene in questo caso, più che non in altri, sia più difficile l'addurre la prova di un determinato speciale consenso tacito, pure la società universale in tutto e per tutto non fa nessuna eccezione alla regola, come già è stato dimostrato a sufficienza da altri [61]). Tuttavia colla semplice convenzione non si acquista ancora la comproprietà delle cose sulle quali è stata costituita la società. Se dunque gli oggetti della società devono diventar comuni, deve aggiungersi anche la tradizione. Pure questa solo nelle società particolari è richiesta [62]). Infatti nelle società universali, come già è stato osservato sopra, le cose corporali che i soci hanno già nel loro patrimonio nel momento della costituzione della società, diventano comuni, per disposizione immediata della legge senza una speciale tradizione. GEORG FRANTZKE [63]) ripudia invero questa distinzione, e non ritiene necessaria una tradizione in nessun caso, quando gli oggetti della società consistano in cose corporali, sia essa una

---

[61]) V. FACHINAEUS, *Controv. iuris*, lib. XII, cap. 14. *Ant.* SCHULTING, *Thes. controversar.*, Decad. LXII, Th. 3. LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.*, h. t. § 7. HERTIUS, cit. *Dissert.* Sect. I § 3. *Sam. de* COCCEJI, *iur. civ. controv.*, h. t. Qu. 3 e THIBAUT, *Sistema del dir. delle Pand.* (System des Pandektenrechts), vol. 2 § 880.

[62]) V. LAUTERBACH, *Colleg. th. pract. Pand.*, h. t. § 15.

[63]) *Commentar in Pand.*, h. t. nr. 41.

Si accennerà (cfr. l'appendice sulle società commerciali irregolari) alle conseguenze della mancanza di queste formalità e delle altre volute dagli art. 88, 89. 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97. In rapporto all'art. 1314 cod. civ. si può con sicurezza affermare che anche se sono conferiti degli immobili prevale il 2° capov. dell'art. 99 cod. comm. per il quale la mancanza delle suddette formalità non può essere dai soci opposta ai terzi.

g) Il D. 17, 2, 3, 1 non credo stia contro al GLÜCK e agli altri che ammettono la possibilità della costituzione tacita di una *societas omnium bonorum*. Lo *specialiter* sul quale si fondano i sostenitori della necessità d'un consenso espresso sa troppo piccantemente di TRIBONIANO; cfr. APPLETON, *Des interpolations dans les pandectes*, p. 122.

società universale o particolare. Ma questa opinione è contradetta da ciò che anche nella stessa società universale le cose corporali acquistate da' soci dopo la sua costituzione non diventano comuni senza tradizione [64]). Ed ancor più si sarà convinti della sua inesattezza, se si considera che secondo la decisione di CELSUS L. 58 § 1 D. h. t. il denaro e le merci destinati al conferimento nella società, non si devono perdere a carico della società prima del momento in cui essi siano stati realmente conferiti nella società: prova luminosa che essi non diventano comuni prima della tradizione come dalle parole:

« si ante collationem, posteaquam destinasses, pecunia perierit, nihil eo nomine consequeris, quia non societati periit »

appare molto chiaramente [65]).

Il contratto di società del resto può esser conchiuso per tutta la vita, o per un tempo più breve, o anche senza determinazione di tempo e inoltre sotto condizione o non. Soltanto una società che in nessun modo possa esser sciolta e che debba durare eternamente non può aver luogo. Così insegna PAOLO:

L. 1 pr. D. h. t. (17, 2). « Societas coiri potest vel *in perpetuum*, id est dum vivunt, vel *ad tempus* vel *ex tempore* vel *sub condicione* ».

L. 70 D. eodem. « Nulla societatis *in aeternum* coitio est ».

Dal confronto dei due frammenti, che probabilmente hanno un nesso tra di loro e sono stati presi da uno stesso libro di PAOLO *h*) [66]), si rileva che il senso dell'ultimo frammento sia uni-

---

[64]) L. 1 § 1, L. 73 e 74 D. *h. t.* (17, 2).

[65]) Si veda specialmente *Gior.* BALTH. a WERNHER, *Selectar. Observation. for.*, tom. I, p. I, Obs. 103.

[66]) Le iscrizioni dei due frammenti, veramente, sono diverse. Il framm. 1 h. t. è del libro 32 *ad edictum* di PAOLO, ma il fr. 70 del libro 33 *ad edictum* dello stesso. Ma già *Ger.* NOODT in *Comm. ad Dig.* h. t. § *Ostendi*, pag. 382, ha osservato che l'iscrizione della legge 70 dev'esser corretta e si debba leggere libro 32 *ad edictum*.

---

h) Anche il LENEL colloca il frammento D. 17, 1, 70 nel libro 32 di *Paulus ad edictum* (*Palingenesia* I, p. 1031).

camente questo, che una società non possa esser costituita in maniera che essa non debba finir mai, nemmeno per la morte dei soci [67]). È inesatto perciò l'affermare, come fa qualcuno [68]), che anche quel contratto col quale i soci si siano obbligati a rimaner nella società per tutta la vita non abbia il potere di vincolare. Un tale contratto ha per lo meno forza obbligatoria in tanto *in quanto* esso non può essere revocato *senza una giusta ragione* contro la volontà dell'altro, come appare dai seguenti frammenti.

L. 14 D. h. t. « Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur. quid tamen si hoc convenit, ne abeatur, an valeat? eleganter POMPONIUS scripsit, frustra hoc convenire: nam et si non convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem. sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio. nec tenebitur pro socio qui ideo renuntiavit, quia condicio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur: aut quid si ita iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati? ».

L. 15 D. eodem. « Vel quod ea re frui non liceat, cuius gratia negotiatio suscepta sit? » [i])

Può una società esser costituita sotto una condizione? Tra gli antichi giuristi romani questo punto era molto contestato. Soltanto GIUSTINIANO risolve affermativamente la questione nella

---

[67]) V. POTHIER, *Pandect. Iustin.* Tom. I, h. t. n. 10 nota *d*.

[68]) *Gior.* D'AVEZAN, *Contract.*, libr. I, cap. 12 § *Potest.* pag. 29. HARPPRECHT, *Comm.* ad § 4 I. h. t. nr. 6 e 7. VINNIUS, *Comm.* ad § 4 I. h. t. nr. 1.

Nel frammento D. 17, 2, 1 si possono considerare come interpolati gli incisi *id est dum vivunt* e *vel sub condicione*. Il LENEL (l. c. nota 4) annota il secondo inciso: *Trib. cfr.* C. 4, 37, 6.

i) Non credo che il frammento D. 17, 2. 14 si riferisse originariamente a una società contratta per tutta la vita; ULPIANO pare che riporti in principio un' opinione di SABINO per il quale, se in un contratto di società si era convenuto che non si dividesse la *res communis intra certum tempus*, la con-

L. 6 C. h. t. (4, 37) dove egli dice: « Sancimus societatem contrahi posse non solum pure, sed etiam sub condicione: voluntates enim legitime contrahentium omnimodo conservandae sunt ».

Il WISSENBACH [69]) perciò ritiene per un tribonianismo le parole *sub condicione* della L. 1 D. h. t. Ma può darsi che l'opinione, nella quale PAOLO consentiva, fosse predominante già prima di GIUSTINIANO, come osserva *Ulrico* HUBER, [70]) e inoltre non è insolito nelle nostre Pandette che TRIBONIANO, di fronte a opinioni contrarie, abbia accolto frammenti di quei giureconsulti l'opinione dei quali è stata confermata da GIUSTINIANO [71]).

Il HUBER crede che la controversia in generale fra gli antichi giureconsulti non si riferisse al contratto per se stesso di una comunione condizionale, del quale parla PAOLO, ma piuttosto all'inizio reale di una tale società e che la ragione del dubbio fosse questa, che la condizione sembra stia in contradizione all'acquisto della proprietà, fatto per

---

[69]) *Emblemata Triboniani* ad L. 1 pr. h. t. pag. 32. Edit. *Heinecc.* Halae, 1736, 8.

[70]) *Eunomia Rom.* ad L. 1 pr. D. h. t. pag. 623

[71]) V. WYBO, *Tribonianus ab emblematibus Wissenbachii liberat.*, Cap. III, § 7.

---

venzione non riguardava la società, ma la comunione. ULPIANO poi propone la questione *quid tamen... ne abeatur a societate* e poichè non aggiunge « per tutta la vita » non si può sottindere se non « *intra certum tempus* »; e riporta l'opinione di POMPONIO *frustra hoc convenire*. Dalla parola *sed* il testo è sospetto e perchè non fa che ripetere il già detto e per altri indici ancora.

Anche i codici moderni riconoscono come motivo dello scioglimento della società la volontà d'una delle parti. Questa dichiarazione di volontà è uno di quegli atti giuridici unilaterali che i tedeschi chiamano *empfangsbedürftig*, bisognosi di ricevimento, devono cioè esser compiuti di fronte a determinate persone; per il nostro codice civile la rinunzia deve esser « notificata a tutti i soci », vale a dire che quest'atto non può esser notificato semplicemente agli amministratori, ma a tutti i soci.

Sarà valido pel nostro diritto la clausola *ne abeatur?* Per diritto tedesco lo KNOKE sostiene che è nulla anche se la clausola restringe soltanto il diritto di rinunzia e cita il § 723, 3 cod. civ. germ.

legge, subito dopo conchiuso il contratto. Ma questa ragione esisterebbe solo in una società universale, della quale GIUSTINIANO nella sua costituzione non dice nulla. Altri [72]) credono perciò che il contratto di società nel diritto antico fosse congiunto a una mancipazione dei beni conferiti, la quale perchè atto solenne non ammetteva condizione [73]). Ma GIUSTINIANO avrebbe sottratto la volontà dei contraenti alle sottigliezze del diritto e tanto più perchè a' suoi tempi il trasferimento della proprietà, sia sotto condizione, sia incondizionatamente, poteva aver luogo per semplice tradizione senza distinzione di cose [74]). Ma noi troviamo troppo piccole traccie di questa controversia tra gli antichi giuristi romani perchè possiamo determinar qualcosa di certo su la vera ragione del dubbio [l]).

---

[72]) VOET, Comm. *ad Pand.* h. t. § 1. D'AVEZAN, c. § 2, pag. 104 e POTHIER, *Pand. Iustin.* h. t., Nr. X not. *c.*

[73]) L. 77 D. *de div. reg. iuris* (50, 17).

[74]) L. 38 § 1 D. *de adquir. vel amitt. possess.* (41, 2).

---

[l]) Nel diritto romano antico la condizione non era apponibile ai negozi giuridici per la legge della simultaneità ricostrutta dallo IHERING; l'atto e il suo effetto dovevano cioè avverarsi nello stesso momento. Fu ammessa dapprima nelle disposizioni d'ultima volontà, indi in quelle tra vivi. « Nel diritto classico e nel giustinianeo l'esclusione della condizione ha carattere puramente eccezionale, motivata da ragioni speciali al singolo atto. Talora essa deriva dalla necessità di una volontà seria, ponderata, decisa, conducente senz'altro allo scopo, o da quella della certezza di rapporti giuridici (p. e. la emancipazione). Tal' altra è il principio logico di contraddizione che esclude ogni modalità o alcune (*acceptilatio*) ». (FADDA e BENSA note al WINDSCHEID, vol. I, pag. 1021).

Anche pel diritto moderno la condizione è esclusa quando sia contraria all'essenza dell'atto o proibita dalla legge. Di tutti i casi di inapponibilità delle condizioni a noi interessa quello delle sottoscrizioni di azioni nelle società commerciali (cfr. FADDA e BENSA, l. c., pag. 1029).

Cenni sulla storia del contratto di società in diritto romano

* * * PERNICE, *Labeo*, I, p. 473, 1873. LASTIG nella *Goldschmidts Zeitschrift*, XXIV, p. 400. LEIST, *zur Geschichte der römischen societas*, 1881. PERNICE, *Parerga*, I, zum römischen Gesellschaftsvertrage nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, III, p. 48 sg. 1882 e *Parerga*, III, vol. IX della stessa rivista, p. 232 contro il BECHMANN, *Kauf*, I, p. 485 sg. — C. FERRINI, *Le origini del contratto di società in Roma*. — Estratto dall'*Archivio Giuridico*, vol. XXXVIII, fasc. 1. 2, 1877. — ADLER, *zur Entwickelungslehre und Dogmatik des Gesellchaftsrehcts*, 1894. — *Avv. Alfredo* DE MEDIO, *Contributo alla storia del contratto di società in Roma*, 1901.

Sulla storia del contratto di società in Roma non s'è scritto molto, le poche monografie citate lo dimostrano, e pure gli scrittori si contradicono in modo addirittura inconciliabile. Il PERNICE, il LASTIG, il LEIST, il KARLOWA [1]) ciascuno ha dato una ricostruzione storica della società in diritto romano che distrugge quella degli altri. Il più fortunato è stato certo il PERNICE che presso di noi ha avuto in gran parte il consenso del FERRINI, ma non si può accogliere con troppa fiducia nemmeno il risultato de' suoi studi. Nelle ricerche storiche più che la genialità o l'ingegnosità delle opinioni possono le fonti, ed è appunto questa base sicura che manca alla ricostruzione storica della *societas*.

Un tempo si credeva che la *societas omnium bonorum* fosse stata la forma tipica dalla quale poi fossero derivate le altre forme della *societas*. Il PERNICE al contrario nel *M. A. Labeo* [vol. I, p. 443 seg.] sostenne che le diverse forme delle *societas* ebbero origine indipendente, ma che ben presto s'intrecciarono in modo che poche differenze continuarono a sussistere tra di loro, differenze tuttavia caratteristiche e che ne denotano l'origine diversa. La *societas omnium bonorum* non sarebbe stata se non una derivazione o meglio un'imitazione artificiale (*Künstliche Nachbildung*) dell'antico *consortium*. Indipendentemente da essa la *societas generalis* sarebbe sorta dalle antiche corporazioni commerciali: terza sorgente della società sarebbe poi stata la *politio*. A queste affermazioni del PERNICE seguì un altro studio del LASTIG sottoposto poi a critica arguta dallo stesso PERNICE nel *Parerga*, III, nel quale egli conferma e rafforza ciò che aveva detto nel *M. A. Labeo*. Intorno a questi due studi si sono aggirate le critiche di tutti quelli che hanno scritto sulla storia della *societas*; è quindi opportuno il darne un cenno per quanto sommario.

Il LASTIG distingue due categorie di società: la società unilaterale e la società bilaterale. Suddistingue poi la società unilaterale in società di lavoro e società di capitale; la società bilaterale comprende la società d'acquisto e la società di tutti i beni, e avrebbe origine diretta dall'antico consorzio ereditario.

La distinzione delle società unilaterali pel LASTIG è basata sul punto di vista economico, ed egli le chiama unilaterali perchè da una parte sola in esse si ha l'iniziativa; così nella società di capitale è l'imprenditore che attira a sè il

---

[1]) *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 651 seg. e p. 1301.

capitale promettendone la restituzione e una parte del profitto ricavato col commercio; nella società di lavoro al contrario è il capitalista che si associa un lavoratore e lo fa partecipe del guadagno.

Gli esempi addotti dal LASTIG sono dati in primo luogo da' formulari di CATO ne' c. 144-146 *de re rustica*.

Questa *lex* di CATO è veramente molto ambigua, tanto che da molti è stata ritenuta intraducibile; ne hanno tuttavia data una traduzione il MOMMSEN [1]), il BEKKER [2]), il PERNICE [3]) e il FERRINI [4]). Eccola:

« Nequis concedat quo olea... carius locetur, extra quam si quem socium in praesentiarum dixerit. si quis adversus ea fecerit, si dominus aut custos volent. iurent omnes socii. si non ita iuraverint pro ea olea... nemo dabit neque debebitur ei qui non ita iuraverit ».

Si tratta di appalto per la raccolta delle ulive: il *redemptor* assumeva di fronte al proprietario l'obbligo di raccogliere le ulive e per questo scopo poi. indipendentemente dal proprietario, stringeva un altro contratto con operai. *homines*, *factores*, *leguli*, perchè lo aiutassero a eseguire l' impegno assunto. La difficoltà ora sta appunto nel determinare quale specie di contratto intercedà tra il *redemptor* e i *leguli*. Il LASTIG vede in esso un contratto di società unilaterale di lavoro e il termine *socii*, che si riferirebbe appunto ai *leguli*, lo dimostrerebbe. Il LASTIG nonostante questo rapporto di società ammette tuttavia che esistesse un vincolo di subordinazione degli *homines* di fronte al *redemptor*, ciò che va contro lo spirito del contratto di società. Il PERNICE rileva giustamente questa anomalia, nega che si tratti di un contratto di società, ma non definisce quale sia il rapporto giuridico; nemmeno lo stesso CATONE, egli dice, sapeva forse qual sorta di contratto fosse questo e se chiama *socii* i *factores* è forse in base all'uso volgare. Egli ritiene dunque che il *socii* si riferisca agli operai.

Più convincente per me è il FERRINI che mettendo a raffronto questa *lex* con altre dello stesso CATO ne ha dedotto che il rapporto di società intercedeva tra il *redemptor* e altri *redemptores*. Il proprietario, o il *custos* per lui, pretendeva dai *redemptores* il giuramento che quelli di loro che durante il concorso d'appalto si fossero ritirati, non l'avessero fatto dolosamente, per far cioè elevare il prezzo d'appalto, ma avendo nominato *socii* alcuni dei concorrenti rimasti.

Il passo nel c. 144: *legulos quot opus erunt praebeto et strictores. si non praebuerit quanti conductum erit aut locatum erit, tanto minus debebitur*, induce a credere che tra il *redemptor* e i *leguli* esistesse un contratto di locazione d'opera.

Con ciò è tolta di mezzo l'obbiezione che si sarebbe potuto opporre al PERNICE, che cioè in una formula contrattuale fosse usato impropriamente il termine *socii*, e quel che più ci interessa vien meno una delle basi più gravi per la società unilaterale del LASTIG.

Altro esempio di societa unilaterale pel LASTIG è dato dal COD. 2. 3. 8 [9] (*Alexander a.* 222): « si pascenda pecora partiaria (id est ut fetus eorum portionibus, quibus placuit. inter dominum et pastorem dividantur) Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto praestare per iudicem compelletur ».

Società di capitale ce l'offrirebbe il fr. D. 19, 2, 25, 6.

---

[1]) *Römische Geschichte*, I, 5a ed. pr. 862.
[2]) Zeitschrift f. Rg., III, p. 421.
[3]) *Parerga*, I, nella *Ztschr.* d, S. S., III, p. 50.
[4]) l. c. p. 22.

Ma non è necessario insistere ancora per dimostrare che in questi casi si hanno vere locazioni di cose e non società. Il colono rimane sempre subordinato al proprietario e, come ce lo dimostrano anche i recentissimi studi sui papiri del COSTA [1]), spesso pagava in natura.

Veniamo ora alle, cosidette dal LASTIG, società bilaterali.

La *societas omnium bonorum* per il LASTIG è derivata direttamente dal *consortium omnium bonorum*, lo stato intermedio tra queste due figure è dato dal *consortium voluntarium* come egli chiama il consorzio del quale, oltre agli *heredes sui*, facevano parte anche i figli emancipati. Il testatore, quando non c'era ancora l'obbligo della collazione, chiamando all'eredità i figli emancipati avrebbe imposto loro l'obbligo della collazione. Col tempo poi si fecero, stringendo il consorzio, patti accessori relativi ad acquisti futuri. Questi patti accessori poco per volta formarono l'oggetto principale dell'unione, quindi l'origine della società d'acquisto, e di tutte le altre forme di società.

A questa ipotesi del LASTIG il PERNICE ha opposte non poche e gravissime ragioni. Comincia egli col notare le grandi differenze che corrono tra la *societas omnium bonorum* e il consorzio ereditario. Il *consortium* si riferisce solo all'eredità, non si scioglie per la morte di un *consors*. Questi inoltre non può come il socio fare atti di disposizione sull'intero patrimonio, può però disporre liberamente della sua quota ideale, sciogliere quindi a suo piacere il consorzio: conseguentemente nemmeno una disposizione d'ultima volontà del *pater* potrebbe imporre agli eredi l'obbligo di permanere nel consorzio. L'azione con cui si divideva il consorzio era l'*actio familiae erciscundae* e non l'*actio pro socio*.

Il LASTIG poi col *consortium voluntarium*, a parte che un consorzio è sempre volontario dovendo gli eredi acconsentire a parteciparvi (il carattere di necessarietà riferendosi soltanto pe' *sui* all'adizione dell'eredità), distrugge la comune opinione sull'origine dell'obbligo della collazione senza dare ragioni convincenti. Comunemente si ammette che l'obbligo della collazione degli emancipati sia stata una conseguenza dell' *interdictum unde liberi*, che si avesse quindi solo nelle successioni *ab intestato*. Secondo il LASTIG il testatore imponeva all'emancipato l'obbligo di conferire i beni, non poteva lasciargli addirittura una quota minore? Inoltre l'obbligo della collazione non si riferiva all' intero patrimonio, ma era più limitato. Il PERNICE riguardo alla *societas omnium bonorum*, conchiude col ritenerla un' imitazione artificiale del *consortium*, come dimostrerebbero con evidenza i due principii del *transitus legalis* e dello spirito di fraternità nella società.

Si è già visto come il LASTIG riannodi la *societas ex quaestu* a quella *omnium bonorum*, con ciò egli crede di illustrare storicamente l'illimitata responsabilità de' soci. Ma ben osserva il PERNICE che la responsabilità illimitata de' soci dipende dal fatto che la *societas* è soltanto un rapporto dei soci tra di loro e che per le terze persone è giuridicamente indifferente.

Piuttosto, dice il PERNICE, è possibile che i consorti facessero insieme degli affari, ma non è dimostrato che questi diventassero poi oggetto principale.

Il PERNICE conferma quindi di nuovo l'origine indipendente della società *quaestuaria* dalle corporazioni commerciali e adduce come prova la presunzione di SABINO per la quale un semplice contratto di società, senza alcun'altra determinazione, deve essere ritenuto per una società d'acquisto: la qualità infamante dell'*actio pro socio* derivante dalla *fides*: e inoltre la presunzione dell'uguaglianza

---

[1]) *Le locazioni dei fondi nei papiri greco-egizi*, estratto dal *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, anno XIV (1901). Fasc. I.

delle quote di perdita e guadagno e lo scioglimento della società per la morte di un socio. Tutto induce ad ammettere l'indipendenza della società dal consorzio ereditario.

È inutile il dire che tutti questi argomenti dal PERNICE affermati con gran convinzione per decisivi sono da altri con altrettanta convinzione rifiutati come inconcludenti.

Su due punti soltanto ci sembra necessario di insistere prima di abbandonare questo argomento, punti che possono esser decisivi per l'inammessibilità o non dell'ipotesi del PERNICE: l'uno riguarda le così dette differenze caratteristiche della *societas omnium bonorum* di fronte alle altre specie di società, l'altro si riferisce alla formula data nell'editto per la *societas*.

Il FERRINI conclude il suo studio sulle società bilaterali col dire « nel loro sviluppo tuttavia (le diverse specie di società) non seguirono due linee parallele, ma presto si confusero: nel « *beneficium competentiae* si tennero, secondo l'opinione forse dominante dei giureconsulti romani, però ancora distinte: certo rimase privilegio della prima il *transitus legalis* ». L'illustre professore dunque, come del resto anche il PERNICE, sembra che ritenga che queste differenze provino la diversa origine storica della *societas omnium bonorum* di fronte alle altre specie di società. A me tuttavia, lasciando da parte il *beneficium competentiae*, pare che il *transitus legalis* più che dalla diversità d'origine, benchè certo possa ed anzi abbia anche esso la sua ragione storica, derivi da ragioni pratiche che si hanno in genere soltanto nella *societas omnium bonorum*. Il KARLOWA [1]) nella sua storia osserva che « non è inverosimile che la *societas omnium bonorum* originariamente non potesse esser conclusa col semplice consenso, ma che si dovesse collegare un estremo reale col consenso. A questo accenna l'espressione ancora comune più tardi *coire*. Forse era richiesto originariamente per la conclusione valida di una *societas omnium bonorum* il rapporto di una vita comune. La costituzione di un tale stato di società giuridico patrimoniale aveva un effetto non semplicemente obbligatorio, ma reale: sembrava superfluo, inconcepibile che quelli divenuti soci dovessero render comune ciò che fino allora era appartenuto a ciascuno ». Può dunque darsi che originariamente il contratto avesse un'efficacia reale come vuole il KARLOWA, del resto, ripeto, a me pare che l'essere il *transitus legalis* proprio della *societas omnium bonorum* fosse una conseguenza pratica della stessa natura del contratto. Se i soci consentivano a voler conferire l'intero patrimonio, che necessità v'era d'una tradizione delle singole cose? bastava che il socio sapesse che le cose appartenevano al consocio perchè potesse usarne a cuor sicuro e il rapporto d'appartenenza il più delle volte è noto a tutti; e se si aggiunge la vita in comune che necessariamente si è sempre dovuta avere, almeno in parte, nella *societas omnium bonorum* la cosa riuscirà chiara. Non così doveva essere nelle altre specie di società; in queste è necessaria la tradizione perchè il consocio non può far atto di disposizione sul patrimonio del socio o coll'impadronirsi o della quota di capitale o d'altre cose che dopo tutto possono anche non esser quelle che il socio vuol conferire, esercita un diritto sull'intero patrimonio privato del socio, diritto che egli non ha nemmeno eventualmente. Del resto il *transitus legalis* si riduceva a lettera morta se il socio rendeva all'altro socio impossibile d'impadronirsi della cosa; in questo caso le fonti dicono *socius cogetur communicare;* il *socius o. b.* si poteva trovare dunque nelle stesse condizioni di qualsiasi forma di socio. È vero che può dirsi che il socio di tutti i beni col-

---

[1]) l. c. p. 655.

l'*actio pro socio* esercitava un diritto reale là dove in altre specie di società il socio, anche col chiedere la *communicatio*, colla stessa azione non sperimentava se non un diritto di credito; ma in pratica poi gli effetti eran gli stessi. Il *transitus legalis* dipende quindi dal consenso del socio. E qui si può riannodare l'effetto del *transitus legalis* con un'altra caratteristica della società. I giureconsulti romani accentuano con insistenza la necessità dell'*in consensu perseverare* perchè possa durare il contratto di società. Il consenso che negli altri contratti basta aver dato una volta per sempre, nella società si scinde quasi per tutto il tempo della « *societas* » in una serie di momenti successivi e basta che in uno solo di questi momenti venga a mancare perchè l'esistenza del vincolo contrattuale sia ostacolata. L'accordo tra i soci dev' essere perfetto ed essi debbono volere senz'alcun limite far parte della società.

Cod. 4. 5. 37: « Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat ».

Alla preoccupazione che i Romani avevano intorno al requisito del consenso è forse dovuta la difficoltà con la quale essi ammisero che potesse decorrere alcun tempo tra la conclusione del contratto di società e il sorgere de' suoi effetti. Essi volevano che l'effetto del contratto si avesse subito, perchè i contraenti una società possono esser certi del loro consenso solo nel tempo presente; del futuro non possono saper nulla. La questione se potesse ammettersi la condizione nel contratto di società della quale GIUSTINIANO ci dà notizia risolvendola in senso affermativo, se da un canto può esser prova della grave antichità del contratto di *societas*, dall'altro però mi pare che confermi quanto ho esposto. Ora l'essere il *transitus legalis* proprio della *societas omnium bonorum* non potrebbe avere la stessa ragione? Può dirsi che solo nella *societas omnium bonorum* i soci abbiano le cose da conferire nella società proprio nel momento della conclusione del contratto, e se il socio dava proprio allora il suo consenso di render partecipe o della proprietà o dell'uso del suo patrimonio gli altri contraenti, chi poteva dubitare del suo consenso e d'altra parte chi poteva opporsi se non lui stesso? Nelle altre specie di società o le quote non sono ancor determinate, o le cose molte volte non fanno parte ancora nemmeno di chi le dovrà conferire; perchè di esse passi la proprietà negli altri quando giunge il momento si pretende ancora un atto che confermi il consenso, la *communicatio*. Certo il socio può essere obbligato alcune volte anche contro sua volontà, ma altro è il far sorgere un diritto *ipso iure*, altro è il dare al soggetto passivo di esso il mezzo di opporre eccezioni, di ritardarne l'esecuzione.

Lo stesso FERRINI [1]) riconosce e vuol distruggere un'altra difficoltà che s'opporrebbe alla teoria del PERNICE; essa riguarda la formula dell'azione *pro socio* data nell'editto del pretore. Un tempo la formula era così ricostrutta:

« Quod inter Aum Aum et Num Num societas contracta est illius rei, quidquid ob eam rem Num Num Ao Ao pro socio dare facere repromittere oportet ex fide bona, eius, iudex Num Num Ao Ao in quantum facere potest dolove malo fecit quominus possit c. s. n. p. a. ».

Il LENEL [2]) invece ne ha dato quest'altra ricostruzione:

« Quod As As cum No No societatem omnium bonorum coiit quidquid ob eam rem Num Num Ao Ao pro socio dare facere praestare oportet ex fide bona,

---

[1]) l. c. p. 17.

[2]) *das Edictum perpetuum*, p. 237.

dumtaxat quod Nus Nus facere potest, eius iudex Num Num Ao Ao c. s. n. p. a. ».

Se questa ricostruzione leneliana, osserva il FERRINI, fosse la vera, non si dovrebbero dissimulare le nuove e forse insuperabili difficoltà che osterebbero alla dottrina del PERNICE. Il fatto che il pretore proponesse la sola formula della *societas omnium bonorum* non si potrebbe spiegare che in via storica, come in via storica si devono spiegare tutti gli esempii, in cui, in luogo del tipo generale, troviamo addotto un caso particolare.

Il LENEL ricostituisce questa formula, o più specialmente la parte *societatem omnium bonorum* in base al D. 17, 2, 63. Perciò, nota lo stesso LENEL, anche nei Commentari la *societas omnium bonorum* è sempre in primo luogo e cita PAULUS (l. 32) D. h. t. 1, 1, e 3 pr. 1 ULP. (l. 31) D. *eod.* 5 pr., GAI, III, 148. È certo però che prima della formula era dato l'editto sul *beneficium competentiae*, del quale POMPONIUS dà notizia nel D. 42, 1, 22, 4.

« Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit ».

Ora il FERRINI vorrebbe riferire il D. 17, 2, 63 pr. — 7 al commento di questo editto, così sarebbe tolta di mezzo la base per la formula proposta dal LENEL, tanto più, egli aggiunge, « che quell'editto (ed è singolare che il LENEL non v'accenni) si riferiva solamente ai *socii omnium bonorum:* cfr. D. 32, 1, 16 ove ULPIANO, arrecando la classificazione scolastica di quelli ammessi al beneficio di competenza e cominciando colla classe *pro socio*, soggiunge *socium omnium bonorum accipiendum est.* Nè si capirebbe infatti, come mai, data l'ipotesi leneliana, potessero i giureconsulti romani persistere nell'idea doversi il beneficio di competenza applicare solamente ai *socii omnium bonorum.* Se la formula proposta per queste era il modello di tutte le altre, come mai tale opinione? »

La congettura del FERRINI non è forse ammessibile, me ne distoglie l'osservazione del LENEL che nell'editto del beneficio di competenza non era considerato il dolo.

Perciò nella formula io inserirei anche il *quodve dolo malo fecerit quominus possit.* Nonostante che il § 7 possa far intendere che questa sia un'estensione dovuta all'*interpretatio*, non pare tuttavia che il caso del non adempimento per dolo fosse dai Romani incluso nel concetto del *beneficium competentiae*, ma spesso è ad esso contrapposto [1]).

Che poi nell'editto fosse detto *socii omnium bononorum* non è provato dal D. 42, 1, 16 di ULPIANO. Già prima di tutto l'aggiunta *socium*, ecc. potrebbe anche non esser genuina; la forma, il non essere essa stata tradotta dai Basilici che traducono il passo integralmente, può lasciar luogo a dubbi gravissimi. Del resto, anche accettandola, mi pare che stia contro il FERRINI. ULPIANO dice *socii*, riporta l'espressione dell'*Editto*, ma, aggiunge egli, si badi l'Editto allude soltanto a *socii omnium bonorum.* A ciò può averlo indotto l'uso comune che, per la presunzione di SABINO, quando si parlava di *societas* semplicemente si intendeva *societas negotiationis.* Se l'editto avesse detto espressamente *socii omnium bonorum*, il giureconsulto avrebbe riportato il termine per intero, e volendo limitare il b. o. solo a questa specie di società si sarebbe espresso altrimenti.

---

[1]) Cfr. C. V. 13, 1, 1, 7 « .... exactionem pollicebatur et non in solidum, sed in quantum maritus facere potest, si non dolo malo suam deminuit substantiam, in hac parte rudem figura n ex stipulatu damus actioni ». Cfr. anche c. ult. 7, 75.

Sarebbe poi strano che se nella formula si diceva *societas omnium bonorum*, i giureconsulti dovessero prendere i *socii* dell'editto indifferentemente per qualsiasi specie di socio. Ciò s'opporrebbe al rigore dei commentatori romani: se al tempo dell'editto la sola società conosciuta era quella o. b. essi non potevano dire che il *socii* si riferiva originariamente a qualsiasi specie di socio. Ben presto però, dal tempo di Sabino, il « beneficium » fu esteso a tutte le società.

Se tutte le forme di società si potevano facilmente comprendere nella formula data per la s. o. b. non ne derivava che anche il *beneficium competentiae* dato nell'editto a parte dovesse ad esse applicarsi; vi si opponeva l'eccezionalità dell'istituto e poi se il fr. D. 17, 2, 63 pr. 7 si riferiva al *beneficium competentiae* in che parte avrebbe ULPIANO commentata la *formula?*

D'altra parte non si deve credere che l'*actio pro socio* applicata alle altre forme di società dovesse essere *in factum* perchè la formula era data solo per la *s. o. b.*

Osserva il KARLOWA: [1]) « anche in questa (nella società) la formola dell'*actio pro socio* fu data originariamente per la « societas omnium bonorum ». A questo proposito però SABINO riguardo all'editto sul *b. competentiae* interpretò recisamente che la disposizione sul *socius*, sotto la quale il pretore aveva inteso il *socius omnium bonorum*, si dovesse riferire anche al *socius unius rei.* Non si sarà dunque posta alcuna difficoltà nell'applicare la formola della società, sebbene essa fosse proposta per la *societas omnium bonorum*, nel caso concreto alla società di contenuto più limitato, pertanto si concepiva la *demonstratio* di tal caso semplicemente in corrispondenza al contenuto più limitato della società... Non si deve assolutamente pensare a formole concepite *in factum* ».

Del resto queste osservazioni contro il PERNICE hanno valore tanto quanto è difficile che già prima della formola dell'editto si avesse una fusione completa delle diverse specie di società in modo d'avere una formola generale, ma che s'oppone a ritenere che le diverse forme di società sorte anche dopo la formula non si siano modellate sulle corporazioni commerciali? [2]).

---

[1]) l. c., pag. 1304.

[2]) Per il GOLDSCHMIDT la *societas* sarebbe un istituto sorto per i bisogni commerciali, esteso poi anche ad altri rapporti anche non commerciali. La *societas omnium bonorum* tuttavia avrebbe risentito l'azione dell'antico *consortium.*

Per il DE MEDIO (l. c.) la *societas omnium bonorum* deriva dal consorzio ereditario. La società commerciale sarebbe di provenienza straniera.

Nel « Corso di storia del diritto romano » volume secondo, pubblicato appunto in questi ultimi giorni, il COSTA, indotto dall'« unità di concetto e di regole » che domina nelle diverse specie di società, ritorna all'antica opinione della derivazione della *societas* dal *consortium*; pag. 275 281.

Il contratto di società come atto complessivo.

Nei contratti in generale due sono le parti che costituiscono il vincolo obbligatorio, due sono le volontà che si legano l'una a vantaggio dell'altra, per lo stesso risultato ma con scopo diverso; di solito, almeno in quelli a titolo oneroso, colla sicurezza di avere un compenso, un equivalente proporzionato alla privazione imposta dal vincolo e rappresentante un bene di diversa natura da quello offerto; e l'effetto del contratto deve esercitarsi, anche qui, di regola, nella sfera giuridica delle parti esclusivamente. Nel contratto di società è caratteristico che le parti difficilmente sono due soltanto, il numero di esse può dirsi illimitato; in esso le volontà non si legano completamente a vantaggio, a servizio delle altre volontà: per quanto in vista d'un compenso, e con scopo distinto, ciascuno dei soci ha uno scopo se non identico almeno simile a quello degli altri soci; il compenso, se c'è, non è dato dai soci direttamente i quali forniscono il mezzo a ottenerlo; e la società tende ad esercitare il suo effetto ulteriore nella sfera giuridica dei soci presi insieme o altre parti estranee al contratto di società.

Sono queste differenze tanto caratteristiche da creare un'individualità distinta del contratto di società di fronte agli altri contratti? Può il contratto di società con questi caratteri entrar comodamente nella categoria dei così detti negozi giuridici bilaterali, o vi si può trovare a disagio come nel letto di Procuste? Ecco una questione che sorge spontanea dopo una lettura per quanto superficiale dell'interessante scritto del KUNTZE [1]), ricco di concetti nuovi e geniali.

Iohannes Emil KUNTZE vuole spodestare il contratto dal trono che i giuristi gli hanno eretto nel *commercium inter vivos*, o almeno vuole che lo divida con altri concetti; a uno di questi, « alle offerte obbligatorie », pensa già la dottrina moderna, all'altro rivolge egli col citato lavoro le sue cure. Il nuovo concetto giuridico sorge dal pensiero non nuovo di « collettivo » ed è dato dall'atto che ben si potrebbe chiamare, con termine puramente e sinceramente tedesco, *Gesammtakt*, atto complessivo. Il *Gesammtakt* si caratterizza esternamente perchè in esso può intervenire una molteplicità indeterminata di partecipanti. « Questo lo distingue dai principali casi del contratto; infatti il contratto, il sinallagmatico è per sua natura riposto e limitato a due parti che si stanno di fronte » [2]). Per questo la dottrina è in errore quando tratta il contratto di società con i contratti sinallagmatici fra i contratti onerosi. « I contratti di società non appartengono ai contratti bilaterali, ma formano una linea parallela o serie; si deve distinguere contratti collocati bilateralmente e multiplolateralmente o in breve: contratti duali e plurali. Solo i primi sono di natura sinallagmatica, riposano sul concetto d'equivalenza e mirano allo scambio di valori commerciali » [3]). Non bisogna però confondere

---

[1]) *Der Gesammtakt, ein neuer Rechtsbegriff* nei *Festgabe für* D.r Iur Otto Müller.
[2]) Pag. 31.
[3]) L. c. pag. 32.

il contratto di società coll'atto complessivo, anch'esso collocato pluralisticamente per quanto sia molto simile ad esso.

Alcuni casi di atti complessivi: nel diritto romano, la costituzione di una servitù da parte di più comproprietari per il fondo comune: più condomini di uno schiavo lo manomettono: nella *redemtio nummis* (*ex constitutione Div. Fratrum*) più intermediari intraprendono insieme la *redemtio* (fr. 4 § 13 *de manum.* 40, 1).

Nel diritto tedesco: più persone entravano nel possesso e godimento del feudo in comunione indivisa, infeudamento a mano complessiva: nel diritto commerciale se più procuratori (*Prokurist*, l'*alter ego* del principale in uno stabilimento commerciale), sono costituiti con una procura collettiva essi devono eseguire i documenti per il negozio colla sottoscrizione di tutti; i fondatori di una società per azioni chiamano in vita con un atto comune, p. e. nell'assemblea generale costituente la persona giuridica, che allora ha indipendentemente i suoi diritti e doveri,

nel diritto civile: più persone procedono in comune per la costituzione di una fondazione;

nel diritto statale: le leggi costituzionali (della Germania) vengono ad esistenza per una cooperazione del governo (*Regierung*) e una rappresentanza del popolo; la costituzione di uno Stato federale. « Se questo non è formato da un vincitore in guerra, ma dal convenire degli Stati che entrano nel nuovo organismo e lo formano, si ha un caso che è simile a una fondazione collettiva. Lo Stato federale sorge per un atto complessivo, laddove lo stringimento di una federazione di Stati cade sotto il concetto del contratto » [1]).

Nell'atto complessivo le parti non stanno come nel contratto l'una di fronte all'altra, ma l'una accanto all'altra, il loro punto di partenza è individuale non contrapposto a quello delle altre, bensì corrispondente « cioè esse non stanno dal principio in una lotta degli interessi, che si acqueta solo nella conclusione del contratto, ma hanno un punto di partenza comune identico, esse vanno dal principio colla mano nella mano o almeno, nel loro volere e nel loro aspirare non v'è nulla che si contrapponga a ciò che esse vadano completamente la mano nella mano » [2]). L'atto complessivo ha comune col contratto il carattere di mirare alla riunione di più volontà (*Vereinigung mehrer Willen*).

« Non nella riunione della volontà giace dunque il criterio del contratto (*Vertragskriterium*) di fronte alla riunione d'altra specie, ma nella maniera e all'effetto della unione di volontà. Questa nel contratto è tale che le volontà delle parti non s'incontrano semplicemente nello stesso conseguimento, ma a questo scopo s'intrecciano e s'incatenano tra di loro, formano insieme un'unità vivente, come se fossero coalescenti, ogni volontà assoggettata all'altra e nessuna dissolubile di nuovo unilateralmente » [3]).

Il collegamento di volontà deve dunque essere la specifica del contratto, estremo estraneo all'atto complessivo. L'atto complessivo si distingue ancora dal contratto perchè esso mira ad un effetto giuridico al di fuori dei partecipanti laddove il contratto — ad eccezione di quello a favore dei terzi — ha per scopo un effetto giuridico tra le parti.

---

[1]) L. c. pag. 37.
[2]) L. c. pag. 43.
[3]) L. c. p. 44.

L'atto complessivo e il contratto, benchè di natura diversa, possono combinarsi tra di loro o in quanto il contratto si componga d'atti complessivi o in quanto un contratto è sovrapposto all'atto complessivo in quanto lo prepari.

Il KUNTZE arriva quindi alla definizione: l'atto complessivo è un atto giuridico, sia esso unilaterale o bilaterale. Esso è un agire insieme, o daccanto tra di loro, di molti per il conseguimento di un effetto giuridico unito nel rapporto a terzi, per portare ad esistenza un negozio giuridico di fronte a terzi o con terzi, il quale viene ad esistenza solo colla cooperazione di questi più.

Determinato il concetto dell'atto complessivo, possiamo distinguere gli atti complessivi in eguali ed ineguali (*äquale und inäquale*) secondo che i diversi partecipanti agiscono in via principale (e questi sarebbero i veri atti complessivi) o secondaria; in unilaterali e multiplolaterali (*einseitige und mehrseitige*) secondo che si ha la formazione di un atto giuridico unilaterale il quale si compone della partecipazione in via principale di parecchi o un contratto che presenta contemporaneamente gli elementi dell'atto complessivo, sia che da un solo lato a una parte del contratto stia di fronte una molteplicità, sia che dai due lati del contratto partecipi al negozio giuridico una molteplicità di persone; infine in atti complessivi del diritto privato e del diritto pubblico.

Coll'atto complessivo non bisogna inoltre confondere gli atti simultanei che mirano non ad un effetto unito, ma a parecchi effetti giuridici che sono tra di loro concatenati, p. e., *stipulatio* e *adstipulatio*, le obbligazioni correali semplici (per il KUNTZE in queste non si ha un'*una plurium obligatio*) un *testamentum simultaneum* o *reciprocum* nè il *Bestätigungs-akt*, nel quale interviene l'autorità pubblica.

Il concetto nuovo del KUNTZE è troppo minutamente studiato, quasi accarezzato dall'autore che con ciò ne rende più vulnerabile il lato debole. La suggestione esercitata dall'autore è bruscamente interrotta, non so se per un sentimento di giustizia verso il contratto a scapito del quale è diretta la ricerca del KUNTZE, quando si arriva alla partizione degli atti complessivi in unilaterali e multiplolaterali.

Ha diritto l'atto complessivo a questa classificazione che ad esso assegna un largo posto tra i negozi giuridici di fronte ai contratti? Su che cosa si basa questa classificazione, quali sono i caratteri speciali dell'atto complessivo pei quali possa dirsi unilaterale piuttosto che multiplolaterale e viceversa? I caratteri il KUNTZE li trova in elementi estranei all'atto complessivo per sè stesso, nel negozio giuridico di cui esso fa parte e a torto crea la nuova espressione *multiplolaterali* quasi per dare un'illusione di novità. Se solo nel contratto può aversi l'atto complessivo multiplolaterale, e il contratto secondo lo stesso autore è sempre tagliato in due parti, si avranno due soli lati, quindi bilateralità e l'atto complessivo non potrà essere se non bilaterale. Se inoltre nonostante la complessività s'abbia da un lato solo del contratto, l'atto complessivo mantiene il carattere di « multiplolateralità » è evidente che questo carattere è fondato esclusivamente sul contratto, il KUNTZE quindi mi pare sarebbe stato più fortunato se non avesse intorbidato il suo concetto con questa distinzione. Ma qui sorge il dubbio se l'atto complessivo rappresenti sempre un intero o non sia piuttosto una parte, un elemento d'un negozio giuridico; osservando un atto complessivo « multiplolaterale » nel quale si abbia una molteplicità di persone di fronte ad una sola persona, si è autorizzati a ritenere l'atto complessivo, o sia una delle due volontà costituenti il negozio giudico più limitato di tutto il negozio, delle due volontà insieme.

