

ANNO XXXIV - 1965/66

NUOVA SERIE A - N. 18

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE



EDITORE DOTT. A. GIUFFRÈ - MILANO

STVDI VRBINATI

SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE

Anno XXXIV

1965 - 1966

*
TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI
*

Redattore : prof. GIOVANNI GUALANDI

Direttore responsabile : prof. CARLO BO

Autorizzazione del Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950, n. 24

SOC. TIP. «MULTA PAUCIS» - Varese, Via G. Gozzi, 29

VITTORIO VALENTINI

IL « TRACTATUS DE TABELLIONIBUS »

**di Baldo degli Ubaldi attribuito anche a Bartolo da Sassoferrato
nonchè a Gozzadino de' Gozzadini**

SOMMARIO: Premessa. — I manoscritti. — Le edizioni. — Il trattato nella tradizione manoscritta. — Il problema della sua attribuzione. — L'esame delle singole *quaestiones*. — Conclusioni. — L'edizione critica del testo ⁽¹⁾.

PREMESSA

Nella letteratura giuridica del periodo intermedio, i trattati costituiscono un capitolo ancora in buona parte inesplorato e verso il quale solo di recente si sono rivolte le indagini critiche degli studiosi. In particolare è stato oggetto di studio il fenomeno — non ignoto anche in passato — della sovrapposizione di nomi di autori diversi su di una stessa opera, e, sebbene i motivi di questo fenomeno risultino talvolta meno chiari, più di un'opera, grazie ai risultati di tali indagini, è stata restituita al suo vero autore ⁽²⁾. Allo stato attuale delle ricerche si può dire che un « primato » di false attribuzioni spetti a Bartolo da Sassoferrato, circostanza questa da porsi in relazione con la enorme autorità dell'opinione del grande maestro nel campo pratico ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Il presente lavoro deriva dalla tesi di laurea che ebbi l'onore di discutere con il chiarissimo prof. Giovanni de' Vergottini, dell'Università di Bologna, al quale va oggi il mio deferente e grato pensiero. Nella ricerca e nello studio successivi, mi sono stati in ogni momento preziosi la guida, il consiglio e l'aiuto del prof. Guido Rossi dell'Università di Urbino, al quale desidero esprimere la mia profonda riconoscenza.

⁽²⁾ Cfr. A. CAMPITELLI, *Il « tractatus de cicatricibus » di Francesco Albergotti attribuito a Bartolo da Sassoferrato*, in *Annali di storia del diritto - Rassegna internazionale*, VIII (1964), pp. 269-288; P. LEGENDRE, *Une oeuvre fausement attribuée à Bartole*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 4^e série, XLII (1964), p. 704; D. MAFFEI, *Il « tractatus percussio-num » pseudo-bartoliano e la sua dipendenza da Odofredo*, in *Studi senesi*, LXXVIII [= III serie, XV] (1966), pp. 7-18, in cui si avanza pure una riserva sulle conclusioni del Legendre.

⁽³⁾ Cfr. D. MAFFEI, *Op. cit.*, p. 7.

È tuttavia senz'altro prematuro anticipare conclusioni, che solo una completa ed approfondita indagine potrà fornire nelle esatte dimensioni.

Anche nel caso del trattato qui in esame, il *tractatus de tabellionibus*, il problema è il medesimo: unico il testo, più di uno, anzi tre per la precisione, gli autori, ai quali esso viene attribuito. Due di essi sono tra i nomi più famosi della scienza giuridica del sec. XIV e cioè Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi, il terzo è un giurista minore di ambiente bolognese, vissuto tra la seconda metà del sec. XIV e la prima metà del sec. XV: Gozzadino de' Gozzadini ⁽⁴⁾.

Molte cose a proposito di questo trattato sono già note, essendo stato preso in esame già nel secolo scorso da parte di illustri storici, quali il Savigny ⁽⁵⁾ e lo Stintzing ⁽⁶⁾, che ne avevano respinta l'attribuzione a Bartolo. Anche in epoca recente non sono mancati da parte di studiosi quali il Van de Kamp ⁽⁷⁾, l'Era ⁽⁸⁾ ed il Feenstra ⁽⁹⁾ esami più o meno dettagliati dell'opera ed osservazioni. Tuttavia il problema principale riguardante questo testo, al quale si è qui sopra accennato, non risulterebbe finora individuato con esattezza.