Arrivati a questo punto non sarà difficile il vedere come il KUNTZE pretenda troppo per il suo concetto; l'atto complessivo così come egli lo presenta non sta di fronte, sulla stessa linea, al negozio giuridico unilaterale e bilaterale, ma tutt'al più può essere una sottospecie di essi in quanto in luogo d'una sola volontà si abbia un complesso di volontà, che peraltro non muta il carattere di bilateralità o unilateralità del negozio giuridico. Determinato bene il concetto di parte nel negozio giuridico, si vedrà che la parte non è necessariamente composta di una sola persona.

Del resto in limiti più ristretti l'idea del KUNTZE può produrre fecondi risultati.

Osservando i negozi giuridici in generale, a me pare di poter fare una partizione in riguardo al numero delle persone che vi possono partecipare: in quelli che non possono esser conclusi se non da una sola persona come parte (disposizioni d'ultima volontà); in quelli che possono esser conclusi da singole persone o da più persone indifferentemente, come un'unica parte; in quelli che devono esser conclusi necessariamente da più persone come un'unica parte; in quelli che debbono esser conclusi necessariamente da più persone non come un'unica parte, e che pure non si stanno di fronte come nei contratti, ma da canto così come ce le descrive il KUNTZE.

Un esempio dei secondi l'abbiamo in una vendita, in un mutuo e così via in quasi tutti i negozi giuridici sia unilaterali sia bilaterali. Tanto negli uni quanto negli altri in luogo d'una persona come parte possono intervenire più persone, solo che l'ordinamento giuridico non considera la volontà di tutte queste persone come tante diverse volontà, ma come un'unica volontà.

Si potrebbe dire che il fenomeno di unificazione de' diversi atti volitivi che nell'individuo avviene internamente, in questi casi avviene all'esterno, ma il diritto a ciò è assolutamente indifferente e si limita solo a considerare le diverse volontà come elementi di un'unica volontà.

Vi sono dei casi in cui, in rapporto all'individuo che partecipa al negozio giuridico, l'ordinamento giuridico esige l'intervento di due persone almeno perchè si abbia un'unica volontà; tali sono i casi della tutela e curatela. In tutti questi esempi il negozio giuridico mantiene il carattere di unilateralità o bilateralità secondo l'opinione comune, si potrà solo aggiungere la qualifica di complessivi per indicare il fenomeno caratteristico dell'intervento di una volontà complessiva.

Ma di fronte alla costituzione di una corporazione, l'ordinamento giuridico *esige* l'intervento di più persone che pure non si stanno di fronte, non si può a proposito di essa parlar nè di negozio giuridico unilaterale, poichè più sono le volontà richieste, nè di negozi bilaterali o contratti poichè le volontà s'accordano in diverso modo, non si legano. Le società commerciali, persone giuridiche come le corporazioni entrano in questa categoria, per affinità vi entra anche il contratto di società. A questi io darei la qualifica di negozi giuridici complessivi che quindi sarebbero quei negozi giuridici in cui *devono* intervenire più persone illimitatamente, l'una accanto all'altra non in linea opposta, ma circolare.

Per il KUNTZE veramente i contratti di società non sono atti complessivi, sono una serie di contratti che non rientra in quella dei bilaterali, ma che percorre una linea ad essa parallela: i contratti bilaterali sono dualistici, quelli di società pluralistici. « Solo i primi sono di natura sinallagmatica, riposano sul concetto d'equivalenza e mirano allo scambio di valori commerciali. Ben

diverso è l'*onus* che grava nel contratto di società; infatti qui non deve aver luogo alcuno scambio, ma deve esser raggiunto un conseguimento comune, il quale eventualmente non viene mai a vantaggio dei soci [1]) ».

« L'atto complessivo è egualmente collocato pluralisticamente e per quanto è simile al contratto di società, tanto più rigidamente deve esser tenuto distinto da esso [2]) ».

Non si confonde coll'atto complessivo il contratto di società e perchè « in questo ciascuno dei soci cerca di crearsi una posizione più possibilmente favorevole (a scapito degli altri) e per questo le volontà contrastano reciprocamente. Dove o in quanto però è in questione un atto complessivo, manca tale contrapposto; la tendenza dei partecipanti all'atto complessivo è affatto in consonanza [3]) ». L'atto complessivo poi mira ad un effetto giuridico al di fuori delle parti, il contratto invece a un effetto tra le parti. Ha inoltre di caratteristico che può creare una sfera giuridica, laddove questo fenomeno non appare mai per il contratto.

Ora concettualmente i soci non cercano di sfruttare i consoci; il fatto del resto può avvenire tanto quanto nella costituzione di uno stato confederato. Riguardo alla seconda differenza si può osservare come l'effetto giuridico al di fuori della parte sia in parte una semplice astrazione; del resto dato il concetto della « mano complessiva » nella società civile, il Kuntze dovrà ammettere che in questa, pel diritto tedesco, così come nella corporazione si ha qualcosa di distinto dalle parti.

Ma questa esclusione del contratto di società dagli atti complessivi io credo che sia ispirata all'avversione risoluta del Kuntze a tutto ciò che è contratto; egli quindi è costretto a considerare quest'atto complessivo come qualcosa di distinto dal contratto o dal negozio giuridico in generale di cui fa parte, in maniera che ne nasce una confusione per la quale, laddove l'atto complessivo dovrebbe esser sempre un negozio giuridico, molte volte (nel caso di negozio giuridico bilaterale) non è che un elemento [4]).

---

[1]) L. c. p. 32.
[2]) L. c. p. 32.
[3]) L. c. p. 43.
[4]) Cfr. Fadda e Bensa, nelle note al Windscheid, I, 2 p. 845.

§ 965.

Oggetti della società.

Si può dunque contribuire alla società o con cose, tra le quali sono comprese anche somme di denaro, o con servigi o con cose e servigi insieme. I soci perciò possono conferire merci, o versare determinate somme di denaro, e anzi queste somme, o gli altri contributi non devono essere tutti necessariamente dello stesso valore [75]; oppure diverse persone possono riunirsi per esercitare insieme una determinata arte o un traffico e cercare con ciò di trarre un guadagno. Però i servigi da prestarsi devono potere essere stimati in denaro [76], e non possono consistere in atti illeciti [77]. Infatti una riunione sociale per la perpetrazione di atti colpevoli non è detta *società*, ma *banda*. Può anche darsi che l'uno fornisca semplicemente delle cose o versi del denaro e che l'altro eseguisca soltanto dei lavori. Sembra che dapprima tra i giureconsulti romani fosse contestato se una tal società fosse valida; nella pratica però ottenne la prevalenza l'opinione che dichiarava valida la società [78]. Così senza contrasto bisogna intendere la L. 1 *Cod. h. t.* (4, 37) nella quale gli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMILIANO dicono: *Societatem uno pecuniam conferente alio operam contrahi posse magis obtinuit* [79]. Ai tempi di GIUSTINIANO su questo punto non esisteva del tutto più alcun dubbio, come appare dal § 2, *I, eod.*, dove si dice:

---

[75]) L. 5 § 1, D. *h. t.* (17, 2).

[76]) L. 52 § 2, D. *h. t.* (17, 2) § 2, *I. eodem* (3, 25).

[77]) L. 57, D. *eodem* (17, 2).

[78]) D'AVEZAN, *Contract.*, libr. II, tract. 3 pag. 106, § *Immo et co. lac.* OISELIUS, ad *Gaii Institution.*, lib. II, tit. 9, § 16, nota 95 (nello SCHULTING, *Iurisprud. Antejust.*, pag. 169 seg.). *Ev.* OTTO, *Comm.* ad § 2, *I. h. t.*, n. 4.

[79]) L'espressione *obtinuit*, o *post magnas varietates obtinuit* indica specialmente una pratica giudiziale romana che si fondava su di una *disputatio fori*. L. 24 D. *de adquir. vel omitt. hered.* (29, 2), L. 55 § 1 D. *de legat.* II. (31), L. ult. D. *pro legato* (41, 8), L. 32 D. *de obligat. et act.* (44, 7). V. *Car. Fed.* ZEPERNICK, *Diatr. de verum perpetua similiter a centumviris iudicatar. auctoritate*, § 3, adj. *Sibr. Tetard.* SICCAMA, *De iudicio centumvirali*, pag. 295.

Nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet.

Il valore del servigio qui supplisce la mancanza d'un contributo in denaro ed è considerato uguale allo stesso. ULPIANO dice nel fr. 52 § 2 *D. h. t.* (17, 2): « Pretium operae artis est velamentum » [80]).

---

[80]) Sul senso e sulla lezione di questo frammento gli interpreti hanno in verità opinioni molto diverse. Il CUIACIO nella Not. ad § 2, *I. h. t.* accerta che in un antichissimo manoscritto si legga meglio *leramentum* invece di *velamentum*, e che così sia reso infatti anche chiaro il senso, cioè che il valore dei servigi liberi il socio che li presta da un contributo in denaro, e ne tenga luogo. In questa spiegazione si accordano *Arn.* VINNIUS nel *Comm.* ad § 2 *I. h. t.* nr. 3, e il POTHIER, in *Pand. Justin.*, tom. *I. h. t.* nr. XXXVI nota *b* p. 482. Altri, i quali mantengono la lezione fiorentina *velamentum* danno emendazioni alla loro volta in diversa maniera. *Ant.* FABRO, *Rational in Pand. ad h. l.*, vuol leggere piuttosto *partis* invece di *artis* e spiega il frammento nel modo seguente: se un socio presta semplicemente dei servigi, il valore del suo servigio sia *vice et loco partis*, partecipi dunque al guadagno così come se egli stesso avesse una parte del fondo o del bestiame dato in contributo dall'altro socio. Vale a dire che nel citato frammento d'ULPIANO si tratta di una società, nella quale l'un socio aveva dato un campo, che l'altro doveva lavorare e coltivare (*politor*, non, come legge la Glossa, *pollicitator*) e del quale volevano poi dividersi i frutti. Qui, dice ULPIANO, dev'esser prestata la colpa proprio come se tutt'e due avessero reciprocamente conferito delle cose, infatti il valore del lavoro che l'altro socio esegue sostituirebbe o completerebbe ugualmente la sua quota alla collazione reale. Il HALOANDER legge *operae et artis; Franc.* HOTOMANUS, tuttavia, *Comm.* ad § 2, I. h. t. *operae artisve est velamentum*, e illustra questo frammento così: *pretium quod artifex operariusve accipit, velat atque abscondit ipsius artem: i. e. facit ut nulla eius ratio ducatur.* Quelli che spiegano questo frammento senza tutte queste correzioni, hanno anch'essi opinioni del tutto diverse. Si veda *Giov.* VOET, *Comm. ad Pand. h. t.*, § 12. *Giov.* D'AVEZAN, *Contract.*, libr. II, tract. 3, pag. 106 e *Ulr.* HUBERI, *Eunomia Rom.*, *ad h. l.*, pag. 631. Voglio aggiungere ancora la spiegazione di quest'ultimo. ULPIANO, dice egli, qui vuol rispondere alla domanda, perchè quegli che presta alla società solo de' servigi, sia tuttavia responsabile per colpa, come ogni altro socio, qui dove l'altro socio che ha dato la cosa per la quale son prestati i servigi sembra risenta principalmente il vantaggio. Ma chi presta i servigi qui non può calcolare la propria arte come un semplice beneficio, poichè egli partecipa al guadagno della società, e questo compenso (*pretium operae*) rimunera l'arte e fa sì che di fronte a essa non vi sia nulla di privilegiato.

Ma si domanda se in un caso tale il denaro diventi comune oppure rimanga in proprietà a quello che l'ha conferito. Qui bisogna considerare prima di tutto ciò che i contraenti hanno tra di loro convenuto per questo rispetto, e allora in questo caso si dice che *pactum dat legem contractui* [81]). Ma se i contraenti non hanno determinato nulla su questa parte, è contestato ciò che debba nel dubbio ammettersi giuridicamente.

Molti [82]) credono che bisogni distinguere se la prestazione dei servigi dell'uno dei soci sia di tale gravità da potersi considerare per il suo valore come un equivalente del capitale versato dall'altro socio, o se essa sia di così piccolo valore che non possa nemmeno reggere il confronto del capitale. Nel primo caso il denaro versato dall'uno dei soci diventerebbe comune, nell'ultimo invece rimarrebbe in proprietà di chi l'ha versato. Altri [83]) affermano che, nel dubbio, il socio che presta semplicemente dei servigi partecipi sempre anche alla comunione del contributo in denaro dell'altro socio, così che dopo lo scioglimento della società questo contributo debba esser diviso tra loro due. Altri ancora [84]) respingono una tale divisione, tuttavia credono che la proprietà del denaro sia comune almeno mentre la società sussiste, ma che finita questa essa ritorni a chi l'ha conferito. L'opinione più giusta, accettata anche dalla maggior parte de'giuristi [85]), è senza

---

[81]) Arg. L. 23 e 34, D. *de reg. iur.* (50, 17) L. 3, D. *de reb. cred.* (12, 1); V. *Arn.* VINNIUS, *Select. iur. Quaest.*, lib. I, cap. 54, § *Caeterum.*

[82]) *Did.* COVARRUVIAS *a Leyva*, *Variar. Resolution.*, lib. III, cap. 2, n. 2. *Operum*, tom. II, pag. 217. OISELIUS, ad GAIUM, cit. loc. nota 95 (in SCHULTING, I, A. pag. 170). *Gugl.* PROUSTEAU, *Recitat.* ad L. 23. D. *de reg. iur.*, cap. XX § 7 (in *Thes.* MEERMAN., tom. III, pag. 528). *Arn.* VINNIUS, *Comm.* 5 ad § 2, *I. h. t.* nr. 3, et *Select. iur. Quaest.*, lib. I, cap. 54, e *Ug.* GROTIUS, *De iure belli et pacis*, lib. II e cap. 12 § 24.

[83]) *Paul* VOET, *Comm.* ad § 2, *I. h. t.* nr. 2; *Helfric Ulr.* HUNNIUS; *Variar. Resolution. iur. civ.*, lib. III, tr. VII, p. III, Qu. 2; e *Amad.* ECKOLT., *Compendiar. Pand. Tractat.*, h. t. § 5.

[84]) *Gior.* SCHILTER, *Prax. iur. Rom.*, exerc. XXIX, § 6 e 7.

[85]) *Ug.* DONELLUS, *Comm. ad.* L. 1 Cod. *h. t.*; *Ren.* BACHOVIUS, *Not. et Animadv. ad Treutlerum.* vol. I., disp. XXVII, th. 9, lit. A.; *Andr.* FACHINAEUS, *Controversiar. iuris*, lib. II, cap. 96. *Ant.* PEREZ, *Praelect. ad* Cod. *h. t.*, nr. 2. *Ge.* FRANTZCKIUS, *Commentar.*, *h. t.*,

dubbio questa; che il capitale versato dall'uno dei soci rimanga, nel dubbio, proprietà del conferente e che sia comune semplicemente il guadagno ricavatone. Che gli oggetti, infatti, della società siano comuni in quanto alla proprietà non appartiene all'essenza della società. Lo scopo di ciò che si conferisce nella società è semplicemente quello di ritrarne un guadagno comune. Per ciò nel dubbio si deve presumere solo un uso comune. *In dubio enim id, quod minimum est, praesumitur* [86]). Che la proprietà rimanga al conferitore lo dicono anche i frammenti non oscuramente. L. 52 § 2 D. *h. t.* (17, 2):

« Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus *in commune quarendis fructibus*, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: *pretium enim operae artis est velamentum* ».

Secondo questo frammento dunque il bestiame e il fondo restano al proprietario e soltanto i frutti diventano comuni. E proprio questo dice anche GIUSTINIANO nel § 2 *I. h. t.* (3, 25) sopra citato. Quindi chi versa il denaro deve sopportare da solo anche il danno, se il capitale si perde accidentalmente [87]). A ciò non contradice la L. 58 § 1 D. *h. t.* (17, 2). Infatti se là stesso è detto:

---

nr. 85 segg. STRUV., *Exerc.* XXII. Th. 33 e nota 5 allo stesso MÜLLER, not. δ. LAUTERBACH, *Colleg. Th. pr. Pand. h. t.* § 16. *Sam.* STRYK, *Caut. contract*, Sect. II, cap. 10 § 6. *Giov. Balth.* L. B. a WERNHER, *Select. Observat. for.*, t. I, P. IV, Obs. 214, nr. 36 e segg. *Sam.* a COCCEJI, *Iur. civ. controv. h. t.*, Qu. 6 e EMMINGHAUS, not. 3 *ad eundem. Mich. Got.* WERNHER, *Lectiss. Commentat. in Pand. h. t.* § 33. *Giov. Ortw.* WESTENBERG, *Princip. iur. Rom. sec. ord. Pand. h. t.*, § 33. *Giul. Fed.* MALBLANC, *Princ. iur. Rom.* P. II, § 530 e parecchi altri.

[86]) L. 34, D. *de reg. iur.* (50, 17).

[87]) L. 9, *Cod. de pign. act.* (4, 24) STRUV, *Synt. iuris. civ. Exerc.* XXII, § 34. STRYK, *Us. mod. Pand. h. t.*, § 19 WERNHER, *Select. Observ. for.*, c. 1, t. 1, p. 948. *Gebr.* OVERBECK, *Meditazione su diverse parti del diritto* (Meditationen über verschied. Rechtsmaterien), vol. 3, medit. 153 e *Cr. Aug.* GÜNTHER, *Princip. iuris Rom. privati noviss.*, t. II, § 999.

« Si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire, ut puta si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam, periit ».

Qui si trattava del caso nel quale tutt'e due i soci avevano versato del denaro onde esercitare un commercio e nel quale era intenzione dei contraenti che il denaro dovesse esser comune. E proprio così si deve anche intendere la L. 52 § 4 D. *h. t.* dove ULPIANO dice:

« Quidam sagariam negotiationem [88]) coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit. dicit IULIANUS damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur ».

Che qui si parli di una società nella quale i due soci, per l'impianto d'un commercio, avevano versato del denaro accennano in modo non oscuro le parole: « suamque pecuniam perdidit »; infatti ULPIANO distingue da essa le cose proprie del socio che ha sofferto la perdita, le quali non appartenevano alla società. Qui si aggiunge ancora la ragione che sarebbe oltremodo ingiusto se il socio che s'è assunto ogni lavoro dovesse sopportare anche la perdita del capitale, poichè lui, a causa del lavoro inutile, manifestamente soffrirebbe un danno doppio. Ma appunto per ciò dunque si troverà altrettanto giusto che allo scioglimento della società, il capitale già versato rimanga semplicemente a chi l'ha conferito e che non sia diviso [89]). Chi del resto presta servigi alla società non deve già, come un fattore, avere per essi una

---

[88]) Quale genere di commercio fosse presso i Romani la *negotiatio sagaria*, è stato già spiegato in altro luogo, vol. XIV, parte 2, § 894, not. 4, pag. 277 [del testo].

[89]) *Gebr.* OVERBECX, *Meditazioni su diverse parti del diritto* (Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien), vol. 3, medit. 154.

mercede convenuta, ma come consocio deve partecipare realmente al guadagno e alla perdita della società [90]).

Da tutto ciò si rileva dunque che in ogni società ogni suo componente deve conferire qualcosa, sia esso denaro o merci o prestazioni di servigi. Non sussiste, perciò, una società se uno solo ha conferito ogni cosa e l'altro, pur non avendo contribuito per nulla, deve tuttavia partecipare al guadagno. ULPIANO dice espressamente: L. 5 § 2 D. *h. t.* (17, 2):

« Donationis causa societas non recte contrahitur ».

Nella L. 16 § 1. *D. de minor.* (4, 4) ULPIANO applica questo principio anche al caso in cui un minore abbia costituito una tale società, e afferma che qui non è necessaria una restituzione nel pristino stato poichè una *societas donationis causa contracta* non è valida nemmeno tra maggiorenni. *Satis enim ipso iure munitus est.* Una società tale, per conseguenza, non origina alcuna *actio pro socio*, anche se fosse stata costituita tra coniugi, sebbene d'altra parte, secondo il noto senatoconsulto votato sotto l'imperatore CARACALLA, le donazioni tra marito e moglie sono convalidate per ciò che esse non siano state revocate dal donante prima della sua morte, poichè una società, costituita semplicemente per causa di donazione, non è una società sia essa costituita tra coniugi o tra altre persone. È notevole il seguente passo d'ULPIANO: L. 32 § 24, D. *de donat. inter vir. et uxor.* (24, 1).

In esso è detto:

« Si inter virum et uxorem societas *donationis causa* contracta sit, iure vulgato nulla est, nec post decretum senatus emolumentum ea liberalitas, *ut actio pro socio constituatur*, habere poterit: quae tamen in commune tenuerunt fine praestituto, revocanda non sunt. idcirco igitur *pro socio actio* non erit, *quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros et propter hoc nec inter virum et uxorem* ».

Sarebbe tutt'altra cosa se i due coniugi avessero costituito realmente una società tra di loro e tutti e due vi avessero anche

---

[90]) GÜNTHER, *Princip. iuris rom. privati noviss.*, t. II, § 997 e § 999, not. *k*, pag. 708.

contribuito col loro patrimonio, l'uno però avesse promesso di lasciare all'altro una parte del guadagno maggiore di quella che dovrebb'essere in proporzione al contributo dello stesso, e ciò coll'intento di fargli un atto di liberalità.

Una tale società non è invalida per sè stessa, nemmeno tra coniugi, e perfino la donazione, in quanto esista in essa, benchè non sia valida subito, pure, in quanto il coniuge donante non la revochi, diventa valida almeno alla morte di lui. Questo mi pare che sia il senso delle parole d'ULPIANO, *quae tamen in commune tenuerunt, praestituto fine, revocanda non sunt;* e così le intendono anche DESIDERIUS) HERALDUS [91]), DELEV LANGEBEK, [92]) SCIPIO GENTILIS [93]) e JOSEPH AVERANIUS [94]). Ma se una tale società costituita tra altre persone, semplicemente per causa di donazione, sia almeno valida come donazione, è contestato tra giuristi. AVERANIUS [95]) crede che secondo il diritto romano a questo quesito si debba rispondere negativamente. Ma la maggior parte de' giuristi [96]) stanno per l'affermativa e questa merita almeno, anche per il diritto romano nuovo, la preferenza, poichè secondo una costituzione di GIUSTINIANO nella L. 35 § ult. *Cod. de donat.* (8, 54) un *pactum de donando* ha forza obbligatoria.

---

[91]) *Observation. et Emendat.*, libr. cap. 21 in *Thes. iur. Rom. Otton.*, t. II, pag. 1334.

[92]) in *Leges aliquot perdifficilis*, Adnotation cap. 9 (in *Thes. Otton.* t. I, pag. 548 seg.).

[93]) *De donation. inter virum et uxor.* lib. I, cap. 15.

[94]) *Interpretation. iuris*, lib. IV, cap. 12, n. 24. Si veda anche *Gius.* FINESTRES, *Hermogenian.* ad L. ult. D. *pro donat.*, § 7, pag. 597.

[95]) Loc. cit., n. 23.

[96]) Già ACCURSIUS ad L. 5 § 2, D. *h. t.*, appose quest'affermazione e lo seguirono Ant. FABER, *Rational in Pand.* ad eand *L. Desid.* HERALDUS cit. loc. *Gius. Fern. de* RETES, *De donation inter vir. et uxor.*, cap. IV § 7 (in *Thes. Meermann.*, t. VI, pag. 671). *Sam.* STRYK, *Us. mod. Pand.* h. t. § 22 e il THIBAUT, *Sist. del dir. delle Pand.* (Syst. des P. R.), vol. 2, § 883 in f.

§ 966.

Computo e divisione del guadagno nel contratto di società.

Lo scopo del contratto di società è la comunione del guadagno. Appartiene per ciò alla determinazione essenziale di questo contratto che ogni componente della società partecipi al guadagno. Per guadagno qui s'intende ciò che rimane, detratto ogni danno e ogni spesa, oltre il contributo; così come per danno s'intende tutto ciò che la società, sottratto il guadagno, perde del conferimento o anche oltre a questo [97]).

Dice la L. 30 D. *h. t.* (17, 2): « *Neque enim lucrum intellegitur*, nisi omni damno deducto neque *damnum, nisi omni lucro deducto* ».

Da ciò si rileva da sè la maniera di computare il guadagno e la perdita [98]).

Ma la questione è tanto più contestata sul come si deva dividere il guadagno e la perdita. È perfettamente conforme alla natura delle cose, che, se i componenti la società non hanno determinato espressamente niente su di ciò, la loro partecipazione al guadagno e alla perdita si regoli in rapporto al loro contributo.

Una tale proporzione geometrica approvano anche i testi espressamente. Così dice *a*) Pomponio: L. 6 D. *h. t.*) 17, 2).

« Conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique *ex aequis partibus* socii simus, *veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit* ».

Appunto così insegna anche *b*) Procolo: L. 80 *D. eod.*, dove egli dice:

---

[97]) V. Struv. *Synt. iuris civ.*, exerc. XXII, th. 29. Müller, *ad eundem* nota *α* e Lauterbach, *Colleg. theor. pr. Pand.* h. t. § 21.

[98]) Un esempio di un tal computo nella società si trova in *Gius. Ge.* Estors, *Principii fondamentali del diritto comune processuale dell'impero* (Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocess), p. III, edito da Wolr. Burchardi, Frankf. a. M., 1756, pag. 62 seg.

« Quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis [99]) partibus socius esset? illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique *ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat* ».

PROCOLO conferma questa decisione ancora con una ragione che deduce dalla natura del contratto dicendo: L. 78 D. *eod.* (17, 2): « Eo magis (sc. arbitrium boni viri sequendum esse), *quod iudicium pro socio bonae fidei est* ».

La natura del contratto e l'equità, quindi, esigono che quello che è stato guadagnato e perduto sia diviso tra i componenti della società, proporzionalmente all'ammontare dei conferimenti. Così pure insegnano la maggior parte dei giuristi [100]). Non ostante

---

[99]) BAUDOZA e Cod. Erlang. leggono qui *ex duabus millesimis*. Ma *Gugl. a* TEISTERBANT dict. BILDERDYK, *Observation. et Emendation libr.* (Brunovici 1806), Cap. 15, pag. 121, vuol leggere *ex undemillesimis partibus*, ID EST, DCCCCXCIX. Gli antichi infatti dicevano anche *undecentesimus* per XCIX.

[100]) Ger. NOODT, *Comm.* ad Dig. *h. t.* § *Satis*, p. 380. *Ren.* BACHOVIUS, ad *Treutlerum*, vol. I, disp. XXVII, th. 8, lit. D. *Paul.* VOET, *Commentar* ad § 2 *I. h. t.*, pag. 272. *Giov.* VOET, *Commentar.* ad *Pand. h. t.*, § 8. *Giul.* PACIUS, *Analys. Institution.*, lib. III, tit. 25, § 1. *Franc.* BROEUS, *Exposition. in Inst. h. t.*, § 2. *Arn.* VINNIUS, *Commentar.* ad § 1 *I. h. t.* n. 2. *Gior.* d'AVEZAN, *Contract.*, lib. II, tr. 3, § *Qualitercumque* (*Thes.* MEERM., t. IV, p. 105 e 106). *Gugl.* PROUSTEAU, *Recitation.* ad L. 23 D. *de reg. iur.*, cap. XX, § 11 (*Thes. Meerm.*, t. III, pag. 528). *Gius.* AVERANIUS, *Interpretation. iuris*, lib. III, cap. 6 § 7 e lib. IV, cap. XII, n. 19. *Gior. Ortw.* WESTENBERG, *Princip. iur. Rom. sec. ord. Pand. h. t.* § 27. *Er.* OTTO, *Comm.* ad § 1, *I. h. t. Sam. de* COCCEJI, *Iur. civ. controv. h. t.* Qu. n. 7. CARPZOV, *Iurispr. for.*, p. II, const. 30, def. 38. WERNHER, *Select. Observat. forens.*, t. I, p. III, obs. 178. LAUTERBACH, *Colleg. t. h. pr. Pand. h. t.* § 18. *Gio. Ulr. da* CRAMER, *Diatr. Partes aequales in lucro et damno sociorum spectandas explicans* (Opusculus, t. III, n. 21, pag. 567). SCHMIDT, *Iurid. mathemat. Magazin*, Wirzburg 1798, sezione I, p. 1. HOFACKER, *Princip iur. civ. R. G.* t. III, § 2006. MALBLANC, *Princip. iur. Rom.*, p. II, sect. I, § 530. *Ernest.* WESTPHALS, *Responsi giuridici* (Rechtsgutachtens), vol. I, *h. t.* § 3 e vol. 2, n. 575, p. 362. HÖPFNER, *Commentario alle Istituzioni di Eineccio* (Commentar. über die Heineccischen Institutionen), § 913, n. 2. THIBAUT, *Nist.*, vol. 2, § 883. HUFELAND, *Manuale del diritto civile* (Lehrbuch des Civilrechts), vol. I, § 553 e altri ancora.

ciò molti sono di diversa opinione [1]). Essi credono che sia più conforme allo spirito delle leggi romane che, in mancanza di speciali convenzioni, il guadagno e la perdita siano divisi tra i soci non in proporzione ai contributi, ma piuttosto senza riguardo ad essi nella stessa maniera, dunque non in *proporzione* geometrica, ma *aritmetica*. Questa opinione sembra che abbia a suo favore anche un frammento del tutto decisivo. ULPIANO dice cioè espressamente:

L. 29 pr. D. *h. t.* (17, 2):

« Si non fuerint partes societati adiectae, *aequas eas esse constat*. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa ».

Si obbietta, veramente, in contrario, che per *aequae partes*, potrebbero esser intese parti eguali tanto geometricamente quanto aritmeticamente: ma qui manifestamente si sbaglia completamente. *Aequae partes* nelle leggi romane [2]) vuol dire sempre parti virili, *partes viriles;* e che questa espressione anche qui non abbia alcun altro significato, appare chiaro in parte da ciò che esse nel frammento citato sono contrapposte ad una proporzione geometrica, in parte dalla L. 63 § 5 D. *h. t.* (17, 2), dove ULPIANO dice:

« Si, cum tres socii essent, egerit cum uno ex sociis socius et partem suam integram sit consecutus, deinde alius socius cum eodem agat et partem consequi integram non poterit, quia facere solidum non potest, an hic qui minus consecutus est cum eo agere

---

[1]) *Franc.* CONNANUS, *Comm. iur. civ.*, lib. VII, cap. 13, pag 543. *Diod.* TULDENUS, *Commentar. ad h. Tit. Institut.*, cap. 5. *Ulr.* HUBER. *Praelect. ad institut. h. t.*, § 3 e nell'*Eunom. Rom.* ad L. 29 D. *h. t.*, pag. 625 seg. *Ant.* PEREZ, *Praelect in Cod. h. t.*, n. 6. *Ant.* SCHULTING, *Jurisprud. Antejustin. ad Gaii Institut.*, lib. II, tit. 9, § 16. nota 98. *Car. God.* WINCKLER in *Access.* ad BERGERI, *Oecon. iur.*, lib. III, tit. V, § 31, nota 4 in fine. *Cristf. Lud.* CRELL, *Diss. de praesumptione aequalitatis in iudiciis dirisoriis*, Vitemb. 1735, § 5, e altri ancora.

[2]) L. 8, D. *de rei vind.* (6, 1), L. 2, pr., L. 9, § 12, D. *de hered. instit.* (28, 5), § 6, I. *eodem*, (2, 14), L. 7 § 2, D. *de rebus dub.* (34, 5), L. 23 D. *ad S. Ctum. Trebell.* (36, 1)., L. 5 § 2, D. *de solut.* (46, 3). *V. Barn.* BRISONIUS, *De Verb. Signif.*, voc. *aequales partes.*

possit qui solidum accepit ad *communicandas partes* inter eos, id est *exaequandas*, quasi iniquum sit *ex eadem societate alium plus, alium minus consequi?* sed magis est, ut pro socio actione consequi possit, *ut utriusque portio exaequetur:* quae sententia habet aequitatem ».

A sostegno di quest'opinione si adducono ancora le seguenti ragioni. *Primieramente* se ULPIANO per *aequis partibus* avesse inteso quote uguali geometricamente, come avrebbe egli potuto ragionevolmente proporre la questione, se un socio che dia un contributo maggiore di quello del suo consocio possa anche riservarsi una parte maggiore del guadagno? La eguaglianza aritmetica tra soci dev'essere dunque la regola. *Secondariamente* ciò apparirebbe anche da ciò che ULPIANO dice: L. 63 D. *h. t.*: « societas *ius quodammodo fraternitatis* in se habet »; ma i fratelli avevano tra di loro diritti uguali, come già insegnarono CICERONE [3]) e LATTANZIO [4]). A tutto questo si aggiungerebbe inoltre la *Nov.* 103 dell'imperatore LEONE, il filosofo, nella quale si dice:

« In societatibus usitatum est, ut fere, qui plus contulit, idem plus lucri sentiat. *et recte sane negotium instituunt, inter quos ita convenit.* veruntamen de maritimis praediis societate inita, non ideo recte, huius praedium latius est, eo, cuius arctius est, maius lucrum auferat. exempli gratia, huius praedium centum passus latum est, illius vero longe angustius, si haec coniungens communio inde utilitatem suppeditet, *ut* AEQUALITER, *non autem secundum cuiusque portionem, proventus inter socios dividatur, rationi consentaneum est* ».

Ora se le novelle dell'imperatore LEONE come tali, non hanno affatto vigore potrebbero però servire almeno all'illustrazione del diritto giustinianeo. Proverebbe quindi la novella almeno questo che la divisione del guadagno in proporzione geometrica ai contributi debba sempre esser fissata da una convenzione speciale

---

[3]) *De Legibus*, lib. I, cap. 12 e in *Oratio pro Ligario.*
[4]) *Divinar. Institution.* lib. V, c. 14.

tra i soci, altrimenti abbia luogo un'eguale partizione aritmetica senza riguardo all'ammontare dei loro contributi. Chi dunque non la vuole dovrebbe pattuire coi soci la proporzione geometrica. A questa opinione, si dice da ultimo, non s'opporrebbero nemmeno le L. 6 e 80 D. *h. t.* (17, 2), addotte dagli avversari. Qui infatti si parlerebbe del caso in cui la determinazione della partecipazione di ciascuno al guadagno è stata affidata o a un socio o a un terzo come arbitro. Con questo atto, si dice, i soci avrebbero fatto conoscere abbastanza chiaramente, che non vogliono accontentarsi di ciò che apporta la regola e dunque non si hanno voluto lasciar applicare la proporzione aritmetica. Ma benchè queste ragioni per sè stesse non siano senza importanza, pure io dubito assai che la prima opinione sia da esse distrutta, anzi io credo che essa acquisti ancora più forza persino per la L. 29 pr. D. *h. t.* (17, 2).

Se cioè ULPIANO dice: *si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat*, questa, incontrastabilmente, è una regola che egli fissa per il caso in cui è incerto quanto ognuno abbia conferito nel fondo sociale. Poichè qui nel dubbio non si deve ammettere che una disparità dei contributi, il giudice deve naturalmente, anche nella divisione del guadagno far parti virili. Sotto questo riguardo ULPIANO in un altro luogo dice appunto ciò: L. 164, § 1, *D. de Verb. Signif.* (50, 16):

Partitionis nomen non semper dimidium significat: sed si non fuerit portio adiecta, dimidia pars debetur.

Ma che con ciò ULPIANO non abbia voluto per nulla dire che sempre si devan fare parti virili anche quando è certo che i contributi de' soci erano diseguali, se non abbiano diversamente fissato con contratto, appare chiaro dalle parole seguenti. ULPIANO pone qui la questione se sia valido il contratto col quale i soci stabiliscono tra di loro che l'uno debba avere due o tre parti del guadagno e l'altro debba contentarsi di una sola parte. Il giureconsulto romano risolve la questione così: che il contratto sia valido, ma soltanto colla riserva che quegli che si ritiene una parte maggiore del guadagno abbia contribuito in più che l'altro sia o in denaro o in prestazione di servigi o in qualsiasi altra

cosa. Se dunque secondo questa decisione di ULPIANO non valeva persino il contratto con cui era stata pattuita una divisione non proporzionale ai contributi, di certo la divisione del guadagno in proporzione aritmetica non può essere la regola corrispondente alla natura del contratto.

Ermanno CANNEGIETER [5]) veramente vuol ritenere per errate le parole di questo frammento, poichè GIUSTINIANO § 1, *I. h. t.* (3, 25) pone la regola senza alcuna limitazione: *quod si expressae fuerint partes, hae servari debent,* e aggiunge persino che non si sia mai dubitato, « quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia ». Se dunque persino coi conferimenti uguali de' soci si può pattuire una partecipazione disuguale alla perdita e al guadagno non potrebbe esser vero ciò che ULPIANO là dice. Perciò egli crede che perchè si dia un significato ragionevole al frammento sia assolutamente necessario dopo le parole: *placet valere,* aggiungere ancora: *valet et,* SI MODO *etc.* le quali facilmente potrebbero essere state omesse dall'amanuense. Il senso sarebbe dunque questo: che una divisione disuguale del guadagno possa essere pattuita per contratto, ma che anche senza contratto essa abbia parimenti luogo per disparità dei contributi. Ma benchè persino con questa correzione l'opinione da me affermata, che guadagno o perdita debbano essere divisi tra componenti d'una società in proporzione de' loro contributi, non sia intaccata per nulla, pure io non la posso affatto approvare, perchè con essa si attribuisce alle parole del frammento un senso evidentemente falso. Infatti anche non osservando che la parola *modo,* che qui significa *soltanto* e senza dubbio deve segnare un limite della proposizione precedente, resterebbe del tutto superflua, questa correzione contrasta anche co' *Basilici* [6]) dove, proprio come nelle nostre *Pandette,* si dice:

---

[5]) *Observation. iuris Rom.*, lib. III, cap. 19, pag. 328.

[6]) Tom. II, lib. XII, tit. 1, const. 29, pr., pag. 6. [HEIMBACH, tom. I, pag. 738].

δυνατόν δέ συμφωνεῖν, τὸν μὲν ἔχειν ἕν μέρος· τὸν δὲ δύο ἢ τρία ἐαν μέντοι τι πλέον εἰσάγῃ τῇ κοινωνίᾳ, ἢ ἐν χρήμασιν ἢ ὑπουργίᾳ ἢ ἑτέρῳ τινι i. e. *Possunt autem convenire ut quis duas partes vel tres habeat alius unam: si modo plus aliquid conferat societati, vel pecuniae vel cuius alterius rei.* [HEIMBACH *possunt autem convenire, ut alter unam, alter duas vel tres partes habeat: si modo plus conferat societati vel pecuniae, vel operae, vel cuius alterius rei.*] La maggior parte dei giuristi [7]) perciò spiega con me il frammento così: che secondo esso non è valido quel contratto con cui è stato pattuito che un socio debba avere del guadagno una parte maggiore di quella dell'altro socio, se egli contemporaneamente non ha dato un contributo maggiore nè in denaro nè in lavoro, di quello del consocio.

Questo rigoroso rapporto geometrico che ULPIANO vuole si osservi nel contratto di società e che non può mai essere alterato per un patto accessorio, come contrario alla natura del contratto, si rileva ancora più ampiamente dalle seguenti parole della

L. 29 § 1, D. *h. t.* (17, 2):

« Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque [8]) enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item [9]) si solus naviget, si solus peregrinetur, periculo [10]) subeat solus ».

---

[7]) Secondo AZO e ACCURSIUS il DONELLO, *Comm. ad* L. 1, Cod. *h. t.* nr. 23. *Ant.* FABRO, *Rational in Pand.* ad L. 29, pr. D. *h. t. Gior.* D'AVEZAN, *Contract.* lib. II, tr. 3, § *Qualitercumque in fin.*, pag. 106. HUBER, *Praelect. ad Inst.*, lib. III, tit. 26 § 3. AVERANIO, *Interpretat. iuris*, lib. IV, cap. 12, nr. 19. NOODT, *Comm. h. t.*, § *Satis* e molti altri.

[8]) *Plerumque* qui vale *persaepe*

[9]) Lo scoliaste greco dei *Basilici* (tom. II, pag. 29) (HEIMBACH, I, p. 739) spiega l'*item* con τί γάρ (*quid enim*) con un punto interrogativo alla fine di questo periodo. BAUDOZA legge *id est*. Così pure il Cod. Erlang.

[10]) La lezione fiorentina *periculo subeat* è da preferirsi alla aloandrina: *pericula subeat*. Infatti l'espressione *subire periculo* è tanto comune quanto *subire invidiae, subire labori. Bern. Enr.* REINOLDUS, *Varior.*, cap. 10, in *Opuscul. iurid.*, pag. 102, e *Gior. Bern.* KOEHLER, *Interpretation. et Emendation. iuris Rom.*, lib. I, cap. 5, § 12, pag. 54.

Qui è parola di un patto accessorio, col quale è stato convenuto tra' soci, che l'uno debba sopportare da solo la perdita intera, e che sia diviso soltanto il guadagno. ULPIANO dichiara valido anche questo patto solo colla limitazione che il socio che non deve prendere nessuna parte alla perdita che soffre la società dia a vantaggio della società più del consocio, tanto onde sia tolta di mezzo la disparità. E di fronte a queste chiare prove si può ancora negare che il rapporto geometrico, rispondente alla natura del contratto, non sia la norma della legge nella divisione del guadagno tra i soci? E che può dimostrare in contrario la sopra citata novella dell'imperatore LEONE, quando le novelle di questo imperatore in generale non hanno nessun valore, e anche l'utilità che alcuni [11]) vogliono ad esse attribuire nella illustrazione del diritto giustinianeo, è molto dubbia? [12]). Piuttosto secondo il citato frammento 29, D. *h. t.* (17, 2) è fuori d'ogni dubbio, che è invalido ogni patto accessorio col quale è tolta di mezzo quella partecipazione proporzionalmente eguale dei soci al guadagno e alla perdita. Questo è la cosidetta società leonina (*societas leonina*) [*Löwengesellschaft* ted.] cioè il contratto, per il quale è stato convenuto che l'uno dei soci non partecipi al guadagno, ma debba sostener tutti i danni e che l'altro soltanto debba avere l'intero guadagno [13]). ULPIANO dichiara questo contratto recisamente nullo poichè è affatto in contrasto colla essenza della società. Egli dice cioè:

« *Aristo* refert *Cassium* respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc

---

[11]) *Casp. Achat.* BECK *de Novellis Leonis Aug. et Philos. earumque usu et auctoritate.*

[12]) Si confronti qui specialmente *Car. Fed.* ZEPERNICK, *Animadvers.* ad *Beckium*, c. I, not. *c*, pag. 124, et eiusd. *Commentat. Quibus ex causis Novellae Leonis Sap. in Germania receptae dici nequeant*, cap. I, § 1-4, aggiungi BECKIO, Nr. III, pag. 406-426.

[13]) *Sam. Fed.* WILLENBERG. *Diss. de societate leonina*, Select. *iurisprud. civ.* (Gedani 1728, 4), p. I, exercit. XIX, e *Crist. Enr.*, ECKHARD, *Diss. de societate leonina ad* L. 29, § 2, D. *pro socio praes. Gior. Ge.* ESTOR. def. Ienae 1738.

societatem leoninam [14]) solitum appellare: [m]) et nos consentimus *talem societatem nullam esse*, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet » [15]). Poichè l'intero contratto di società è annientato da un patto tale

---

[14]) Questo nome si riferisce alla ben nota favola di Esopo o di Fedro, secondo la quale il leone con alcuni altri animali, e, propriamente, secondo il primo con una volpe ed un asino, secondo l'ultimo invece con una vacca, una capra e una pecora, costituì una società per cacciare, per poi dividere fra di loro il bottino fatto, ma esso faceva le divisioni in maniera che alla fine si prendeva tutto il guadagno. Che il primo ad usare questo nome sia stato Cassio e che questi abbia dato origine al proverbio come vuole Scipio Gentilis, *Parergor*, lib. II, cap. 24, è credibile tanto poco quanto che secondo l'opinione dello scoliaste greco, sia stato Aristone, (tom. II, *Basilicor.* pag. 29, lit. C.) [Heimbach, I, pag. 740]. Infatti le parole di Ulpiano: *et hanc societatem leoninam* solitum *appellare*, dimostrano che la società del leone debba essere stata proverbiale molto prima di Cassio e di Tito Aristone. *Giov. Gugl.* Hoffmann nei *Meletemat. ad Pandect.*, diss. XVI § 4, dubita anche sulla correttezza dell'intero nome, poichè la società del leone della quale parlano que' poeti favoleggiatori non avrebbe nessuna diretta somiglianza con quel genere di società di cui parla Ulpiano. Perciò egli crede che invece di *leonina* bisogni leggere *theonina*. L'esempio infatti più caratteristico di un uomo astioso e cupido gli antichi l'avrebbero avuto nella persona di un certo Theon. Da qui il proverbio in Orazio, lib. I, ep. 18, v. 84, *dente Theonino circumroditur*. Ma a questa congettura molto sensata contradicono gli *Scolia Basilicorum*, tom. II, pag. 29. [Heimbach I, p. 740]. Là si dice: *Ἀρίστων ἀποδοκιμάζει τὸ τοιοῦτον εἶδος τῆς κοινωνίας καὶ καλεῖ λεωνίναν, τουτέστιν, ἁρπακτικὴν διὰ τὴν τοῦ λέοντος φύσιν· πλεονέκτης γὰρ ὁ λέων τοῦ προσηγορευόντος αὐτῷ θρέμματος ἕτερον μὴ ἀναστχόμενος θηρίον μεταστχεῖν.* Cioè: « Aristo talem societatem improbat, et Leoninam appellat, hoc est rapacem propter leonis naturam ingeniumque. Est enim leo alieni avidus, nec in partem praedae alia admittit animalia, sed vel maiorem praedae partem, vel etiam totam praedam sibi vindicat ».

[15]) Baudoza legge *expectet*, ma il Cod. Erlang. *sentiat*. La lezione fiorentina *spectet*, che dà pure l'aloandrina, è preferita. Infatti *spectare* per *expectare* non è insolito nei Classici. V. *Giov. Bern.* Koehler, *Interpretation et Emendat. iuris Rom.*, lib. I, cap. 5, § 12, pag. 55.

---

m) Interpolazione fino a *spectet* (?).

anche qui non ha luogo mai una *reductio ad arbitrium boni viri*, infatti altrimenti, si verrebbe a dare al contratto un effetto che i contraenti assolutamente non volevano [16]). Che questo contratto, dunque, non sia valido, era ben un'unanime opinione di tutti i giureconsulti romani.

Ma sorge la questione se riguardo a' due contratti precedenti il § 1, *I. h. t.* (3, 25) non stia in contraddizione colla sentenza d'ULPIANO, GIUSTINIANO dice cioè nel citato passo delle sue *Istituzioni*:

« Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, *aequales* scilicet partes et in lucro et in damno spectantur: *quod si expressae fuerint partes, hae servari debent:* nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia ». Qui è ammesso interamente come regola in generale che ciò che è stato espressamente pattuito tra i componenti una società sulla partecipazione al guadagno e alla perdita debba valere; in particolare però è dichiarata valida la convenzione con la quale è stato pattuito che l'un socio debba avere due terzi del guadagno e della perdita l'altro solo un terzo.

Sulla base di questo frammento *Arnoldo* VINNIO [17]) perciò afferma che il contratto è valido si tratti di partecipazioni eguali in caso di conferimenti ineguali o di partecipazione disuguale per conferimenti disuguali, purchè non sia tolta del tutto la comunione del guadagno poichè in questa consiste l'essenza della società. Che infatti benchè una società, costituita assolutamente solo per causa di donazione [18]) non sia valida, pure non sia soggetto ad alcun dubbio che una società che sia in parte donazione possa sussistere così come una vendita diretta allo stesso scopo [19]). Che anzi anche

---

[16]) V. *Giov. Fed.* BOECKELMANN, *Commentar.* in Dig. *h. t.*, § 11, pag. 568. *Osw.* HILLIGER *ad Donellum* lib. XIII, cap. 16, let. M. *Giov.* AVERANIUS, *Interpretat.*, lib. IV, cap. 12, nr. 19 e WILLENBERG cit. Diss., § 5.

[17]) *Select. iuris Quaestion.*, lib. I, cap. 53.

[18]) l. 5 § 2, D. *h. t.* (17, 2).

[19]) L. 38. D. *de contrah. emt. vendit.* (18, 1).

ULPIANO abbia pensato così e che abbia ritenuto ingiusta solo una disuguaglianza troppo grande. Ma che sopratutto sia conforme alla ragione che i contraenti abbiano voluto col patto accessorio generare ben altro che dalla natura del contratto per sè stesso non poteva esser compreso. Anche *Cristiano* THOMASIUS [20]) credeva che TRIBONIANO nelle *Istituzioni* non fosse stato della stessa opinione d'ULPIANO. Ma proprio la ragione che egli deduce dalle parole: *nec enim umquam dubium fuit*, etc. potrebbe servire più a contradire che a confermare la sua opinione; e che la limitazione: *si modo*, etc. posta da ULPIANO non sia stata ripetuta nelle *Istituzioni*, ciò dimostra, come osserva *Ulrico* HUBER [21]) nella sua risposta allo scolio del TOMASIO, un difetto più che un dissenso. Si può dunque sempre dire che GIUSTINIANO ha voluto mantenere i patti accessori in quanto essi non contrastino collo scopo essenziale del contratto di società. Anzi GIUSTINIANO avrebbe potuto, nel caso di cui egli parla, in realtà, senza tante difficoltà, ritener valido il contratto. Infatti, benchè sembri che il socio, che ha un solo terzo del guadagno, laddove il suo consocio ne ritrae due terzi, sia, contro alla regola sopra addotta di una divisione proporzionale, danneggiato, pure questa disuguaglianza è tolta, alla sua volta, da ciò che proprio questo socio nel caso che la società soffra danni, ne sopporta solo un terzo, laddove l'altro deve assumersene due terzi [22]).

Più difficile ancora riesce la conciliazione della L. 30, D. *h. t.* (17, 2) col § 2, I. *de societat.* (3, 25). PAOLO dice:

« MUCIUS libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod

---

[20]) Scol. ad HUBERI. *Praelection. in Instit. h. t.*, § 3.
[21]) Loc. cit.
[22]) Si veda G. FRANTZKIUS, *Commentar. ad* Dig. *h. t.*, nr. 68.

reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur ».

Qui è parola del caso nel quale è stato convenuto tra' soci, che l'uno debba avere due terzi del guadagno e un terzo del danno, l'altro, al contrario, due terzi del danno e un terzo del guadagno. GIUSTINIANO determina questo caso così, § 2, *I. h. t.* (3, 25):

« De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, *ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia*, an rata debeat haberi conventio? ».

Che QUINTO MUCIO SCEVOLA e SERVIO SULPICIO abbiano avuto diversa opinione sulla validità di questo contratto, e che l'opinione dell'ultimo abbia avuto la prevalenza, appare certo, molto chiaramente dalle *Istituzioni*, ma altrettanto poco da quel frammento delle *Pandette*. GIUSTINIANO dice cioè nel § 2, *I. h. t.* (3, 25):

« Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, *quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti:* nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit: *quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse* [u]) ».

Perchè si conciliasse questo testo delle *Istituzioni* con quello delle *Pandette*, e se ne svolgesse il senso proprio dell'ultimo, fu già da grandissimo tempo il più arduo sforzo dei giureconsulti. Se si accetta la lezione così come il TORELLI ha dato dal manoscritto fiorentino e nella quale s'accordano senza

---

u) Cfr. VANGEROW, *Pandekten*, § 651, n. 1. WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pand.*, II, § 406, pag. 727.

differenze sostanziali [23]) tutti i manoscritti e le edizioni conosciute e anche i *Basilici*, sembra che SERVIO sia stato di pieno accordo coll'opinione di SCEVOLA. Infatti tutt' e due dicono persino colle stesse parole, che non si può costituire alcuna società in modo che un socio debba avere una data quantità di perdita e un'altra di guadagno. Ma poichè GIUSTINIANO tuttavia insegna il contrario, e d'altro canto è ben noto che SERVIO in molti casi s'è allontanato dall'opinione di MUCIO SCEVOLA, benchè talora abbia a torto biasimato il suo maestro [24]), nonostante l'accordo delle lezioni, la critica s'è avventurata a comporre una conciliazione per mezzo di correzioni. Si crede che l'errore stia nelle parole *nec posse,* il quale errore forse sarebbe più antico de' *Basilici* e delle stesse *Pandette. Gior.* CANNEGIETER [25]) vuol leggere perciò, invece di *nec, haec,* e collega questa parola con *ait,* così che egli dopo *haec,* pone una virgola, cioè così: *Servius in notatis Mucii ait* HAEC, *posse societatem ita contrahi. Cornelio Antonio van* WACHENDORF [26]) al contrario omette la virgola dopo *ait* e legge *et posse* invece di *nec posse.* Infatti uno scambio della particella *et* con *nec* non sarebbe insolito così ne' classici [27]) come nelle nostre *Pandette* [28]), *Ermanno* CANNEGIETER [29]) sostituisce *recte* a *nec.* Secondo queste

---

[23]) Soltanto il HALOANDER e il BAUDOZA leggono: *Servius* ETIAM *in notis Mucii ait non posse,* etc.

[24]) Secondo GELLIO, *Noct. Atticar.* SERVIO SULPICIO aveva scritto un libro speciale sotto il titolo di *reprehensa Scaevolae capita.* Com'egli talvolta biasimasse SCEVOLA senza ragione lo insegna la L. 76 D. *de furt.* (47, 2) V. *Fr.* BALDUINUS in *iurisprud. Muciana,* pag. 154, *Er.* OTTO, *Serv. Sulpicius,* cap. 7, § 7 e *Ge.* D'ARNAUD, *Vitae Scaevolarum,* Diss. postum.. *Traj. ad Rhenum,* 1767, § 37, pag. 105.

[25]) *Observation.,* cap. 4.

[26]) *Specim. exib. Observationes ad leges quasdam ex iure civ.,* Traj. ad Renum, 1756, cap. I, § 1, (in *Ger.* OELRICHS. *Thes. novo dissertat. iurid. Belgigar.,* vol. II, tom. II, pag. 162).

[27]) MARTIALIS, lib. X, epigr. 2, v. 11, *et saecula prosunt,* invece di *nec saecula prosunt.* V. SCRIVER., *ad Eund.,* pag. 217.

[28]) L. 23 D. *de furt.* (47, 2), dove per *nec ope impuberis,* bisogna leggere piuttosto *et ope impuberis.* V. *Siegm. Reichs.* IAUCHIUS, *de negation. Pandect. Florent.,* pag. 129.

correzioni il dissenso tra SCEVOLA e SERVIO sarebbe manifesto. *Giacomo* WOORDA [30]) al contrario lascia la parola *nec* immutata, e interpone soltanto la parola *male*, così come dice ULPIANO.

L. 8 e L. 14, D. *de inoff. testam.* (5. 2): *Non male* PAPINIANUS, lib. II, *Responsorum refert.* Secondo questo miglioramento si dovrebbe leggere: « *Servius* in notatis Mucii ait, *nec male*, posse societatem ita coiri ». Ma il PUTTMANN [31]) ha giustamente osservato in contrario che se SERVIO fosse stato realmente dell'opinione che qui gli si attribuisce, la ragione addotta a confermare quest'opinione non si attaglierebbe punto. Perciò egli non modifica niente nelle parole del testo, ma crede che SCEVOLA abbia ritenuto non valido solo il contratto per il quale un socio debba avere una quota del guadagno diversa da quella della perdita. SERVIO al contrario avrebbe creduto che un tale contratto non possa esser conchiuso nemmeno *de facto*, come si suol dire; poichè non può per sè stesso nemmeno esser immaginato, essendo inconcepibile un guadagno senz'aver detratta la perdita così come una perdita senza aver detratto il guadagno. Le parole *non posse* e *nec posse* si dovrebbero dunque prendere in un doppio significato. Secondo l'opinione di MUCIO esse starebbero a significare che il contratto sarebbe invalido, secondo l'opinione di SERVIO invece, che sarebbe impossibile *in facto*. Una tale figura detta πλεκή, non sarebbe niente di insolito nelle leggi, come *Guglielmo* PAUW [32]) e l'ECKARDT avrebbero dimostrato con molti esempi [33]). Un vero dissenso, tra SERVIO e SCEVOLA non si dovrebbe dunque ammettere, e GIUSTINIANO non avrebbe inteso SERVIO, ma gli avrebbe attribuito un'opinione da lui stesso ripudiata.

In contrario *Gior. Bernar.* KÖHLER [34]) ha sollevato il dubbio, certo molto fondato, che non sia possibile ritenere i compilatori delle

---

[29]) *Observation. iuris Rom.*, lib. I, cap. 2.
[30]) *Elector.*, cap. 2.
[31]) *Interpretat. et Observat.*, lib. sing., cap. 18.
[32]) *Var. iuris civ.*, cap. 3.
[33]) *Hermeneut. iuris*, § 98.
[34]) *Interpretation. et Emendation. iuris Romani*, lib. I, cap. 5, § 12.

Istituzioni tanto ignoranti, da sognar controversie tra gli antichi giureconsulti romani, le quali non sarebbero mai esistite, poichè in quel tempo gli scritti di MUCIO e SERVIO sarebbero stati ancora completamente esistenti, ma se la sua congettura sia troppo avventata giudichi altri. Egli crede cioè che le parole: *nec posse societatem ita contrahi* si riferissero a una società tale quale quella di cui ULPIANO aveva parlato alla fine del precedente frammento, per la quale cioè l'uno debba da solo avere tutto il guadagno, l'altro debba sopportare da solo tutto il danno. Il senso di questo frammento sarebbe dunque questo:

« SERVIUS *et ipse idem ait, quod in priori lege* ULPIANUS, *talem societatem coiri non posse, ut alter lucrum alter damnum* tantum sentiat ».

Everardo OTTO [35]) non ha torto quando dice che non si possa desiderare nessun commentario migliore alla difficile L. 30 D. *h. t.* di quello che ci ha dato GIUSTINIANO, § 2, *I. h. t.* (3, 25). GIUSTINIANO dice cioè che si sia disputato sulla questione, se una società possa essere costituita in maniera che un socio debba avere una quota del guadagno diversa da quella della perdita. QUINTO MUCIO credeva che un simile contratto non potesse esser valido perchè ripugnante alla natura di una società, la quale esige eguale partecipazione alla perdita e al guadagno. SERVIO SULPICIO in ciò non darebbe del tutto a torto a SCEVOLA, se la sua opinione si interpreta così che non si possa ammettere che in forza di quel contratto l'un socio debba avere una quota d'ogni singolo guadagno fatto e un'altra quota d'ogni singola perdita sofferta dalla società. Infatti ne deriverebbe un'ingiustizia troppo grande la quale di certo ripugna alla natura del contratto.

Anche *Ren.* BACHOV [36]) e *Franc.* HOTOMAN [37]) hanno creduto esattamente questo. Ma SERVIO si discostava dall'opinione di SCEVOLA

---

[35]) *Servius Sulpicius Rufus*, cap. VII, § 7.

[36]) *Notae et adnimadvers. ad Treutlerum*, vol. I, disp. XXVII, Th. 9, lit. B.

[37]) *Commentar. ad* § 2 *I. h. t.*, pag. 368 (Lugduni, 1588, *f*).

solo in ciò che il contratto non sia da ritener invalido allorquando si sia convenuto che un socio riceva una parte del guadagno che resta, *dopo detratte tutte le spese*, diversa dalla parte della perdita che rimane *detratto ogni guadagno*. Un contratto simile non contrasterebbe colla natura di una società, specialmente se i servigi prestati dal socio favorito sono di tal valore in modo che con essi si pareggi di nuovo ogni cosa. TEOFILO nella sua parafrasi [38]) greca illustra questo ancora con un esempio: *οἷον, ἐνεπορεύοντο ἀνδράποδα καὶ ἐσθῆτα. ἐν τῇ ἐμπορίᾳ τῆς ἐσθῆτος ζημία γέγονεν ἑκατὸν νομίσματα, ἐν δὲ τῇ πραγματείᾳ τῶν οἰκετῶν κέρδος περιεποιήθη τὰ νομίσματα· ἐξαιρεῖται πρότερον τὰ ἑκατὸν νομίσματα τὰ τῆς ζημίας, ὥστε ἐκείνεν θεραπευθῆναι ἐκ τοῦ κέρδους τῶν τ' νομισμάτων, καὶ τὰ σ'μεριστθήσεται μεταξὺ τῶν κοινωνῶν κατὰ γενόμενα πάκτα*. i. e. « veluti, negotiabantur mancipiis et vestimento; in negotiatione vestimenti damnum factum est centum aureorum, in servorum vero negotiatione lucrum acquisitum est trecentorum aureorum: eximuntur primo centum aurei, qui in damno sunt, ut hoc resarciatur ex lucro trecentorum aureorum, et ducenti aurei inter socios secundum pacta conventa dividentur » [o]).

Secondo il diritto odierno i contratti accessori coi quali è stata determinata una divisione non proporzionata sono validi incondizionatamente [39]), e perfino la così detta società leonina (*Löwengesellschaft* [ted.]) oggi è valida, se non come un vero contratto di società,

---

[38]) Lib. III, tit. 25, § 2, tom. II, pag. 691, edit. Reitz.

[39]) O. LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand. h. t.*, § 19. STRYK, *Us. mod. Pand. h. t.*, § 15 e 16. VINNIUS, *Select. iur. Quaest.*, lib. I, cap. 53 in fine. WERNHER, *Observat. for.*, tom. II, p. VIII, obs. 494. De CANNEGIESSER, *Decis. Hasso-Cassel.*, tom. I, decis. I, n. 36. ORTH, *Osservazioni* [Ammerkungen zur Franckf. Reformat.], vol. 2, p. 512 e GRIESINGERS, *Commentario al diritto territoriale di Wirtemberga* [Commentar über das Wirtemb. Landrecht], vol. I, § 118.

---

o) Cfr. WINDSCHEID, *Lehrb.*, II, p. 726 e nota 15. KNOKE, nelle *Abhandlungen* del FISCHER, vol. VII, p. 13 e p. 51.

almeno come un patto, quando cioè *in facto* non c'è nessun dubbio che si sia realmente voluto questa diseguaglianza, *volenti enim non fit iniuria*. Non si può però, in mancanza di una prova sufficiente, presumere un tale intento, ma piuttosto, in caso di espressioni incerte, si deve ripudiare ogni interpretazione del contratto che condurrebbe ad una *societas leonina* [40]). Una *societas leonina* oggi non vale anzi soltanto come patto, ma si può anche affermare, con ragione, che essa già secondo il diritto romano nuovo ha forza obbligatoria come un *pactum de donando* per la L. 35, § ult. *Cod. de donat.* [41]) (8, 53).

§ 967.

Fiducia tra' soci. Beneficio di competenza.

Il contratto di società costituisce tra' soci rapporti in certo modo di fraternità. Tanto è perciò naturale la fiducia che i soci hanno tra di loro quanto è giustificata anche l'attesa della più rigida onestà tra di loro. Con ragione quindi le leggi puniscono con infamia [42]) la fiducia tradita; ma i soci devono anche equamente, come fratelli, concedersi l'un l'altro il beneficio della competenza (§ 897) [p]). Se però questo beneficio competa a' soci indistin-

[40]) V. WEBERS, *Svolgimento sistematico della dottrina dell'obbligatorietà naturale* [Syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit], § 84, p. 457 e THIBAUT, *Sistema del diritto delle pandette*, vol. 2, § 883 in fine.

[41]) V. *de* BERGER, *Oecon. iuris*, lib. III. tit. 5, th. 31, not. 4. *Ex.* OTTO, *Comment.* ad § 2, *I. h. t.*, n. 5 in fine.

[42]) L. 1, L. 6 § ult. *de his qui not. infamia*, § 2 I. *D. de poena temere litigant.* CICERO, *pro Roscio*, *Com.* 6 et *pro Roscio Amerin.*, cap. 40.

[p]) Interessante oltremodo è lo studio del prof. PAMPALONI *Sul calcolo della competentia*, ecc. negli *Studi senesi*, vol. XV, 1898. In generale il PAMPALONI conclude che: nel diritto giustinianeo, al noto scopo, cioè nel valutare il patrimonio del debitore per vedere se a lui rimane lo stretto necessario, non vi è deduzione di debito, salvo il caso del donatore nel quale tuttavia la regola torna ad applicarsi pei debiti *ex donatione* — nel diritto classivo invece v'è sempre deduzione dei debiti, salvo non si tratti di debiti *ex eadem causa* (p. 299).

Per il socio in particolare: nel diritto giustinianeo si devono eccezionalmente dedurre i debiti *ex ipsa societate* quelli cioè che obbligano il socio di fronte a terzi per conseguenza della medesima società che egli ha con l'attore. — Quando un socio che agisca dopo non abbia ottenuto l'intero, mentre l'ha ottenuto un altro più sollecito, questo secondo deve far parte al primo di ciò che ha ottenuto.

tamente, si tratti d'una società universale o d'una società particolare è disputato tra i giuristi [q]). Molti [43]) lo vogliono ammettere solo per i soci d'una comunione universale dei beni. Ma la maggior parte de' giuristi [44]) sono dell'opinione che esso non si debba negare nemmeno ai soci particolari, se essi sono convenuti coll'*actio pro socio* per un debito sociale che non possano pagare interamente. La ragione di questo dissenso è che due frammenti delle nostre *Pandette* che trattano di questo punto, si contradicono.

a) L. 63 pr. D. *pro socio* (17, 2). È d'ULPIANO, libro 31 *ad edictum* e suona così:

« Verum est quod SABINO videtur, *etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere* possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, *cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat* ».

Secondo le parole chiare di questo frammento dunque così il socio *rei certae* come il *socius universorum bonorum* ha il beneficio di competenza. Ma proprio lo stesso ULPIANO in un altro luogo, libro 63 *ad Edictum*, insegna direttamente il contrario, cioè

b) L. 16 *D. de re iudicata* (42, 1):

---

[43]) *Iac.* CUIACIUS in *Jul. Paulo*, lib. 32 *ad Edictum* ad L. 67 D. *h. t.*; POTHIER, *Pandect. Iustinian.*, *T. I. h. t.* n. XLVI, not. 1 e THIBAUT, *Sistema*, vol. 2, § 883 in fine.

[44]) *Gior.* D'AVEZAN, *Contract.*, lib. II, tr. 3, § *Caeterum*, pag. 109. LAUTERBARCH, *Colleg. th. Pr. pand. h. t.*, § 29. *Gior.* VOET, *Comm. ad Pand. h. t.* § 20. *Sam. de* COCCEJI, *Iur. civ. controv. h. t.*, 2, n. 13. HOFACKER, *Princip. iuris civ.*, t. III, § 2007. MALBLANC, *Princip. iuris Rom.*, p. II, sect. I, § 532. HÖPFNER, *Commentario alle istituzioni di Eineccio* [Commentar über die Heinecc. Institut., § 912].

---

q) Cfr. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, II. § 267, n. 8, p. 96 e gli autori ivi citati. Secondo il WINDSCHEID i fr. 17, 2, 63 pr. e D. 42, 1, 16 si distruggerebbero reciprocamente e non rimarrebbe se non la disposizione generale delle I. 4, 6, 38. Per il DERNBURG, *Pandekten*, II. § 57, n. 13 il beneficio sarebbe stato dato dapprima ai *socii omnium bonorum* e poi esteso agli altri soci.

« Sunt qui in id *quod facere possunt* conveniuntur, id est non deducto aere alieno. et quidem sunt hi fere. qui pro socio conveniuntur (*socium autem omnium bonorum accipiendum est*) ».

Secondo questo frammento dunque il solo *socius omnium bonorum* ha il beneficio giuridico di competenza. Si son fatte ricerche di genere diverso per conciliare i due frammenti.

1.° Coll'aiuto della critica. Qui i critici si schierano in due parti. Secondo alcuni [45]) le parole: *Socio autem, ecc.*, dovrebbero essere un'aggiunta impura di IRNERIO o d'un altro antico interprete, la quale già per la sua errata latinità tradirebbe di quale mente sia parto. Infatti dovrebbe dirsi: *Socius accipiendus est.* Ma questa ragione è troppo debole perchè possa destare il sospetto di una falsificazione. Che infatti una tale costruzione, nella quale il gerundio è usato secondo la maniera greca, compaia molto spesso sia nei frammenti dei giureconsulti romani, sia nei classici, hanno con molti esempi dimostrato il FORSTER [46]), il NOODT [47]), e il IENSIUS [48]). Il HALOANDER e il BAUDOZA veramente leggono: *Socius autem omnium bonorum accipiendus est.* Ma la lezione fiorentina può esser pienamente giustificata. Altri non ritengono, no' queste parole per un' aggiunta impura, ma credono tuttavia che sia impossibile la conciliazione de' due frammenti senza una correzione. MARQUARD FREHER [49]) cambia perciò il SOCIUM AUTEM OMNIUM, in *socium etiam non omnium. Gerardo* NOODT [50]) seguendo ACCURSIO supplisce la parola *maxime*, e *Ermanno* CANNEGIETER [51]), legge *omnem bonorum*, invece di *omnium bonorum*, e riferisce

---

[45]) *Ant.* FABER, *Rational in Pand.* ad L. 63 pr. *h. t. Elb.* LEONINUS, *Emendation.*, lib. VI, cap. 14 e *Iust. Henn.* BOEHMER, *Introduct. in ius. Dig. h. t.*, § 24.

[46]) *Observation. subsecir.*, lib. I, cap. 1 (nel *Thes. iur. Rom. Otton.*, tom. II, pag. 905).

[47]) *Lib. sing. ad Edictum Praetoris de pactis et transaction.*, cap. 25 (Oper., T. I, pag. 554).

[48]) *Stricturae ad Rom. iuris Pandectas et Cod.*, pag. 439 *et in ampliata Demostrat. praemiss.*, art. 5, pag. 9.

[49]) *Verisimil.* lib. I, cap. 5 (nel *Thes. Otton.*, tom. I, pag. 643.

l'*omnem* a *socium*. Ma che il testo sia arrivato intatto fino a noi lo dimostrano, oltre l'autorità della fiorentina e di altri codici conservati, anche in particolare i *Basilici* [52]) nei quali le parole: ὡς ὁ πάντων τῶν πραγμάτων κοινωνὸς ἐν τῇ κοινωνίᾳ corrispondono perfettamente al testo latino [r]). Perciò molti, senza mutamenti della lezione, hanno cercato di conciliare quei frammenti

2.° per mezzo dell'interpretazione. Ma qui di nuovo si dividono le opinioni. Alcuni [53]) dicono che sia pur vero che tanto al *socius omnium bonorum* quanto al *socius particularis* competa il beneficio di competenza, ma che i frammenti avrebbero fatto in ciò una distinzione: il socio di una comunione generale dei beni avrebbe questa competenza, come di fronte ai genitori, in ogni caso; laddove il *socius particularis* solo nel caso in cui fosse convenuto coll'*actio pro socio* per un debito sociale, poichè un tal socio sarebbe da considerare come un fratello dell'altro solo riguardo agli affari sociali. Di quel caso tratterebbe la L. 16 D. *de re iudic.* (42, 1), di questo invece la L. 63 pr. *D. h. t.* (17, 2). Ma contro questa interpretazione si ha che in tutt' e due i frammenti è posto come condizione espressa, per la quale possa competere a un socio il beneficio di competenza, che egli sia convenuto per ragione del contratto di società. Appunto questo dice espressamente GIUSTINIANO § 38, I., *de actionibus* (4, 6):

---

[50]) *Commentar. ad* Dig. *h. t.* § *Etiamne*, pag. 385.

[51]) *Observation. iuris Rom.*. lib. III, cap. 19, pag. 239 seg.

[52]) T. I, lib. 9, tit. 3, pag. 505 [HEIMBACH, vol. I, pag. 455].

[53]) *Ant.* SCHULTING, *Thes. controversar.*, dec. LXII, th. 8. *Ev.* OTTO, *Comm.* ad § 38 I, *de actionib.* Th. MARCILIUS *ad eund.*, § 38. I. *de act.* in *Ian.* a COSTA, *Comment. ad Institut.*, pag. 562. *Giul.* PACIUS, ἐναντιοφαν *Legg. Conciliator.*, cen. IV, qu. 100. *Gior. Enr.* BERGER, *Resolution. Legg. obstant. h. t.*, qu. 5 e de COCCEJI, *Iur. civ. controv.*, *h. t.*, qu. 13.

---

[r]) Il testo basilico non corrisponde perfettamente al latino, esso dice infatti ὡς. Si osservi poi nel frammento del Digesto l'*id est* che potrebbe esser indice di rimaneggiamento e quindi di maggior probabilità per l'altra interpolazione *socium autem*, ecc.

« Item si socius cum socio *iudicio societatis* agat, non plus actor consequitur, quam adversarius eius facere potest ».

Altri [54]) perciò ritengono con più ragione che la legge 16 D. *de re iudic.* (42, 1) si debba completare colla L. 63 D. *h. t.* (17, 2). Il pretore, cioè, aveva detto nel suo editto: « si solvendo non sit socius, in eum, in quantum facere potest, causa cognita, iudicium dabo [55]) ». ULPIANO, che commentò quest' editto, insegna nella L. 16 D. *de re iudic.* (42, 1) come il pretore abbia concesso questo beneficio solo al *socius omnium bonorum*, non al *socius certae rei*, poichè in questo caso la natura stessa della società pareva che lo escludesse, in quanto la competenza può esser concepita solo riguardo all'intero patrimonio, mentre qui i rapporti della società si limitano solo a una certa cosa o a una parte del patrimonio. Ma SABINO andò più oltre del pretore. Egli affermò, verisimilmente per primo, che per equità la competenza debba aver luogo anche per i *sociis rei certae*, se essi sono debitori della società e sono convenuti in forza del contratto di società. Se in questo caso non si poteva derivare la competenza così come in quello, dal rapporto del patrimonio, pure qui interveniva la ragione del rapporto di fratellanza, che sorge tra i soci per il contratto di società. Può ben essere che questa nuova dottrina di SABINO sul principio non trovasse molto favore; ma ULPIANO vi consentì almeno nella L. 63 D. *h. t.* (17, 2) e si esprime su di essa così che si vede che già a' suoi tempi essa dev'esser stata una verità sufficientemente stabilita. S'intende del resto, che il socio che vuol godere di questo beneficio non deve esser colpevole di nessuna frode nè di altre

---

[54]) *Franc.* DUARENUS ad *Tit. Dig. de re iudicata* ad L. 16 cit. *Operum*, pag. 682. *Nic. de* PASSERIBUS, *Conciliat. Leg.*, pag. 324. *Giov.* VOET. *Comm. ad Pand. h. t.*, § 20. *Giov. Gugl.* MARCKART, *Interpretat. receptar. iuris civ. lectionum*, lib. II, cap. 16, § 3, pag. 273 seg. *Regner.* SWANENBURG, *Specim. de beneficio competentiae*, Lugd. Bat., 1765, § 5 e *Cristof. Crist.* DABELOW, *Svolgimento ampio della dottrina del concorso dei creditori* [Ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger), Cap. 7, p. 160-162.

[55]) L. 22, § 1. *D. de re iudicata* (42. 1).

malversazioni [56]). È ancora in riguardo al computo della competenza degna di nota la distinzione che per un socio universale non si può parlare di precedente detrazione degli altri debiti. Infatti per essi è tenuto senz'altro il patrimonio della società al quale il creditore si attiene assolutamente. A questo riguarda, oltre la sopra citata L. 16 D. *de re iudicata* (42, 1), anche la L. 27 D. *h. t.* (17, 2), dove PAOLO dice: « *Omne aes alienum*, quod manente societate contractum est, *de communi* solvendum est ».

Un altro socio non può certo prelevare i suoi debiti verso terze persone; eccettuati sono tuttavia quelli che derivino da negozi sociali. Infatti questi li deve pagare direttamente colla propria borsa il socio che gli ha fatti, e le leggi credettero qui di poter rendere privilegiati tali debiti a sgravio del socio impoverito [57]). ULPIANO dice perciò nella L. 63 § 3 D. *h. t.* (17, 2):

« Id quod facere socius potest quemadmodum aestimandum sit? et placuit *non debere deduci aes alienum quod debetur a socio:* ita et MARCELLUS libro septimo digestorum scripsit, *nisi forte*, inquit, *ex ipsa societate debeatur* ».

Dal rapporto di fratellanza de' soci deriva anche la conseguenza che i soci nella resa dei conti non debbano esser troppo rigorosi tra di loro. Quindi non si esige sempre da chi rende i conti uno speciale documento, ma specialmente le piccole poste sono affidate alla sua semplice dichiarazione fatta in buona fede o alla sua conferma per giuramento [58]).

---

[56]) L. 22, § 1, D. *de re iud.* (42, 1). Una colpa leggiera non gli fa perdere questo beneficio, L. 63, § 7 D. *h. t.* (17, 2).

[57]) V. *Fr.* SCHÖMAN, *Manuale del diritto civile*, vol. 2, n. 4, p. 70 s. [Handbuch des Civilrechts].

[58]) V. LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. III, specim. CLXXXIV, medit. 9.

§ 968.

Obblighi reciproci dei soci.

Gli obblighi speciali de' soci tra loro consistono in questi:

I. Ogni socio è obbligato ad apportare il contributo promesso e

II. a curare gli affari della società colla dovuta diligenza. A qual grado di diligenza sia tenuto un socio, fu un tempo disputato tra' giureconsulti romani [59]) [s]). Alcuni credevano che egli dovesse esser tenuto solo per dolo e negligenza grave. Infatti qui dovrebbe essere come nel deposito, poichè ognuno si sceglie da sè il proprio socio; se lo dovrebbe dunque imputare a sè stesso se si è scelto un uomo negligente.

Un'altra ragione sembra che sia questa, che un socio se è negligente è tale non solo nelle altrui cose, ma anche nelle proprie.

---

[59]) D. § 9 *I. h. t.* (3, 25); *Gior.* D'Avezan, *Contractuum*, lib. I, cap. 33, § 2 (nel *Thes. Meerman.*, tom. IV, pag. 62); *Gugl.* Prousteau, *Recitation.* ad L. 23 D. *de Reg. iuris*, cap. 20, § 21 e 22 (in *Thes. Meerm.*, tom. III, pag. 529); *Iac.* Cujacius, *Recitation. solemn.* in Cod. ad *h. tit.*; *Ian.* a Costa, *Comment.* ad § 9 *I. h. t.*; *Er.* Otto, *Comm. ad eund.* § *I. h. t.* e *Ger.* Noodt, *Comm. ad Dig. h. t.*, § *Altera*, pag. 384.

---

[s]) P. 39. Cfr. specialmente Pernice, *Labeo*, II², p. 188 e *Parerga*³ nella *Ztschr. für S. Stif.*, 9, p. 232, nel quale confuta il Bechmann, *Kauf*, I, p. 485 sg.

Il Pernice contro il Bechmann (l. c.) sostiene che il contratto di società sia dominato in modo speciale dalla *fides*. A questa si dovrebbe se originariamente il *socius* era tenuto solo per *dolus*. La ragione sarebbe la stessa che nel D. 11, 6, 1. 1 *visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est*; nel contratto di società non si ha infatti lo scambio di prestazioni. Poi la controparte avrà accentuata la conformità contrattuale: da ciò si rilevò per sè stessa la responsabilità per *culpa levis*. — La *culpa* riguarda in primo luogo la diligenza, solo in seconda linea si tratta di danneggiamento, ecc. delle cose comuni. E si fece valere il risarcimento coll' *actio pro socio* invece che colla aquiliana perchè i danni si immaginano originati da diligenza difettosa e da insufficiente *bona fides*: D. 17, 2, 52, 1 (Celsus) e 72 (Gajus).

Ma il giureconsulto romano CELSO era dell'opinione che un socio sia responsabile non solo per dolo, ma anche per colpa, sebbene egli presti alla società semplici servigi. Infatti egli prende parte al guadagno per la sua prestazione di servigi e non ha per ciò di fronte agli altri soci alcun vantaggio per la sua arte ed abilità. Per la *culpa*, che qui è contrapposta al *dolus*, si deve intendere *culpa levis* commessa per inattività. GAIO spiega questa colpa con *desidia atque neglegentia*, L. 72 D. *h. t.* (17, 2). Ma con queste denominazioni i frammenti indicano sempre omissioni colpose, dannosa inattività [60]. ULPIANO anche consentiva nell' opinione di CELSO come appare dal seguente frammento.

L. 52, § 2 D. *h. t.* (17, 2). Qui ULPIANO dice:

« Utrum ergo tantum dolum an etiam *culpam* praestare socium oporteat, quaeritur. *et Celsus libro septimo digestorum* ita scripsit: *socios inter se dolum et culpam praestare oportet.* si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, — ibi etiam *culpa* praestanda est: *pretium enim operae artis est velamentum.* [61]) quod si rei communi socius nocuit, magis admittit *culpam* quoque venire ».

Che non si potesse pretendere da un socio il massimo grado di diligenza era ben conforme alla natura della cosa. Infatti il contratto di società appartiene proprio ai contratti, dai quali tutti e due i contraenti traggono egual vantaggio. Secondo qual criterio però debba determinarsi quella *culpa levis*, per la quale si rendeva responsabile il socio, secondo l'opinione di CELSO diventata dominante, se col criterio della diligenza comune ad ogni buon padre di famiglia o con quello dell' attività individuale che egli suole usare negli affari propri, è una questione sulla quale ULPIANO

---

[60]) V. *von* LÖHR, *Teoria della colpa* [Theorie der Culpa], § 10 e 11. Specialmente SCHÖMANS, *Dottrina del risarcimento del danno* [Lehre vom Schadensersatz], parte I, p. 77 seg.

[61]) Si veda su questo frammento il § 965, not. 80, pag. 396 seg. Io qui aggiungo ancora la spiegazione del PÜTTMANN, *Interpretation. et Observation. iuris Rom.*, cap. 28, § 2, pag. 137, il quale così spiega il frammento: « *Pretium enim* sc. rei, quam alter confert socius, operae *artisve velamentum*, i. e. redhostimentum, seu pensatio *est* ».

e GAIO non sembra che siano stati d'accordo tra di loro. Secondo ULPIANO il socio è tenuto semplicemente per la colpa per cui è tenuto ogni buon padre di famiglia. Egli dice cioè L. 5, § 2, D. *Commodati* (13, 6):

« Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto ut in locato, ut in dote, ut in pignore, *ut in societate, et dolus et culpa praestatur* ».

Appunto ciò egli dice anche nella L. 23 D. *de div. reg.* (50, 17). Tutt'altro insegna GAIO nella L. 72 D. *h. t.* (17, 2); egli dice:

« Socius socio etiam *culpae* nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. *culpa* autem non *ad exactissimam diligentiam* dirigenda *est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet* ».

Secondo GAIO, dunque, il socio è tenuto solo per la *culpa levis in concreto,* cioè per una mancanza di cura tale quale egli non si lascia addebitare ne' propri affari. Appunto questo conferma anche GIUSTINIANO nelle sue *Istituzioni*, il qual passo per noi è notevole per ciò che da esso si deduce che gli antichi giureconsulti romani erano di diversa opinione sulla *culpa* da prestarsi da un socio. Esso è il § 9 I. *h. t.* (3, 25) dove si dice:

« Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam *culpae*, id est *desidiae atque neglegentiae nomine,* quaesitum est: praevaluit tamen etiam *culpae nomine* teneri eum. *culpa* autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: *sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet.* nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri (sibique hoc imputare) [il MOMMSEN omette l'inciso] debet ».

Se si esamina la ragione addotta da GAIO, non riesce difficile la conciliazione tra lui e ULPIANO. Là dove nessuna imprevidenza nella scelta del suo consocio, ricada sull'altro contraente, questi con ragione aspetta da lui la diligenza di un buon padre di famiglia. Se al contrario il socio conosceva già il suo compagno per il modo d'agire

di finora o poteva facilmente conoscerlo, e ciò non ostante lo scelse, egli non può aspettarsi da lui, naturalmente, negli affari della società una diversa attività, e questa con cui il socio suole amministrare i suoi affari sarà giustamente il criterio col quale si misurerà la sua responsabilità per negligenza negli affari sociali [62]). Per una negligenza grave (*culpa lata*) però, un socio è tenuto in ogni caso, poichè essa è equiparata al dolo. Talora il socio deve rispondere anche d'una negligenza lievissima cioè: *a*) se essa si manifestò *con un atto dannoso positivo* [63]). Infatti questa è soggetta alla legge Aquilia che non tien conto del grado della colpa. ULPIANO ci convince di ciò colla L. 47, § 1 D. *pro socio* (17, 2) dove dice:

« *Si damnum in re communi socius dedit,* AQUILIA TENERI EUM, *et* CELSUS, *et* IULIANUS, *et* POMPONIUS *scribunt* ».

b) Se il socio s'è obbligato a prestar servigi, che presumono una certa arte ed abilità. Anche in questo caso si esige la massima cura possibile [64]) *c*). Se una cosa comune è stata rubata presso di lui. Infatti, riguardo al *furtum*, anche il socio deve *custodiam praestare*, cioè usare la maggior cura possibile in prevenzione di esso [65]). Del resto egli non è tenuto per nessun danno accidentale. A questo proposito ULPIANO ci insegna nella L. 52 § 3 D. *h. t.* (17, 2):

« Damna quae *imprudentibus* accidunt, hoc est damna *fatalia*, *socii non cogentur praestare:* ideoque si pecus aestimatum datum sit et

---

[62]) V. *D. Franc.* SCHÖMANS, *Teoria del risarcimento del danno* [Lehre vom Schadensersatz], parte I, p. 149 seg.

[63]) V. SCHÖMANS nel luogo cit., not. *), pag. 149 e pag. 46 seg. e anche *D. Gottl.* HUFELANDS, *Manuale del diritto civile* [Lehrbuch des Civilrechts], vol. I, § 535.

[64]) L. 52, § 2 D. *h. t.* (17, 2); L. 13, § 5; L. 25, § 7, D. *locati* (19, 2), vedi *Hyeron de* OROZ, *de Apicibus iuris cir.* (Lugd. 1661 *f*), lib. V, cap. 5, n. 20, pag. 367; *Gior.* VOET, *Comm. ad Pand.*, *h. t.*, § 12 e HUFELAND nel *Manuale* cit., parte I, § 535, not. *d*.

[65]) THEOPHILUS nella *Parafrasi greca*, lib. III, tit. 23, § 3, dice: *Custodia* ἐστιν ἡ ἀκριβέστατα καὶ ὑπερβαλλούσα παραφυλακή, i. e. *diligentissima et exactissima servatio.* Si veda von LÖHR, *Contributi alla teoria della colpa* [Beitraege zur Theorie der Culpa], IV, p. 163 seg.

id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: *quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit* » [66]).

Da ciò si rileva

III. l'obbligo di un socio al risarcimento del danno prodotto *a*) con *proposito malvagio* e *b*) con *ogni negligenza* arrecata in atti positivi; nonchè *c*) con una *negligenza media* per omissione della cura di un padre di famiglia, o anche *d*) con una *negligenza maggiore* di quella che egli si lascia addebitare nelle cose proprie ed egli non può in questo caso compensar niente col vantaggio che ha procurato alla società con altri affari [67]).

L. 23, § 1, D. *h. t.* (17, 2): « Idem (*Pomponius*) quaerit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa praebuit, debeat, et ait compensandum. quod non est verum, nam et *Marcellus* libro sexto digestorum scribit, si servus unius ex sociis societati a domino praepositus negligenter versatus sit, dominum societati qui praeposuerit praestaturum *nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno:* et ita divum *Marcum* pronuntiasse, nec posse dici socio: *abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis* » [68]).

---

[66]) Si veda per questo frammento la parte IV di questo *Commentario*, § 321, not. 8, pag. 323 [testo] e *Gior.* Iensii, *Strictur. ad Rom. iuris Pandect. et Cod.*, pag. 129 seg.

[67]) V. L. 47, § ult., L. 48-50 D. *h. t.* (17, 2); *Franc.* Connanus, *Commentar. iuris civ.*, t. II, lib. VII, cap. 13, pag. 547; *Gior.* D'Avezan, *Contractuum*, lib. II, tr. 3, § *Ex his.*, pag. 106; Lauterbach, *Colleg. th. pr. Pand. h. t.*, § 25; Voet, *Comm. ad Pand. h. t.*, § 12; *Ger.* Noodt, *Comm. ad Dig. h. t.*, § *Exposito*, p. 385 e Cocceji, *iur. civ. contr. h. t.*, qu. 12.

[68]) Le parole: *si damnum petis* sono state per molti interpreti un ostacolo. Essi ritengono il *damnum petere* per una espressione del tutto impropria. *Corn. van* Bynkershoek, *Observat. iur. Rom.*, lib. IV, cap. 25, vuol perciò leggere: *si damnum metuis; Gior.* Jensius nelle *Stricturis ad Rom. iuris Pandect. et Cod.*, pag. 129, al contrario crede di trovare qui

L. 25 D. *eod.*: « Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet quod neglegentia eius perisset, *quod in plerisque aliis industria eius societas aucta* [69]) *fuisset:* et hoc ex appellatione imperator pronuntiavit ».

L. 26 D. *eod.*: « Ed ideo si socium quaedam neglegenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, *non compensatur compendium cum neglegentia* ».

IV. Ogni socio è obbligato verso l'altro al risarcimento proporzionale del danno che questi ha sofferto, senza propria colpa, negli affari sociali. P. e. un socio in un viaggio per affari della società s'è imbattuto nei briganti ed è stato derubato non solo del denaro della società, che aveva con sè, mà anche di cose sue, e inoltre ha anche avuto spese per la cura delle ferite riportate. In questo caso è giusto che il danno sia sopportato in comune [70]).