Ho ritenuto opportuna la realizzazione di una edizione critica del testo del trattato, per il motivo che l'opera, quale ci è

⁽⁴⁾ Vedi, *infra*, pp. 41-46.

⁽⁵⁾ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, VI, rist. anast. Darmstadt 1961, p. 181 [= traduz. it. BOLLATI, vol. II, Torino 1857, p. 650], e, *infra*, p. 36.

⁽⁶⁾ Cfr. R. STINTZING, *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des 15. und im Anfange des 16. Jahrhunderts*. Leipzig 1867, pp. 302-303, e, *infra*, pp. 36-37.

⁽⁷⁾ Cfr. J.L.J. VAN DE KAMP, *Bartolo da Sassoferrato*, in *Studi Urbinati*, IX, (1935), p. 58 e, dello stesso, *Bartolus de Saxoferrato. 1313-1357*, Amsterdam 1936, p. 82, e, *infra*, p. 39.

⁽⁸⁾ Cfr. A. ERA, *Due trattati attribuiti a Bartolo: « De tabellionibus » e « Contrarietates juris civilis Romanorum et juris Langobardorum »*, in *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, II, Milano 1962, p. 217-223.

⁽⁹⁾ Cfr. R. FEENSTRA, *Bartole dans les Pays-Bas (anciens et modernes)*, in *Bartolo da Sassoferrato cit.*, I, Milano 1962, pp. 221-222 e p. 243.

conservata nella tradizione manoscritta e nelle edizioni, si presentava in più di un punto illeggibile, non certo perchè poco nota. Essa, al contrario, dovette essere largamente diffusa, come attestano le numerose edizioni e godere di una certa fortuna. Questa dovette, molto probabilmente, dipendere dal fatto di aver riunito, sia pure senza organicità e con notevoli lacune, alcune delle più importanti questioni riguardanti il tabellionato, questioni che si trovavano trattate, per lo più in modo sparso, nelle opere esegetiche di moltissimi giuristi ed anche nelle grandi *Summae dell'ars notariae* ⁽¹⁰⁾.

Nel predisporre la edizione critica del *tractatus de tabellionibus*, ho utilizzato tutti i manoscritti, a me noti, del trattato ⁽¹¹⁾.

Come manoscritto-base della edizione ho ritenuto bene di scegliere il Vat. lat. 2660, in quanto più degli altri rispondente ad alcuni fondamentali requisiti. Pur essendo infatti tutti i manoscritti all'incirca dello stesso periodo, il Vat. lat. 2660 è superiore agli altri per completezza e correttezza ⁽¹²⁾, che lo rendono l'unico atto ad essere utilizzato a tale scopo ⁽¹³⁾.

È stata altresì utilizzata la prima edizione a stampa del trattato stesso e cioè *Romae, in domo Antonii et Raphaelis de Vulterris*, 1473/74 - (*R*₂ nella edizione critica) mentre sono state invece trascurate le edizioni cinquecentine perchè troppo scorrette.

Nell'apparato bibliografico sono stati riportati, dove possibile, tutti i singoli passi delle opere dei giuristi citati, e ciò talora con una certa generosità, quando si trattava di opere, di note-

⁽¹⁰⁾ Forse soltanto nel *Prohemium* dell'*Ars notarie* di Salatiello si trovano riunite un certo numero di *quaestiones* relative al tabellionato, nettamente separate dal resto dell'opera (Cfr. SALATIELE, *Ars notarie* a cura di G. ORLANDELLI, I, Milano 1961, pp. 3-18).

⁽¹¹⁾ V. la descrizione dei singoli MSS, *infra*, pp. 7-16.

⁽¹²⁾ Per questi caratteri del Vat. lat. 2660, v. *infra*, pp. 44-46.

⁽¹³⁾ È sufficiente pensare alla lacuna incolmabile, che si riscontra in tutti gli altri MSS nella I *quaestio*, per rendersi conto della inidoneità di quelli ad essere utilizzati come manoscritto-base. V. *infra*, pp. 28-30.

vole importanza, frequentemente citate, ma tuttora esistenti solo manoscritte, come la *Lectura super Digesto Veteri* di Guglielmo da Cunio ⁽¹⁴⁾ o in edizioni estremamente rare, come il Commentario all'*Authenticum* di Jacopo da Belviso (del quale esiste la sola edizione Lugduni 1511). Ciò è stato fatto soprattutto per mettere in risalto il carattere di opera di compilazione del trattato ⁽¹⁵⁾ e, comunque, per usare le parole dell'editore dell'*Ars notariatus*, Francoforti 1539, « *non ad ostentationem hoc quidem, ut aliquando fit, sed fidem maiorem, inde etiam ut amplius investigandi ansam, si qui vellent, habeant...* ».