---

un errore della versione dal greco in latino delle nostre Pandette secondo la sua ben nota ipotesi. Il *petis* sarebbe cioè originato dal non inteso παραιτεῖς greco laddove παραιτεῖν significherebbe *etiam atque etiam recusare quid, subterfugere.* Ma il modo di dire *petere* o *repetere damnum*, chiedere il risarcimento dei danni, non è insolito. L. 56, § 1, D. *h. t.*, (17, 2). Per ciò non è necessaria alcuna correzione. V. *Gior. Gugl.* MARCKART, *Probabilia receptar. Lectionum iuris civ.*, pag. 89.

[69]) Così legge HALOANDER, BAUDOZA anzi così leggono quasi tutti. Solo nell' edizione del TAURELLI manca la parola *aucta*. Là si legge solo: *industria eius societas fuisset.* Ma ciò non ha evidentemente alcun senso. Il GEBAUER nell'edizione del *Corpus iur. civ.* di Gottinga vuol prendere *industria* per un aggettivo in luogo di *proficua.* Ma questa è una spiegazione non naturale e sforzata. La lezione comune deve qui senza dubbio esser preferita. V. *Gior. Gugl.* MARCKART, *Probabil. receptar. Lection. iuris civ.*, pag. 176. I *Basilici*, tom. II, lib. XII, tit. I, const. 25, pag. 5 [HEIMBACH, vol. I, lib. XII, tit. I, l. 25, pag. 738] hanno κἂν ἐν πολλοῖς ἑτέροις ὠφέλησεν i. e., *licet in plerisque aliis profuerit.* — Ricordo ancora che il PÜTTMANN, *Interpret. et Observation. iuris Rom.*, cap. 8, § 4, pag. 39, tenta di difendere la lezione fiorentina collo spiegare il *fuisset* con *substitisset* Dovrebbe questa spiegazione essere meno artificiosa di quella del GEBAUER ?

[70]) L. 52 § 4, L. 60 § 1, L. 61 D. *h. t.* (17, 2); *Ulr.* HUBERI. *Eunomia, Rom.* pag. 636 seg.; LAUTERBACH, *Colleg. Theor. pr. Pand. h. t.*, 5, § 26; BOEHMER, *Introduct. in ius. Dig. h. t.*, § 19 e HUFELAND, *Manuale* [Lehrbuch], parte I, § 535.

Altri danni accidentali non sono risarciti, ma in una società particolare ricadono sul proprietario della cosa perita o perduta [71]).

V. Se un socio ha amministrato affari e beni della società, è obbligato a renderne ragione e conto, e a riversare il resto nella cassa sociale, e inoltre a dividere il guadagno fatto per la società [72]). Il renditore dei conti è anche obbligato ad esibire agli altri, dietro loro richiesta, per l'ispezione, i suoi libri di contabilità [73]).

VI. Ogni socio, in una società non generale, è inoltre obbligato verso l'altro al risarcimento proporzionale delle spese necessarie e utili fatte per la società [74]); non che

VII. agli interessi che l'altro socio stesso diede o che avrebbe potuto ritrarre dal suo denaro speso [75]); inoltre agli *interessi soliti nel paese*, per il denaro diventato già comune sociale e che egli s'è illegalmente appropriato o che ha usato a suo vantaggio [76]);

---

[71]) L. 52, § 3, L. 58 pr. e § 1 D. *h. t.* (17, 2); STRYK, *Us. mod. Pand. h. t.*, § 19; BOEHMER, *Dig. h. t.*, § 20; WESTENBERG, *Princip. iur. Dig. h. t.*, § 36.

[72]) L. 11 D. *Comm. divid.* (10, 3), L. 21, L. 74 D. *h. t.* (17, 2); BOEHMER, *Iur. Dig.*, *h. t.* § 17; HUFELAND nel luogo cit. § 532.

[73]) L. 89, § 2 D. *de verb. signif.* (50, 16); MEVIUS, parte VIII, decis. 360.

[74]) L. 4, § 3 e L. 11 D. *Comm. divid.* (10, 3), L. 52, § 15, L. 38, § 1, D. *h. t.* (17, 2). V. SCHAUMBURG, *Compend. iuris Dig. h. t.*, § 11.

[75]) L. 67, § 2 D. *h. t.* (17, 2): « Si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio: iudicio societatis servabit et usuras, si forte *mutuatus sub usuris dedit*; sed et si *suam pecuniam dedit*, non sine causa dicetur, *quod usuras quoque percipere debeat, quas possit habere, si alii mutuum dedisset* ». V. *Ant.* FABRI, *Rational. in Pand. ad h. L.* e MEVIUS, p. VIII, decis. 262.

[76]) L. 1, § 1, D. *de usuris* (22, 1): « Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit vel in suos usus converterit, omnimodo etiam mora non interveniente praestabuntur usurae ». V. VOET, *Comm. ad Pand. h. t.*, § 17.

e poi agli *interessi moratori* del denaro non ancora versato se egli è stato in mora e nello stesso tempo ha utilizzato il denaro a suo vantaggio [17]). Veramente PAOLO [18]) [*vedi nota a pag. seg.*] dice

---

[17]) L. 60 pr. D. *h. t.* (17, 2): « Socium, qui in eo, *quod ex societate lucri faceret*, reddendo moram adhibuit, *cum ea pecunia ipse usus sit*, usuras quoque eum praestare debere *Labeo* ait. *sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse:* sed si aut usus ea pecunia non sit aut moram non fecerit, contra esse: item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas ». — Qui si parla del caso in cui un socio ha fatto un guadagno per la società, ma è ritardatario nel versare il denaro nella cassa. In questo caso egli è tenuto al risarcimento degli interessi moratori non altrimenti che se egli avesse anche contemporaneamente utilizzato per sè il denaro. Se questo non è il caso o se egli ha usato sì il denaro, ma non dovendolo però versare non si è dunque reso colpevole di nessuna moratoria, e però non deve alcun interesse. Di diversa opinione sono *Iac.* CUJACIUS, *Observation.*, lib. XIII, cap. 15; *Ger.* NOODT, *De Foenore et usuris*, lib. I, cap. 5 e il POTHIER nelle *Pand. Iustin. h. t.*, n. XLIV, not. *i*, i quali invece di *cum ea pecunia* vogliono piuttosto leggere *aut cum ea* o *aut ea pecunia*. Essi credono che se il socio è in mora nel versamento del denaro che ha guadagnato per la società egli debba gli interessi moratori anche se non ha utilizzato per sè il denaro. POMPONIO, opinano essi, direbbe questo abbastanza chiaramente colle seguenti parole: *sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit.* Ma proprio queste parole provano contro di loro, e danno a conoscere abbastanza chiaramente che l'una condizione senza l'altra non è sufficiente. Infatti il loro senso, come anche lo interpreta *Giov.* VOET, *Comm. ad Pand. h. t.*, § 17, è senza dubbio questo, se manca una delle due condizioni e che o se il socio non ha usato il denaro, posto anche che si sia reso colpevole di mora nel versarlo nella cassa; o se ha utilizzato sì il denaro per sè, ma non è stato in mora nel versarlo egli non è tenuto al rimborso degli interessi. Anche i *Basilici*, confermano la esattezza della lezione comune. tom. II, pag. 15 [HEIMBACH, vol. I, pag. 763], nei quali la l. 60 pr. D. *h. t.* (17, 2), così suona: τοῦ κέρδους ὁ κοινωνὸς οὐ δίδωσι τόκον, εἰ μὴ ἀπὸ ὑπερθέσεως καὶ συγχρήσεως. i. e. *socius usuras eius, quod lucri fecerit, non praestat, nisi moram fecerit, et eam pecuniam in usus suos converterit.* [HEIMBACH: « socius usuras lucri non praestat, nisi ex mora et in usum suum versione] ». Con ragione, per ciò, *Ant.* FABER, *Rational. in Pand. ad L. 60, h. t.*, ripudia quella correzione del CUIACIO e aggiunge ancora la ragione veramente grave che se qui si trattasse di due casi, POMPONIO non avrebbe potuto dire: *deberi usuras, non quasi usuras, sed quia intersit socii, moram adhibitam non fuisse*, ma avrebbe dovuto ancora aggiun-

che se un socio, che fa parte di una società non generale, dà ad interesse del denaro comune in suo nome e a proprio pericolo, e per conseguenza dà ad interesse per proprio conto, egli può ritenersi gli interessi del capitale in considerazione del pericolo che si è assunto. Ma perchè la società non può allora pretendere questi interessi, non ne deriva già che essa non sia autorizzata a richiedere un' indennità del *quanti interest*, come osservano del tutto giustamente *Antonio* FABRO [79]) e *Giovanni* VOET [80]), se pure non si voglia con *Gerardo* NOODT [81]), intendere PAOLO nel senso che il socio ritenga solo gli interessi della sua quota.

---

gere: *vel socium pecunia illa usum non esse*. Si obbietterà forse che la L. 32, § 2, D. *de usuris* (22, 1) fissa la regola generale: *In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur*; ma si consideri che qui per il vincolo di fratellanza ammesso tra' soci, gli interessi si consideravano non *come interessi*, ma solo come un risarcimento del vantaggio che il socio ha nel frattempo ricavato esclusivamente per sè dal denaro che avrebbe dovuto invece versare nella cassa sociale, vantaggio che per l'eguaglianza giuridica che sussiste tra soci, deve, per equità, condividere. V. *Ger.* NOODT, *De foenor. et usur.*, lib. III, cap. 6 e *Gius.* FINESTRES, *Hermogenian.*, pag. 467, § 7. Poichè questa ragione non sussiste più per l'erede d'un socio morto se egli si è reso colpevole di mora per proprio fatto, non potrà mai esser condannato agli interessi come ad un risarcimento del *quanti interest* poichè la società s'è sciolta colla morte del socio, come osserva POMPONIO ancora nelle ultime parole del frammento citato, sul vero senso delle quali si confrontino NOODT, luogo cit., lib. I, cap. 5, tom. I, *Operum* pag. 185 e VOET, *loc. cit.*, § 17.

[78]) [*della pag. prec.*] L. 67, § 1, D. *h. t.* (17, 2): « Si unus ex socii, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam faeneraverit usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine faeneraverit: *nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet* ».

[79]) *Rational. in Pand.* ad L. 67, § 1 *h. t.*

[80]) *Comment. ad Pand. h. t.*, § 17.

[81]) *De Foen. et usur.*, lib. I, c. 8, § ult. *Oper.*, tom. I, p. 192.

§ 969.

Azione derivante dal contratto di società.

L'azione che può essere diretta all' adempimento e di tutti gli obblighi personali sin qui rammentati, e dei patti accessori al contratto è l'*actio* che porta lo stesso nome del contratto: l'*actio pro socio*. Essa è, come dice GIUSTINIANO [82]), *ab utraque parte directa*, cioè essa mira sempre a obblighi essenziali del contratto e ogni socio ha un egual diritto di proporla contro l'altro socio [83]). Perciò non si ha un'*actio pro socio contraria* [t]). Essa ha luogo però solo tra i soci; pure compete agli eredi e contro gli eredi [84]). Può esser proposta così durante la società come dopo la fine di essa. Tuttavia a questo proposito deve farsi la seguente distinzione:

1.° Se l'azione è proposta come un'azione generale, cioè se è diretta al rendimento generale dei conti e alla divisione del guadagno e della perdita, essa, come tutte le azioni generali, può esser proposta solo dopo la fine della società [85]). Anzi l'attore, in quanto dirige l' azione a quegli scopi, dà a conoscere *ipso facto* che suo intento è che la società debba essere finita. Così dice PAOLO, L. 65 pr. D. *h. t.* (17, 2):

---

[82]) § 2 I. *de poena temere litigantium* (IV, 16).

[83]) V. *Ge.* FRANZTKIUS, *Comment.* in *Pand. h. t.*, n. 92.

[84]) L. 63, § 8 D. *h. t.* (17, 2). *In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit: licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est.* Si veda ancora L. 35, § ult. e L. 26 D. *h. t.* (17, 2) e L. 3 *Cod. eod.* (4, 37). VOET, *Comm. h. t.*, § 10.

[85]) L. 30, L. 38 pr. D. *h. t.*, L. 63, § 5 D. *h. t.* (17, 2); V. *Ger.* NOODT, *Comm.* ad *Dig. h. t.*, § *Exposita*, Oper. tom. II, pag. 383; *Gior.* VOET. *Comm. ad Pand. h. t.*, § 9: *Ge.* FRANTZKIUS, *Comm.* in *Pand. h. t.*, n. 94-97; *Sam.* STRYK, *Us. mod. Pand. h. t.*, § 5.

---

t) Nel contratto di società non si ha l'*actio contraria* appunto per quel concetto svolto nell'appendice II p. 128 che i soci non si stanno di fronte, che hanno tutti lo stesso interesse, ecc.

« Actione [86]) distrahitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait *hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renuntiatam societatem,* sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit ».

2.° Se al contrario l' *actio pro socio* è diretta ad uno scopo speciale che esige il mantenimento e la continuazione della società, p. e. al conferimento del contributo promesso, o al versamento nella cassa sociale di un guadagno ricevuto per la società, o alla prestazione di servigi promessi; l' azione può esser proposta anche durante la società [87]). L'*actio pro socio* tuttavia mira sempre solo a

---

[86]) *Corn. van* BYNCKERSHOEK, *Observation. iuris rom.*, lib. V. cap. 20 in fin., interpreta, non inesattamente, la parola *actione* per *actu*. Il senso del frammento citato sarebbe dunque il seguente: la società è sciolta *ipso facto* se i soci dànno a conoscere questo intento, o conchiudendo una novazione per mezzo di una stipulazione o proponendo l' azione generale derivante dal contratto di società. Si veda anche *Ant.* FABRO, *Rational. in Pand.* ad h. L. 65 e POTHIER, *Pand. Iustin.*, t. I *h. t.*, n. LXX, not. *b* e *c*, pag. 487. I *Basilici*, t. II, pag. 18 [HEIMBACH, vol. I, pag. 773], però hanno ἀγωγῇ. L'*actio pro socio* poi non può esser diretta allo scioglimento della società per ciò che la società è sciolta per sè colla semplice volontà. V. THIBAUT, *Sistema del diritto delle Pandette*, vol. II, § 884.

[87]) L. 65, § 15 D. *h. t.* (17, 2): « Nonnumquam necessarium est *et manente societate* agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate *nec refertur in medium quod ad alterum pervenerit* ». A questo punto appartiene anche la L. 52, § 8 e § 13 D. *h. t.* (17, 2). Nel § 13, L. 52, D. *h. t.* (17 2), ULPIANO adduce il seguente caso preso da MELA: « Si vicini *semipedes* inter se contulerunt, ut ibi *craticium parietem* inter se aedificarent ad onera utriusque sustinenda, deinde aedificato pariete alter in eum immitti non patiatur, pro socio agendum ». Due vicini avevano dato ognuno del terreno della larghezza di due piedi per la costruzione di un muro divisionale perchè su di esso poggiassero le case di entrambi. *Craticius paries* è ciò che noi ora diciamo *graticcio* [*Riegelwand* (ted.)], il quale non è massiccio, di pietre sovrapposte, ma consiste di tavolati e pali, ed è rivestito di mattoni solo sulla superficie. V. VITRUVIUS, *Architectura*, lib. II, c. 8 e lib. VII, c. 3 e *Aug.* RODE, *Lexicon Vitruvian.*, voc. *Cratitius paries* e specialmente *Gugl.* BUDAEI, *Annotat. in Pand. ad h. L.*, pag. 148 seg.). Uno dei vicini dopo ciò non vuol concedere all'altro l'uso comune della parete. Qui ha luogo contro di lui l'*actio pro socio*.

prestazioni personali, non alla divisione del patrimonio stato fin qui comune. Chi vuol conseguire la divisione deve invece servirsi dell'*actio communi dividundo*. PAOLO dice nella L. 1 D. *comm. divid.* (10, 3):

« Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, *quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem* ».

Riguarda questo punto anche la L. 43 D. *h. t.* (17, 2), dove ULPIANO dice:

« Si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio, *quoniam pro socio et nominum rationem habet et adiudicationem non admittit*. sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est».

ULPIANO distingue qui esattamente l'*actio communi dividundo* dall' « actio pro socio ». L'ultima, egli dice, può mirare anche a obblighi attivi arretrati. *Arnoldo* VINNIO [88]), veramente, vuol intendere per *nomina* tutte le prestazioni personali che un socio può esigere dall'altro, e *Gerardo* NOODT [89]) anche in ciò consente con lui. Ma non è necessario abbandonare il significato comune di *nomina*, come il POTHIER [90]) ha dimostrato. Obblighi attivi e passivi non formano affatto oggetto dell'azione di divisione poichè essi non abbisognano di nessuna divisione; ma possono però formare oggetto dell'azione derivante dal contratto, p. e. se un socio ha dato a mutuo denaro della società, gli altri consoci possono benissimo intentar contro di lui l'*actio pro socio* perchè ceda ad essi per la loro parte, l'azione contro il debitore. Un'altra differenza tra le due azioni citate è riposta in ciò. L'*actio pro socio* non permette alcuna aggiudicazione. Questa presuppone una divisione di cose comuni, alla quale l'*actio* nascente dal contratto non può tendere [91]). Riguardo a certe prestazioni, tuttavia, le due

---

[88]) *Select. iuris Quaest.*, lib. I, cap. 36.
[89]) *Comm. ad Dig. h. t.* pag. 383.
[90]) *Pand. Iustin.*, tom. I *h. t.*, n. L, not. *e*, pag. 484.
[91]) § 4 e 5 I. *de officio iudic.* (IV, 17).

azioni possono concorrere in modo che l'una tolga di mezzo l'altra e tutt'al più si ottenga per mezzo dell'altra ciò che non si è ottenuto per mezzo dell'una. P. e. si agisce per il risarcimento proporzionale delle spese fatte per il miglioramento delle cose comuni. PAOLO a questo proposito ci dà il seguente insegnamento: L. 38. § 1, D. *h. t.* (17, 2):

« Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, *vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli Proculus ait* ».

L'*actio pro socio*, del resto, può concorrere anche con altre azioni: *a*) Talora coll'*actio legis aquiliae* se un socio ha danneggiato la società con un atto imprudente [92]). *b*) Talora colla *condictio furtiva* se un socio ha sottratta una cosa comune [93]). *c*) Talora coll'*actio renditi*. Questo punto riguarda il difficile frammento del libro 32 *ad edictum* d'ULPIANO. Esso è la L. 69 D. *h. t.* (17, 2), che è annoverata tra le *septem damnatas leges Pandectarum* che si sogliono chiamare *Cruces Jurisconsultorum* [94]). Esso dice così:

« Cum societas ad emendum coiretur et conveniret, ut unus reliquis *nundinas id est epulas* praestaret eosque *a negotio dimitteret* si eas eis non solverit, *et pro socio et ex rendito* cum eo agendum est ».

Il sommo maestro della nostra arte, l'immortale CUIACIO [95]), di fronte a queste parole confessa sinceramente che egli ardisca non ostante tutti gli sforzi di penetrare il vero senso di esse, ma non di affermare tuttavia d'aver pienamente inteso questo frammento. Ciò non ostante dopo di lui, molti giuristi [96]) ancora hanno

---

[92]) L. 47, § ult., L. 48, L. 49, L. 50 D. *h. t.* (17, 2).

[93]) L. 45, L. 46, L. 47 D. *h. t.* (17, 2).

[94]) V. *Corn. van* ECK, *Comment. de septem damnatis Legibus pandectarum, seu crucibus ICtorum. rec.*, Halae 1766, 4, Cap. 5.

[95]) *Observation.*, lib. IV e cap. 17.

[96]) I principali, oltre il CUIACIO, sono *Ant.* FABRO, *Conjectur. iuris civ.*, lib. V, cap. 4; *Iac.* CONSTANTINAZUS, *Enodation. subtil.*, lib. II,

osato, senza lasciarsi atterrire dal CUIACIO, di dare un senso ragionevole a questo frammento, sebbene in verità tra di loro sono stati portati al mercato parecchi *Sardi venales* dei quali l'uno è più brutto dell'altro. La prima cosa che qui tormenta l'interprete è la proposizione: *nundinas id est epulas praestare.* Che cosa, si dice, hanno di comune fra di loro *nundinae* ed *epulae* tanto che ULPIANO potesse usarli come due termini equivalenti? Nessuna meraviglia se molti hanno ritenuto erronea la lezione e on una modificazione di essa hanno cercato di togliere di mezzo

---

cap. 21 (in *Thes. iuris rom. Otton.*, tom. IV, pag. 594); *Ant.* MORNACIUS, *Comm. ad Pand. h. L.*; *Ant. Dad.* ALTESERRA, *Praelect. Solemn. ad L. 69 h. t.*, aggiungi dello stesso *Tractact. de fictionib. iuris*, pag. 359, edit. *Eisembart. Casp.* SCHIFORDEGHER *ad Ant.* FABRUM (*Oppenheimii*, 1610 *f*), lib. III, tract. 28, qu. 13, p. 424 seg.; *Ulr.* HUBER, *Eunomia Rom. ad h. L.*, pag. 641 seg.; *Ian. a* COSTA, *Recitat. solemn. ad L. cum societas*, 99 D. *h. t.* (aggiungi dello stesso *Commentar. ad Institut.*, pag. 629 seg.); *Gior.* SCHILTER, *Prax. iuris rom.*, exercitat. XXIX, § 18-26. *Marq.* FREHER, Παρεργῶν s. *Verisimilium*, lib. II, cap. 29 (in *Thes. Otton.*, tom. I, pag. 946); *Rad.* FORNERIUS, *Rerum quotidianar.*, lib. III, cap. 28 (in *Thes. Otton.*, tom. II, pag. 222 seg.); *Desid.* HERALDUS, *Observation. et Emendation.*, cap. 3 (in *Thes. cod.*, tom. II. pag. 1315): *Iust.* MEIER, *Colleg. iuris Argent. h. t.*, § 28; *Aless. Arn.* PAGENSTECHER, *Diss. sub Tit. Crux Ictorum*, L. 69 D. *h. t.* Dello stesso, *Bene dictorum*, libr. un. (Bremae, 1700, 8), collat. VII, pag. 104 seg.; *Nic. Cristf.* LYNCKER, *Novae eaeque unicae* ad L. 69 D. *pro socio suppetiae*, Ienae, 1696; *Petr.* TRONCHIN, *Diss. de variis capitibus iuris*, Franequerae, 1694, cap. 3 (in *Supplem. Thes. Meerman*, pag. 603); *Petr. de* TOLLIEU, *Diss.* ad L. 69 ne' suoi *Collectan. iuris civ.* (Goettingae, 1707, 4), diss. I; *Henr.* HELLINGHUSEN, *Diss. de Legibus nonnullis Romanor.*, Franeq., 1744, cap. 6 (in *Ge.* OELRICHS, *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.*, tom. II, vol. II, pag. 26 seg.); *Fed. Gottl.* ZOLLER, *Diss. ad interpretationem*, L. 69 D. *pro socio*, Lipsiae, 1744; *Gior. Gotfr.* SAMMET, *Disp. ad Domitium Ulpianum*, cap. LXIX, II, *pro socio*, Lipsiae, 1748 (e in *Opuscul.*, pag. 65 seg.); Fed. PLATNER, *Conjecturae* ad cap. LXIX, *pro socio*, Lipsiae, 1759; *Giov. Rietveld* TEXIER, *Diss. exhibens Positiones quasdam ad L. 69 D. pro socio*, Lugd. Batavor. 1795; *Sam. de* COCCEJI, *Iur. civ. controv. h. t.*, qu. 16 e *Gugl. a* TEISTERBANT, dict. BILDERDYK, *Observation. et Emendation.*, lib. un., Brunovici, 1806, 8, cap. 8, 9 e 40.

la difficoltà. Invece di *nundinas id est epulas* alcuni [97]) leggono perciò *nundinarias epulas*, altri [98]) *nundinas id est* ἐμπολάς e per ἐμπολή intendono il guadagno che un commerciante fa o spera nella vendita delle merci; altri [99]) vogliono sostituire *nundinas idem epulas*, altri [100]) *quatriduanas epulas*, altri [1]) συνδεῖπνα *id est nundinas*; altri [2]) ancora vogliono addirittura cancellare del tutto *id est epulas*, come un glossema. Ma non si deve necessariamente sforzare in questa maniera la lezione che ha per sè in suo favore l'alta antichità della *Fiorentina* e l'autorità di tutti gli altri codici. L'importante è solo che colle parole si colleghi l'esatto significato. ULPIANO deve aver realmente preso qui come equivalenti *nundinae* ed *epulae?* La maggior parte degli interpreti che ritengono giusta la lezione del nostro frammento sono di questa opinione, essi credono che *epulae* tra i commercianti romani sia stata l'espressione solita tecnica di *nundinae* e che la parola *nundinae* sia presa qui per *nundinatio* per l'intero affare o acquisto. *Nundinas praestare* vorrebbe dunque dire *petium solvere pro omni eo, quod, a pluribus communi nomine coemtum, uni ex sociis restituendum est*, ciò che noi in tedesco diciamo *den Handel gut thun* [3]) (far bene l'affare). Altri [4]), al contrario, credono che la parola *nundinae* sia stata piuttosto l'espres-

---

[97]) Così leggono HALOANDER e *Giacob.* VINTIMILL nella sua edizione delle *Pandette*, Paris 1548 e questa lezione ammette il CUIACIO e con lui molti altri. *Nundinariae epulae* si spiega così: *quae nundinarum praestantur tempore.*

[98]) Così *Rad.* FORNERIUS, l. c.; lo seguono *Giust.* MEIER, c. l. e *Gugl. a* TEISTERBANT, c. l., cap. 8, pag. 80.

[99]) Così *Gior.* OTTO TABOR, *Diss. de eo. quod iustum est inter. socios*, cap. 4 e *Fed.* PLATNER, cit. *Conjectur.*, § 1.

[100]) Così *Ug.* GROTIUS, *Florum Spars.* ad *Ius. Iustinan.* h. l.

[1]) *Giov.* CANNEGIETER, *Observation.*, cap. XIII, § 12.

[2]) *Desid.* HERALDUS, *Animadversion.*, lib. 1, cap. 9. Con lui consente anche HEINECCIUS *ad* BRISSONIUM, *de Verb. Signif.*, voc. *Epulae.*

[3]) V. SAMMET, cit. *Diss. ad Domitium Ulpianum*, cap. V.

[4]) V. TOULLIEU, *Collectan.*, diss. I, cap. 2. § 5 seg.; VOET, *Comm. ad Pand. h. t.*, § 18; PAGENSTECHER, cit. *Diss.*; *Gior. Ortw.* WESTENBERG, in *Divo Marco*, diss. XXX, § 13 e altri ancora.

sione solita tra i commercianti romani, per indicare le *epulas* comuni tra di loro al tempo del mercato. Essi perciò intendono per *nundinae* i pranzi e i banchetti fatti tra commercianti al tempo della fiera; e il caso del quale parla ULPIANO sarebbe questo: che uno dei soci si era obbligato a pagare le spese del pranzo durante il tempo del mercato, per gli altri soci, o, come si esprime il MORNAC [5]), *defrayer les autres durant le temps de la foire*. Ma è difficile a credersi che le parole *nundinae* ed *epulae* siano state realmente usate dagli antichi come sinonimi; l'*id est* interposto tra le due parole non mi sembra che sia una prova tanto convincente quanto si crede, poichè questa espressione nei nostri frammenti, oltre al semplice senso dichiarativo, ne ha ancora un altro [6]). Ancor meno poi può servire per prova il fr. 20, § 1, D. *de annuis legat.* (33, 1) citato dallo SCHIFORDEGHER [7]), dove le parole *die nundinarum, quas ibi posui,* evidentemente qui sono prese nel loro comune significato per il *giorno* in cui si sarebbe tenuto il mercato annuale istituito dal testatore nella propria città, presumibilmente per concessione superiore, come già il WESTPHAL ha dimostrato [8]).

L'espressione *nundinae*, in unione colla parola *praestare,* non può dunque, secondo l'intero contesto del discorso, significar altro se non le spese fatte per l'acquisto delle merci, spese che formavano l'oggetto della società di commercio costituita nel caso presente. *Epulae* al contrario qui significano spese per il mangiare o ciò che noi ora usiamo dire « vitto » (*Diäten* ted.); infatti presso i Latini non è per nulla insolito, come qui ben giustamente osserva *Enrico* RELLINGHUSEN [9]), l'indicare le spese fatte per una cosa

---

[5]) *Comm. ad Pand.* h. L.

[6]) V. *Gior.* STRAUCH, *Lexicon particular. iuris;* voc. *id est*, e *Carl. Andr.* DUCKER, *Opusc. de Latinitate ICtorum Veter.*, pag. 273, not. 4.

[7]) Ad *Ant.* FABRUM, lib. III, tr. 28. qu. 13, pag. 425.

[8]) *Sistema della teoria delle singole specie di legati* [System der Lehre von den einzelnen Vermächtnissarten], § 108.

[9]) Cit. *Diss. de Legibus nonnullis Romanor.*, cap. 6.

col nome della stessa cosa [10]). *L'id est* posto tra le due parole non può dunque evidentemente avere qui senso dichiarativo, ad esso altrimenti solito, corrispondente al nostro tedesco *cioè* (*das ist*), ma un senso determinativo e significa in questo caso tanto quanto *persino* [*sogar* ted.] o *lo stesso* [*auch-selbst* ted.], nel qual senso occorre ben spesso nei nostri frammenti [11]). I *Basilici* [12]) ci dànno poca luce sul senso di queste parole e inoltre sono qui manchevoli. Essi dicono semplicemente: « *καὶ δόξῃ τὸν ἕνα τοὺς ἄλλους εὐωχῆσαι* i. e. et convenerit, ut unus reliquis epulas praestaret ». Una difficoltà non minore hanno inoltre opposta agli interpreti le seguenti parole: *eosque a negotio dimitteret.* Il HALOANDER legge qui *ad negotium admitteret;* ma questa lezione che sposta tutto quanto il senso è con ragione ripudiata da tutti. *Giacobbe* VINTIMILL ha *ad negotium dimitteret.* Così lesse anche ACCURSIO e questa lezione accetta a preferenza il CUIACIO [13]), cui in ciò seguono *Anton.* FABER [14]) e *Giov.* SCHILTER [15]), e spiegano l'*ad negotium dimittere,* con *ablegare ad nundinas.* Essi presentano dunque il caso del quale parla ULPIANO così: i compagni d'affari avevano convenuto tra loro che uno dovesse pagare le spese del vitto durante il tempo del mercato e gli altri dovessero invece comprare le merci. Ma anche qui non necessariamente si deve abbandonare la lezione comune sorretta dall'autorità della *Fiorentina*, la quale deve aver la preferenza anche perchè dà un senso molto migliore che non quelle correzioni che scombussolano il testo. Si deve anche qui solo collegare colle parole il retto significato. Se però *Cornelio van* ECK [16]) abbia colpito il punto giusto coll'interpretare le parole di

---

[10]) Così p. e. il denaro d'ingresso nell'intraprendere un servigio vendibile è anche detto *Introitus* i. e. *quod pro introitu militiae erogari solet*, L. 102, § 2 e 3, D. *de legat.*, III (32).

[11]) L. 73 pr. D. *h. t.*, L. 2, § 2 D. *de his, qui not. infamia* (3, 2); v. DUCKER, *de Latinitate ICtorum vet.*, pag. 488.

[12]) Tom. II, pag. 22 i. f. [HEIMBACH, tom. I, p. 781].

[13]) *Observation.*, lib. IV, cap. 17.

[14]) *Conjecturar. iuris civ.*, lib. V, cap. 4.

[15]) *Prax. iuris Rom.*, exerc. IX, § 18.

[16]) *Diss. de septem damnatis LL. Pandect.*, cap. 5, § 3.

ULPIANO così, *ut unus socius reliquos liberos atque immunes praestaret a sumptu et obligatione epularum,* io ne dubito molto. La parola *negotium* è presa qui piuttosto per *negotiatio* o per la stessa società, e *dimittere a negotio* non vuol dir altro se non rimettere ai soci i loro obblighi, dividersi da essi, sciogliere la società con loro, come il TOULLIEU [17]), JANUS *a* COSTA [18]), il SAMMET [19]) e il TEISTERBANT [20]) hanno illustrato queste parole, come credo io, del tutto giustamente. I *Basilici* anche qui dànno poco aiuto; essi traducono: *καὶ ἀτελεῖς ποιῆσαι* i. e. *eosque immunes et missos faceret.* Secondo la nostra interpretazione delle parole, il senso del frammento, per quanto riguarda la fattispecie di ULPIANO, sarebbe questo:

« Fu costituita una società commerciale nella quale era stato pattuito che se ad uno dei membri fosse piaciuto risarcire a' suoi soci tutto ciò che essi avessero speso per lo stabilimento dell'affare cominciato in comune, qualunque esso sia, e persino le spese per il vitto o *Diäten* (ted.), gli altri dovessero ritirarsi e lasciare a lui l'intero affare ».

In questa maniera noi non dobbiamo anche necessariamente romperci il capo intorno al caso speciale, che ULPIANO possa aver avuto in mente, e cui, secondo il senso che ha dato alle parole, quasi ogni interprete ha immaginato diverso. Per le ultime parole che contengono la decisione gli interpreti hanno fatto del pari non poca confusione. ULPIANO dice che se il socio che in forza di quella convenzione ha intrapreso l'intero affare, non ne adempie poi la condizione (*si eas eis non solverit,* i. e. « si socius, negotiationem redimens, expensas in coemtionem mercium, quae obiectum constituunt initae in hypothesi societatis, omnesque reliquas hac occasione et pro epulis factas, caeteris restituere cessaverit »), contro di lui ha luogo e l'azione nascente dal *contratto*

---

[17]) Cit. *Diss.*, cap. IV, § 7.

[18]) *Commentar. ad Institut.*, lib. III, cap. 25 pr. (ad v. *Alicuius negotiationis*), pag. 446.

[19]) *Diss.* cit. cap. VI, § 1.

[20]) *Observation. et emendation.*, cap. 8, pag. 82 seg.

di società e l'azione nascente dal *contratto di vendita* (« et *pro socio* et *ex vendito* cum eo agendum est »). Che la prima azione sia fondata appar chiaro a tutti gli interpreti; ma sul suo oggetto non si è tuttavia d'accordo. Alcuni [21]) dicono che l'azione mirasse allo scioglimento della società, perchè gli attori non fossero costretti a ritener per la loro quota ciò che essi avevano comprato, sebbene in comunione, per il convenuto. Altri [22]) al contrario credono che l'azione tendesse al conferimento delle merci quando piacesse agli altri soci di continuar la società. Essi avrebbero potuto far ciò se il socio che aveva intrapreso l'intero affare non avesse adempita la condizione del contratto. Ma l'*actio pro socio* non mira allo scioglimento della società, questa è sciolta tosto che uno dei soci intraprende da solo l'atto. Ma se a lui era stato una volta affidato il commercio, conformemente al contratto, come potevano gli altri agire ancora per un conferimento delle merci? L'azione che sorge dal contratto di società essendo qui proposta dopo la fine della società può dunque tendere solo all'adempimento del patto accessorio aggiunto al contratto. Meno ancora poi gli interpreti hanno saputo raccapezzarsi per l'*actio venditi*. Molti [23]) credono che questa azione venga proposta qui non da' soci rimanenti, ma invece contro di loro dai venditori estranei, dai quali essi avevano comprato le merci per il loro commercio, per conseguire il prezzo delle merci. Come era possibile che si potesse qui di tanto mancare nello scopo? ULPIANO infatti non dice abbastanza chiaramente,

---

[21]) V. SAMMET, cit. *Diss.* cap. 6, § 4. Anche lo scoliaste de' *Basilici*, tom. II, pag. 39 [HEIMBACH, p. 781], καὶ λέγομεν, dice, ἢ πρὸ σοῦ· δυνατὸν γὰρ ἐπὶ λύσει τῆς κοινωνίας ταύτην ζητεῖσθαι; i. e. *respondemus, actionem pro socio eis dandam: haec enim actio ad dissolvendam societatem postulari potest.*

[22]) TOULLIEU, cit. cap. VI, § 3 e PLATTNER, *Conjectur.* ad cap. 69 D. *h. t.* § 15.

[23]) CUIACIO, *Observat.*, lib. IV, cap. 17; VOET, *h. t.*, § 18; *van* ECK, *Diss. de septem damnatis Legib. Pand.*, cap. V, § 4; TRONCHIN, *Disput. de variis capitib. iuris.*, cap. 3, § 1 (nei *Suppl. Thes. Meerm.*, pag. 603); *de* COCCEJI, *Iur. civ. controv. h. t.*, qu. 16 e HEINECCIUS, *Elem. iuris civ. sec. ord. Pandectar. h. t.*, § 250.

« *si eas* sc. expensas EIS, scilicet, reliquis sociis, *non solverit, et pro socio et ex vendito* CUM EO », cioè contro quello che solo aveva intrapreso il commercio, non contro gli altri soci, *agendum est*. Dov'è qui un accenno a venditori estranei? semplicemente dei soci rimanenti, è parola, a questi si dà così l'*actio pro socio* come l'*actio venditi*, e certo con ragione, poichè essi avevano ceduto all'un socio l'intero affare in cambio del risarcimento delle spese fatte per la costituzione di esso. Io posso ora permettermi di credere che il senso di questo difficile frammento riuscirà ora abbastanza chiaro; e voglio ancora ricordar soltanto un'ingegnosa congettura del *Dr.* PLATNER [24]). A lui sembra che la nostra L. 69 debba essere stata collegata colla L. 11 D. *de heredit. vel act. vend.* (18, 4). È certo che i due frammenti sono presi dal libro 32 *ad edictum* d'ULPIANO. Ora ULPIANO nella L. 11 cit. tratta dei casi in cui la speranza di un guadagno incerto sia l'oggetto d'una compra. Come avrebbe ULPIANO, L. 69, avuto innanzi agli occhi il caso che fra parecchi compagni d'affari, che avevano insieme frequentata una fiera per comprare delle merci, uno avesse acquistato dagli altri il guadagno tratto durante la fiera e si fosse obbligato a mantenerli durante il tempo della fiera (*unus reliquis nundinas idem epulas praestare*)? Gli altri soci sarebbero dunque con ciò dispensati dagli affari della fiera, e potrebbero passare, durante la fiera, un bel giorno a spese dell'uno (*eosque a negotio dimitteret*). Se questi poi non adempisse le condizioni del contratto essi avrebbero la scelta dell'azione secondo che essi avessero di mira o la partecipazione che in questo caso avrebbero ai beni della società, e il guadagno che da ciò ricaverebbero, o il pagamento di quel valore per il quale essi avevano affidata a lui la speranza del guadagno tratto nella fiera così come l'interesse di non esser stati spesati. Nel primo caso potrebbero agire *pro socio*, nell'ultimo *ex vendito*. Secondo questa spiegazione *nundinas praestare* deve dunque significare quanto « spem et periculum nundinarum i. e. negotiationis nundinarum tempore, pro certo, pretio in se

---

[24]) Cit. *Diss.* ad cap. 69, § 4.

recipere:» e « *a negotio dimittere* i. e. ab omni negotiationis cura, donec nundinae solemnes celebrentur, reliquos immunes facere ». Ma la spiegazione della L. 69 per mezzo della L. 11 D. *de hered. vel act. vend.* (18, 4), manifestamente è fondata su di una *petitio principii,* e inoltre non s'accorda colle parole del frammento.

§ 970.

Rapporto dei soci con terze persone.

L'*actio pro socio* ha luogo solo tra' soci; se per ciò essi hanno concluso un affare con un terzo non è questa azione che trova luogo, ma si deve proporre l'azione che sorge dal contratto concluso col terzo [25]). Tuttavia perchè si determini più precisamente il rapporto giuridico tra i membri della società e il terzo bisogna fare le seguenti due domande [26]):

I. Fino a qual limite possono i soci agire contro un terzo per un negozio con lui conchiuso? A questo proposito bisogna distinguere i seguenti casi:

1.° I soci stessi hanno contrattato col terzo. In questo caso ciascuno può agire solo in rapporto alla sua parte (*pro ea parte, qua quisque socius est*) [27]). Per l'intero può esser agito solo da uno, quando ne abbia avuta autorizzazione dagli altri, o quando i restanti si debbano considerare come creditori correali [28]).

2.° Se i soci non hanno contrattato col terzo tutti insieme il contratto è, o

---

[25]) V. WESTENBERG, *Princip. iuris*, Dig. *h. t.*, § 40 e GÜNTHER, *Princip. iuris Rom. priv. noviss*, t. II, § 1002.

[26]) V. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH, *Disquisit. de sociorum obligatione, quae oritur ex conventione cum extraneis inita*, Tübingae, 1668 e *Aug. a* LEYSER, *Meditat. de sociorum contractibus cum extraneis*, in *Meditat. ad Pand.*, vol. III, specim. CLXXXV, pag. 375 seg.

[27]) Arg. L. 11, § 1, D. *de duob. reis* (45, 2); L. 9 C. *si certum petat.* (4, 2).

[28]) LAUTERBACH, cit. disquisit., cap. VII, § 33.

a) stato conchiuso per loro dal capo o *factotum* della società. In questo caso è questi unicamente che può agire [29]). La società al contrario ha un diritto d'azione solo quando o si sia fatta cedere l'azione o non abbia avuto altrimenti alcun sodisfacimento dal *factotum*. In questo caso i frammenti dànno una *actio utilis ex contractu* [30]). Pure anche in questo caso ognuno può agire solo *pro rata* [31]).

b) Uno de' soci ha concluso il contratto. In questo caso gli altri possono agire solo in tanto in quanto essi o gliene abbiano dato l'incarico o ratifichino gli atti di lui o stiano in una società universale [32]); pure sempre solo nel rapporto della loro quota. Inoltre il solo socio che ha concluso il contratto col terzo può agire contro questo; gli altri al contrario hanno contro il loro socio l'*actio pro socio* tendente alla compartecipazione [33]).

II. Fino a qual limite possono essere convenuti i soci per un contratto con un terzo? Si distinguano i seguenti casi:

1.° I soci stessi hanno contrattato col terzo. In questo caso è ben certo che essi possono esser convenuti coll'azione nascente dal contratto concluso; se essi però rimangano obbligati *in solidum* o se ciascuno debba esser convenuto solo per la sua quota, è molto contestato. Molti [34]) vogliono distinguere a seconda che i soci

---

[29]) L. 38, § 17, L. 126, § 2, D. *de verbor. obligat.* (45, 1), L. 1, § 18, D. *de exercit. act.* (14, 1), L. 1 D. *de institor. act.* (14, 3); LAUTERBACH, cit. disquisit., cap. 3, § 12.

[30]) L. 1 *in fin.* L. 2 D. *de institor. act.* (14, 3), L. 5 D. *de stipulat. praetor.* (46, 5), L. 13, § 2, D. *de action. emti vend.* (19, 1); LAUTERBACH, § 13.

[31]) LAUTERBACH, cit. disquisit., cap. III, § 15, n. 2-4.

[32]) THIBAUT, *Sistema*, vol. 2, § 885; GÜNTHER, *Princip. iuris Rom. priv. noviss.*, tom. II, § 1000.

[33]) L. 67, § 1, L. 74 D. *h. t.* (17, 2); *de* COCCEJI, *Iur. civ. controv. h. t. De sociis cum extraneis contrahentibus*, qu. 1.

[34]) *Lud. God.* MADIHN, *Princip. iuris Rom.*, p. II, § 210; *Crist. Gottl.* GMELIN, *Sugli accessori ai contratti e del debito e delle iscrizioni ipotecarie*,

siano convenuti mentre la società sussista ancora o solo dopo che essa sia stata sciolta. Nel primo caso essi devon esser obbligati *in solidum* nell'ultimo invece solo *pro rata*. Questa è anche l'opinione del HELLFELD. Ma questa opinione non ha fondamento nei frammenti, al contrario essa si trova in opposizione ad altri testi secondo i quali i soci quando abbiano concluso in comune un contratto col terzo, ne rimangono vincolati soltanto *pro rata*, siano essi convenuti ancor durante la società o solo dopo lo scioglimento di questa. Veramente si potrebbe obiettare contro la L. 4 D. *de exercit act.* (14, 1), che di solito si adduce a sostegno di questa opinione, che se ULPIANO dice: « Si plures per se navem exercent, *pro portionibus exercitonis conveniuntur* », non ne derivi già che questi esercitori siano stati soci. Infatti ULPIANO stesso dice nella L. 31 D. *h. t.* (17, 2):

« Communiter autem res agi potest etiam *citra societatem*, ut puta cum non *affectione societatis* incidimus in communionem ».

Ma che il caso, in cui i più esercitori, che hanno in comune capitanato la nave, stanno in un collegamento sociale, e questo di certo è il caso di gran lunga il più solito, con ragione non sia da escludersi, appare chiaro dalla L. 3 D. *eodem*, nella quale PAOLO si riferisce specialmente all'*actio pro socio* che ha luogo tra questi esercitori. Ma ogni dubbio si dilegua del tutto se si aggiunge ancora la L. 44, § 1, D. *de aedilic. edicto* (21, 1), dove PAOLO dice: « actio ex empto cum singulis sit *pro portione, qua socii fuerint* ». Il HELLFELD, veramente, vuol interpretare le ultime parole così come se i commercianti di bestiame fossero stati convenuti solo dopo sciolta la società. Ma evidentemente egli ha torto. Il senso delle parole invece si riferisce a ciò, che se alcuni commercianti di bestiame che commerciano in compagnia mi hanno venduto del bestiame viziato, io posso agire coll'*actio empti* contro ciascuno di essi in proporzione alla quota che a lui spettava.

---

§ 106, not. *x*, pag. 227; *Giov. Ern. Giust.* MÜLLER, *Observat. pract. ad Leyserum*, tom. II, fasc. I, observat. 384, specialmente *Gottl. Euseb.* OELTZE, Disquisit. *Quatenus socii ob sociale debitum in solidum teneantur?* Helmst. 1784.

Si oppone a noi ancora un frammento col quale si vuol provare che durante la società ha luogo un'*obligatio in solidum*. È la L. 27 D. *h. t.* (17, 2), dove PAOLO dice:

« Omne aes alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est, licet posteaquam societas distracta est solutum sit. igitur et si sub condicione promiserat, et distracta societate condicio exstitit, ex communi solvendum est ».

Ma se l'espressione *de communi solvere* dovesse intendersi per una obbligazione correale il frammento dimostrerebbe troppo. Infatti i soci sarebbero obbligati *in solidum* anche dopo sciolta la società. PAOLO vuol dire solo questo: tutti i debiti contratti durante la società e per essa, devono essere pagati col patrimonio comune, senza distinguere se la società sussista ancora, o sia già stata sciolta; e se ne può piuttosto col GREEN [35]) trarre la prova che il creditore che abbia fatto credito ad una società abbia un diritto di separazione sui beni ancora esistenti di essa, e sul restante patrimonio sociale, e che egli in forza di questo diritto debba con quei beni esser soddisfatto per equità, prima ancora dei creditori privati dei soci ai quali essi hanno fatto credito non per riguardo alla società: ciò che è accettato anche nella pratica [36]). È dunque fuor d'ogni dubbio che i soci, se hanno insieme concluso il contratto per il quale sono convenuti, sono obbligati per esso solo *pro rata*, siano essi convenuti durante la società o dopo sciolta questa. Quest' opinione è non solo confermata anche dalla maggior parte dei giuristi [37]), ma è anche accettata nella pratica [38]) [*vedi nota a pag. seg.*].

---

[35]) *Aug. Fed. Sigism.* GREEN, *Diss. de solutione nominum societatis ex communi prae aliis socii obaerati debitis*, Lipsiae 1769, § 7 seg.

[36]) Si confronti specialmente *Crist. Gottl. von* GMELIN, *Graduatoria dei creditori nel procedimento di fallimento*, § 62, p. 179, 5.ª ediz., Stuttgart e Tübingen 1813 [Ordnung der Gläubiger beim Gantprocesse].

[37]) VOET, *Comm. ad Pand. h. t.*, § 13; LAUTERBACH, cit. *Diss.* cap. VII, § 34 seg. *Gior. Ortw.* WESTENBERG, *Princip. iuris Rom. sec. ord. Pand. h. t.*, § 41. BOEHMER, *Iur. Dig. h. t.*, § 22 i. f.; *Mich. God.* WERNHER, *Lectiss. Commentat. in Pand. h. t.*, § 22; HOFACKER, *Princip. iuris civ.*, tom. III, § 2008, n. II, cit., *A.* HÖPFNER, *Commentario alle Istituzioni*

2.° Se i soci stessi non hanno concluso in comune il contratto col terzo, o

a) un altro come *factotum* o procuratore della società ha per essa contrattato. In questo caso essi sono tenuti *in solidum* e secondo i diversi casi coll' *actio exercitoria* o *institoria* o *quasi institoria* e alcuni vogliono persino coll'*actio directa ex contractu* [39]); ma sempre *in solidum* [40]). Secondo il rigor del diritto ad essi non dovrebbe mai esser concesso il beneficio giuridico della divisione [41]), e questo si ammette anche nella pratica [42]), sebbene nella teoria alcuni [43]) vogliono concedere ai soci, per la novella 99, l'eccezione della divisione. Non v' è poi alcun dubbio che il socio convenuto per l' intero è tenuto anche oltre la sua quota che gli spetta nella società, in maniera che se la sua quota o persino il patrimonio sociale non fossero sufficienti, il debito allora deve esser soddisfatto col patrimonio privato del convenuto [44]). Infatti in questo caso il vincolo correale che interviene non è limitato al patrimonio sociale [45]), al contrario

---

di Eineccio (Commentar über die Heinec. Institutionen), § 912, num. 8, pag. 961. MALBLANC, *Princip. iuris Rom.*, p. II, § 533 e THIBAUT, *Sistema*, vol. II, § 885.

[38]) V. WERNHER, *Select. Observat. for.*, tom. I, p. IV, obs. 16; LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, spec. CLXXXV, medit. 6; PUFENDORF, *Observat. iuris univers.*, tom. IV, obs. 24; LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand. h. t.*, § 39; STRUV, *Syntagm. iur. civ.*, exerc. XXII, th. 43 e MÜLLER, ad *Struvium*, c. 1, not. *β*.

[39]) LAUTERBACH, cit. *Diss.*, cap. III, § 17.

[40]) L. 13, § ult., L. 14 D. *de instit. act.* (14, 3), L. 1, § ult., L. 2, L. 4, § 1, D. *de exercit. act.* (14, 1); v. LAUTERBACH, cit. *Diss.*, cap. III, § 19 e cap. VI, § 15 e KIND, *Quaestion. for.*, tom. I, cap. 20.

[41]) L. 2 D. *de exercitor. act.* (14, 1), L. 27, § 8, D. *de peculio* (15, 1); LAUTERBACH, cit. *Diss.*, cap. III, § 23.

[42]) WERNHER, *Select. Observat. for.*, tom. I, p. III, observ. 79; CARPZOV, *Iurispr. for.*, p. II, const. 17, def. 12; LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, specim. 185, medit. 6.

[43]) MARQUARD, *Tr. de iure mercator.*, lib. I, cap. 8, n. 37 e lib. II, cap. 11, n. 14 e THIBAUT, *Sistema*, vol. 2, § 885.

[44]) V. GREEN, cit. *Diss.*, § 10 e LAUTERBACH, *Diss.* cit. *de sociorum obligatione*, cap. 6, § 57.

[45]) L. 1; L. 4, § 1, D. *de exercit. act.* (14, 1); L. 13, § 2; L. 14 D.

PAOLO [46]) dice espressamente: « nec quicquam facere, quotam quisque portionem in navi (e dunque anche in *societatis communione*) habeat ». Si disputa solo su questo, se un socio sia tenuto *in solidum* anche quando gli altri membri della società non possano più pagare. Il LAUTERBACH [47]) nega questo con molti altri giuristi [48]) per la ragione che PAOLO nella L. 14 D. *de institor. act.* (14, 3) dice: « Certe ubicumque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque *pro parte sua* condemnari oportere constat ». Egli ne deduce che il socio sia tenuto solo per la sua quota nel caso che l'*actio pro socio* contro gli altri soci sia inutile data la loro insolvenza. Ma io dubito che questa opinione non possa esser provata dal citato frammento. PAOLO parte qui dal ben giusto principio fondamentale che l'*actio pro socio* così come l'*actio communi dividundo* ha luogo solo tra que' soci, tra cui esiste una comunione. Dove dunque questa manca decadono tutte e due le azioni e, naturalmente, allora gli interessati possono essere convenuti soltanto *pro rata*. PAOLO illustra questo principio col seguente caso. Un padrone aveva preposto al suo commercio uno schiavo. Questo schiavo ebbe un mutuo in denaro per conto del suo padrone; dopo ciò il padrone gli donò la libertà e lasciò due eredi. In questo caso gli eredi non potevano esser convenuti *in solidum*, ma solo ciascuno per la propria quota, poichè qui tra di loro decade lo *iudicium communi dividundo*. Infatti in questo caso non esiste alcuna comunione, essendo i debiti divisi già *ipso iure* [49]). Il frammento dunque nel contesto colle parole del principio non dice altro, se non che un'*obligatio in solidum* ha luogo solo tra que' soci tra i quali sussista una comunione, essa vien dunque meno se le azioni *pro socio* e *communi dividundo* non sono appli-

---

de instit. act. (14, 3); L. 50, § 1 D. *de iudic.* (5, 1); L. 27, § 8, D. *de peculio* (15, 1).

[46]) L. 3 D. *de exercitor. act.* (14, 1).

[47]) Cit. *Diss.*, cap. III, § 25.

[48]) *Ant.* FABER, *Rational. in Pand.* ad L. 3 *De exercit. act.*; *Pet.* COSTALIUS ad L. 1, § fin. e L. seg. *de exercit. act.* e molti altri.

[49]) L. 6 C. *familiae ercisc.* (3, 36).

cabili, cioè se non sussiste alcuna *communio societatis*. Con questo caso, nel quale per una ragione di diritto non ha luogo l'azione, non si può dunque paragonare quello in cui l'azione, certo, ha luogo, ma per la povertà de' consoci sarebbe inutilmente proposta. L'*obligatio in solidum* viene dunque per questo tanto meno tolta di mezzo per ciò che qui vien meno tra i consoci il beneficio della divisione [50]).

b) Uno de' soci ha concluso il contratto in *proprio nome*. In questo caso il contraente rimane obbligato *in solidum* [51]), gli altri non restano altrimenti obbligati da questo debito se non in tanto in quanto siano stati da esso arricchiti [52]), e allora ciascuno dev'esser convenuto solo per la sua quota [53]). L'azione è l'*actio de in rem verso* [54]).

---

[50]) V. GREEN, cit. *Diss.*, § 10.

[51]) L. 28, L. 63, § 3, D. *h. t.* (17, 2); L. 13 C. *si certum petatur* (4, 2); v. LAUTERBACH, cit. *Diss.*, cap. V, § 40-44; WESTENBERG, *Princip. iuris Dig. h. t.*, § 42.

[52]) L. 82 D. *h. t.* (17, 2); LAUTERBACH, cit. *Diss.*, § 45.

[53]) Arg. L. 10, § 4 e L. 13 D. *de in rem verso* (15, 3); LAUTERBACH, loc. cit., § 46 e 47.

[54]) MADIHN, *Princip. iuris Rom.*, p. II, § 210.

Di alcuni concetti diversi di comunione.

V. la bibliografia citata nel libro X di questo *Commentario* tradotto da' professori *Antonio* LONGO e *Silvio* PEROZZI. Si possono aggiungere inoltre RANDA, *La proprietà* [das Eigentum, § 9]; BEKKER, *Pand.*, I, § 32; *G.* RÜMELIN negli *Jahrb. f. Dogmat.*, XXVIII, p. 400 segg.; DIEZ, *La teoria della comproprietà secondo il diritto romano e secondo il progetto del Codice civile* [d. Lehre vom Miteigenthum nach r. R. u. nach d. E. B. G. B.], Leipz. 1888. *v.* SEELER, *La teoria della comproprietà secondo il diritto romano* [die Lehre vom Miteigenthum nach r. R.], Halle 1896.

Una semplice comproprietà non costituisce una *societas*, nè un contratto di società ha l'efficacia di elevare il complesso de' soci a persona giuridica: *comproprietà, societas, persona giuridica* sono dunque tre istituti diversi dei quali si deve avere un concetto ben distinto.

Gli scrittori in generale volendo limitare il concetto di comproprietà di fronte a quello di società se la cavano col dire che quando i più comproprietari hanno l'*affectus societatis* il rapporto giuridico tra essi esistente è una società: nel caso che quest'*affectus* manchi non si ha se non una semplice *communio*.

Ma se si passa a dare un concetto, per quanto vago, della *communio*, come chiamavano i Romani il vincolo d'appartenenza di un diritto reale e quindi anche della proprietà a più soggetti, la cosa non è tanto facile, anche per la grande varietà delle teorie sulla comproprietà che regnano nella dottrina. E la varietà è tanto estesa che si può quasi dire che è impossibile andar più oltre poichè la teoria è arrivata a tanto da negar sè stessa e, quel che più importa, la pratica, se pur è vero che la teoria è qualcosa di distinto dalla pratica.

A questo in sostanza è riuscito l'ingegno acuto del professor *Silvio* PEROZZI in un elegante e fine studio pubblicato nel *Filangieri* [1]). L'arguto scritto si può ridurre a un rigido sillogismo.

Un diritto esclusivo, dice il PEROZZI, per la sua stessa natura esclusiva non può appartenere che a una sola persona, la proprietà è un diritto esclusivo, dunque la proprietà non può appartenere a più soggetti.

Volendo quindi ammettere che i comproprietari abbiano un diritto di proprietà sulla cosa comune si cade nell'assurdo, e volendo risolvere il problema della comproprietà basandolo su questi dati lo si rende addirittura insolubile. Perchè si possa riuscire ad una soluzione bisogna quindi o modificare il concetto della proprietà o finirla una buona volta col considerare il diritto di comproprietà come un diritto di proprietà appartenente a più persone. E la dimostrazione della verità del sillogismo il professor PEROZZI la dà esaminando le varie teorie sulla comproprietà; da quella più antica della divisione ideale della cosa alle altre della divisione intellettuale del diritto, della divi-

---

[1]) Anno XV, fasc. I. II, V e VI, 1890.

sione reale del diritto, della divisione secondo l'estensione del diritto e da ultimo a quelle del WINDSCHEID, per la quale nella comproprietà si avrebbe un unico diritto di proprietà che spetta a più persone, e dello SCIALOIA, ossia alla teoria della pluralità dei dominii.

Pur partendo dalla stessa idea a risultati diversi arriva il prof. *Carlo* MANENTI [1]). Nella comproprietà il diritto di proprietà, secondo questo scrittore, appartiene non ai singoli individui, ma alla collettività. « Non si creda però [2]) », soggiunge l'egregio professore, « che la nostra teoria abbia alcunchè di comune con quella che pone a soggetto della proprietà nella *communio* una vera e propria persona giuridica. Imperocchè quella complessità dell'elemento soggettivo è da noi concepita ed affermata esistente *solo riferibilmente a quell'unico rapporto di diritto,* del quale anzi quella collettività è soggetto soltanto in forza della capacità giuridica o personalità delle singole persone che la costituiscono ». Questa collettività corrisponderebbe alle *universitates iuris.* « Come in una data massa di rapporti di diritto patrimoniale il fatto del loro appartenere tutti ad una medesima persona viene a stabilire tra di essi quella tale connessione giuridica che raccogliendoli ad unità determina ciò che chiamasi una *universitas iuris* (pluralità di rapporti — e quindi di obietti — considerati nel loro convergere in un solo e medesimo subietto), così nella *communio* (condominio) abbiamo una pluralità di rapporti giuridici di persona a cosa, tutti della stessa natura (ciò che non toglie nulla della sua importanza al raffronto che stiamo facendo) convergente tutti egualmente sulla stessa cosa e facenti capo a persone diverse » [3]). Lo stesso effetto che produce il fatto che più cose, più diritti in quanto siano sottoposti allo stesso soggetto, in quanto formino cioè il suo patrimonio, siano considerati come un tutto unico *universitas iuris* lo produrrebbe reciprocamente il fatto che la cosa appartenga a più individui. Procedendo oltre si troverebbero di nuovo di fronte in linea parallela le *universitates personarum* da un canto, le *universitates rerum cohaerentium* dall'altro [4]).

Il diritto di comproprietà insomma per il prof. MANENTI non è se non un diritto *sui generis* [5]).

Che poi i comproprietari non siano considerati proprietari nè meno dalle fonti per il professor MANENTI esistono diverse ragioni. Poco convincente è per me il fatto che le fonti non chiamino mai *proprietarius* il condomino, ma soltanto *dominus,* e secondo lo stesso MANENTI anche questa espressione sarebbe usata solo a indicare i rapporti esterni dei comproprietari. Rispetto alle cose corporali, osserva il MANENTI si poteva essere *dominus* senza essere proprietario in senso stretto. Ma il termine *proprietarius,* lo stesso MANENTI ci avverte di ciò, è pochissimo usato nelle fonti. In alcuni dei pochi frammenti in cui è usato poi si possono notare facilmente delle interpolazioni [6]). Certo uno studio accurato sarebbe necessario sulla parola *proprietarius* perchè possa essere assunta come indice d'interpolazione, ma non mi pare che dal fatto che essa non sia usata a indicare i condomini se ne possa dedurre ciò che vuole l'illustre professore della Università di Genova.

---

1) L. c., *Il Filangieri*, XIX, 1894, p. 321, 492.
2) L. c., pag. 500.
3) L. c., pag. 491.
4) Per la critica sulla distinzione delle *universitas iuris* e *facti* v. FADDA e BENSA, nota *b* alla trad. it. del WINDSCHEID, vol. I, parte II, pag. 433 segg.
5) L. c., pag. 499.
6) V. p. e. D. 7, I, 22.

Poco valore ha anche l'altra osservazione del MANENTI che il diritto del comproprietario non può essere un diritto di proprietà perchè comprende degli obblighi positivi, ciò che va contro la natura dei diritti reali che non ammettono obblighi *in faciendo*; a me basta rimandare il lettore agli studi del professore FADDA e del prof. BENSA in cui è dimostrata esaurientemente e per il diritto romano pubblico e privato e per il diritto civile la possibilità di diritti reali che comprendano obblighi *in faciendo* [1]).

Non vogliamo qui trattenerci ancora ad esporre le diverse teorie; basti questo fugace accenno delle principali e dei più autorevoli sostenitori di esse.

Ci sembra che abbia ragione ancora chi afferma, mantenendo l'antico principio romano *plurium in solidum dominium esse non potest*, che ciascuno dei comproprietari ha un diritto di proprietà su di una quota ideale della cosa. Ma il diritto appunto perchè è comune ad altri non appartiene al comproprietario per intero su nessuna particella della cosa; l'effetto di questo stato di indivisione si ripercuote, per così dire, fino alle più intime molecole dell'oggetto per modo che ciascuna di esse molecole appartiene per quota indivisa ai singoli soggetti. Dalla concorrenza di più soggetti d'uno stesso diritto deriva la divisione del diritto « se vien meno questo limite », osserva il RANDA [2]), « il diritto di divisione al dominio indiviso sulla cosa si estende ancora [fällt diese Schranke weg, so erweitert sich auch das Theilrecht wieder zur ungetheilten Herrschaft über die Sache] ». Di qui il diritto d'accrescimento da parte degli altri comproprietari nel caso che uno di essi perda la sua quota di comproprietà.

I comproprietari sono dunque proprietari dell'oggetto, ma appunto perchè sono più proprietari il diritto di ciascuno soffre limitazioni di fronte al diritto degli altri. Nel diritto romano vigeva rigido il principio *melior est condicio prohibentis*, vale a dire che di fronte all'attività degli altri sulla cosa il singolo coll'interporre il suo divieto aveva il diritto d'imporre che si mantenesse la cosa nello stato attuale. Questa regola veniva meno quando si trattava della conservazione della cosa; in questo caso anche il singolo, per il diritto che ciascuno ha di mantenere i propri diritti, poteva contro la volontà degli altri fare le riparazioni necessarie e costringerli a partecipare alle spese.

Nelle legislazioni moderne nell'istituto della comunione s'è introdotto il principio della maggioranza per il quale in molti casi la minoranza deve assoggettarsi alla volontà della maggioranza e tutt'al più non può chiedere se non la divisione della cosa.

Anche nel nostro codice è accolto il principio della maggioranza. Riporto anzi queste poche parole dell'illustre professore FADDA [3]), nelle quali è scolpito l intero sistema del nostro codice riguardo alla comunione. « Da una parte ampia libertà nel singolo di disporre della sua quota, e diritto di godere e di usare della cosa in proporzione della quota stessa; eccezionalmente diritto di provvedere alla conservazione della cosa. Dall'altra la maggioranza degli interessi decide dell'amministrazione e del miglior godimento della cosa comune, sotto il sindacato dei tribunali. Solo l'unanime accordo può obbligare per ogni altra disposizione relativa alla cosa ».

Ma quel che più interessa di determinare è che il comproprietario può sempre a suo piacere alienare la propria quota.

---

1) Cfr. FADDA e BENSA, note alla trad. it. del WINDSCHEID, vol. I, libro II, pag. 549 segg.
2) *Das Eigenthum*, p. 231.
3) *Foro italiano*, anno XXIV, fasc. XVIII.

Proprietà complessiva (Gesammteigentum) — mano complessa (gesammte Hand) — comunione a mano complessiva (Gemeinschaft zur gesammten Hand).

a) *Proprietà complessiva* (*Gesammteigentum*).

Per la bibliografia vedasi specialmente il GIERKE nel *Diritto privato tedesco* [Deutsches Privatrecht], vol. I, § 80, pag. 663, Leipzig 1895 e gli autori ivi citati compresi gli altri lavori dello stesso GIERKE sulle associazioni tedesche.

L'ultima osservazione ci introduce nello studio di un altro concetto affatto germanico, studio che ci è doppiamente utile e perchè dal contrapposto con esso si delinea ancora meglio il concetto di comunione dominante nel nostro codice e perchè ci dà nozione di un principio giuridico che nel diritto tedesco trova una larga applicazione. Alludo al principio della *mano complessiva* o come dicono i giuristi tedeschi della *gesammte Hand*.

Nel diritto tedesco a proposito di comunione oltre che di *Miteigentum*, corrispondente alla nostra comproprietà, si parla di *Gesammteigentum* che volendolo tradurre in italiano bisognerebbe chiamare *proprietà complessiva*. Questa non è se non la proprietà che in parte appartiene ad un ente come tale come persona singola, in parte appartiene individualmente ai singoli componenti questo ente.

Il GIERKE chiama questo diritto « il contraccolpo oggettivo della struttura soggettiva delle associazioni di diritto tedesco » [1]. Riguardo al diritto complessivo di proprietà appartenente ad una persona giuridica sembra che per alcuni diritti in esso contenuti il soggetto ente elevato ad unità abbia la forza di attrarli a sè indivisi, riguardo ad altri al contrario questa forza vien meno e prima che arrivino all'ente come unità si frazionano fra i singoli individui che lo costituiscono. È inutile l'osservare che la *Gesammteigentum* è propria delle persone giuridiche.

Ma la *Gesammteigentum* tedesca, secondo il GIERKE, comprende la *Gesammteigentum* in senso proprio, cioè quella cui ora ho accennato, e la comunione a mano complessiva *Gemeinschaft zur gesammten Hand*, la quale è appunto quella che più ci interessa in quanto ci dà occasione di parlare della *gesammte Hand* (*mano complessiva*).

b) *La mano complessiva* (*gesammte Hand*).

Bisogna subito notare che la *mano complessiva* non è un istituto speciale, quindi un rapporto di diritto regolato da norme ben determinate, al contrario gli scrittori che ne parlano insistono nel classificarlo per un principio giuridico, *ein Rechtsprinzip*. Ciònonostante il NAVARRINI in un suo scritto [2]) la chiama istituto; egli parla di « quell'istituto che non ha e non conserva una *forma* rigidamente propria ». Ora, per quanto l'inesattezza dell'egregio professore possa sembrare irrilevante, e pedanteria se non peggio il rilevarla, è utile il fissare ben chiaramente queste distinzioni che ci pongono al sicuro da certe confusioni.

---

[1] Nel *Rechtslexikon* del *von* HOLTZENDORFF.

[2]) *Società di commercio e proprietà in mano comune* estratto dal *Diritto commerciale*, vol. XXIX, fasc. V, pag. 2.

La *gesammte Hand* è dunque un principio giuridico, è un concetto che non ha, come un istituto giuridico qualsiasi, contorni netti e ben definiti, ma può esser accolto entro limiti più o meno estesi; di qui la sua estesa e svariata applicazione, di qui anche l'impossibilità di determinarlo *a priori* e la necessità di studiarlo e concretarlo pei diversi istituti nei limiti strettamente segnati dal codice.

L'idea originaria della *gesammte Hand* è data dall'immagine visiva di più persone che si tengono per mano, e così strettamente unite operano nel campo giuridico.

Per la *gesammte Hand* non è un singolo che opera, ma il complesso come tale: nella persona giuridica, nonostante il numero più o meno grande di individui che la costituiscono, si ha un'unità, un'unica persona, nella *gesammte Hand* al contrario si hanno più persone legate da un vincolo personale giuridico speciale, per il quale la volontà del singolo non può avere alcun effetto, ma solo la volontà di tutti. « Internamente, dice il GIERKE [1]), è la loro (dei partecipanti) volontà complessa che domina come unita volontà della comunione. Esternamente è il complesso che unicamente ha diritti e obblighi e procede agendo ».

L'origine storica della *gesammte Hand* ha le sue radici nel diritto di famiglia germanico. Alla morte del padre i figli rimanevano insieme, formando una comunione che conservava il carattere di comunione con rapporto di subordinazione. A poco per volta ai figli coeredi si aggiunsero altri coeredi estranei alla casa. Rimanendo questi estranei in comunione cogli altri coeredi figli al morto, la comunione diventò una, come la dice il GIERKE [2]); *genossenschaftliche Hausgemeinschaft*, cioè una comunione d'associazione di casa, nella quale si formò anche la regola *Mutschierung ist keine Teilung*, vale a dire che la divisione degli utili non è la divisione del patrimonio. Da qui, osserva il GIERKE, penetrò la *gesammte Hand*, anche nelle comunioni di casa con potestà, vale a dire col vincolo di potestà si intrecciò anche quello d'associazione come nella comunione tra il marito e la moglie, tra il padre e i figli. Il principio della mano complessiva dal diritto di famiglia penetrò poi in varî istituti del diritto privato, e da questo nel diritto pubblico.

Così la mano complessiva fu applicata alle comunioni del diritto di famiglia, alle comunioni ereditarie, alle società commerciali, civili, al diritto delle obbligazioni, al diritto di rappresentanza, al diritto d'autore.

A noi importa ora vederlo nella sua applicazione alle comunioni alla così detta *Rechtsgemeinschaft zur gesammten Hand*.

c) *Comunione giuridica a mano complessiva (Rechtsgemeinschaft zur gesammten Hand).*

In queste comunioni si ha un patrimonio che non appartiene a' singoli, ma al complesso degli individui. Ciascuno dei comunisti perde il diritto di disposizione della propria quota sulla quale, come sull'intero patrimonio, non può disporre se non la collettività. Chi dispone è la volontà di tutti insieme che per il patrimonio assume obblighi e acquista crediti. Così è anche del diritto d'amministrazione. Tuttavia, osserva il GIERKE, il diritto d'amministrazione può esser

---

[1]) *Deutsches Privatrecht*, p. 664.
[2]) L. c.

affidato ad alcuno dei comunisti, inoltre accanto ai diritti della collettività possono sussistere diritti speciali degli individui tanto che queste comunioni possono anche, apparentemente, confondersi colle corporazioni.

Questo è, in poche parole, il concetto generale della *gesammte Hand* e della comunione *zur gesammten Hand* in particolare. Nel diritto antico tedesco questa specie di comunione era ammessa anche nelle società civili; ma dopo l'introduzione del diritto romano l'antica concezione « a mano complessiva » fu sostituita dall'altra della *communio* romana. Per questa non si ebbe più nella società civile un patrimonio indipendente, ciascun socio rimaneva vincolato soltanto personalmente a mantener la propria quota per gli scopi sociali; un suo atto di disposizione poteva quindi essere pienamente valido. La *gesammte Hand* sopravvisse tuttavia nel diritto territoriale generale prussiano e nel codice commerciale germanico riguardo alle società commerciali. Infatti questo riconosce alle società in nome collettivo un patrimonio indipendente pur non elevando la società a persona giuridica. D'altra parte anche il codice di procedura civile passato col § 44 dell'ordinamento di fallimento l'ammetteva implicitamente. Ecco come il KOHLER commentava questo paragrafo: « Se il fallito sta con altri in un rapporto di comunione sia di una cosa sola sia di una molteplicità di cose, secondo l'ordinamento di fallimento vige il principio fondamentale che le quote fisse della cosa sono onerate dalle prestazioni che l'uno dei comunisti ha da prestare all'altro; che, in altre parole, la quota vale come quota solo con riserva del risarcimento delle prestazioni per la comunione. Questo criterio è adottato per il fallimento senza riguardo se il diritto civile l'ammetta o non; esso è fissato per il diritto di fallimento anche se il diritto civile riconosca solo una comunione con divisione attiva della comunione, senza il carico di prestazioni comuni in maniera che questo prestazioni per la comunione dovrebbero comprendersi tra i crediti e debiti » [1]).

La dottrina veramente non sapeva trovare la vera ragione di questa indipendenza d'un patrimonio e vari erano i tentativi con i quali si voleva darne una ragione. È stato specialmente il GIERKE, che con gli studi poderosi sulle associazioni del diritto tedesco ha messo in piena luce il principio della *gesammte Hand*. E anche in questa ricostruzione il grande giurista tedesco, alcune volte forse troppo « buon tedesco » nel voler rivendicar al pensiero giuridico germanico teorie e concetti che il nostro professor FADDA ha non poche volte dimostrato prettamente italiani benchè spesso intorbidati da elementi bizantini, non s'è fermato alle semplici ricerche, ma ha combattuto per la pratica. Se infatti il principio della *gesammte Hand* è stato accolto nel codice civile germanico ciò è dovuto in gran parte agli attacchi vivaci del GIERKE contro il primo progetto del codice civile tedesco. Questo, riguardo alla società, seguiva la teoria puramente romana; nella commissione per la seconda lettura del progetto del codice civile, prevalse al contrario la corrente germanica coll'imporre il principio della *gesammte Hand*. È utile a questo riguardo il vedere ciò che dicono i protocolli della commissione per la seconda lettura del progetto per il codice civile [2]).

« Realmente tra i due sistemi sussistono le seguenti differenze: secondo il « progetto la società è per principî fondamentali un rapporto puramente obbli-

---

[1]) *Lehrbuch des Konkursrechts* (Manuale del diritto concorsuale, pag. 114, 1891).
[2]) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. II, p. 428 segg.

« gatorio. Gli scopi comuni sono conseguiti solo per ciò che i soci sono vinco-
« lati tra di loro a determinate prestazioni soltanto obbligatoriamente. Un pa-
« trimonio sociale in senso proprio non c'è. Ciò che si dice patrimonio sociale
« sono parti costitutive del patrimonio dei singoli soci riunite insieme. Formal-
« mente ogni socio è autorizzato a disporre su queste parti costitutive del suo
« patrimonio, i suoi creditori sono autorizzati a esercitare il procedimento di
« esecuzione anche su queste parti di patrimonio. Il socio è obbligato di fronte
« agli altri soci soltanto obbligatoriamente, a lasciare nella comunione le cose
« appartenenti contrattualmente al patrimonio sociale, e gli è interdetta la ra-
« gione alla divisione delle parti comuni del patrimonio prima della fine della
« società. Le parti del patrimonio, che sono apportate nella comunione o diventano
« comuni in seguito all'acquisto per la amministrazione degli affari, appartengono
« ai soci per quote determinate, nel dubbio uguali. L'amministrazione del pa-
« trimonio sociale, di fatto comune, riposa solo su di ciò, che ogni socio è ob-
« bligato in riguardo alle parti del patrimonio a lui appartenenti di tollerare
« una tale amministrazione — Un temperamento di questo principio puramente
« obbligatorio si ha in ciò che secondo il § 644 i crediti spettanti a un socio
« contro gli altri soci in forza del contratto di società non sono trasmessibili,
« un ulteriore distacco si rileva, per il caso di fallimento, dal § 44 dell'ordina-
« mento di fallimento.

« La struttura del rapporto secondo il principio fondamentale della mano
« complessiva insieme agli effetti obbligatori ha anche effetti reali. Le parti del
« patrimonio che pervengono nella comunione sono immediatamente secondo
« il loro scopo rese dipendenti, in quanto da esse è formato un patrimonio
« sociale indipendente. Le parti costitutive di questo patrimonio non sono di-
« vise secondo quote determinate, esistono soltanto principî fondamentali sulla
« partecipazione al guadagno e sulla separazione. L'intero patrimonio sociale è
« vincolato alla garanzia degli oneri e dei debiti della società. La disposizione
« sulle singole parti del patrimonio sociale è possibile soltanto in comune;
« la condotta dei processi può avvenire solo in comune; l'esecuzione forzata su
« parti del patrimonio sociale può eseguirsi solo in base di un titolo esecutivo
« contro tutti i soci. Contro i crediti sociali possono esser compensati solo de-
« biti sociali. Dal patrimonio sociale sono sodisfatti in primo luogo i creditori
« sociali. I creditori privati di un socio possono eseguire l'esecuzione forzata
« solo su ciò che spetta al loro debitore del guadagno dopo il sodisfacimento
« dei debiti sociali o nella separazione ».

In queste differenze di fatto tra due sistemi la commissione si trovò pienamente d'accordo; ma doveva il codice dare una costruzione teoretica della *gesammte Hand*, e quale?

Furono presentate tre costruzioni diverse, ma la commissione credette da ultimo di non dover occuparsi in dispute scientifiche sulla natura della *gesammte Hand*, ma di dover determinare quali disposizioni meritassero la preferenza. E coll'accogliere il § 645 corrispondente al § 719 del codice civile « Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen (un socio non può disporre della sua quota nè de' singoli oggetti ad essa appartenenti) » trovò di aver riconosciuto la caratteristica essenziale della comunione a mano complessiva.

Godimento unito (joint tenancy).

Poche parole ancora su di un'altra specie di comunione propria del diritto inglese: la *joint tenancy* [1]).

La peculiarità di questa forma di comproprietà si è che ognuno dei comproprietari è, secondo l'antica locuzione anglo-normanna: *saisi per my et per tout*, ossia è investito della *saisine* dell'intero immobile e di nessuna quota. L'effetto della *saisine per my et per tout* è espresso da Lord COKE colla frase: *qui nihil habet et totum habet*.

I singoli comproprietari (*joint tenant*) costituiscono giuridicamente un'unica personalità. Se quindi uno muore, senza avere arrecato, durante la sua vita, nessuna alterazione a questo rapporto giuridico coll'alienare, per atto tra vivi, la sua interessenza alla cosa comune, allora, non ostante qualsiasi disposizione testamentaria avesse fatto, la comproprietà della cosa intera continua a sussistere fra gli altri comproprietari sopravviventi, e la disposizione testamentaria sarebbe nulla, perchè il testamento ha effetto soltanto dal momento della morte ed in quel momento stesso il defunto cessò di far parte di questa personalità giuridica proprietaria della cosa comune, e quindi mancherebbe l'oggetto della liberalità. *Praticamente* i comproprietari vengono ad acquistare la sua quota, ma *legalmente*, no, perchè possedevano già tutta la cosa. Il diritto dell'istituito, per rapporto alla cosa, non passa ad altri: si estingue semplicemente.

Questo istituto è di grandissima utilità in Inghilterra: principalmente per rapporto ai *trust*, e la ragione è evidente. Se muore uno fra due o più *trustees* sono escluse tutte le complicazioni derivanti dal diritto successorio: è esclusa l'ingerenza degli eredi in una carica eminentemente fiduciaria e personale. Il *trustee* od i *trustees* sopravviventi rimangono *ipso iure* rivestiti essi della proprietà di cui la morte spogliò il defunto.

Tale è la *joint tenancy* nel diritto civile inglese ed è evidente che nulla vi sia di analogo in quello italiano. Le disposizioni contenute nel titolo della *comunione* disciplinano un istituto che corrisponde alla *tenancy in Common*.

---

[1]) Riporto letteralmente queste brevi ma interessanti notizie relative a questo istituto del diritto inglese pervenutemi incidentalmente da un illustre avvocato inglese.

La personalità giuridica e la società civile e commerciale.

a) *La persona giuridica.*

L'idea chiara e precisa di persona giuridica ce la dànno in queste poche parole i prof. FADDA e BENSA: persona giuridica è quel « qualunque ente — che non sia l'uomo individuo — fornito di capacità giuridica » [1]. Così è determinata da un canto l'unità di concetto delle persone giuridiche, dall'altro, di fronte all'uomo persona reale, è contrapposta l'altra persona, anche essa reale, la persona giuridica.

La realtà della persona giuridica non è veramente da tutti ammessa, da molti, anzi da' più si parla ancora di persone immaginarie, di persone che sono considerate tali per una finzione giuridica. Le persone morali o giuridiche sarebbero ammesse solo perchè si abbia un soggetto per certi diritti [2].

Per queste, osserva ancora il PUCHTA, vale al contrario, che esse sono soltanto per grazia dei diritti, ai quali deve esser creata un'esistenza, senza che essi si riferiscano immediatamente all'uomo come loro soggetto ». E dove tratta dei negozi giuridici, « quindi le persone giuridiche non sono capaci d'agire, al *concetto* che qui procura il soggetto della personalità non può esser attribuita alcuna volontà effettiva. Che ad esse sia attribuito un diritto, un potere, riposa su di una semplice finzione ».

Quindi la pretesa necessità della rappresentanza, cioè di una specie di tutela per le persone giuridiche. Di qui ancora lo stridente contrasto nei trattati, per il quale mentre lo Stato, la persona giuridica per eccellenza, è l'unico ente che possa riconoscere e dar forza al diritto, nello stesso tempo è un incapace, un essere, anzi una inesistenza che ha bisogno di speciale tutela. Così nel *Manuale di procedura* dell'illustre prof. MORTARA mentre da un canto si sostiene che il « diritto di provocare l'esercizio dell'autorità giurisdizionale dello Stato contro le violazioni che stimiamo patite da un nostro diritto subbiettivo (cioè l'azione), presenta, in un senso generale ed ampio, il carattere di un rapporto di diritto pubblico » [3]; si costituisce dunque una teoria giudiziale per cui soltanto lo Stato, terzo soggetto di quel rapporto, per mezzo de' magistrati può « pronunziare e provvedere », dall'altro lo Stato è posto tra gli assolutamente incapaci che come tali possono prender parte ad una lite solo per mezzo di rappresentanti [4].

La persona giuridica è un'astrazione solo in quanto è un'idea, cioè, quel prodotto psichico di un numero indefinito di sensazioni; così come è un'astrazione l'uomo considerato come persona, come soggetto di diritti in generale.

Purchè si abbia dunque degli interessi, nel senso più largo della parola, o riferentisi in particolare ad una associazione di individui o in generale alla società civile, quindi ad una collettività più o meno determinata, e vi sia riconoscimento di capacità giuridica, si deve ammettere la personalità giuridica, ente reale e non fittizio. La realtà della persona giuridica è infatti dimostrata dall'esistenza di veri organi che hanno la funzione o di esprimere la volontà o di eseguire la volontà di altri organi e di compiere inoltre certi determinati atti.

---

[1] Nelle note al WINDSCHEID, vol. I, libro II, p. 787.
[2] PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, vol. II, pag. 6 e segg., decima ediz. Leipzig.
[3] MORTARA, *Manuale della procedura civile*, vol. I cap. III, p. 10, Torino 1901.
[4] L. c., p. 36.

Nelle persone giuridiche costituite dai nostri *comuni* ad esempio noi troviamo un organo che esprime la propria volontà, il *consiglio comunale*, un organo, il *sindaco*, che ha l'ufficio di presiedere il consiglio nelle sue risoluzioni, di porre in atto, come facente parte di un altro organo, la *giunta comunale*. «queste risoluzioni e di prendere ancora indipendentemente, almeno pel momento, dal *consiglio* altri provvedimenti. Il sindaco dunque non è un rappresentante del *consiglio comunale*, può alcune volte esercitare la funzione di rappresentante, ma anche in questi casi non siamo nel solito caso di rappresentanza, cioè di una persona in luogo di un' altra persona, bensì di una parte in luogo del tutto.

Un'altra tendenza vorrebbe riconoscere persone giuridiche indipendenti dove non si hanno se non organi d'una stessa persona giuridica. Il fisco ad esempio non è una persona giuridica indipendente, è un organo, la manifestazione patrimoniale dello Stato, di questo ente che presso di noi in Italia ha come suoi organi il re, le camere, i ministeri con le sue varie dipendenze.

La persona giuridica, come appunto e principalmente lo Stato, può anche esercitare un potere speciale, l'*imperium*. Su di ciò si fonda la distinzione delle persone giuridiche in pubbliche e private. «Non deducasi dallo scopo pubblico che la persona giuridica sia pubblica. Può benissimo sussistere una associazione privata rivolta a scopi d'interesse generale ». Nè come vuole il GIERKE le persone giuridiche si confondono collo Stato. Ecco come il FADDA e il BENSA ne dánno il concetto discretivo [1]): « Si sfrutti rettamente il concetto d'organismo. — Anzitutto le persone giuridiche, appunto perchè hanno un'esistenza a sè, non possono confondersi coll'amministrazione dello Stato, nè quindi essere considerate come parti ed organi di esso. A personalità distinte deve corrispondere organo distinto. Ma lo scopo che muove le personalità pubbliche è sempre pubblico, e appunto il cospirare di tutte queste personalità al bene sociale, porta per necessaria conseguenza ad un vincolo o rapporto organico fra queste personalità e lo Stato, rappresentante ultimo di ogni finalità sociale. Tutti questi centri vitali si collegano in un'unica tendenza: e solo lo Stato è quello che può organizzare tutte le energie indirizzandole alla meta. Ciò porta ad un organismo più vasto in cui trovano posto e funzione tutti i nuclei in questione ».

La definizione da me accolta esclude senz'altro l'eredità giacente dalle persone giuridiche. Nell'eredità giacente non si ha un interesse collettivo: per quanto molteplice sia il numero degli eredi eventuali, il patrimonio del defunto nell'intervallo di giacenza non è se non un patrimonio mantenuto unito in aspettativa del titolare. Per il momento manca il soggetto, nel frattempo il diritto che ad esso spetterà si manifesta solo per alcuni rispetti per mezzo del curatore, necessaria conseguenza questa della vita del diritto.

Questo era anche il concetto che in definitiva ebbero i Romani dell'eredità giacente, concetto che si deduce dai vari principî delle fonti riguardo all'eredità giacente. Dal principio dell'unità del patrimonio ereditario, manifestato nella possibilità dell'*usucapio pro herede* dell'intero patrimonio coll'usucapire un solo oggetto ad esso appartenente, a quelli che considerano il patrimonio ereditario come continuazione della personalità del defunto o addirittura come *persona* nel senso non di persona giuridica, ma che la «persona del defunto è quella che sta a base del patrimonio non ancora occupato » [2]) o infine come

[1]) L. c., p. 706.
[2]) FADDA, *Concetti fondamentali del dir. ereditario*, vol. II, pag. 27.

rappresentante l'erede, e come trasmesso ininterrottamente all'erede. « Infatti l'eredità non è una persona a sè, ma raffigura il patrimonio del defunto che perdura per congiungersi alla persona dell'erede.

« La persona da cui questi riceve è proprio la *persona defuncti*. Onde la continuità della successione » [1]).

Le persone giuridiche sono persone reali, non sono quindi creazioni artificiali del diritto, ma prodotti reali della società: più individui si uniscono coll'intenzione di formare un solo corpo e si dànno una organizzazione per mezzo di un atto (statuto). Questa volontà dà origine a un ente distinto da' singoli, unico ente, con capacità di volere e d'agire distinta da quella dei singoli membri e con vita indipendente dalla loro individualità. Questa volontà che proviene quasi dall'interno della persona futura dà nascita alle così dette *corporazioni*. Di fronte a questi enti sorgono altri enti ancora, ma la volontà che li fa nascere proviene dal di fuori da persone che, almeno di solito, non vogliono poi avere alcun contatto coll'ente futuro che deve solo soddisfare a determinati bisogni sociali, le *fondazioni*. Lo Stato può comportarsi con queste persone giuridiche in diverse maniere, può anche non volerle assolutamente riconoscere come tali; ciò non toglie che esse non abbiano almeno un'esistenza di fatto che può quindi avere anche conseguenze di diritto.

Nella persona giuridica si ha un'unica persona rispetto al patrimonio ad essa appartenente; non si potrà quindi parlare di comproprietà, ma di proprietà, della persona giuridica.

*
* *

Il GIERKE [2]) vuole attribuire il merito della teoria della realtà della persona giuridica, al diritto tedesco; per lui nel diritto romano la persona giuridica non era se non una finzione.

« Il diritto delle collettività del *corpus iuris civilis* è il precipitato di una storia del diritto che si esauriva in un diritto di Stato assolutista e in un diritto privato individuale, non sapeva però niente di un diritto sociale proprio, di sussistenti legami intermedii. In esso per ciò dal bel principio gli esseri collettivi del diritto pubblico e privato sono separati. Per lo *ius publicum* come lo *ius populi romani* c'è nel fondo un solo soggetto di diritto: lo Stato romano rappresentato una volta dal popolo intero sovrano, oramai dal principe sovrano. Ogni collettività più piccola può esercitare solo come parte dello Stato un diritto ad essa affidato. Il concetto della persona non è applicato a questa altissima generalità che tutto abbraccia, appartiene dunque soltanto al diritto privato. Per il diritto privato però, come *ius singulorum*, sono soggetti di diritto soltanto gli individui sovrani. Con ciò il concetto della persona combacia con quello della persona singola. Se per ciò una collettività deve esser soggetto di diritto privato essa deve con vie artificiose esser pareggiata ad una persona singola. Questo avviene per mezzo di una finzione ».