⁽¹⁴⁾ Tra le varie forme in cui il nome si trova scritto (cfr. SAVIGNY, *Op. cit.*, VI. p. 34, n. a) ho scelto, per la edizione critica, quella di *Guilielmus de Cunio*, che ho trovato più di frequente negli *incipit* e negli *explicit* dei tre manoscritti della *Lectura super Digesto Veteri*, che ho veduto, MS Lucca 373 (Bibl. Capitolare Feliniana), MS Forlì VII/1 (Bibl. Comunale), MS Wien 2257 (Österreichische Nationalbibliothek). Per la trascrizione dei passi della *Lectura* di Guglielmo da Cunio, riportati nell'apparato della edizione critica, ho utilizzato il MS Lucca 373, che mi è parso più leggibile, e forse più corretto degli altri. Ciò non significa ovviamente che questo manoscritto sia in tutto più corretto degli altri, giudizio che presupporrebbe uno studio accurato di tutti i manoscritti. Anche il MS Lucca, tuttavia, presenta alcuni passi di non facile lettura (v., *infra*, p. 63).

⁽¹⁵⁾ V. *infra*, p. 52.

I MANOSCRITTI

BIBLIOTECA APOSTOLICA VATICANA	<i>Vat. lat. 2660,</i> fol. 79r-83r	sec. XV	fol. 79r: 'tractatus de tabellionibus editum (!) per dominum goz<edinum> de goz<edinis>'.
	<i>Vat. lat. 2289,</i> fol. 75v-78r	sec. XV	fol. 78r — alla fine del trattato — 'bar.'
	<i>Vat. lat. 10726,</i> fol. 203r-206v	sec. XV	fol. 206v: 'explicit tractatus de tabellionibus secundum dominum baldum de perusio'.
	<i>Ross. 1058,</i> fol. 92r-95r	sec. XV	fol. 92r: 'tractatus de tabellionibus per bartolum. Plerique tamen contradicunt cum eius non servetur stilus et bartolus allegatur hic'.
	<i>Ross. 1061,</i> fol. 182v-185v (nuova numerazione)	sec. XV	fol. 185v: 'explicit tractatus de tabellionibus per famosissimum utriusque juris doctorem dominum baldum de perusio. deo gratias amen et cet.'
FOLIGNO: BIBLIOTECA DEL SEMINARIO VESCOVILE	<i>Ms. A-VI-17,</i> fol. 105r-111v	sec. XV	f. 105r: 'incipit tractatus de tabellionibus per dominum Baldum de perusio'.
EL ESCORIAL: BIBLIOTECA	<i>Ms. d-II-7,</i> fol. 277v-282r	sec. XV	f. 282r: 'explicit tractatus de tabellionibus edictus per famosissimum utriusque juris doctorem dominum Baldum de perusio. deo gratias'.
SAINT-OMER: BIBLIOTHÈQUE DE LA VILLE	<i>Ms. 539,</i> fol. 168v-173v	sec. XV	f. 173v: 'explicit tractatus de tabellionibus editus per famosissimum utriusque juris doctorem dominum Baldum de Perusio'.
LEIPZIG: UNIVERSITÄTS- BIBLIOTHEK	<i>Ms. 942,</i> fol. 13r-28r	sec. XV	f. 13r: 'incipit tractatus de tabellionibus per dominum Bartolum compilatus'.

BIBLIOTECA APOSTOLICA VATICANA:

Vat. lat. 2660 (V) ()*

Codice cartaceo miscellaneo del sec. XV. Il *tractatus de tabellionibus* si trova da fol. 79r a fol. 83r ed è indicato come opera di Gozzadino de' Gozzadini, tanto nell'*incipit* ⁽¹⁾ quanto nell'indice che si trova all'inizio del codice ⁽²⁾. Ad esso segue un *tractatus excussionis* pure indicato come opera dello stesso ⁽³⁾.