A parte l'artificiosità di tutto questo ragionamento, non mi resta che osservare che gravi ragioni stanno invece a favore di quelli che sostengono una concezione realistica delle persone giuridiche in Roma. L'espressione che accennano alla massa dei componenti l'ente, come *municipes, coloni, decuriones* usate anche in luogo di *municipium* e così via dimostrano che pei Romani le

---

[1]) FADDA, l. c., pag. 28.
[2]) l. c., p 459.

persone giuridiche non erano se non i componenti di essa. E il concetto di Stato pei Romani è dato dagli stessi cittadini. Lo Stato sta ai cittadini come le genti a' gentili, cioè esso non è qualche cosa di diverso da loro, ma *lo Stato sono essi stessi*, Stato e popolo sono equipollenti » [1]). Questa identità, osserva il prof. FADDA, lasciò traccie importanti. Sul concetto di una vera comproprietà de' cittadini può fondarsi la efficacia attribuita alla *stipulatio rem pupilli salvam fore*, che il *servus publicus* faceva a nome e per conto di un pupillo *infans* (fr. D. 27, 8, 16-17): solo quel concetto spiega come il legato fatto a' *cives* si interpretasse come fatto alla *civitas* (fr. D. 45, 5, 2) [2]).

Il concetto romano dunque è, se così potesse dirsi, ultrarcalista nè corrisponde perfettamente al nostro. Questo concetto romano puro è in parte accolto dal MEURER [3]) nel lavoro abbastanza recente sulle persone giuridiche. In queste per il noto giurista tedesco il soggetto sarebbe dato da una molteplicità di persone fisiche non elevata a unità in realtà, ma considerata come tale dal diritto per mezzo di finzione; ecco il punto in cui si allontana dal diritto romano e ricade nella finzione. Perchè il suo concetto riesca ancor più chiaro ecco le sue stesse parole [4]): « Soggetto giuridico della corporazione (*universitas personarum*) è la molteplicità di corporazione (*Korporationsvielheit*) che dal diritto soltanto è trattata come un'unità, e conformemente per il diritto vale come tale, senza che in realtà sia un'unità reale distinta dalla molteplicità... Questo [5]) trattamento in senso di qualcosa di diverso è la determinazione dell'essenza della finzione. Questa in tal caso non finge un soggetto di diritto che manca, ma piuttosto trova una molteplicità di soggetti di diritto e solo in favore de' loro scopi permette che essi funzionino interamente come una persona o unità individuale. Simile cosa si ha nella fondazione ». Soggetto di questa poi secondo il MEURER [6]): « è in verità la serie intera che non si può contemporaneamente abbracciar collo sguardo, de' destinatari del godimento che si sostituiscono, pe' quali anzi fu distinto il patrimonio ».

Con tutto ciò vi sono ancora di quelli che anche ammettendo la realtà della persona giuridica, sostengono che in Roma essa non fosse che un'astrazione. Di questa insistenza dà prova costante il prof. ALBERTO VIGHI nello studio « La personalità giuridica delle società commerciali ». L'egregio giovine commercialista con questo lavoro si propone uno scopo buono, la dimostrazione che le società commerciali sono vere persone giuridiche. Vuole perciò esaminare il concetto di società o di persona giuridica storicamente e dommaticamente. Per il VIGHI l'antico concetto romano di persona giuridica si sarebbe modificato sotto l'influsso di elementi germanici, ciò che forse non riesce dimostrato.

Ma lasciando da parte tutto ciò erroneo di certo è il punto da cui cominciano le ricerche del VIGHI: Le persone giuridiche in diritto romano derivano dal diritto pubblico. « Questa derivazione dal diritto pubblico del concetto di persona giuridica si riverbera su tutto il sistema delle persone giuridiche, nel

---

[1]) IHERING, *Sp. del D. R.* I, § 15 (da FADDA, *Azione popolare*, 309).
[2]) Non m'indugio qui a riportare i pochi frammenti ad tutti dai sostenitori della teoria della finzione in generale, dei quali alcuno è anche interpolato, p. es. il fr. D. 46, 1, 22. Cfr. FERRINI, *Manuale Pandette*, pag. 96, nota 96, nota 1.
[3]) *Christian* MEURER, *Die iuristischen Personen nach deutschem Reichsrecht*, Stuttgart 1901.
[4]) Capitolo II, § 4, I, p. 19.
[5]) Ivi, p. 20.
[6]) Ivi, II, p. 22.

senso che, ammessa la possibilità di attribuire una subbiettività autonoma a delle collettività di diritto privato, queste venivano ad acquistare con ciò un carattere pubblicistico. Anzi il loro riconoscimento come *corpora* dipendeva da uno scopo pubblico più o meno accentuato, esistente all'infuori di quello pel quale i membri le avevano costituito » [1]).

Premesse queste affermazioni inesatte è necessariamente costretto a contradire le asserzioni contrarie dei professori FADDA e BENSA e del PERNICE in questo modo non troppo convincente. « Non è pertanto da ritenersi esatta l'osservazione dei professori FADDA e BENSA [2]) e cioè che i *collegia funeraticia* rappresentassero uno scopo puramente privatistico: al contrario essi dovevano il loro sviluppo ed il loro riconoscimento come *corpora* alla loro importanza religiosa e quindi allo scopo pubblicistico che era ad essi inerente essendo la religione un'attribuzione dello Stato. Nè fanno eccezione, come pur vorrebbe il PERNICE, le *societates publicanorum* le quali se venivano riconosciute come *corpora*, dovevano questo loro riconoscimento al fatto di essere considerate come istituzioni facenti parte dell'amministrazione finanziaria romana e, quindi, di carattere pubblico ».

In Roma lo spirito d'associazione era molto intenso, può dirsi che ogni cittadino appartenesse ad una collettività. Le espressioni usate a indicare le persone giuridiche erano in primo luogo *collegium* e *corpus*, la prima « indicazione generale per associazione, laddove *corpus* è l'espressione per l'associazione, la corporazione conosciuta giuridicamente coi diritti di una persona giuridica » [3]). Ma poi aspirando tutti i *collegia* al riconoscimento giuridico i termini *collegia* e *corpus* si usarono scambievolmente. *Sodalitas* ebbe diversi significati finchè quasi venne in disuso. *Universitas*: con questa si fa risaltare la volontà complessiva. *Societas*, questa è la riunione dei *socii*, in ogni riguardo a tempo determinato, è perciò comune per l'esercizio comune di un negozio e soprattutto un'espressione puramente di diritto privato, e specialmente usata per le *societates publicanorum*. *Coetus*, e più raramente *Ordo*.

Non si può negare che lo *ius sacrum* non faccia parte dello *ius publicum*: ULPIANO lo dice chiaramente nel fr. D. 1, 1, 12: *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat. privatum quod ad singulorum utilitatem... publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.* Ma bene il WISSOWA [4]) spiega questa qualifica di *publicum*, « questo *ius divinum* si insinua così nei rapporti di diritto pubblico come in quelli di diritto privato, ma poichè lo Stato non solo nel nome della collettività entra in rapporto colla divinità, ma regola e sorveglia la singola corrispondenza dei suoi cittadini, lo *ius sacrum* forma una parte dello *ius publicum* ». Con ciò non è detto che la religione fosse un'attribuzione dello Stato, la stessa distinzione chiara e notissima di *sacra publica* e *privata* dovrebbe metterci in guardia dall'incorrere in un sì grossolano errore [5]). E questa distinzione era mantenuta fino alle sue conseguenze logiche. Così colla *dedicatio* p. e. di un tempio fatto dallo Stato si ha una *consecratio*, cioè la trasfor-

---

1) VIGHI, l. c., p. 38.
2) L. c., pag. 36.
3) LIEBENAM, *zur Geschichte und Organisation des Römischen Vereinswesens*, pagina 165.
4) *Religion und Kultus der Römer*, p. 318.
5) Prendo le citazioni dello stesso WISSOWA, l. c., pag. 31, n. 7. LIV., I, 20, 6 « publica privataque sacra ». CIC., *de har. resp.*, 14: « sacra religionesque et privatas et publicas ». DION. HAL., II, 65: διαιρούμενοί τε διχῇ τὰ ἱερὰ καὶ τὰ μὲν αὐτῶν κοινὰ ποιοῦντες καὶ πολιτικά, τὰ δὲ ἴδια καὶ συγγενικά.

mazione della cosa nello stato di *res sacra*. Il privato al contrario può anche egli dedicare una cosa di sua proprietà alla divinità, ma la cosa non cambia di stato, non diventa *sacra*, rimane profana; essa però diventa una *res religiosa*, cioè essa sta sotto la protezione divina come *religione obligata*, pure chi la viola non commette un sacrilegio [1]).

I *collegia tenuiorum* e quindi *funeraticia* nei quali i membri avevano lo scopo di prepararsi una sepoltura pel giorno della morte, erano *collegia* privati e nessuno ha mai pensato di ascriverli tra quelli pubblici [2]).

Inutile poi insistere sullo scopo privato delle *societates publicanorum*. I *publicani* erano semplici appaltatori che stringevano colle casse dello Stato un contratto privato col quale assumevano a scopo di lucro l'appalto della riscossione delle imposte.

In Roma più tosto non si ebbe il concetto chiaro delle fondazioni, e una ragione forse ne è appunto la ripugnanza che avevano i Romani per le astrazioni. Se i giureconsulti avessero ritenuto per una semplice astrazione le persone giuridiche non si sarebbe opposta alcuna difficoltà a considerare come persona giuridica anche un patrimonio destinato a scopi sociali. Ma poichè nella fondazione è più difficile scorgere il soggetto, che esiste in realtà, in Roma antica, per sodisfare ai bisogni che presso di noi sodisfano questi istituti, si ricorreva a mezzi diversi, si rendeva soggetto del diritto un'altra persona giuridica e il sostrato economico era costituito spesso dalle rendite prodotte da un determinato fondo (*legari a fundo*) che rimaneva così vincolato a prestare un tanto e per esso il *possessor pro tempore*.

b) *La società nel codice civile italiano.*

Da noi in Italia non si discute nemmeno sulla personalità delle società civili; i contraenti una società rimangono nel semplice campo obbligatorio, essi si obbligano soltanto a concorrere o con capitali o con l'opera al conseguimento d'uno scopo che deve tornare a vantaggio di tutti. Per il nostro codice civile di tutti i concetti che abbiamo finora esaminati l'unico che possa insinuarsi nella società civile è quello di comunione. Ciascun socio può conferire una quota alla società, nel senso formale di unione d'individui che rimangono però considerati sempre individualmente, ma dal conferimento o in proprietà o in uso, non sorge un patrimonio distinto da quello dei singoli soci; l'intero diviso idealmente per quote appartiene sempre al patrimonio privato dei soci. I terzi quindi che contrattino con un solo socio come tale non possono pretendere l'esecuzione del contratto da tutti i soci. « Nelle società, infatti, escluse quelle di commercio, i soci non sono obbligati in solido pei debiti sociali, nè uno dei soci può obbligare gli altri, se questi non gliene hanno data la facoltà » (cod. civ., art. 1726). Il vincolo sociale non crea dunque un ente distinto dagli individui con un patrimonio speciale destinato a obblighi e crediti per quanto limitati a un determinato scopo. Perchè si possa contrarre un obbligo in nome di quest'unione è necessario un altro vincolo speciale possibile anche fra persone assolutamente indipendenti tra di loro: quello del mandato; purchè non vi sia un fatto extra

---

[1]) Wissowa, l. c., p. 323.
[2]) Cfr. nel *Manuel des antiquités romaines* del Mommsen e Marquardt, tome XII, *Le culte*, I, p. 168, Paris 1889 e Paulis-Wissowa, *Real-Encyclopädie*, sub h. v.

contrattuale, che la cosa cioè « sia stata rivolta in vantaggio della società » (art. 1728).

Ogni socio ha la facoltà d'amministrare la cosa comune, non è che un semplice comunista. Tuttavia riguardo allo scopo per cui è sorta la comunione, il potere d'ogni individuo nella società è più largo che non nella semplice comunione, quindi l'operato di ciascuno è valido anche per la parte dei consoci ancorchè non abbia riportato il loro consenso, salvo a questi ultimi o ad uno di essi il diritto d'opporsi all'operazione prima che sia conclusa », cioè colla limitazione che il consocio abbia conoscenza degli atti del socio, ma se sapendo taccia, il suo silenzio varrà come consenso. Per gli immobili però ritorna il principio rigido della comunione (art. 1723, 1.°). Uno dei soci non può fare innovazioni sopra gli immobili dipendenti dalla società ancorchè le reputi vantaggiose ad essa, se gli altri soci non vi acconsentano (art. 1723, 4.°). Tuttavia i soci possono rinunciare, a favore di un socio, a uno dei diritti che sorgono dal rapporto di società: a quello d'amministrazione in modo che essi non debbano nè possano occuparsi dell'amministrazione dei beni comuni durante la società. Per la nostra legge v'è rinunzia a questo diritto solo quando esso sia stato conferito dal contratto di società: l'amministratore acquista quindi un diritto speciale che non gli può esser tolto se non per una causa legittima; tutti i suoi atti sono quindi validi anche contro la volontà degli altri soci purchè ciò segua senza forza. Ma il potere d'amministrare conferito dopo la costituzione della società non costituisce che un semplice mandato, sempre revocabile; i soci che siano contrari all'amministratore possono per ciò paralizzare i suoi atti colla revoca del mandato.

Dopo ciò il senso dell'articolo 1724 [1]), dal quale alcuno vorrebbe dedurre la costituzione d'un patrimonio sociale indipendente, pare che non dia luogo a difficoltà. L'articolo, in sostanza, dice che chi non è amministratore non può disporre delle cose sociali. Ma non riconosce alcun patrimonio indipendente: conferma il diritto dell'amministratore di fronte agli altri soci che hanno ad esso rinunziato. Nè può dirsi che l'articolo renda invalida la vendita che un socio abbia fatto ad un terzo della propria quota: poichè il socio in tal caso dispone d'una cosa che appartiene attualmente al suo patrimonio come proprietario individuale, non come socio, venendo ad intaccare l'obbligo che egli ha di fronte a tutti i soci.

Le Corti di Cassazione del Belgio e della Francia vogliono molte volte riconoscere nelle società civili una individualità distinta dagli associati.

Dal Paepe [2]) riporto alcune sentenze in cui è espressa questa opinione. Una del 22 giugno 1855 dice « que si le contrat de société est considéré en droit comme donnant naissance à un être moral, c'est par une fiction purement théorique, comme pour distinguer les biens qui appartiennent aux associés par indivis dans les conditions de la société, de ceux qui leur sont exclusivement propres; que cet être moral n'empêche donc pas que la propriété des biens de la société ne réside en réalité dans les personnes des associés, chacun pour sa part ».

Quella di Parigi in una sentenza del 23 febbraio 1891 osserva « qu'il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et

---

[1]) Il socio che non è amministratore non può alienare nè obbligare le cose, benchè mobili, le quali dipendono dalla società.

[2]) *Études sur la compétence civile a l'égards des Étrangers*, vol. II, pag. 299.

distincts des intéréts et des droits de chacun de ses membres; que les textes du code civil (notamment les articles 1850, 1852, 1867, 1845, 1846, 1847, 1848, 1855, 1859) personnifient la société d'une manière expresse, en n'établissant jamais des rapports d'associés à associé, et en mettant toujours les associés en rapport avec la société; que les sociétés civiles constituent, tant qu'elles durent, une personne morale laquelle est propriétaire du fonds sociale ».

Vi sono però anche altre sentenze di queste Cassazioni che negano la personalità giuridica ed è l'opinione che deve esser preferita. È vero, osserva il PAEPE [1]), che il codice civile oppone spesso la società agli associati « et il est impossible de faire autrement. Ma non ne risulta da ciò che il codice civile eriga la società ad una individualità giuridica distinta da quella degli associati; esso intende soltanto colla società che oppone agli associati, i loro interessi comuni distinti dai loro interessi particolari, e che possono essere in conflitto con questi qui; è la riunione degli associati avente diritti ed obblighi verso ciascuno degli associati considerati separatamente ».

Adduce poi l'articolo 529 del cod. civ. corrispondente all'art. 418 del nostro codice in cui sono considerate « mobili le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria quantunque alle medesime appartengano beni immobili ». La ragione di questa disposizione è data dal fatto che i beni che gli associati mettono in comunione in questa società non rimangono in comunione dei soci, ma cadono in proprietà del nuovo ente che si costituisce. Ora se le società civili formassero una persona giuridica distinta dai soci il legislatore le avrebbe considerate in quest'articolo.

« Ni le droit romain, conchiude il PAEPE, ni l'ancienne jurisprudence n'admettaient que la société forme une personalité distincte des associés. Telle etait notamment l'opinion de POTHIER. Et c'est à POTHIER que les rédacteurs du code civile ont emprunté leurs dispositions sur le contrat de société ».

Interessanti sono anche varie osservazioni di diversi legislatori del Belgio, colle quali si afferma recisamente che le società civili non sono persone giuridiche.

*
* *

Recentemente presso di noi il contrapposto che il codice fa tra società e soci si vorrebbe sfruttare per sostenere che nel nostro diritto nelle società civili la comunione sarebbe modificata secondo il principio della *gesammte Hand* già da noi esaminato [2]). Modifica che già iniziata nella semplice comunione coll'articolo 678 codice civile sarebbe poi rafforzata nella società cogli articoli 1709, 1710, 1714, 1716. Il codice con questi, secondo il NAVARRINI, ha stabilito « esplicitamente la possibilità di rapporti fra il singolo e la collettività come tale, e conferendo alla collettività e non ai singoli, *parti a sè*, determinati diritti ». E, sempre l'egregio NAVARRINI, dopo aver detto che nella società la volontà del singolo soggiace a quella della collettività arriva a quest'altra affermazione. « Il socio, singolarmente preso, se può sempre, come si vide, alienare quell'insieme di diritti che gli potrà toccare un giorno nella divisione (*Kapitalentheil* dei tedeschi), non può, finchè dura la società, nè esercitare di per sè, sul patrimonio sociale tutte le facoltà che derivano dal diritto di comproprietà,

---

[1]) L. c., pag. 301.

[2]) Cfr. NAVARRINI, *Società di commercio e proprietà in mano comune* (espressione che traduce inesattamente il *zur gesammten Hand* tedesco), estratto dal *Diritto commerciale*, vol. XIX, fasc. 5. anno 1901; LO STESSO, *Commentario al codice di commercio delle società e delle associazioni commerciali*, fasc. 36 p. 134, editore dott. Francesco Vallardi, Milano.

nè tal diritto può, di regola, trasferire ad altri; se lo può col consenso degli altri soci, tale disposizione non viene affatto a toccare l'obbiettiva consistenza di quel patrimonio: ogni diritto di *disposizione* sul patrimonio sociale spetta alla collettività, esclusivamente. Così ad es. i diritti di credito apportati in società, o da questa comunque acquistati, non possono essere esercitati *pro parte* dai singoli soci come avverrebbe per la comunione: è soltanto la collettività che tali diritti può far valere ed esercitare nella loro interezza ».

Lo spirito sciovinistico del GIERKE rimarrebbe crucciato innanzi alle fantastiche scappate dell'egregio professore NAVARRINI il quale, con queste sue parole, trova nel nostro codice un accoglimento del principio della « mano complessiva » ancor più largo di quel che non abbia fatto il codice tedesco che pure lo ha ammesso espressamente. Se infatti l'articolo 1709 cod. civ. ha il significato voluto dal NAVARRINI il nostro codice ammetterebbe la *gesammte Hand* in un caso in cui non l'ammette nemmeno il germanico, o almeno in un caso in cui dagli stessi giureconsulti tedeschi è molto contestato se ammetterla o no. Basti il ricordare che lo KNOKE, § 12, dopo aver osservato che laddove nel diritto romano ogni socio ha diritto agli apporti, e quindi ognuno può agire per l'intero solo se l'apporto è indivisibile, se non, dovrà chiedere una quota, nel diritto commerciale molti vogliono che il contributo si presti alla società perchè il cod. commerciale attribuisce sempre i diritti alla società e non ai soci, così a un dipresso prosegue:

« Ma questa ragione manca per il codice civile. Qui non abbiamo da considerare la società, ma gli altri soci, come creditori. Infatti l'obbligo del socio si basa sul contratto di società col quale si è obbligato di fronte agli altri soci e non alla società.

Ciò si rileva dal § 705. È favorevole anche il § 718 per il quale diventano patrimonio comune i contributi dei soci, ma non le pretese ai contributi. E inoltre i §§ 717 e 73: « ... Se sussistono più soci il diritto alla prestazione d'uno di essi spetta agli altri come singoli non come a riunione a mano complessiva ». Ma si convinca il NAVARRINI, il nostro codice quando usa la parola società, nel modo da lui indicato, non pensa mai a riunioni a mano complessiva, vuol dare soltanto alla parola uno dei significati che aveva anche in diritto romano, e specialmente, come spiega il nostro GLÜCK, « con essa intende la riunione di più persone per il raggiungimento d'uno scopo comune », ma nessun patrimonio indipendente, si tratta d'una semplice formula. Con ciò e con il già esposto credo di avere esaurientemente, almeno per quanto concede il luogo, dimostrata l'insostenibilità di ciò che vuole il NAVARRINI, insostenibilità dimostrata anche materialmente dalle nuove disposizioni che ha dovuto dare il codice tedesco perchè fosse ammesso il principio in esame.

c) *La società civile italiana e la società nel codice civile germanico.*

Un breve raffronto tra la società del nostro codice civile e quella del tedesco. Nel nostro codice, ripetiamo ancora una volta, non si ha un patrimonio indipendente, ciò che al contrario è stabilito nel § 718 del codice civile tedesco: « die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen) » [1]).

---

[1]) Gli apporti dei soci e gli oggetti acquistati coll'amministrazione del negozio per la società diventano patrimonio comune dei soci (patrimonio della società

L'indipendenza di questo patrimonio sociale è confermata dal § 719: « ein Gesellschafter kann nicht über seinen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen: er ist nicht berechtigt Theilung zu verlangen » (un socio non può disporre della sua quota del patrimonio sociale e dei singoli oggetti ad essa appartenenti; egli non ha diritto di pretendere la divisione). È questo l'articolo, o meglio, la parte dell'articolo, che ha formato l'oggetto delle più vive discussioni della 2.ª commissione del progetto del codice perchè con esso si è introdotto nelle società civili il principio della comunione a mano complessiva. E insisto di nuovo sul termine principio perchè non trattandosi d'un istituto ma d'un principio bisogna attenersi strettamente alle disposizioni del codice; chi dal concetto di un patrimonio indipendente volesse trarne tutte le conseguenze possibili non si troverebbe d'accordo col codice germanico. Dalla costituzione di questo patrimonio indipendente dipende anche l'altra regola del codice data dal § 722: « sind die Antheile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust nicht bestimmt, so hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Grösse seines Beitrags einen gleichen Antheil am Gewinne und Verluste » (se le quote dei soci del guadagno e della perdita non sono determinate, ciascun socio ha senza riguardo alla natura e quantità del suo contributo una parte uguale del guadagno e della perdita).

A questo patrimonio non è permesso l'avere un nome speciale. Non è nemmeno possibile aprire la procedura di fallimento su di esso. Veramente alcuni civilisti vogliono ammettere questo procedimento. Lo Knoke adduce come ragioni in contrario e che il fallimento non è posto tra le cause di scioglimento della società, e il § 213 del K. O. per il quale può essere aperto il procedimento di fallimento sulle corporazioni non capaci di diritto. « Se il fallimento su di una società fosse possibile per l'equiparazione assoluta delle corporazioni non capaci di diritto colla società questa disposizione non sarebbe stata necessaria ». Ogni disposizione del socio sulla sua quota è nulla, egli non può, come dicono i tedeschi, neanche *weder mahnen noch kündigen*. Il socio perde anche la disposizione dei crediti che ha ceduto alla società, salvo regole speciali per proteggere il debitore che non sa nulla di questa cessione. La quota del socio non cade sulla sua massa di fallimento, i creditori del fallimento possono pretendere solo ciò che nella divisione tocca al debitore comune. Non è inoltre ammessa compensazione tra debiti privati del socio da una parte e crediti verso la società dall'altra. I crediti sociali devono essere richiesti dai soci tutti insieme: lo stesso vale per i debiti sociali. I soci sono convenuti e come un tutto complessivo e come singoli; di qui varie conseguenze. Il socio può acquistare sui fondi della società diritti reali d'ogni genere e così la società su quelli del socio.

Per la *gesammte Hand* si forma un patrimonio indipendente, ma solo per gli scopi sociali; non si ha pertanto in esso una capacità generale come per le persone giuridiche. Gli obblighi quindi contratti, anche da tutti insieme i soci, per cause estranee alla società non dovrebbero farsi valere contro il patrimonio sociale. Per il § 736 tuttavia è possibile il procedimento d'esecuzione contro il patrimonio sociale in base a sentenze pronunciate contro tutti. Perciò, osserva lo Knoke, sono considerati debiti sociali anche quelli che non hanno a veder nulla con la società, p. e. le ragioni derivanti da un delitto commesso insieme, che è del tutto estraneo agli scopi sociali, o quelle in forza di una malleveria, che ogni singolo abbia assunto in privato. Con il principio della mano complessiva questa regola non è affatto concorde. Quel principio richiede che il patrimonio che appartiene ai soci nel loro collegamento sia tenuto anche soltanto per quegli obblighi che sono fondati contro di loro in tale collegamento. La

disposizione del § 736 sta anche in contradizione collo scopo per il quale si è risoluto di ordinare la società come una riunione a mano complessiva. Se si volle vincolare secondo il diritto delle cose il patrimonio sociale per gli scopi della società, con ciò non sta d'accordo che parti costitutive di esso possano essere sottratte, per riguardo a crediti, che non hanno da fare niente collo scopo sociale (§ 28).

Sciolta la società rimane ancora il patrimonio intatto; ciò che ha il vantaggio pratico di poter sodisfare i debiti indipendentemente dai soci. La divisione è fatta secondo regole date espressamente dal codice.

« Il creditore privato d'un socio può sentire un grave danno dal non poter esercitare il suo diritto sulla quota del socio, perciò il codice permette che egli disdica la società. Però per il § 850 del cod. proc. civ. il creditore deve avere ipotecato la quota del socio e inoltre il titolo suo non deve essere esecutivo solo provvisoriamente e per di più « nur durch rechtskräftige Entscheidung ».

Il principio della *gesammte Hand* che in sostanza si riduce tutto a garanzia degli stessi soci, vincolando l'obbligo alla cosa può, secondo alcuni civilisti, essere escluso dal contratto sociale, secondo altri no.

d) *La società nel codice di commercio italiano. Società commerciale regolare e irregolare* *).

La personalità giuridica deve al contrario essere riconosciuta, almeno per il nostro diritto positivo, alle società commerciali. L'ultimo capoverso dell'articolo 77 codice di commercio, con l'espressione « le società anzidette costituiscono rispetto ai terzi enti collettivi distinti dalle persone dei soci » non può lasciare luogo nè a dubbi nè ad arbitrarie limitazioni. Tanto le società in nome collettivo quanto quelle in accomandita e anonime sono vere persone giuridiche e commercianti, (art. 8 cod. comm.). La proprietà, per ciò, delle cose conferite dai soci appartiene all'ente società, come risulta dall'articolo 82 cod. comm.: « In mancanza di stipulazione contraria, le cose conferite divengono proprietà della società ». Ai soci non appartiene se non un diritto di credito mobiliare anche se abbiano conferito degli immobili (art. 418 cod. civ.).

Di caratteristico poi in queste persone giuridiche noi troviamo che, in alcune di esse, accanto alla responsabilità della società, sussiste una responsabilità sussidiaria dei soci o di alcuni di essi, una vera fideiussione. Nelle società in nome collettivo « le obbligazioni sociali sono *garantite* dalla responsabilità illimitata e solidaria di tutti i soci » [1]). Ed è per questo carattere sussidiario della responsabilità dei soci che « i creditori della società non possono pretendere il pagamento dai singoli soci prima di aver esercitata l'azione contro la società » (articolo 106 fine codice comm.).

---

*) Debbo avvertire che questi brevissimi appunti sono stati stampati già da molto tempo e vengono pubblicati soltanto ora per ragioni esclusivamente tipografiche. Ecco la ragione per la quale in essi non accenno a un notevole articolo del professor *Cesare* VIVANTE dove si concepisce la personalità giuridica in generale e quella delle società commerciali in particolare come una realtà non come una finzione, ed ecco anche la ragione per la quale non considero un altro lavoro vigoroso del professor *Utisse* MANARA *il trattato delle società commerciali*. Del resto le idee dell'illustre professore da noi accennate e in parte respinte, con tutto il dovuto rispetto, rimangono sostanzialmente le stesse.

[1]) Art. 76, primo codice di commercio.

Questa in breve è la costruzione giuridica della società commerciale nel nostro codice di commercio, costruzione rilevata nelle sue linee fondamentali specialmente dalle note al WINDSCHEID dei professori FADDA e BENSA. Non è a credersi tuttavia che la personalità giuridica delle società commerciali per noi Italiani sia molto discussa, la maggioranza dei nostri commercialisti, al contrario, seguendo la tradizione scientifica italiana, ammette che le società commerciali siano veri enti autonomi.

Recentemente, tuttavia, il professor *Ulisse* MANARA [1]) vorrebbe dimostrare che le società commerciali non sono persone giuridiche, ma benchè la dimostrazione acuta sia animata da uno spirito di ricerche originalmente nuove e fini, non credo che riesca a ciò che tende.

Per il professore MANARA, la società commerciale in sostanza si confonde con quella civile e il codice di commercio o col presupporre o, addirittura, con il dare disposizioni parallele a quelle del codice civile, darebbe soltanto questa caratteristica differenziale tra le due specie di società: che nella società commerciale due o più persone convengono di mettere qualche cosa in comunione, al fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare compiendo *una o più operazioni commerciali* [2]). Ma tanto nelle società civili quanto nelle commerciali si avrebbe una comunione. Nell'art. 82 cod. comm. l'espressione « proprietà della società » equivarrebbe alla stessa nell'art. 1731 cod. civ.

È caratteristico poi come si esprime l'illustre commercialista, espressione che riporto, perchè dimostra come in sostanza egli non si discosti poi tanto, quanto crede, dalla maggioranza degli scrittori. « Ma cosa vuol dire (domanda il professore MANARA) — proprietà della società — se non proprietà della collettività dei soci, ossia di tutti i soci insieme presi? ».

Nessuno poi, credo, metta in dubbio che l'art. 82 cod. comm. voglia tagliar corto alle questioni con l'ammettere una presunzione di diritto, ma ciò che interessa è appunto l'espressione « proprietà della società » che nel codice di commercio, per l'art. 76 e altri ancora, ha un valore tutto speciale che non ha in quello civile.

Un ragionamento non molto persuasivo è quello riguardo all'articolo 418 cod. civ. Dall'essere « le quote o azioni di partecipazione nella società di commercio o di industria, quantunque alle medesime appartengano beni immobili » dichiarati beni mobili per determinazione della legge, se ne deduce, giustamente, che la proprietà di tutti questi beni non appartiene ai soci, ma alla società, e che quindi l'ente collettivo dell'art. 76 cod. comm. è una vera persona giuridica. Ora il MANARA vuol combattere l'argomento a lui contrario giovandosi dello stesso articolo 418. Egli osserva di nuovo che « la stessa definizione legislativa del contratto di società (vale a dire quella che egli vuol dedurre dell'unione dell'articolo 1697 cod. civ. coll'art. 76 cod. comm.) toglie ogni dubbio circa quella comunione o comproprietà ». E poi si domanda: ma se le società commerciali fossero persone giuridiche, la proprietà appartenendo alle società, perchè quella disposizione? Tutti i beni mobili e immobili apparterrebbero alla società. « Perciò durante la società i diritti del socio non potrebbero essere che di natura mobiliare, e per conseguenza essi sarebbero già compresi nelle precedenti dichiarazioni dell'art. 418 cod. civ. « sono mobili per determinazione della legge i diritti, le obbligazioni e le azioni, anche ipotecarie, che hanno per oggetto somme di danaro ecc. ».

---

[1]) *Delle società di commercio irregolari*, estratto dalla *Giurisprudenza Italiana*, anno 1898.

[2]) Pag. 24, 25.

« Dunque, se il legislatore ha sentito il bisogno di dichiarare mobili per determinazione della legge le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o di industria, quantunque alle medesime appartengano beni immobili, pel solo tempo in cui dura la società, ciò prova appunto che egli parte (*e non può essere diversamente* — art. 1697 cod. civ. e 76 princ. cod. comm.) dal concetto della comunione *durante societate*; altrimenti la disposizione sarebbe perfettamente oziosa, o non avrebbe senso ». L'argomentazione, è chiaro, vorrebbe essere *ad hominem*, ma sembra che non ne abbia se non la forma. Il grande commercialista stesso più innanzi pare non tenda a ritenere che ogni credito debba essere, *perchè credito*, di natura mobiliare, ma dal modo con cui si esprime qui e più ancora dalle citazioni delle parole dei signori NYSSENS e CORRIAU « le droit des associés... qui en résulte ce droit, comme toute créance, ne pouvait être que mobilier » [1]) dà ragione a ritenere, che, suggestionato dalla sua logica poderosa, cada nell'equivoco. Se la quota dà diritto anche alla divisione del patrimonio sociale e questo consiste d'immobili, il credito è immobiliare. Ma se si trattasse di comunione la quota non rappresenterebbe un credito, la legge non potrebbe arrivare a tanto da snaturare addirittura un diritto reale in un diritto d'obbligazione! La legge può solo considerare questi crediti come mobili perchè, accetto la ragione data dallo stesso prof. MANARA « rappresentando esso (le quote o le azioni) diritti di varia natura (sempre di credito) — mobiliare, sempre rispetto agli utili liquidati; immobiliare, accidentalmente secondo la composizione del fondo comune (nel senso del fondo sociale); il legislatore ha ritenuto conveniente di togliere la pratica a gravissime incertezze... e ha stabilito definitivamente e uniformemente... la natura mobiliare delle azioni o quote ». E appunto per ciò ha conseguentemente dimostrato che i diritti de' soci sono diritti di credito che quindi non mette in dubbio, anzi conferma che il patrimonio delle società commerciali appartiene all'ente, alla persona giuridica distinta dalla persona de' soci.

Non contradirebbe, per il prof. MANARA, alla tesi da lui sostenuta, nemmeno l'art. 85 cod. comm.; quest'articolo avrebbe l'ufficio di esplicare soltanto il concetto « già racchiuso nella disposizione dell'art. 1724 cod. civ. sul quale si fonda ».

Così poco per volta, ci vorrebbe troppo a seguire il grande scrittore nelle sue diverse affermazioni, dalle quali non si può non dissentire, l'autore delinea il suo concetto per il quale tanto nelle società commerciali quanto nelle civili si avrebbe una comunione, e una stessa specie di comunione. Come per l'articolo 85 cod. comm. così per l'art. 1724 cod. civ. nelle due società il socio non « può alienare nè obbligare la sua quota, quindi non può fare ciò nemmeno il suo creditore particolare. I beni conferiti in una società, anche civile, sono *devoluti*, in forza dello stesso contratto di società, al *conseguimento* dello *scopo sociale*, epperò non possono essere distolti neanche in parte nè dai suoi soci, nè dai loro creditori particolari, i quali debbono rispettare le conseguenze che sui beni del loro dante causa hanno i contratti dal medesimo validamente e senza frode stipulati » [2]). E altrove... « che l'art. 1724 del nostro codice civile corrispondente all'art. 1860 del codice Napoleone, riconosce la devoluzione dei beni conferiti in società al raggiungimento dello scopo sociale e il conseguente vincolo di questi beni al soddisfacimento dei creditori sociali. *Quella devoluzione*

---

[1]) L. c., pag. 28, nota 74.
[2]) L. c., p. 32.

e questo vincolo ben *costituiscono* dunque, pare a me, un *onere reale* gravante sui beni conferiti in società e importano quindi una modificazione dello stesso diritto di proprietà dei soci sui beni sociali, modificazione che i loro creditori particolari debbono necessariamente rispettare, non rappresentando già semplicemente come sostiene il THALLER (cit. n. 224) obblighi personali dei soci. Che se dubbio vi fosse, questo dubbio sarebbe tolto nella legislazione italiana dall'art. 1436 del nostro codice civile come ho dichiarato nel testo » [1]). Ma che cosa vuol dire insomma l'art. 77 cod. comm.? « In altri termini, rispetto ai creditori sociali — sono questi precisamente il legislatore designa coll'appellativo dei terzi — l'insieme o la collettività dei soci è *concepito* dal nostro legislatore come un *ente per sè stante*, e il patrimonio comune o patrimonio sociale è concepito, rispetto ai medesimi, come il patrimonio di quest'ente che non è altri che la collettività dei soci » [2]). « Il legislatore non ha detto che le società commerciali sono persone giuridiche di fronte ai terzi: egli ha detto invece, che di fronte ai terzi spariscono le persone dei soci e apparisce soltanto, almeno in modo immediato, la loro collettività come uno ed unico ente; ma quest'ente non è già un ente diverso dai soci, sibbene è l'insieme dei soci, come sopra ho dichiarato » [3]).

Se l'illustre professore MANARA non insistesse, come appare almeno indirettamente, nel ritenere le persone giuridiche una mera finzione, non cadrebbe nell'ibridismo a cui in sostanza si riduce la sua costruzione delle società commerciali. Queste, per lui, di fronte alle civili perdono ogni caratteristica differenziale, la comunione che egli pone a base di esse non è una comunione che sia riconosciuta dal nostro codice, per quante modificazioni possa imprimerle la società. E veramente a torto chiama il MANARA a suo sostegno gli scienziati tedeschi [4]), essi possono ben non parlare di persone giuridiche, ma ben altri concetti, estranei al nostro pensiero giuridico, quelli della *gesammte Hand*, penetrano nelle loro società. Ma tutto ciò che espone l'autore in sostanza non fa che confermare la personalità giuridica delle società commerciali e dimostra la tendenza in lui a vedere delle persone giuridiche persino nelle società civili, ciò che sarebbe troppo. Che cos'è infatti quest'ente collettivo, nel quale scompaiono i soci, con un patrimonio sul quale i soci non possono disporre? Dunque nelle società si ha un unico ente, in esse domina un interesse collettivo, e naturalmente chi ne gode sono gli stessi soci, ossia il soggetto dei diritti della società, la collettività per sè stessa. Se ammettesse la teoria della realtà della persona giuridica, il prof. MANARA si troverebbe in pieno accordo coi sostenitori della personalità giuridica. Verrebbe in lui meno anche la meraviglia per la affermativa del FADDA e del BENSA che in alcune società commerciali i soci sono responsabili perchè garanti, quindi per una obbligazione sussidiaria di garanzia. « Domando, osserva il MANARA, appunto, come si giustificherebbe nel concettto della società persona giuridica una disposizione legislativa che impone, fa l'obbligo, a una persona (Tizio) di garantire le obbligazioni assunte da un'altra persona — la società — (Caio). Io capisco benissimo che Tizio, se vuole assuma la garanzia per Caio, ma non capisco affatto come e perchè la legge possa obbligarlo ad assumerla, possa imporglielo senz'altro » [5]). Fortunata-

---

[1]) Pag. 41, nota 107.
[2]) L. c., pag. 42-43.
[3]) L. c., pag. 53.
[4]) L. c., pag. 21. 22.
[5]) L. c., pag. 58.

mente i bisogni alcune volte si impongono anche alle astrazioni fumose dei grandi speculatori, e il sentimento pratico così può ricondurre anche la scienza sulla retta via. La astrazione per il MANARA dovrebbe indiarsi ne' cieli alti e nebbiosi e il legislatore inchinandosi in reverente adorazione non dovrebbe riconoscere che in realtà i vantaggi apportati dalla società commerciale, ente autonomo, beneficano la collettività dei soci e quindi i singoli individui ad essa appartenenti! Credo che non sia un arbitrio, un non senso se per il codice accanto alle società, persone giuridiche, i soci alcune volte sono tenuti a garantire gli obblighi sociali.

*
* *

Ma dove lo studio, contro gli scopi del geniale autore, porta in special modo un buon contributo a sostegno della personalità giuridica, concepita come una realtà, delle società commerciali è nella parte che riguarda le società commerciali irregolari.

Se la persona giuridica fosse una semplice finzione, qualcosa d'inesistente dovuto soltanto al cenno del legislatore, sarebbe ben naturale che quando questi non volesse, la persona giuridica non potesse sorgere. È ben noto che il legislatore può dare le disposizioni riguardanti la nascita di questi nuovi esseri o nei singoli casi o in generale, e quest'ultimo modo dovrebbe essere appunto quello applicabile alle società commerciali. Ora non si può negare che, partendo dalla teoria della finzione delle persone giuridiche, dovrebbe arrivarsi logicamente a questa conclusione: o sono applicate tutte le norme date dal legislatore e allora la persona giuridica, prodotto unicamente dalla sua volontà potrà ammettersi; o le norme date dal legislatore non sono rispettate e allora mancando quella volontà non potrà assolutamente aversi nemmeno la persona giuridica. Ma com'è che nel codice commerciale sono considerati negli art. 98 e 99 società commerciali per la costituzione delle quali non si siano seguíte le regole date dal legislatore per le società in generale? Di qui la questione che pone il MANARA: « è egli solo in forza della legale o regolare costituzione della società che la collettività dei soci si manifesta di fronte ai terzi come uno ed unico ente, o il patrimonio sociale o comune come patrimonio di quest'ente? » [1]). Ma gli articoli 98 e 98 alludono a società nel senso solito dato dal codice, se queste possono sorgere anche illegalmente vorrà dunque dire, conclude il professor MANARA, che non sono persone giuridiche. E pur troppo il professor MANARA ha ragione di fronte a quelli che, come lui, sostengono la finzione delle persone giuridiche.

Ma di fronte a noi, dopo quel che abbiamo esposto, l'argomento del professor MANARA, perde ogni forza. Ripeto ancora: le persone giuridiche non sono astrazioni, anche esse sorgono nella vita e per la vita con un' esistenza reale e il legislatore non fa altro che *riconoscerle*. Certo la legge soltanto regola la capacità di questi enti come del resto regola anche quello dell'uomo, la legge soltanto dà norme speciali riguardo alla loro esistenza e ciò specialmente nell'interesse de' terzi. Ma per quanto il legislatore abbia la volontà di assoggettare a sè questi enti, essi possono sorgere *di fatto* anche non ubbidendo alle sue prescrizioni. È vero che il legislatore in questo caso può dire di non riconoscerle, e negar loro ogni capacità giuridica, ma intanto essi esistono e la loro esistenza di fatto può avere e di solito ha anche conseguenze

---

[1]) Pag. 73.

giuridiche. Caratteristico in questo ordine di idee è il fatto che il legislatore molte volte si occupa di questi enti, che potremmo dire ribelli, in quanto non ottemperano alla legge, e dà disposizioni speciali che presuppongono la loro esistenza. Così il codice tedesco parla di *corporazioni senza capacità giuridica*, vale a dire di quelle corporazioni che non hanno adempiute le formalità necessarie voluto dalla legge perchè abbiano capacità giuridica. Il solo parlare di queste corporazioni speciali dimostra che esse non derivano la loro vita da una finzione. È vero che il codice le parifica alla società, ma intanto *sono parificate*, non si confondono con esse e infatti vi sono disposizioni applicabili solo ad esse e non alla società p. e. il fallimento.

Per il nostro codice di commercio quelle società commerciali che non abbiano adempiute le formalità ordinate negli articoli 87, 90, 91, 93, 94, 95 non sono legalmente costituite. Tuttavia esse di fatto esistono, il terzo quindi tratto in inganno può entrare in rapporti con loro senza sapere nulla dell'illegalità, la legge allora, impotente a sopprimere la società, dà però al terzo il mezzo di garantirsi, gli offre anzi quasi una condizione privilegiata. Da una parte l'articolo 98 f. « sino alla legale costituzione della società i soci, i promotori, gli amministratori e tutti coloro che operano in essa contraggono responsabilità senza limitazione ed in solido per tutte le obbligazioni assunte », dall'altro l'articolo 98 cap. 2 « la mancanza delle suddette formalità non può essere dai soci opposta ai terzi » raggiungono questo scopo. Ammettendo dunque la realtà delle persone giuridiche non si può più credere alla loro creazione per parte dello Stato, ma al solo riconoscimento, non opporranno quindi alcuna difficoltà gli articoli 98 e 98 cod. comm. a che le società commerciali si ritengano persone giuridiche come tali sono infatti.

APPENDICE V DEL TRA DUTTORE

La società illecita.

Sia i codici sia i trattatisti in generale parlando della società ripetono che essa « deve avere per oggetto una cosa lecita » [1]) o altre espressioni simili che se erano necessarie per il diritto romano in cui mancava la trattazione della parte generale, è inutile di fronte alle nostre esposizioni più o meno sistematiche. La società, come qualsiasi altro contratto, o meglio come i negozi giuridici in generale, deve esser lecita. L'art. 1698 cod. civ. ripete dunque l'art. 119, per il quale l'obbligazione fondata sopra una causa illecita non può avere alcun effetto.

La causa è illecita poi per l'articolo 1122 quando è contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico. Non credo però utile il considerare questa ripartizione del codice come un'enumerazione di tre elementi diversi costituenti un unico concetto, l'illiceità, e tanto meno il costruirvi su tre diverse categorie di contratti illeciti come appunto fa l'egregio signor FERRARA in un suo recente lavoro [2]); qui più che altro non si hanno se non tre aspetti diversi d'un identico concetto, l'immorale o ciò che va contro il buon costume. L'andare contro le leggi può anche essere, nello stesso tempo, una violazione della morale, del buon costume così come dell'ordine pubblico. Così non si spiega per esempio come per il FERRARA il contratto di meretricio è soltanto immorale, la vendita dei capelli non tagliati, contraria solo all'ordine pubblico, perchè si sacrifica un diritto assoluto dell'individuo. A parte tutte le distinzioni che si dovrebbero fare riguardo all'immoralità e contrarietà all'ordine pubblico di questi contratti, anche ammettendo le idee del FERRARA la classificazione di questi due contratti è arbitraria e così può essere di molti altri. Una prova di quanto affermo mi pare di trovarla nel § 138 del nuovo codice civile germanico: un negozio giuridico che urta contro i buoni costumi è nullo [3]). Oltre alle altre modifiche apportate dalla seconda commissione a questo articolo vi fu anche la soppressione del « *gegen die öffentliche Ordnung* » « contro l'ordine pubblico », perchè si ritenne troppo indeterminata e di significato molteplice l'espressione d'ordine pubblico, e perchè chi va contro i grandi principî del diritto moderno urta anche contro i buoni costumi.

È caratteristico poi che, come con dolore osserva lo JAKOBI [4]), l'articolo, in luogo dell'espressione *Sittlichkeit*, espressione che lo stesso JAKOBI indica come esclusiva del popolo tedesco, usa l'altra *gegen die guten Sitten*. Ma così il codice dà una guida più positiva; che cos'è infatti la morale se non il complesso dei costumi creduti buoni in un dato periodo, in un dato paese elevati a precetti di condotta?

Ma quel che interessa a noi è di accennare che sia il il negozio giuridico e quindi in particolare la società immorale.

Per il WINDSCHEID sono illecite quelle condizioni che stabiliscono un vantaggio pel compimento di atti vietati od un danno per quello di atti che ci è comandato di compiere; ma anche quelle che stabiliscono un vantaggio per atti che ci è comandato appartengono a questo novero, allorquando alcuno

---

[1]) Cod. civ. ital., art. 1698.
[2]) *Francesco* FERRARA, *Teoria del negozio illecito,* Società Editrice Libraria, Milano, 1902.
[3]) § 138 « Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig ».
[4]) *Recht, Sitte und Sittlichkeit* negli *Iherings Jahrbücher,* vol. 41.

per tal modo li pone a prezzo. Inoltre son di questa specie quelle condizioni, per cui si influisce in modo sconveniente sulla libertà della decisione in materie, nelle quali l'uomo non deve lasciarsi determinare da motivi esteriori; quindi le condizioni che contengono un eccitamento al celibato [1]).

Il LOTMAR [2]) critica questa determinazione e partizione del WINDSCHEID osservando che con esse più che la struttura del contratto immorale, siano date le ragioni per le quali un contratto può e deve essere ritenuto in urto con la morale. La prima ragione sarebbe poi concepita in modo molto più ampio di quel che non facciano le fonti. La seconda non determinerebbe come debba essere costruito il contratto perchè possa formare un mezzo tale d'azione contrario alla morale. La terza pure sarebbe indeterminata.

Il LOTMAR sostituisce questi altri criteri [3]). Un contratto è *contra bonos mores* solo se è dato uno dei tre rapporti seguenti del suo contenuto colla morale, cioè: 1.° se esso conchiude un atto, pazienza od omissione, che è immorale; 2.° se rende oggetto di una convenzione un atto, pazienza od omissione, che non è certo immorale, ma secondo la moralità non può essere assunto o assicurato per contratto, e con ciò sottoposto alla coazione giuridica; 3.° se esso pone in rapporto di causalità una prestazione economica con un atto, pazienza o omissione, che — sia esso morale od immorale — per morale non deve stare in tal rapporto di causalità con denaro o valore pecuniario.

Sarebbe presumere troppo il volere ora in questo luogo sottoporre a critica immatura i risultati degli studi dei due giuristi, mi contento per ciò di ricordare soltanto che le censure del LOTMAR non sono state accolte con favore dai professori FADDA e BENSA nelle note al WINDSCHEID. Osservano i due illustri professori: « Che poi qualcuna delle proposizioni del WINDSCHEID sia meno esatta è cosa che si può concedere. Ma il LOTMAR non è su strada migliore. Il dire immorale il contratto quando è immorale l'oggetto, mentre lascia ancora da desiderare una maggiore determinazione pratica, contiene un'esagerazione, perchè non ogni oggetto immorale rende illecito l'atto, se non si voglia confondere la morale col diritto, ma solo quell'oggetto immorale che il diritto considera come illecito. Guardando la cosa dal punto di vista dell'oggetto, la indeterminatezza del criterio è evidente e risolve la questione colla questione. Gli altri due criteri del LOTMAR non hanno maggior determinatezza di quelli del WINDSCHEID ».

Perchè il negozio sia ritenuto immorale deve essere in contradizione colla morale, non considerato unilateralmente o dal lato soggettivo o dal lato oggettivo in qualche suo elemento particolare, ma complessivamente nel suo risultato. Anche l'intenzione, il lato soggettivo è un elemento di cui si deve tener conto nel giudicare della immoralità o moralità d'un negozio, ma da sè solo non è sufficiente a determinare queste qualità che possono rilevarsi considerando oggettivamente il risultato complessivo del negozio.

Gli effetti del negozio giuridico immorale in diritto romano sono, a parte certe piccole differenze, pel LOTMAR [4]) di tre specie. O si lascia sussistere il negozio non ostante la sua immoralità, infliggendo soltanto degli svantaggi agli autori di esso, p. e. il matrimonio della vedova prima del tempo prescritto dalla legge.

---

[1]) *Diritto delle Pandette*, trad. ital. p. 384.
[2]) LOTMAR, *Der immoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht.*
[3]) L. c., p. 68 sg.
[4]) L. c., p. 68.

O si dichiara invalido (nullo o annullabile) il negozio. O si dà il diritto di ripetere la prestazione data in sodisfacimento d'un contratto immorale; questa reazione del diritto coincide con il secondo.

Il nostro codice parla di nullità. E si avverta che evidentemente il codice nel termine *causa* comprende più che non la sola *causa* del negozio giuridico.

Con questi criteri non sarà difficile il riconoscere quando una società sia illecita.

Se da essa si ha un risultato immorale sarà nulla. La nullità può anche riferirsi a qualche elemento del contratto, senza intaccare l'intero negozio; l'obbligo dell'apporto immorale per un solo socio non annullerà l'obbligo dell'assunto per gli altri soci.

Una delle questioni, studiate da' civilisti in rapporto alla società è se una società che abbia per oggetto il gioco sia immorale. Se il gioco non è proibito, la società sarà lecita, solo che i soci non potranno essere obbligati a giocare, ma soltanto alle spese per gli strumenti del gioco.

§ 971.

Fine del contratto di società.

Una società finisce:

I. se tutti i soci consentono nello scioglimento [55]), la qual cosa può avvenire anche *tacitamente* se ogni socio comincia ad esercitare per proprio conto [56]).

II. Per *rinuncia unilaterale* di un socio anche se la società sia stata costituita per sempre [57]). Infatti questa convenzione non vincola [58]). Le leggi a questo proposito si sono allontanate, giustamente, dalla regola per la quale un contratto bilaterale non può esser sciolto unilateralmente, poichè una comunione dà a molti occasione di discordia e di disgusti *(communio est mater rixarum)*, per ciò anche esse non vogliono che alcuno contro sua volontà sia costretto a rimaner nella società [59]).

Solo però la disdetta non deve aver luogo dolosamente per cupidigia di guadagno e neanche a tempo inopportuno, se no il rinunciante libera soltanto i suoi consoci da ogni obbligo verso di sè ed egli al contrario rimane obbligato verso di loro (*Socios quidem a se, se autem ab illis non liberat*) [60]).

Se quindi un socio, con intenti dolosi, per ritener solo per sè un guadagno sperato ma certo, esce dalla società, è obbligato a

---

[55]) L. 65 § 3 D. *h. t.* (17, 2), § ult. I. *Quibus modis obligatio tollitur* (3, 29).

[56]) L. 64 D. *h. t.* (17, 2).

[57]) L. 4 § 1, L. 63 § ult., L. 65 § 3 D. *h. t.* (17, 2). Se la rinuncia sia fatta dallo stesso socio o per mezzo del suo amministratore è indifferente. L. 65 § 7 D. *h. t.* (17, 2). V. *Fr.* Duarenus, *Comm. ad h. t.* cap. 3 e *Giov. Dan.* Ulmann, *Diss. de dissolvenda unius renunciatione societate*, Argent. 1742.

[58]) L. 14, L. 70 D. *h. t.* (17, 2).

[59]) L. 77 § 20 D. *de legat.* II (31), L. ult. *C. comm. divid.* (3, 38), v. *Ev.* Otto, *Comm. ad § 4 I. h. t.*, n. 2 e Webers, *Svolgimento sistematico della dottrina dell'obbligatorietà naturale* [Syst. Entwick. der Lehre von der natürl. Verbindlickeit], § 85, n. 3, pag. 362.

[60]) L. 65 § 3 D. *h. t.* (17, 2).

dividere con la società il guadagno che le voleva sottrarre, e per il resto la società lo può escludere, egli deve anche sopportar da solo il danno che in ciò abbia sofferto laddove non prende nessuna parte [61]) al guadagno che la società ha fatto dopo la disdetta. Se egli ha rinunciato alla società fuori tempo, cioè prima del termine stabilito nel contratto, nel quale la società non poteva esser sciolta senza danno, deve risarcire [62]) il danno da ciò prodotto.

Se un socio ha rinunciato alla società durante la sua assenza non è liberato da' suoi obblighi prima che la società non ne abbia avuto notizia. Fino a questo tempo egli deve ancora dividere colla società ogni guadagno, ma se soffre del danno deve sopportarlo da solo. Al contrario la società dal tempo della rinuncia acquista solo per sè, e ogni perdita che l'abbia colpita accade a conto comune e il socio rinunciante deve aiutare a sopportarla [63]).

III. *Per la morte d'un socio* la società cessa anche se essa consista di più di due persone, e anzi non solo riguardo al morto, ma anche riguardo ai sopravviventi soci, purchè nella conclusione della società non sia stato espressamente dichiarato che *sebbene uno dei soci venisse a morire la società debba tuttavia continuare a sussistere tra*

---

[61]) § 4 I. *h. t.* (3, 25); L. 65 §§ 3 e 4 D. *eod.* (17, 2); v. CONNANUS, *Commentar. iuris civ.*, lib. VII, cap. 13, pagg. 550 e segg.; *Ug.* DONELLUS, *Commentarior. iuris civ.*, lib. XVI, cap. 24, § *Noram.*; *Giov.* D'AVEZAN, *Contractuum*, lib. I, cap. 12, § *Potest.* pag. 29; LAUTERBACH. *Colleg. th. pr. Pand.*, *h. t.*, § 32 e segg.; HUBER, *Praelect. ad Institut.*, lib. III, tit. 26, § 5; *Ger.* NOODT, *Comm. ad Pand.*, *h. t.*, § *Praeterea*, p. 383; *Giov.* VOET, *Comm. ad Pand.*, *h. t.*, §§ 24 e 25 e *Sam. de* COCCEJI, *Iur. civ. controv.*, *h. t.*, qu. 15.

[62]) L. 14, 15, 16; L. 17 § 2 D. *h. t.* (17, 2); L. 65 §§ 5 e 6 D. *h. t.* (17, 2).

[63]) L. 17 § 1 D. *h. t.* (17, 2): *Si absenti renuntiata societas sit, quoad is scierit, quod is adquisivit qui renuntiavit in commune redigi, detrimentum autem solius eius esse qui renuntiaverit: sed quod absens adquisiit, ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esse. V. Petr. Pantoja de* AJALA, *Commentar. in L. fin. Cod. de aleator.* (nel *Thes. iuris Rom. Otton.*, tom. IV, pag. 1057); *Pet. Ferd. de* CASTRO, *Interpretat. iur. civ.*, pag. 104 e *Laur. Andr.* HAMBERGER, *Commentat. ad L. 17 § 1 D. pro socio.* Aggiungi DELLO STESSO, *Disputat. de edicto perpetuo*, Ienae 1714, rec. 1738.

i superstiti [64]) Agli eredi di un socio morto non si trasmette [65]) dunque il rapporto di società.

Non è affatto valido il contratto con cui nel costituire la società è stato determinato che gli eredi di un socio morto debbano [66]) prendere il suo posto e rimaner membri della società. Molti giuristi [67]) tuttavia vogliono affermare che un tale patto ai nostri giorni sia valido almeno tra' commercianti; ma perchè la ragione data dal frammento che a nessuno possa essere imposto un socio infedele o negligente, in quanto è questa una questione di fiducia personale, vale ancor oggi tra' commercianti e inoltre anche perchè nessuno può esser costretto a entrare in una società contro sua volontà, così non si può dubitare con ragione dell'odierno vigore della legge [68]).

---

[64]) § 5 I. *h. t.* (3, 25); L. 65 § 9 D. *eod.* (17, 2). In questo frammento è detto: « Morte unius societas dissolvitur, *etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint*, nisi in coeunda societate aliter convenerit ». V. *Iac.* CUIACIO, *Observat.*, lib. X, cap. 26; *Ant.* FABER, *Rational. in Pand. ad L. 69 § 9 D. h. t.* e *Arn.* VINNIUS, *Comm. ad § 5 I. h. t.*

[65]) L. cit. 65 §§ 9 e 11 D. *h. t.* (17, 2): *Societas ad heredem socii non transit.*

[66]) L. 35 D. *h. t.* (17, 2): *Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit.* — L. 59 pr. D. *eod.*: « Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, *ut heres etiam succedat societati* ». — L. 52 § 9 D. *eod.*: « Idem (Papinianus) respondit *societatem non posse ultra mortem porrigi*, et ideo nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit vel cognatum ulteriorem proximioribus praeferre ». V. *Iac.* CUIACIO, *Observat.*, lib. X, cap. 25; *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM, lib. III, tr. 28, qu. 2-4; *Ulr.* HUBER, *Praelect. ad Institut.*, *h. t.*, § 6, e nell'*Eunomia Rom.* ad L. 63 § 8 D. *h. t.*, §§ 1 e 2 e POTHIER, *Pand. Iustin.*, tom. I, *h. t.*, n. LVI, note *i* e *k*, p. 487. Che i soci sopravviventi possano continuare la società cogli eredi del consocio morto per mezzo di una nuova convenzione non c'è dubbio: L. 37 D. *h. t.* (17, 2); *Ger.* NOODT, *Comm. ad Dig.*, *h. t.*, § *Dicam*, p. 332 e *Ge.* FRANTZKIUS, *Comm. ad Pand. h. t.*, n. 126.

[67]) LAUTERBACH, *Diss. de iure in curia mercatorum usitato*, § 76; WERNHER, *Select. obser. for.*, tom. I, parte I, obs. 167; STRYK, *Diss. de diversis sociorum pactis*, § 32; *Mich. God.* WERNHER, *Lectiss. Comment.*, *h. t.*, § 29.

[68]) V. LEYSER, *Meditat. ad Pand.*, vol. III, specim. CLXXXVI, Corollar., pag. 388. Il MÜLLER tenta di confutarlo nelle *Observat. pract.*,

Un'eccezione tuttavia si ha nella società di appaltatori delle rendite dello Stato. Tale *societas vectigalium* ha la caratteristica che essa non solo tra' consoci superstiti, anche senza speciale convenzione perdura alla morte d'un socio, ma che si trasmette anche agli eredi di lui in tanto cioè in quanto nella conclusione della società sia stato espressamente convenuto che la società debba esser continuata cogli eredi. Questa convenzione che in altre società non è valida, in questo caso obbliga la società ad accettare gli eredi del suo socio morto per quella quota che aveva il morto. Ma anche in questo caso si tien conto delle circostanze se e in quanto la società perduri in generale o anche se l'erede possa esser accettato. Infatti il *socius* morto può esser stato tanto indispensabile alla società in modo che questa non possa più affatto sussistere senza di lui, oppure può anche darsi che l'erede non sia un socio abile. Per nessun caso tuttavia l'erede non è mai socio se prima non è stato accettato dagli altri nella società. Se tuttavia l'erede non potesse diventar socio della società, la quota a lui toccata per diritto ereditario è amministrata dagli altri, e questi lo debbono ammettere alla parte proporzionale del guadagno e della perdita fino al termine dell'appalto. Così devono intendersi i due seguenti frammenti [69]):

a) L. 59 pr. D. *h. t.* (17, 2): « .... in societate vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicuius, sed ita demum, *si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, ut heredi quoque*

---

tom. II, fasc. I, obs. 386; ma si veda GRIESINGERS, *Commentario sul diritto territoriale del Wirtemberg* [Commentar über das Wirtemb. Landrecht], vol. II, § 122, note *g* e *h*, pagg. 391 e segg.

[69]) V. CUIACIO, *Observat.*, lib. X, cap. 25; *Ian: a* COSTA, *Comment. ad § 5 h. t.*; *Gugl.* RANCHINUS, *Variar. Lection.*, lib. III, cap. 13; *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM, lib. III, tract. 28, quest. 5 e 6, pagine 415 e segg.; *Giov.* D'AVEZAN, *Contractuum*, lib. II, tr. 5, § *At vereor.* (Tom. IV *Thes. Meerm.*, pag. 108); *Ev.* OTTO, in *Praefat. ad tom. V Thes. iuris Rom.*, pagg. 34 e 35; *Ger.* NOODT, *Comm. ad Dig. h. t.* § *Dicam etc. in fin.* (*Oper.*, tom. II, pag. 382); *Ant.* SCHULTING, *ad Gaji Institut.* in *Iurisprud. Antejustin.*, p. 172, nota 3; *Giov.* VOET, *Comm. ad Pand. h. t.*, § 23; *Ulr.* HUBER, *Eunomia Rom.*, ad L. 63 § 8 D. *h. t.*, pagg. 639 e segg. e *Giov.* SCHILTER, *Prax. iur. Rom.*, exercit. XXIX, § 14.

conferri oporteat: quod ipsum ex causa aestimandum est. quid enim, si is mortuus sit, propter cuius operam maxime societas coita sit aut sine quo societas administrari non possit? ».

b) L. 63 § 8 D. *eod.:* « .... et circa societates vectigalium ceterorumque idem observamus, ut heres socius non sit *nisi fuerit adscitus*, verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo et damnum adgnoscat quod *contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis sive postea:* quod non similiter in voluntaria societate observatur ».

Sebbene dunque la società non si trasmetta agli eredi, pure l'erede entra nei diritti e negli obblighi che il socio morto aveva di già acquistato per sè [70]); egli è anche tenuto a condurre a termine ciò che il testatore aveva già intrapreso [71]). Fino a questo tempo egli prende giustamente parte anche al guadagno e alla perdita della società [72]). Egli è anche tenuto, così come un socio, per il *dolus* e la *culpa levis* [73]).

IV. La società finisce anche per la *morte civile* di un socio, cioè per una *capitis deminutio maxima* e *media* [74]), ma non per la *minima* [75]).

V. Se è terminato il negozio per cui è stata costituita [76]).

VI. Col decorso del tempo fino al quale doveva durar la so-

---

[70]) L. 35, L. 36, L. 63 § 8, L. 65 §§ 2 e 9 D. *h. t.* (17, 2); *Gior.* D'Avezan, loc. cit., pag. 107; *Er.* Otto, *Comment. ad § 5 I. h. t.* e Struv., *Synt. iuris civ.*, exerc. XXII, th. 41.

[71]) L. 40 D. *h. t.* (17, 2): « Heres socii quamvis socius non est, *tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt per heredem explicari debent* ». *Explicare* qui vale *explere;* finire, condurre a termine. I *Basilici*, tom. II, pag. 8 [Heimbach, I, p. 746] hanno usata anche la parola πληροῖ. *Gior. Gugl.* Hoffmann, *Meletem. ad Pand.*, dissertat. XVI, § 5.

[72]) L. 65 § 2 D. *h. t.*; Ranchinus, *Variar. Lection.*, lib. III, cap. 13, num. 51.

[73]) L. 40, L. 65 § 9 in fine D. *h. t.* (17, 2); Voet, *h. t.*, § 23 in fine.

[74]) L. 4 § 1, L. 63 § 10 D. *h. t.* (17, 2).

[75]) L. 58 § 2, L. 65 § 11 D. *h. t.* (17, 2).

[76]) § 6 *I h. t.* (3, 25), L. 65 § 10 D. *eod.*

cietà [77]), anche se gli affari non fossero ancora completamente terminati [78]).

VII. Se si apre concorso [79]) sul patrimonio di un socio, o se esso è confiscato [80]).

VIII. Se l'oggetto della società è interamente venuto meno [81]) [u]).

---

[77]) L. 1 pr. e L. 65 § 6 D. *h. t.*; DONELLUS, *Commentarior. iuris civ.*, lib. XVI, cap. 2, § *Personis*; *Ant.* FABER, *Rational. in Pand. ad L. 65 § 6 D. h. t.*

[78]) LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.*, *h. t.*, § 36.

[79]) L. 65 § 1 D. *h. t.* (17, 2); § 8 I. *eod.*; VINNIUS e *Ev.* OTTO, *Comm. ad § 8 I. h. t.*, specialmente *Ge. Stef.* WIESAND, *Opuscul. iurid.*, specim. XI, obs. 4, pagg. 153 e segg.

[80]) § 7 I. *h. t.* (3, 26); L. 65 § 12 D. *eod.*: « Nam cum in eius locum alius sc. fiscus succedat, *pro mortuo habetur* ». V. *Jac.* CUIACIO in lib. 32 PAULI *ad Edictum*, *h. t. Ianus a* COSTA e *Ev.* OTTO, *Comm. ad § 7 I. h. t.*; *Bart.* CHESIUS, *Differentiar. iuris*, cap. 26 (nella *Iurisprud. Rom. e Att.*, tom. II). Ma se il socio fallito, o privato de' propri beni dalla confisca, deve, come *socius*, prestare semplicemente servigi, la società perdura. V. VOET, *Comm. ad Pand.*, *h. t.*, § 26.

[81]) L. 63 § ult. D. *h. t.* (17, 2).

---

[u]) Per l'art. 1729 cod. civ. la società finisce:

1.° per lo spirare del tempo per cui fu contratta;

2.° per l'estinzione della cosa o pel compimento dell'affare;

3.° per la morte di alcuno dei soci;

4.° per l'interdizione, per la non solvenza o pel fallimento di alcuno dei soci;

5.° per la volontà espressa da uno o più soci di non voler continuare la società.

Si ricordi inoltre l'art. 1731: « se uno dei soci ha promesso di mettere in comunione la proprietà di una cosa e questa perisce prima che sia stata realmente conferita, la società rimane sciolta riguardo a tutti i soci ». Quest'articolo dev'esser inteso come applicazione del principio che *res perit domino*. Mantenendo quindi sempre fermo il principio che la proprietà si trasmette per semplice consenso delle parti, riserva fatta per gli immobili, il pericolo dell'oggetto del conferimento sarà a carico del socio quando la proprietà non si è trasmessa per lo stesso contratto di società. Cfr. AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, vol. IV, ed. IV, pag. 568, n. 5.

In rapporto al num. 3 sta l'art. 1732: « si può stipulare che in caso di morte di uno dei soci la società debba continuare col suo erede ovvero che debba continuare soltanto fra i soci superstiti ».

Per le società commerciali bisogna distinguere due specie di scioglimento, vale a dire lo scioglimento di diritto e lo scioglimento facoltativo. Lo scio-

Del resto lo scioglimento della società non deve riuscir dannoso al terzo che ha contro di essa acquistato un diritto perfetto. Se quindi 1.° i soci hanno contratto con un terzo certi obblighi per un termine certo, e si separano prima di questo, il terzo ha tuttavia il diritto di pretendere che di fronte a lui il contratto sia mantenuto fino al tempo stabilito; e 2.° se sono contratti debiti durante la società questi debbono esser pagati anche se la società cessa [82]). I creditori possono agire *pro rata* per il loro pagamento contro ciascuno de' soci d'un tempo, e se uno di questi per consenso degli interessati ha assunto il debito, ciò non vincola tuttavia i creditori se non vi hanno acconsentito. Nel caso dunque o che i soci siano tenuti *in solidum* per questi debiti o che uno d'essi abbia da solo assunto il debito liberando gli altri, i soci nella divisione devono prestarsi scambievolmente cauzione [83]), e anzi nel primo caso perchè si obblighino in comunione per la loro quota e risarciscano quello che ha pagato l'intero, o nel secondo perchè quegli paghi realmente i debiti assunti, o li risarcisca se siano convenuti per la loro quota [84]).

---

[82]) L. 27 D. *h. t.* (17, 2),

[83]) L. 41 D. *de iudic.* (5, 1); L. 38 pr. D. *h. t.* (17, 2); L. 67 pr. D. *eod.*

[84]) L. 27 e 28 D. *h. t.* (17, 2). V. *Aut.* FABER, *Rational. in Pand. ad h. LL.*

---

glimento di diritto produce l'estinzione della società per la stessa forza delle cose senza che vi sia bisogno d'un atto qualsiasi da parte d'alcuno che avverta i terzi che l'ente è estinto. Lo scioglimento di diritto trova quindi la sua ragione nella stessa volontà che ha chiamato in vita la nuova persona società commerciale. Se nell'atto costitutivo d'una società è detto che la società deve durare solo per un certo termine, è naturale che decorso quel tempo fissato l'ente debba estinguersi; nè il terzo che ha avuto cognizione dell'atto, dovutamente pubblicato, può pretendere d'ignorare che trascorso quel termine la società abbia finito d'esistere; nè i soci dal canto loro, senza aver manifestato una volontà in contrario, possono pretendere che la società continui ad esistere perchè essi hanno voluto tacitamente prorogarla. Così è se si è compiuto l'oggetto dell'impresa della società (art. 190 cod. comm.: decorso il termine stabilito per la sua durata o compiuto l'oggetto della sua impresa, la società è sciolta di diritto nè può essere tacitamente prorogata).

Tutte le altre cause di scioglimento enumerate dalla legge sono facoltative,

i soci cioè possono richiamarsi ad esse quando siano intervenute e, compiendo un atto che mentre dimostra la loro volontà di sciogliere la società, d'avvalersi cioè della facoltà loro concessa dalla legge, ne renda anche avvertiti i terzi, promuovono la fine della società.

A questo riguardo bisogna ben tener distinte le società per azioni dalle altre forme di società. Nelle ultime oltre alla possibilità che la fine della società in base alla nuova causa sia votata dall'assemblea dei soci, ciascun socio indipendentemente dagli altri può presentarsi alla cancelleria del tribunale e, dimostrando che la causa per cui può domandarsi lo scioglimento della società è intervenuta, dichiarare anche di volersene giovare, ponendo così fine alla società. In quelle per azioni al contrario deve prima aversi una deliberazione dell'assemblea dei soci.

Art. 96 cod. comm.... « lo scioglimento anteriore al termine stabilito nel contratto, la fusione con altre società, e la prorogazione oltre il termine suddetto, devono risultare, per le *società in nome collettivo ed in accomandita semplice, da espressa dichiarazione* o deliberazione dei soci e gli atti relativi devono essere depositati, trascritti, affissi e pubblicati per estratto secondo le disposizioni degli articoli precedenti.

Gli atti suddetti... delle *società in accomandita per azioni ed anonime devono risultare da deliberazione*, presa in conformità alle prescrizioni della legge o dell'atto costitutivo o dello statuto, e depositata nella cancelleria del tribunale civile per la verificazione dell'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge, e per l'autorizzazione della trascrizione nel registro delle società, e devono essere trascritti, affissi e pubblicati secondo le disposizioni degli articoli 91, 94 e 95 ».

Vediamo ora quali sono le cause di scioglimento delle società commerciali *in generale*. Art. 189 cod. comm.

Le società commerciali si sciolgono:

1.° per il decorso del tempo stabilito alla loro durata;

2.° per la mancanza o per la cessazione dell'oggetto della società, o per l'impossibilità di conseguirlo;

3.° per il compimento dell'impresa;

4.° per il fallimento della società, ancorchè seguito da concordato;

5.° per la perdita intera del capitale, o per la perdita parziale indicata nell'art. 146, quando i soci deliberino di non reintegrarlo o di non limitarlo alla somma rimanente;

6.° per deliberazione dei soci;

7.° per la fusione con altre società.

Alle cause di scioglimento di diritto in generale bisogna aggiungere quelle del n. 5 per le società anonime in particolare. Però questa causa non rientra nel concetto sopra fissato; osserva bene il VIVANTE (*Trattato di diritto commerciale*, vol. II, parte I, pag. 76), che « qui lo scioglimento anticipato avviene di diritto solo nel senso che la legge non tollera le deliberazioni contrarie dei soci per ragioni d'ordine pubblico; del resto esso non ha effetto rispetto ai soci e ai terzi se non dopo che furono pubblicati nel registro delle società i fatti che vi diedero luogo ».

Devo poi inoltre accennare che da molti anzi moltissimi il fallimento della società in generale è ritenuto come causa di scioglimento di diritto. Ecco, p. e., come si esprime il MARGHIERI (*Il diritto commerciale italiano*, vol. II, p. 263): « ciò non è possibile che avvenga per una società (cioè che come il commerciante *uomo* riacquisti la facoltà di accudire ai propri affari mediante concordato). Quando il fallimento l'ha colpita, essa è sciolta, è morta e nessun fatto po-

steriore può ridarle la vita. Nel commerciante, oltre questa sua qualità, che gli viene dall'esercizio abituale e professionale del commercio, esiste la qualità di uomo. Egli prima di essere commerciante è una persona, un soggetto di diritto, cosicchè il fallimento non può avere che un effetto limitato alla qualità acquisita lasciando immune e stabile la qualità intrinseca e naturale; mentre la società non esistendo che pel commercio, non essendo persone sibbene finzioni di persone, essendo soggetto di diritto limitatamente allo scopo pel quale sono state create, non hanno più modo di esistere se colpite di fallimento: questo influisce su tutto l'essere loro e lo involge completamente ».

Tenendo fermo il concetto che il fallimento non intacca la capacità giuridica del fallito, ma che ha solo un effetto reale sul patrimonio di lui, si risolva pure quest'effetto o in un diritto di pegno o a dirittura in un diritto di proprietà a favore dei creditori, ciò a noi per il momento importa poco [per tutte le diverse costruzioni giuridiche dello *spossessamento*, come lo chiama il Bonelli, del fallito, cfr. Bonelli, *Commentario al codice di commercio*, vol. VIII, *Del fallimento*, Milano, edit. Vallardi, p. 350 e segg.]; a me non pare che si possa mettere in dubbio la sussistenza della società anche dopo la dichiarazione del fallimento di essa. Il fatto che esse in questo stato possano contrarre ancora il concordato lo dimostra (contro di noi anche il Bonelli, l. c., p. 435). Del resto secondo le idee da noi esposte sulla persona giuridica la questione si riduce tutta nel vedere se anche dopo la dichiarazione del fallimento esista un patrimonio sociale ossia un centro collettivo d'interessi. Questo è detto espressamente dal nostro codice di commercio a proposito del fallimento delle società commerciali garantite dal patrimonio individuale dei soci.

Art. 847, 3: « Tuttavia l'*asse della società* deve tenersi distinto da quello di ciascun socio tanto nella formazione dell'inventario, quanto nelle operazioni dell'amministrazione e della liquidazione. 4: I soci creditori prendono parte alle deliberazioni che riguardano l'*interesse del patrimonio sociale* ».

Ulteriori argomenti a favore ce li dà il Vivante (*Trattato di diritto commerciale*, vol. II, parte I, pag. 77 segg., Torino, edit. Bocca); l'art. 190 che non annovera il fallimento tra le cause che producono lo scioglimento di diritto; l'art. 100 che nega efficacia per qualsiasi rispetto ai cambiamenti non pubblicati dello statuto e quindi anche allo scioglimento che sarebbe anticipato a cagione del fallimento *nè la pubblicità data alla sentenza di fallimento può farne le veci* giacchè viene eseguita con altre forme e in una cerchia più ristretta; gli art. 853 e 854 e l'art. 849.

Cause di scioglimento proprie alla società in nome collettivo e in accomandita semplice e sempre *facoltative* sono enumerate dall'art. 191:

La società in nome collettivo si scioglie per la *morte*, per l'*interdizione*, per l'*inabilitazione* e per il *fallimento di uno dei soci*, se non vi è convenzione contraria.

La società in accomandita semplice, se non è convenuto altrimenti, si scioglie per la *morte*, per l'*interdizione* od *inabilitazione* e per il *fallimento* dell'accomandatario o di uno degli accomandatarii.

Per le accomandite per azioni:

191, 3: lo scioglimento non ha luogo nelle società in accomandita per azioni, se all'amministratore morto, fallito, interdetto o inabilitato, venga surrogato un altro nei casi previsti dall'art. 120.

Le società per azioni naturalmente s'estinguono se non mantengono più alcun socio ossia se le azioni sono rimborsate senza che se ne sostituiscano altre almeno di godimento.

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE.

DIRITTO ROMANO.

Fonti antegiustinianee.

GAIUS, *Institutiones.*

LIB. III.

§ 110 pag. 2
§ 111 » 2
§ 117 » 2
§ 127 » 2
§ 148 pag. 126
§ 215 » 2
§ 216 » 2

LIB. IV.

§ 22 pag. 2

PAULUS, *Sententiae.*

LIB. II.

Tit. 15. — *De mandatis.*

pr. pag. 96
§ 3 pag. 29

Novella 103 di Leone pagg. 143, 147.

Fonti giustinianee.

« CORPUS IURIS CIVILIS ».

Digesta.

LIB. I.

Tit. 1. — *De iustitia et iure.*

L. 12 pag. 201

Tit. 3. — *De legibus senatusque consultis.*

L. 123 § 1 pag. 79

Tit. 18. — *De officio praesidis.*

L. 17 pag. 92

LIB. II.

Tit. I. — *De iurisdictione.*

L. 4 § 5 pag. 13

Tit. 12. — *De feriis et dilationibus.*

L. 23 pag. 87

Tit. 14. — *De pactis.*

L. 12 pag. 24
» 13 § 1 » 93
» 16 pr. » 74
» 17 pr. » 30

LIB. III.

Tit. 2. — *De his qui notantur infamia.*

L. 1 pag. 156
» 1 § 1 » 41
» 2 § 2 » 178
» 6 §§ 5, 6 » 41
» 6 § 7 » 156

Tit. 3. — *De procuratoribus et defensoribus.*

L. 1 § 1	pag. 24
» 8 § 1	» 6
» 17	» 93
» 25	» 92, 93
» 27 pr.	» 74
» 27 § 1	» 55
» 28	» 55, 74
» 30	» 75
» 31	» 90
» 46 § 4	» 39, 41
» 55	» 92, 93
» 56	» 27
» 58	» 25
» 59	» 25
» 60	» 25
» 60 § 4	» 24
» 62	» 27
» 63	» 24
» 67	» 75
» 68	» 56

Tit. 5. — *De negotiis gestis.*

L. 3 § 11	pag. 66
» 9	» 7
» 17 § 3	» 62
» 21 § 3	» 16
» 28	» 8, 16
» 30 [31]	» 60, 68 s.
» 30 [31] pr.	» 58
» 31 § 4	» 27
» 38	» 37

LIB. IV.

Tit. 3. — *De dolo malo.*

L. 6	pag. 95
» 7 § 10	» 98
» 8	» 98

Tit. 4. — *De minoribus viginti quinque annis.*

L. 7 § 10	pag. 89
» 16 § 1	» 104, 138
» 24 pr.	» 11

LIB. V.

Tit. 1. — *De iudiciis.*

L. 41	pag. 222
» 50 § 1	pag. 187

Tit. 2. — *De inofficioso testamento.*

L. 8	pag. 153
» 14	» 153

LIB. VI.

Tit. 1. — *De rei vindicatione.*

L. 8	pag. 142
» 8 § 1	» 98

LIB. IX.

Tit. 2. — *Ad legem Aquiliam.*

L. 27 § 4	pag. 2

LIB. X.

Tit. 3. — *Communi dividundo.*

L. 1	pag. 173
» 4 § 3	» 168
» 11	» 168

LIB. XI.

Tit. 6. — *Si mensor falsum modum dixerit.*

L. 1 § 1	pag. 162
» 2 § 1	» 16

Tit. 7. — *De religiosis et sumptibus funerum.*

L. 43	pag. 84

LIB. XII.

Tit. 1. — *De condictione furtiva.*

L. 3	pag. 135
» 9 § 8	» 56
» 41 pr.	» 96
» 41	» 91

Tit. 2. — *De condictione ex lege.*

L. 2	pag. 24
» 7 pr.	» 24
» 17 § ult.	» 24

Tit. 6. — *De condictione indebiti.*

L. 6 §§ 1-2 pag. 75
» 10 » 40
» 47 » 88
» 57 § 1 » 75

LIB. XIII.

Tit. 5. — *De pecunia constituta.*

L. 12 § 1 pag. 30

Tit. 6. — *Commodati vel contra.*

L. 5 § 2 pag. 17, 164
» 22 » 47

Tit. 7. — *De pigneraticia actione vel contra.*

L. 11 § ult. pag. 25
» 11 § 6 » 55
» 12 » 25

LIB. XIV.

Tit. 1. — *De exercitoria actione.*

L. 1 pr. pag. 63
» 1 » 186
» 1 § 9 » 60 seg.
» 1 § 18 » 183
» 1 § 25 » 186
» 2 » 186
» 3 » 184, 187
» 4 » 184
» 4 § 1 » 186
» 7 pr. §§ 1, 2 » 60

Tit. 3. — *De institoria actione.*

L. 1 pr. *bis* pag. 63
» 1 » 56, 183
» 1 § 12 » 10
» 3 § 2 » 56, 183
» 5 § 9 » 61 seg.
» 5 § 17 » 60 seg.
» 11 §§ 2-5 » 74
» 13 pr. » 60 seg.
» 13 § 2 » 186
» 14 » 186, 187
» 19 pr. » 57

LIB. XV.

Tit. 1. — *De peculio.*

L. 27 § 8 pag. 186, 187
» 51 » 95

Tit. 3. — *De in rem verso.*

L. 3 § 5 pag. 11
» 10 § 4 » 188
» 13 » 188

Tit. 4. — *Quod iussu.*

L. 1 § ult. pag. 75

LIB. XVI.

Tit. 1. — *Ad senatus consultum Velleianum.*

L. 6 pag. 12
» 7 » 12

Tit. 3. — *Depositi.*

L. 1 §§ 8-9 pag. 34
» 1 § 11 » 52
» 16 » 52
» 24 » 33
» 26 § 1 » 33

LIB. XVII.

Tit. 1. — *Mandati vel contra.*

L. 1 pr. pag. 5
» 1 § 1 » 6
» 1 § 4 » 4, 31
» 2 » 6
» 2 pr. » 8, 9
» 2 §§ 1-5 » 8
» 2 § 2 » 9
» 3 pr. » 25
» 3 § 2 » 28
» 3 § ult. » 28
» 4 » 28, 29
» 5 pr. » 23, 25
» 5 § 2 » 26
» 5 § 3 » 29
» 5 § 4 » 97
» 5 § 5 » 26
» 6 pr. » 32
» 6 § 2 » 6
» 6 § 3 » 12

L. 6 § 4 pag. 8
» 6 § 5 » 9
» 6 § 6 » 24, 25, 39
» 7 » 33
» 8 pr. » 52
» 8 § 3 » 16, 53
» 8 § 5 » 55,
» 8 § 6 » 8, 9, 52
» 8 §§ 9, 10 » 18, 42
» 8 § 10 » 36
» 8 § ult. » 11, 21
» 9 » 21
» 10 » 21
» 10 pr. » 18, 36
» 10 § 2 » 36
» 10 § 3 » 36, 39
» 10 § 5 » 57, 60 seg., 67
» 10 § 8 » 38
» 10 § 9 » 41, 43
» 10 § 16 » 45
» 10 § 25 » 60 seg.
» 12 § 9 » 43
» 12 § 11 » 12, 13
» 12 § 12 » 98
» 12 § 12 » 14, 76
» 12 § 16 » 90
» 12 § ult. » 52, 79, 80, 84
» 13 » 79, 80, 83
» 14 pr. » 88
» 14 § 1 » 88
» 15 » 43, 91
» 18 » 6
» 20 » 40, 43
» 22 § 2 » 11
» 22 § 6 » 13
» 22 § 11 » 94
» 22 § ult. » 3, 77
» 23 » 95
» 24 » 95
» 25 » 20, 95
» 26 pr. » 70, 84
L. 26 § 1 pag. 84, 92
» 26 § 6 » 48
» 26 § 7 » 45
» 27 § 1 » 79
» 27 § 2 » 52, 77, 95
» 27 § 3 » 44, 77
» 29 » 22
» 29 pr. » 18
» 33 » 28
» 37 § 3 » 88
» 38 § 1 » 50
» 39 » 3
» 40 » 27
» 41 » 30, 74
» 43 » 40, 55
» 44 » 42
» 45 » 67
» 45 pr. » 40, 50, 55
» 45 § 1 » 50
» 45 § 2 » 50, 55
» 45 § 3 » 50
» 45 § 4 » 50
» 45 § 5 » 50
» 46 » 3, 23, 25, 26
» 48 » 11
» 48 pr. » 2
» 48 §§ 1, 2 » 10
» 49 » 3
» 53 » 6
» 56 » 33
» 56 § 4 » 41, 44
» 57 » 77
» 58 » 85
» 58 § 1 » 12
» 59 pr. » 41
» 59 § 3 » 51
» 59 § 5 » 3
» 60 pr. » 3
» 62 § 1 » 27

Tit. 2. — *Pro socio.*

L. 1 pag. 118, 119
» 1 pr. » 117, 221

L. 1 § 1	pag. 104, 109, 117, 126
» 2	» 109
» 3 pr.	» 110
» 3 § 1	» 104, 106, 116
» 3 § 2	» 105
» 3 § 3	» 104
» 4 pr.	» 115
» 4 § 1	» 216, 220
» 5 pr.	» 126
» 5 § 1	» 110, 133
» 5 § 2	» 104, 138, 149
» 6	» 140, 144
» 7	» 103, 112
» 8	» 103, 112
» 9	» 113
» 10	» 113
» 11	» 113
» 12	» 113
» 13	» 113
» 14	» 118, 216, 217
» 15	» 118, 217
» 16	» 217
» 17 § 1	» 217
» 17 § 2	» 217
» 21	» 168
» 23 § 1	» 166
» 25	» 167
» 26	» 167, 171
» 27	» 161, 185 222
» 28	» 188, 222
» 29	» 147
» 29 pr.	» 142, 144
» 29 § 1	» 103, 146
» 29 § 2	» 103
» 30	103, 140, 150, 154, 171
» 31	» 101, 103, 184
» 32	» 101
L. 35	pag. 218, 220
» 35 § ult.	» 171
» 36	» 220
» 38 pr.	» 171, 222
» 38 § 1	» 168, 174
» 40	» 220
» 43	» 173
» 44	» 103
» 45	» 174
» 46	» 174
» 47	» 174
» 47 § 1	» 165
» 47 § ult.	» 166, 174
» 48	» 166, 164
» 49	» 166, 174
» 50	» 166, 174
» 52 § 1	» 162
» 52 § 2	» 133, 134, 136, 163 165
» 52 § 3	» 47, 165, 168
» 52 § 4	» 47, 111, 137, 167
» 52 § 6	» 106
» 52 § 8	» 112, 172
» 52 § 9	» 218
» 52 § 13	» 172
» 52 § 15	» 168
» 52 § 16	» 106
» 52 § 17	» 108
» 52 § ult.	» 111
» 53	» 108
» 54	» 108
» 55	» 108
» 56	» 108
» 56 § 1	» 167
» 57	» 103, 133
» 58 pr.	» 168
» 58 § 1	» 117, 136, 163
» 58 § 2	» 220
» 59 pr.	» 218, 219
» 59 § 1	» 112
» 60 pr.	» 169

L. 60 § 1 pag. 114, 167
» 61 » 167
» 63 » 126, 143
» 63 pr. » 104, 126, 127, 157, 159
» 63 § 1 » 126, 127
» 63 § 2 » 126, 127
» 63 § 3 » 126, 127, 161, 188
» 63 § 4 » 126, 127
» 63 § 5 » 126, 127, 142, 171
» 63 § 6 » 126, 127
» 63 § 7 » 126, 127, 161
» 63 § 8 » 171, 220
» 63 § 10 » 216, 220, 221
» 65 pr. » 171
» 65 § 1 » 221
» 65 § 2 » 220
» 65 § 3 » 216, 217
» 65 § 4 » 217
» 65 § 5 » 217
» 65 § 6 » 217, 221
» 65 § 7 » 216
» 65 § 9 » 218, 220
» 65 § 10 » 220
» 65 § 11 » 218, 220
» 65 § 12 » 221
» 65 § 15 » 172
» 65 § 16 » 107
» 66 » 107
» 67 pr. » 222
» 67 § 1 » 170, 183
» 67 § 2 » 168
» 69 » 174, 181, 182
» 70 » 117 seg. 216
» 71 pr. » 105
» 71 § 1 » 113
» 72 » 162, 163, 164
L. 73 pag. 101, 117
» 73 pr. » 106, 178
» 73 § 1 » 49, 110
» 74 » 110, 117, 168, 183
» 78 » 141
» 80 » 140, 144
» 81 » 110
» 82 » 188

LIB. XVIII.

Tit. 1. — *De contrahenda emptione.*

L. 38 pag. 149
» 43 pr. » 98

Tit. 4. — *De hereditate vel actione vendita.*

L. 2 § 18 pag. 89
» 11 » 181, 182
» 23 § 1 » 93

LIB. XIX.

Tit. 1. — *De actionibus empti venditi.*

L. 13 § 2 pag. 183
» 13 § 25 » 60, 67
» 23 § 25 » 57

Tit. 2. — *Locati conducti.*

L. 9 § 5 pag. 98
» 13 § 5 » 165
» 25 § 6 » 49, 122
» 25 § 7 » 165
» 45 » 47

Tit. 5. — *De praescriptis verbis.*

L. 5 § 2 pag. 33

LIB. XX.

Tit. 1. — *De pignoribus et hypothecis.*

L. 1, 3 pag. 37

Tit. 2. — *In quibus causis tacite contrahitur pignus vel hypotheca.*

L. 8 pag. 37

LIB. XXI.

Tit. 1. — *De aedilicio edicto.*

L. 44, 1 pag. 184

LIB. XXII.

Tit. 1. — *De usuris et omnibus accessionibus.*

L. 1 pr. pag. 37
» 1 § 1 » 168
» 13 § 1 » 38
» 32 § 2 » 170

Tit. 2. — *De nautico faenore.*

L. 4, 1 pag. 37

Tit. 5. — *De testibus.*

L. 3 § ult. pag. 95

LIB. XXIII.

Tit. 3. — *De iure dotium.*

L. 9, 1 pag. 86

LIB. XXIV.

Tit. 1. — *De donationibus inter virum et uxorem.*

L. 32 § 24 pag. 138

LIB. XXV.

Tit. 4. — *De inspiciendo ventre.*

L. 1 § ult. pag. 74

LIB. XXVI.

Tit. 7. — *De administratione et periculo tutorum.*

L. 7 § 4 pag. 37
» 7 § 12 » 38
» 58 § 1 » 38

LIB. XXVII.

Tit. 3. — *De tutelae et rationibus distrahendis.*

L. 1 § 14 pag. 104

Tit. 7. — *De fideiussoribus.*

L. 4 § 3 pag. 99

Tit. 8. — *De magistratibus conveniendis.*

L. 16 pag. 200
» 17 » 200

LIB. XXVIII.

Tit. 5. — *De heredibus instituendis.*

L. 2 pr. pag. 142
» 9 § 12 » 142
» 88 » 89

LIB. XXIX.

Tit. 2. — *De adquirenda vel amittenda hereditate.*

L. 24 pag. 133
» 25 § 14 » 92
» 45 § 2 » 113
» 90 » 12

LIB. XXX

(*De legatis I*).

L. 108 § 12 pag. 17

LIB. XXXI

(*De legatis II*).

L. 55 § 1 pag. 133
» 77 § 6 » 84
» 77 § 20 » 216
» 77 § 24 » 79

LIB. XXXII

(*De legatis III*).

L. 1 § 16 pag. 126
» 102 § 2 » 178
» 102 § 3 » 178

Lib. XXXIII.

Tit. 1. — *De annuis et menstruis legatis.*

L. 20 § 1 pag. 177

LIB. XXXIV.

Tit. 5. — *De rebus dubiis.*

L. 7 § 2 pag. 142

LIB. XXXVI.

Tit. 1. — *Ad senatus consultum Trebellianum et Pegasianum.*

L. 23 pag. 142
» 62 § 1 » 79
» 74 pr. » 79

LIB. XXXIX.

Tit. 2. — *De damno infecto.*

L. 18 § ult. pag. 56

Tit. 6. — *De mortis causa donationibus.*

L. 35 § 5 pag. 104
» 38 » 85

LIB. XL.

Tit 2. — *De manumissis vindicta.*

L. 4 pr. pag. 86, 91

LIB. XLI.

Tit. 2. — *De adquirenda vel amittenda possessione.*

L. 38 § 1 pag. 120
» 49 § 1 » 55

Tit. 8. — *Pro legato.*

L. ult. pag. 133

LIB. XLII.

Tit. 1. — *De re iudicata.*

L. 16 pag. 126, 157, 159 seg.
» 22 § 1 » 160, 161
» 22 § 4 » 126

LIB. XLIII.

Tit. 2. — *Quorum bonorum.*

L. 6 § 5 pag. 51, 53
» 6 § 7 » 53

Tit. 24. — *De remissionibus.*

L. 5 § 14 pag. 13

Tit. 26. — *De arboribus caedendis.*

L. 14 pag. 4

LIB. XLIV.

Tit. 4. — *De dolo malo et metus exceptione.*

L. 11 pr. pag. 15

Tit. 7. — *De obligationibus et actionibus.*

L. 11 pag. 55
» 14 » 78
» 32 » 133
L. 38 § 12 pag. 78
» 135 § 2 » 3

LIB. XLV.

Tit. 5. — *De verborum obligationibus.*

L. 2 pag. 200
» 38 § 17 » 55, 180
» 79 » 55
» 126 § 2 » 41, 183

LIB. XLVI.

Tit. 1. — *De fideiussoribus et mandatoribus.*

L. 22 pag. 200
» 24 » 12
» 52 § ult. » 51
» 70 § ult. » 13, 103
» 71 pr. » 3
» 71 § 2 » 3

Tit. 2. — *De novationibus et delegationibus.*

L. 20 § 1 pag. 25

Tit. 3. — *De solutionibus et liberationibus.*

L. 5 § 2 pag. 142
» 12 pr. » 24
» 12 § 2 » 91
» 19 § 2 » 85
» 34 § 3 » 91
» 38 pr. » 90
» 76 » 11
» 86 » 25
» 87 » 25
» 106 » 102
» 108 » 79, 81 e segg.
» ult. » 80

Tit. 5. — *De stipulationibus praetoriis.*

L. 3 pag. 56
» 5 » 56, 183

Tit. 8. — *Ratam rem haberi.*

L. 13 pag. 75
» 19 » 75

LIB. XLVII.

Tit. 2. — *De furtis.*

L. 6 § 5 pag. 45

L. 23 pag. 152
» 61 § 5 » 43, 95
» 61 § 7 » 48
» 76 » 152

Tit. 10. — *De iniuriis.*

L. 11 § 3 pag. 13, 75
» 15 § 8 » 13
» 17 § 16 » 24

LIB. XLVIII.

Tit. 1. — *De iudiciis publicis.*

L. 15 § 1 pag. 13

LIB. L.

Tit. 8. — *De administratione rerum ad civitates pertinentium.*

L. 3 § 2 pag. 75

Tit. 13. — *De variis et extraordinariis cognitionibus.*

L. 1 pag. 33

Tit. 14. — *De proxeneticis.*

L. 2 pag. 98

Tit. 16. — *De verborum significatione.*

L. 39 § 1 pag. 111
» 89 § 2 » 168
» 130 » 105
» 164 § 1 » 144

Tit. 17. — *De diversis regulis iuris.*

L. 23 pag. 19, 22, 48, 135, 164
» 34 » 135, 136
» 47 pr. » 97
» 60 » 6 § 7
» 77 » 120
» 112 » 65
» 117 » 95
» 132 » 98

Codex.

LIB. II.

Tit. 3. — *De pactis.*

L. 8 [9] pag. 122

Tit. 12. — *De procuratoribus.*

L. 10 pag. 74

LIB. III.

Tit. 3. — *De pedaneis iudicibus.*

L. 10 pag. 18

Tit. 36. — *Familiae erciscundae.*

L. 6 pag. 187

Tit. 38. — *Communia utrinsque iudicii.*

L. 12 pag. 187

LIB. IV.

Tit. 2. — *Si certum petatur.*

L. 13 pag. 39, 75, 188

Tit. 5. — *De condictione indebiti.*

L. 6 pag. 56
» 37 » 125

Tit. 10. — *De obligationibus et actionibus.*

L. 1 pag. 87
» 2 » 87

Tit. 11. — *Ut actiones et ab herede.*

L. 1 pag. 80, 82

Tit. 15. — *Quando fiscus.*

L. 5 pag. 87

Tit. 18. — *De constituta pecunia.*

L. 3 pag. 51

Tit. 24. — *De actione pigneraticia.*

L. 9 pag. 136

Tit. 25. — *De exercitoria et institoria actione.*

L. 5 pag. 60
» 6 » 6.

Tit. 27. — *Quod cum eo.*

L. 1 pag. 41, 55
» 2 » 56

Tit. 28. — *Ad senatus consultum Macedonianum.*

L. 7 pag. 74

Tit. 35. — *Mandati.*

L. 1 pag. 33, 44, 95, 96
» 3 » 90, 93
» 4 » 44
» 6 » 6
» 7 » 75
» 8 » 12
» 10 » 8
» 11 » 19, 22
» 13 » 17, 22
» 15 » 76
» 21 » 17, 19, 22, 41

Tit. 37. — *Pro socio.*

L. 1 pag. 104. 123
» 2 » 115
» 3 » 171
» 6 » 118, 119

Tit. 39. — *Ad senatus consultum Velleianum.*

L. 7 pag. 93
» 8 » 93

Tit. 50. — *Si quis alteri vel sibi.*

L. 7 pag. 41

Lib. V.

Tit. 13. — *De rei uxoriae actione.*

L. 1 § 7 pag. 126

Tit. 15. — *De dote cauta et non numerata.*

L. 1 § 1 pag. 79

Tit. 75. — *De magistratibus conveniendis.*

L. 6 pag. 126

Lib. VIII.

Tit. 37. — *De contrahenda et committenda stipulatione.*

L. 11 pag. 79, 82

Tit. 40. — *De fideiussoribus et mandatoribus.*

L. 3 pag. 51
» 22 » 12, 29, 74

Tit. 41. — *De novationibus.*

L. 3 pag. 93

Tit. 53. — *De donationibus.*

L. 33 pag. 87
L. 35 § 5 » 156

Tit. 54. — *De donationibus quae sub modo.*

L. 35, § ult. pag. 139

Lib. IX.

Tit. 2. — *De accusationibus et inscriptionibus.*

L. 5 pag. 13

Lib. XI.

Tit. 34. — *De periculo nominatorum.*

L. 1 pag. 99
» 2 » 99

Lib. X.

Tit. 72. — *De susceptoribus praepositis.*

L. 2 pag. 99
» 8 » 99

Istituzioni di Giustiniano.

Lib. II.

Tit. 14. — *De heredibus instituendis.*

§ 6 pag. 112

Lib. III.

Tit. 14. — *Quibus modis re contrahitur obligatio.*

§ 3 pag. 17

Tit. 19. — *De inutilibus stipulationibus.*

§ 13 pag. 83

Tit. 25. — *De societate.*

§ 1 pag. 145, 149
§ 2 » 103, 133, 136, 150, 151, 154
§ 4 » 217
§ 5 » 218
§ 6 » 220
§ 7 » 221
§ 8 » 221
§ 9 » 162, 164

Tit. 26. — *De mandato.*

pr. pag. 9
§ 1 » 8
§ 2 » 8
§ 3 » 8
§ 4 » 8
§ 5 » 8
§ 6 » 9, 97
§ 7 » 13
§ 8 pag. 23, 25, 27, 28
§ 9 » 90
§ 10 » 76, 80, 84, 90, 91
§ 11 » 3, 77, 94
§ 13 » 32, 34

Tit. 29. — *Quibus modis obligatio tollitur.*

§ 4 pag. 216

LIB. IV.

Tit. 6. — *De actionibus.*

§ 38 pag. 157, 159 e segg.

Tit. 7. — *Quod cum eo.*

§ 42 pag. 63

Tit. 16. — *De poena temere litigantium.*

§ 2 pag. 53, 156, 171

Tit. 17. — *De officio iudicis.*

§ 4 pag. 173
§ 5 » 173

Novelle.

99 pag. 186

THEOPHILUS *paraphrasis.*

LIB. III.

Tit. 23. — *De emptione et venditione.*

§ 3 pag. 165

Tit. 25. — *De societate.*

§ 2 pag. 155

Tit. 26. — *De mandato.*

§ 10

BASILICI.

Tom. I, lib. 9, tit. 3 [HEIMBACH, I, pag. 455] pag. 159
Lib. XII, tit. 1, const. 25 [HEIMBACH, I, pag. 738] » 167
Lib. XII, tit. 1, const. 29 [HEIMBACH, I, pag. 738] » 145
Tom. II, pag. 29 [HEIMBACH, I, pag. 739] pag. 146
Tom. II, pag. 29 [HEIMBACH, I, pag. 740] » 148
HEIMBACH, I, pag. 763 » 169
HEIMBACH, I, pag. 773 » 172

Heimbach, I, pag. 781	pag. 178, 179, 180		Tom. II, pag. 141	pag. 14	
Tom. II, pag. 8 [Heimbach, I, pag. 740]	» 220		Tom. II, pag. 146	» 94	
Lib. II, tit. XXIV, 1	» 10		Tom. II, pag. 147	» 47, 48	
Tom. II, pag. 133	» 32		Tom. II, pag. 155	» 42, 50	
Tom. II, pag. 138	» 37		Tom. II, pag. 157	» 10, 11. 14	
Tom. II, pag. 139	» 43		Tom. II, pag. 185	» 47	
			Tom. III, pag. 378	» 38	
			Tom. IV, pag. 171	» 81	

Diritto canonico.

Cap. ult. de procurator in-6°	pag. 10	Cap. 13 X. de proc.	
Cap. 9 X. de procurat. in-6°	» 91	Cap. 33 X. de rescriptis	pag. 92

Diritto moderno.

Codice civile italiano.

Art. 119	pag. 213	Art. 1710	pag. 204
» 418	» 204, 207, 208	» 1714	» 204
		» 1716	» 204
» 529	» 204	» 1723, 1.°	» 203
» 678	» 204	» 1723, 4.°	» 203
» 1122	» 213	» 1724	» 203, 208 segg.
» 1144	» 73		
» 1234	» 71	» 1726	» 202
» 1314	» 115, 116	» 1728	» 203
» 1341	» 115	» 1729	» 221
» 1436	» 210	» 1731	» 208, 221
» 1697	» 208, 209	» 1732	» 221
» 1698	» 213	» 1752	» 72
» 1709	» 204, 205		

Codice commerciale italiano abrogato.

Art. 69 pag. 70

Codice commerciale italiano.

Art. 8	pag. 207	Art. 89	pag. 116
» 76	» 208, 209	» 90	» 116, 212
» 77	» 207, 210	» 91	» 116, 212
» 82	» 207, 208	» 92	» 116
» 85	» 208	» 93	» 116, 212
» 87	» 116, 212	» 94	» 116, 212
» 88	» 116	» 95	» 116, 212

Art. 96	pag. 126, 223	Art. 190	pag. 222, 224
» 97	» 116	» 191, 3.°	» 224
» 98	» 211, 212	» 381	» 70
» 99	» 116, 211	» 847, 3.°	» 223
» 100	» 224	» 847, 4.°	» 224
» 106	» 207	» 849	» 224
» 120	» 224	» 853	» 224
» 189	» 223	» 854	» 224

Codice civile francese.

Art. 1846	pag. 204	Art. 1855	pag. 204
» 1847	» 204	» 1859	» 204
» 1848	» 204	» 1860	» 209
» 1850	» 204	» 1867	» 204
» 1852	» 204		

Codice civile germanico.

§ 138	pag. 213	§ 719	pag. 205, 206
§ 705	» 205	§ 722	» 206
§ 717	» 205	§ 723, 3	» 119
§ 718	» 205	§ 736	» 206

Codice di procedura civile germanico.

§ 850 pag. 207

Ordinamento concorsuale germanico.

§ 213 pag. 206

Ordinamento concorsuale germanico abrogato.

§ 44 pag. 194

Seconda lettura del progetto per il codice civile germanico.

§ 645 pag. 195

Diritto territoriale prussiano.

I, 13 § 90 pag. 73

Codice civile austriaco.

§ 1017 pag. 73

Fonti non giuridiche.

Cato.

De re rustica.

Cap. 144-146 pag. 122 seg.

Cicero.

De amicitia.

Cap. 13 pag. 12

De haruspicum responso.

Cap. 14 pag. 201

De legibus.

I, cap. 12 pag. 143

De natura deorum.

III, 30, § 74 pag. 2

Oratio pro Ligario.

pag. 143

Oratio pro S. Roscio.

Cap. 38, 39 pag. 5
Cap. 40 » 156
Cap. 111, 116 » 2

Oratio pro Roscio comoedo.

6 pag. 156

Rethoricor. ad Herennium.

Lib. II, cap. 13 pag. 5

Topica

X, 42 pag. 2
XVII, 66 » 2

Livius.

Lib. I, 20, 6 pag. 201

Q. Horatius Flaccus.

Epistulae.

I, ep. 18, v. 84 pag. 148

Dionisius Hal.

II, 65 pag. 201

Vitruvius.

Architectura.

II, c. 8 pag. 172
VII, c. 3 » 172

Seneca.

De beneficiis.

III, 18 pag. 31
IV, 25 pag. 31
V, 21 pr. » 4

MARTIALIS.

Epigrammata.

Lib. X, epigr. 2, v. 11 pag. 152

QUINTUS AULUS GELLIUS.

Noct. Attic.

pag. 152

LACTANTIUS.

Divinarum Institutionum.

V, c. 14 pag. 143

INDICE ALFABETICO

DELLE PRINCIPALI MATERIE TRATTATE NEL PRESENTE VOLUME

A

Acquisto di diritti per mezzo di persona libera pag. 55
Acquisto di diritti da parte del mandante per mezzo de' contratti conchiusi dal mandatario » 55 seg.
Actio communi dividundo » 187
Actio communi dividundo nella società » 173
Actio de in rem verso contro i soci » 188
Actio de in rem verso utilis (nel diritto moderno) » 71
Actio depositi » 33
Actio directa. Vedi Terzi
Actio directa (del mandante contro i terzi) » 56
Actio directa ex contractu in solidum » 186
Actio exercitoria in solidum » 186
Actio extraordinaria » 33
Actio familiae erciscundae » 123
Actio in factum praescriptis verbis » 33
Actio institoria » 60 seg. 73 seg.
Actio institoria in solidum » 186
Actio institoria utilis pag. 57
Actio iudicati » 75
Actio legis aquiliae » 174 seg.
Actio mandati » 2, 8 27 seg. 30 seg. 32 seg. 33, 46 77, 84 88, 89
Actio mandati contraria » 28 51 seg. 75, 90
Actio mandati directa » 51 seg. 87
Actio mandati (nel consiglio) » 97
Actio mandati utilis » 87
Actio negotiorum gestorum » 7, 8 27 seg. 31, 66 seg.
Actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae » 60 seg. 68 seg.
Actio negotiorum gestorum (del terzo contraente contro il dominus del gestore, ecc. che contrae in nome proprio » 57 seg.
Actio negotiorum gestorum del terzo con-

traente (nel diritto moderno) pag. 69 seg.
Actio pro socio » 109 seg. 123, 125 seg., 127 162, 171 seg., 182 seg., 183 187
— scopi » 171 seg.
Actio pro socio con scopo speciale » 172
Actio pro socio contraria (non esiste) » 171
Actio pro socio generalis » 171 seg.
Actio quasi institoria » 57 60 seg., 66 seg., 73 seg.
Actio quasi institoria in solidum » 186
Actio quasi institoria (nel diritto moderno) » 69 seg.
Actio utilis (del mandante contro i terzi) » 56
Actio utilis ex contractu pro rata (de' soci contro i terzi contraenti) » 183
Actio venditi » 174
Administrator omnium bonorum, ecc. Vedi Procurator, ecc.
Adstipulator » 2
After Anwald (ted.) » 16
Aggiudicazione (nella società) » 173
Alienazioni da parte del procurator universalis » 24 seg.
— diritto del comproprietario di alienare la propria quota » 191 seg.
Amministratore (socio) » 168
Amministrazione nella società civile » 203
Artificium » 105
Assegno (concetto) pag. 3
Assignans » 4
Assignatarius » 4
Assignatus » 4
Atto bisognoso di ricevimento » 119
Atto complessivo (contratto di società come) » 128 seg.
Atto dannoso positivo del socio » 165
Atti illeciti. Vedi Oggetti della società
Atti positivi negligenti del socio » 166
Atto pubblico (nella società) » 115
Azioni dal mandato » 51 seg.
— contro gli eredi » 5
Azioni del terzo contro i soci » 183 seg.
Azioni derivanti dalla società » 171 seg.
Azione in solidum del terzo contro i soci » 183 seg.
Azioni personali (nella soc. univ.) » 109
Azione pro rata del terzo contro i soci » 184
Azioni reali (nelle soc. univ.) » 109 seg.

B

Banda » 133
Beneficio di competenza nella società » 124 seg. 156 seg.
Beneficio di competenza del socio particolare » 157 seg.
Beneficio di competenza del socio universale » 157 seg.
Beneficium divisionis a favore dei soci » 186 seg.
Beneficium divisionis nel mandato » 51

Beni fedecommessari (nella società) pag. 106
Beni feudali (nella società) » 106
Bisogni dei soci (nella soc. univ.) » 110 seg.
Bona fides (nel mandato) » 12

C

Capitis deminutio maxima e media del socio » 220
Capitis deminutio minima del socio » 220
Capo della società. Vedi Factotum » 183
Captio » 94
Casus fortuitus (nel mandato) » 48
Casus fortuitus (nella società) » 49
Causa illecita » 213
Cause di scioglimento delle società in nome collettivo » 224
Cause di scioglimento della società nel codice civile italiano » 221 seg.
Cause di scioglimento della società nel codice di commercio italiano » 221 seg.
Cause di scioglimento della società nel diritto romano » 216 seg.
Cauzione (a favore del mandante) » 55
Cessione » 11, 87
— nel mandato » 41
— tra' soci nella divisione della società » 222
Cessione delle azioni (per il rapporto di mandato) » 55
Cessio cum dilatione temporis (delle azioni dal mandatario al mandante) » 40
Clausola ne abeatur nella società pag. 118 seg.
Coetus » 201
Collegia funeraticia » 201 seg.
Collegium » 201
Colpa » 20
— nel mandato » 41, 48
— del mandatario » 16
— del socio » 162 seg.
Colpa lata del socio » 165 seg.
Colpa levis » 20
— del mandatario » 16 seg.
— del socio » 162 seg.
— nell'erede del socio » 220
Colpa levis in concreto del socio » 164 seg.
Colpa lievissima del mandatario » 16 seg.
Commendatio » 98 seg.
Commendatio tra commercianti » 99
Commissione » 70
Committente » 3
Communicatio (nella società) » 109 seg.
Communio incidens » 101 seg.
Communio societatis » 187 seg.
Compagnia di commercio » 102
Compagnia di industria » 102
Compagnie — Handlung (ted.) » 102
Compartecipazione (diritto di) de' soci al contratto concluso dall'altro socio con i terzi » 183
Compimento del negozio per cui è stata costituita la società » 220
Computo della competenza (nella società) » 161 seg.
Computo del guadagno (nella società) » 140 seg.
Comuni » 198
Comunione d'associazione di casa » 193

Comunione (concetti) pag. 18
Comunione nella società civile italiana » 204 seg.
Comunione (principio della maggioranza nella) » 192 seg.
Comunione giuridica a mano complessiva » 193 seg.
Comunione giuridica a mano complessiva nella società civile tedesca » 194 seg.
Comunione universale dei beni (nella società) » 106 seg.
Concorso dell'actio pro socio e communi dividundo e altre azioni » 173 seg.
Concorso sul patrimonio di un socio » 221
Condictio certi ex mutuo » 14
Condictio ex mutuo » 75
Condictio furtiva » 174
Condizione ne' negozi giuridici » 120
Condizione nella società » 117 seg., 125
Conferimento del contributo del socio » 172
Conferimento (nella società) » 102, 104
Conferimento (perdita) » 117
Conferimento (scopo) » 136
Confisca del patrimonio di un socio » 221
Consecratio » 201
Consenso de soci nello scioglimento della società » 210
— tacito » 210
Consenso nella società » 114 seg.
Consenso (requisito essenziale del mandato) » 5 seg.
Consenso tacito (del mandante) » 27 seg.
Consenso tacito (nel mandato) » 6
Consensu (in) perseverare (nella società) pag. 125
Consiglio » 11
Consiglio comunale » 198
Consiglio (semplice consiglio) » 96 seg.
Consortium » 121 seg.
Consortium omnium bonorum » 123 seg.
Consortium voluntarium » 123 seg.
Consorzio ereditario » 121 seg.
Constitutum possessorium » 109
Contemplatio domini a proposito del mandato » 58 seg.
Continuazione della società dopo la morte di un socio » 217 seg.
Contratto concluso dal socio proprio nomine » 188
Contratto con terzi concluso non da' soci in persona » 186
Contraenti (del mandato) » 3
Contratti consensuali (natura) » 1-2
Contratti consensuali (storia) » 1
Contratti innominati » 31
Contratti reali (storia) » 1
Contratto de' soci con terzi » 182 seg.
Contratto della società con terzi » 182 seg.
Contratto di sociatà per cui gli eredi di un socio morto debbono subentrare nella società nel posto di lui » 218
Contratto estimatorio » 103
Contributi diseguali nella società » 142 seg.
Contributi (natura de' diritti sui contributi dei soci) » 135 seg.

Contributi (obbligo del . . . nella società) pag. 138 seg. 162
Corporazioni » 199
Corporazioni commerciali (antiche) » 121 seg.
Corporazioni senza capacità giuridica nel codice civile germanico » 212
Corpus » 201
Cose corporali (nella società univ.) » 109 seg.
Cose (oggetto del conferimento nelle società) » 104
Costituzione di dote (per mandato). Vedi Errore
Custodia del socio (obbligo) » 165

D

Danno della società » 174
Danno nel contributo in denaro nella società » 136
Danno nel mandato » 45, 95
Danno nella società » 104, 162
Debiti contratti durante societate » 185 seg.
Debiti de' soci generali » 112 seg.
Debiti de' soci universali » 110 seg.
Debiti della società nello scioglimento di essa » 222
Decorso del termine sotto cui è stata costituita la società » 220 seg.
Dedicatio » 201
Deduzione nel beneficio di competenza dei debiti del debitore » 156
Deduzione de' debiti del socio » 156, 161
Delitti dei soci univ. » 111 seg.
Delitto (nella società) » 106 seg.
Demonstratio (nell'actio pro socio) » 127 seg.
Denaro (contributo nella società) pag. 133
Deposito di cose fungibili » 34
Deposito di denaro » 33
Diäten (ted.) » 177
Diligenza de' soci » 162
Diritti di credito (nella soc. univ.) » 109
Diritti reali in faciendo » 191
Divisione aritmetica nella società » 112
Divisione del guadagno nella società » 140 seg.
Divisione del patrimonio sociale » 173
Dolo del consigliere » 97
Dolo del mandatario » 16 seg.
Dolo nella commendatio » 98
Dolo nel mandato » 5
» 41 seg.
Dolo nella società » 104
» 162 seg.
Dolus » 20
Dolus nell'erede del socio » 220
Dominium litis » 16
Dominium (plurium in solidum.... esse non potest) » 191
Dominus negotii » 3
Donazione (nella società) » 104, 106 seg., 112 seg.
Dote della moglie di un socio » 107, 112

E

Editto beneficium competentiae » 126 seg.
Editto de negotiis gestis » 1, 2
Editto del mandato » 4
Editto de societate » 124 seg.
Effetto giuridico (nella società) » 102
Elementi del contratto di società » 114 seg.

ἐμπολάς pag. 176 seg.
Epulae. Vedi Nundinae » 175 seg.
Eredi (dei contraenti il mandato) » 76 seg.
Eredi del socio morto » 218
Eredità giacente (non è persona giuridica) » 198 seg.
Eredità (nella società » 106 seg. 112 seg.
Errore (nel mandato) » 84 seg.
Esecuzione del mandato » 16 seg. 50
Esecuzione del mandato per aequipollens » 26 seg.
Esibizione (obbligo nelle società) » 168
Exceptio doli (dei terzi di fronte al mandatario) » 74
Exercitor navis » 3

F

Factores » 122
Factotum della società (vedi Capo)
Factotum contraente con i terzi » 183
Fallimento delle società commerciali italiane » 224
Fallimento nella società civ. germ. » 206
Fideiussore » 54
Fides nella società » 104, 156 seg., 162
Fine delle società commerciali italiane » 221
Fine della società nel codice civile italiano » 221
Fine delle società per azioni » 223
Fine del contratto di società » 223
Fisco come organo della persona giuridica Stato » 198
Fondazioni » 199
Fondazioni nel dir. rom. » 202
Formula (nell'editto pro socio) pag. 125 seg.
Fratellanza (rapporto di) tra' soci » 161
Frode (del socio) » 160 seg
Frutti del contributo in denaro (nella società) » 136 seg.
Furto alla società » 174
Furtum presso il socio » 165

G

Gemeinschaft zur gesammten Hand (ted.) » 192 seg.
Genossenschaftliche Hausgemeinschaft (ted.) » 193
Gesammtakt (ted.) » 128 seg.
Gesammte Hand (ted.) » 192 seg.
— applicazioni » 193
— concetto » 193
— effetti giuridici reali » 194 seg.
— nella società civile italiana » 204 seg.
— principio giuridico » 193
— storia » 193
Gesammteigentum (ted.) » 197 seg.
Gesellschaftscontract (ted.) » 102
Gestione » 1 co.
Gewerbs-Gemeinschaft (ted.) » 102
Giunta comunale » 198
Godimento unito » 196
Gratuità (del mandato) » 31 seg.
Guadagno nella società » 102 seg. 112 seg. 137 seg. 140 seg.
Guadagno (perdita del) nella società » 171
Guadagno (versamenti del socio » 172

H

Homines » 122
Honorarium (nel mandato) » 32

I

Ignoranza (nel mandato) pag. 84, 85 seg., 90
Immobili nella società » 195
Impendia (nel mandato) » 44
Incarico al socio da' soci » 183
Indipendenza del patrimonio nella società civile germanica » 206
In dubio enim id quod minimum est praesumitur » 136
Infamia (nel mandato) » 5, 41 51, 53
Infamia nella società » 156 seg.
Insolvenza degli altri soci » 187
Institor » 3
Intercesione » 11 seg.
Intercessor » 7 seg.
Interdictum unde liberi » 123
Interesse (del consigliere) » 96
Interessi (nel deposito di denaro) » 33
Interessi (nel mandato » 8, 35 seg.
Interessi nella società » 168 seg.
Interessi moratori nella società » 169 seg.
Introitus » 171
Ispezione (diritto del socio) » 168
Ius publicum » 201
Ius sacrum » 201

J

Joint tenancy (inglese) » 196
Joint tenant (inglese) » 196

K

Kapitalantheil (ted.) » 204
Korporationsvielheil (tedesco) » 200

L

Legati (nella società) pag. 106 seg. 112
Leguli » 122
Lex Aquilia » 2, 165
Lex di Eraclea » 5
Lex Iulia e Papia » 105
Lex Publilia » 2
Liberazione dagli obblighi (del mandatario) » 49
Limiti (del mandato) » 23 seg.
Litis contestatio » 16
Locazione » 31
Löwengesellschaft (ted.) » 147 seg.

M

Magister navis » 3
Mancipatio (nella società) » 120
Mandans » 3
Mandante » 15
Mandante (obbligazioni del) » 43 seg.
Mandante (morte del) » 84
Mandatario » 15
Mandatario. V. Terzi
Mandatario generale » 24 seg.
Mandatario (morte del) » 88 seg.
Mandatario (obbligazioni del) » 15 seg.
Mandatario (responsabilità per negligenza) » 2
Mandatarius » 3
Mandati (contra fines... egit) » 27 seg.
Mandato » 6 seg.
— accettazione » 6 seg.
— adhuc integro » 77
— che si estende agli eredi » 77 seg.
— contractus iuris gentium » 4
— concetto » 1, 2, 3
— contratto consensuale » 1, 2

Mandato, contratto reale pag. 1, 2
— modi di conferimento » 6
— costituzione » 5 seg.
8 seg.
— divisioni » 8 seg.
— eccedere » 74
— estinzione » 76 seg.
— non integro » 78 seg.
— storia » 1, 4
Mandato commerciale (accettazione) » 24 seg.
Mandato generale » 24 seg.
Mandato illecito » 74
Mandato processuale » 93
Mandato universale o generale » 24 seg.
Mandator » 3
Mandator di mutuo di denaro » 75
Mandatum » 1, 2, 3
Mandatum certum » 26 seg.
Mandatum incertum » 26
Mandatum in rem alienam » 8, 11
86
Mandatum in rem suam » 8, 11
35
Mandatum plurium causarum » 26
Mandatum post mortem » 78 seg.
Mandatum (praeter . . . egit) » 30 seg.
Mandatum rei turpis » 12 seg.
Mandatum qualificatum » 11 seg.
Mandatum secretum » 74
Mandatum simplex » 12
Mano complessiva » 192 seg.
Manomissione per mandato. Vedi *Errore*
Manus » 3 (nota 3)
Maskopey » 102
Matrimoni illegali » 105
Merces (mandato) » 32
Mora (del mandatario) » 35
Morte (nel mandato). Vedi mandante e mandatario.
Morte civile del socio pag. 220
Morte del socio » 217 seg.
Mutschierung ist keine Teilung (ted.) » 193
Mutuo » 60 seg.
Mutuo (da parte del mandatario) » 38 seg.

N

Negligenza lievissima del socio » 165 seg.
Negligenza media del socio » 186
Negligenza (responsabilità del mandatario per) » 2 c.ª *a*
Negozio giuridico illecito » 213 seg.
Nomina » 173
Noxae deditio » 46
Nundinae. Vedi Epulae » 175 seg.

O

Obbligazione correale (di più mandanti) » 51
Obbligazioni (del mandante) » 43 seg.
Obbligazioni (del mandatario) » 15 seg.
Obbligo di curare affari del socio » 162 seg.
Obbligazione di fare (nel mandato) » 50
Obblighi reciproci dei soci » 162 seg.
Obbligo solidale del socio » 186
Obligatio in solidum (dal mandato) » 13 seg.
Obligatio in solidum del socio » 188
Obligatio mandati » 3
Oggetto (del mandato) » 10 seg.
12 seg.

Oggetto (nella) società pag. 102, 133 seg. 221
Onere reale nella società » 193 seg. 210 seg.
Ordo » 201
Organi nella persona giuridica » 198

P

Pactum dat legem contractui » 135
Paries craticius » 172
Partes (aequae) » 142 seg.
Partes viriles » 142
Perdita nella società » 103, 110 seg., 137 seg., 140 seg.
Perimento dell'oggetto della società » 221
Persona giuridica (la) » 197 seg.
— concetto » 197
— distinzioni » 198
— nel diritto romano » 199 seg.
— realtà della » 197 seg.
Personalità giuridica della società civile » 202
Personalità giuridica delle società commerciali » 207 seg.
Personalità (la) giuridica e la società civile e commerciale » 197 seg.
πλοκή » 153
Politio » 121 seg.
Potestas » 3
Praeponens » 3
Praepositio » 59 seg.
Praestatio culpae (nel mandato) 19 seg. 22
Precario » 4
Prescrizione dell'actio mandati » 96
Prestazioni personali del socio pag. 173
Presunzione di abilità nel socio » 165
Principale » 3
Procura giudiziale » 75
Procurator » 3
Procurator in rem meam » 21
Procurator in rem suam » 11, 86, 92
Procurator litium » 25
Procurator universorum bonorum omnium bonorum rerum negotiorum » 24 seg.
Proporzione aritmetica della divis. guad. e perd. nella società » 142 seg.
Proporzione geometrica (nella divisione del guadagno e perdita nella società) » 140 seg.
Proposito malvagio del socio » 166 seg.
Proprietà complessiva » 192 seg.

Q

Quota del comproprietario » 191
Quota (la) dei comunisti nella comunione a mano complessiva » 194

R

Raccomandazione. Vedi Consiglio
Rappresentanza » 59 seg.
Rappresentanza (nel mandato) » 11
Ratifica del contratto di un socio con terzi » 183
Ratifica (del mandato) » 7
Ratifica (nel mandato) » 74
Rechtsgemeinschaft zur gesammten Hand (tedesco) » 193 seg.

Redemptor pag. 122
Re et verbis » 115
Rendimento dei conti (del mandatario al mandante) » 41
Rendimento dei conti del socio (obbligo) » 168
Rendimento conti nella società » 171
Rendimento dei conti tra' soci » 161 seg.
Reputationes » 43
Res integra (nel mandato) » 89, 93
Res non integra (nel mandato) » 78, 88
Res perit domino » 221
Responsabilità (del mandatario) » 16 seg.
Responsabilità del mandatario per negligenza » 2 c.ª a
Responsabilità de' soci » 162 seg. 186
Responsabilità sussidiaria de' soci nelle società commerciali » 207 seg. 210 seg.
Res religiosa » 202
Restituzione (obbligo di...) del mandatario » 35
Revoca (del mandato) » 89 seg.
Revoca tacita » 90 seg.
Rinuncia al mandato » 93 seg.
Rinuncia alla società » 118, 119
Rinuncia alla società da parte del socio assente » 217
Rinuncia unilaterale del socio » 216 seg.
Risarcimento del danno del socio (obbligo) » 166
Risarcimento di danni. Vedi Obblig. correale
Risarcimento interessi nella società » 168 seg.
Risarcimento (nel mandato). Vedi Danno
Risarcimento proporzionale del danno (obbligo nella società) pag. 167 seg.
Risarcimento, spese del socio (vedi Spese) » 168

S

Sacra publica
Sacra privata » 201
Saisine per my et per tout » 196
Salarium (contro la natura del mandato) » 33
Scioglimento della società » 112, 11[illegible] 216 seg.
Scioglimento della società in accomandita per azioni » 224
Scioglimento della società in accomandita semplice » 224
Scioglimento della società (in rapporto alla dote, ecc.) » 107 seg.
Scioglimento delle società per azioni » 224
Scioglimento di diritto delle società commerciali italiane » 221 seg.
Scioglimento facoltativo delle società commerciali italiane » 221 seg.
Scioglimento ipso facto della società » 171 seg.
Scusa (motivi di... nel mandato) » 95
Scrittura privata (nella società) » 115
Servigi del socio (vedi anche Contributi, ecc.) » 172
Servigi (oggetto del conferimento nella soc.) » 104

Silenzio (nel mandato) pag. 6
Sittlichkeit (ted.) » 213
SCtum Macedonianum » 14
Società
— come contratto consens. » 114 seg.
— concetto del contratto di » 101 seg.
— dubbio sul genere di » 112 seg.
— estremo reale nella » 124 seg.
— fine del contratto di » 216 seg.
— forme del contratto di società per diritto moderno » 115
— partizioni » 104 seg.
— presunzione d'uguaglianza » 123 seg.
— scopo » 102 seg.
— specie delle » 101 seg.
— storia del contratto di società in diritto romano » 121 seg.
Società anonime » 115
— bilaterale » 121 seg.
— civile » 115
— civile italiana e la società nel codice civ. germanico » 205
— commerciali » 115, 120
— commerciale regolare e irregolare » 207 seg.
— commerciali irregolari » 221 seg.
— d'acquisto » 121 seg.
— di capitale » 121 seg.
— di eredità » 105
— di fatto » 211 seg.
— di lavoro » 121 seg.
— di tutti i beni » 121 seg.
— illecita » 213 seg.
— in accomandita per azioni » 115
— leonina in diritto mod. » 155
— (la) nel codice civile italiano » 202 seg.
— nel codice di commercio italiano » 207 seg.
Società particolare pag. 104 seg.
— speciale » 104 seg.
— unilaterale » 121 seg.
— universale » 104 seg.
» 106 seg.
Societas » 201
— (significati) » 101 seg.
— donationis causa » 138
— generalis » 105 seg.
112 seg.
121
— leonina » 147 seg.
— leonima come pactum de donando » 156
— negotiatoria » 102
— non quaestuaria » 102
— omnium bonorum » 104, 121 seg., 123
— operarum » 102
— publicanorum » 201 seg.
— quaestuaria » 102
— quoad ipsam sortem » 102
— quoad usum tantum » 102
— rerum » 102.
— rerum et operarum » 102
— sempiterna » 118 seg.
— specialis » 105 seg.
— universalis » 104
— universarum fortunarum » 104
— vectigalium
— perdura anche dopo la morte di un socio
— temperamenti » 219
Socii » 122
Soci contraenti » 183
Soci convenuti dal terzo » 183 seg.
Soci convenuti per l'intero » 186
Soci e terzi » 182 seg.
Sodalitas » 201
Sottoscrizione di azioni nelle società commerciali. V. Società comm.
Sostituito ad agendum » 16

Sostituito (del mandatario) pag. 15 seg.
Sostituito (nel mandato) » 52 seg.
Spese (nel mandato) » 43 seg. 88, 90
Spese nella società » 112 seg., 168
Spese voluttuarie (nel mandato) » 45
Sponsor » 2
Stato (concetto dello) nel diritto romano » 200
Stimabilità in denaro (degli oggetti della società) » 133
Stipulatio rem pupilli salvam fore » 200
Stipulazioni pretorie » 56
Sumtus (nel mandato) » 44
συνδεσμα » 176 seg.

T

Termine (nel mandato) » 77
— nella società » 117, 125
Terzo contraente. Vedi Actio neg. gestorum
Terzi (i) (nel mandato) » 54 seg. 78, 90
Terzo factotum della società » 186 seg.
Terzo in rapporto allo scioglimento della società » 222
Terzi in rapporto con i soci pag. 182 seg.
Terzo procuratore della società » 186 seg.
Terzi (rapporti col mandatario) » 74
Traditio » 120
Tradizione (nella società) » 189 seg. 116 seg. 124 seg.
Transitus legalis » 123 seg.
Trödel-contract (ted.) » 102

U

Universitas » 201
Usurae centesimae » 37
Usurae legittimae » 37
Usure (nel mandato) » 44
Universitas personarum » 200
Usurae nella negotiorum gestio » 37
Utili (divisione degli) per la gessamte Hand » 193

V

Valore de' contributi nella società » 133 seg.
Velamentum » 134
Vendita dell'eredità (in rapporto al mandato) » 88 seg.
Vitto » 177

INDICE GENERALE DELLE MATERIE

LIBRO DECIMO SETTIMO.

TITOLO I.

Mandati vel contra.

§ 950. Concetto del contratto di mandato — L'assegno. Storia del mandato . . . . . pag. 1-5
§ 951. Costituzione del mandato . . . . . » 5-8
§ 952. Modi di costituire il mandato e sue divisioni . . . » 8-12
§ 953. Mandatum rei turpis . . . . . » 12-15
§ 954. Obbligazioni del mandatario . . . . . » 15-31
§ 955. Continuazione . . . . . » 31-42
§ 956. Obbligazioni del mandante . . . . . » 43-51
§ 957. Azioni sorgenti del mandato . . . . . » 51-54
§ 958. Rapporto giuridico fra i terzi ed il mandante o mandatario » 54-75
§ 959. Estinzione del mandato . . . . . » 76-96
§ 960. Differenze fra il mandato ed un semplice consiglio od una semplice raccomandazione . . . . . » 96-99

TITOLO II.

Pro socio.

§ 961. Concetto del contratto di società . . . . . » 101-104
§ 962. Diverse partizioni della società . . . . . » 104-106
§ 963. Differenza tra *societas universalis* e *societas generalis quaestuaria* » 106-114
§ 964. Che cosa è necessario per la perfezione e che per l'adempimento del contratto di società? . . . . . » 114-120
§ 965. Oggetti della società . . . . . » 133-139
§ 966. Computo e divisione del guadagno nel contratto di società . » 140-156
§ 967. Fiducia tra' soci. Beneficio di competenza . . . . » 156-161
§ 968. Obblighi reciproci dei soci . . . . . » 162-170
§ 969. Azione derivante dal contratto di società . . . . » 171-182
§ 970. Rapporto dei soci con terze persone . . . . . » 182-188
§ 971. Fine del contratto di società . . . . . » 216-224

APPENDICI DEL TRADUTTORE.

DEL TITOLO II *pro socio*.

I. Cenni sulla storia del contratto di società in diritto romano . pag. 121-127
II. Il contratto di società come atto complessivo . . . . » 128-132
III. Di alcuni concetti diversi di comunione . . . . . » 189-191
Proprietà complessiva (Gesammteigentum) — mano complessiva (gesammte Hand) — comunione a mano complessiva (Gemeinschaft zur gesammten Hand) . . » 192-195
a) Proprietà complessiva . . . . . » 192
b) La mano complessiva . . . . . » 192-193
c) Comunione giuridica a mano complessiva . . » 193-195
Godimento unito (joint tenancy) . . . . . » 196
IV. La personalità giuridica e la società civile e commerciale . » 197
a) La persona giuridica . . . . . » 197-202
b) La società nel codice civile italiano. . . . . » 202-205
c) La società civile italiana e la società nel codice civile germanico . . . . . » 205-207
d) La società nel codice di commercio italiano. Società commerciale regolare e irregolare . . . . . » 207-212
V. La società illecita . . . . . » 213-215

INDICI

Indice delle fonti . . . . . » 225-239
Indice alfabetico delle principali materie trattate » 241-252