In un foglio bianco per metà lacerato, alla fine del codice, si legge la seguente nota: 'Ex cassa. I. Die vicesima septima octobris anno XXXV° Dominus Arsenius Monachus concessit hoc volumen Magistro Andree medico Domini Nostri'. La nota consente di datare il codice con sicurezza pressochè assoluta e la datazione del codice si rivela elemento di importanza determinante al fine di identificare il Gozzadino de' Gozzadini, indicato come autore del trattato ⁽⁴⁾. A parte infatti gli elementi grafici caratteristici di un codice quattrocentesco, la conferma che l'anno XXXV° sia il 1435 viene dal trovare citato il nome di *Magister Andreas, medicus D.N.* Si tratta senza dubbio di Andrea da Palazago, «Arcidiacono di Torino, Medico e Cameriere di Eugenio IV», al quale il pontefice conferì in varie circostanze anche importanti incarichi politici ⁽⁵⁾. Nei documenti

(*) Tra () sono le sigle con cui i Mss. vengono indicati nella edizione critica.

(1) fol. 79r.: 'Tractatus de tabellionibus editum per dominum gozedinum de gozedinis'.

(2) fol. IIIv, in fondo: 'Trattatus de tabellionibus editus per dominum gozedinum de gozedinis de bononia, juris utriusque doctorem multum pulchre et utiliter'.

(3) fol. 83r: 'Tractatus excussionis editus per dominum gozedinum de gozedinis'. Così pure nell'indice (fol. IVr, in alto): 'Trattatus excussionis editus per dominum gozedinum predictum multum utiliter'.

(4) V., *infra*, p. 41, n. 23.

(5) Cfr. G. MARINI, *Degli Archiatri pontifici*, I, Roma 1784, p. 137.

lo si trova indicato come *Magister Andreas de Palazago* ⁽⁶⁾, oppure semplicemente, come nel nostro caso, come *Magister Andreas, D.N. Medicus* ⁽⁷⁾. Meno sicura, anche se assai probabile, l'identificazione dell'*Arsenius monachus*, che troviamo citato nella stessa nota. Potrebbe infatti trattarsi dello stesso monaco Arsenio, che nel 1434 fu vicino ad Eugenio IV° in un frangente assai burrascoso del suo pontificato, come attesta una cronaca romana del tempo ⁽⁸⁾ e come riportano anche taluni autori ⁽⁹⁾.

—: *Vat. lat. 2289 (V₁)*

Codice cartaceo miscellaneo del sec. XV. Il *tractatus de tabellionibus* si trova da fol. 75v a fol. 78r ed è indicato come opera di Bartolo (alla fine del trattato si legge la sigla *bar.*). Scrittura su due colonne. Precede un indice, assai tardo ('*Bartholi operum quae in hoc codice continentur index*'). Il codice

⁽⁶⁾ V. i brevi di Eugenio IV° del 1435, pubblicati dal MARINI, *Op. cit.*, II [Appendice di documenti], Roma 1784, p. 123, nu. XLIV.

⁽⁷⁾ V. la lettera, non datata, ma ritenuta dal Marini del 1436, o degli inizi del 1437 e pubblicata dallo stesso, *Op. cit.*, II [Appendice di documenti], Roma 1784, p. 128, nu. XLVI, nella quale, sulla metà circa, si legge: 'Ad exequutionem reliquiarum tuorum laborum et conclusionum factarum cum Ambasciatoribus Christianissimis Regis Franciae, et Regis Renati, deputatus est Magister Andreas, Sanctissimi Domini Nostri Medicus'.

⁽⁸⁾ Cfr. S. INFESSURA, *Diario della città di Roma*, a cura di O. TOMMASINI, Roma 1890 [= *Fonti della Storia d'Italia, pubblicate dall'Istituto Storico Italiano*], p. 32: 'Dell'anno 1434 a dì 20 di majo fo levato lo Stato di mano a papa Eugenio IV° per la libertà di Roma et per questa cascione se partì papa Eugenio, et per paura lassao ogni cosa et vestiose a modo de uno fraticello in Trestevere, et poi se misse in una barchetta esso et frate Arsenio ...'.

⁽⁹⁾ Cfr. B. PLATINA, *Historia de vitis Pontificum Romanorum a D.N. Jesu Christo usque ad Paulum II*, Coloniae Ubiorum 1593, p. 906, circa medium e A. CACCONIUS, *Vitae et res gestae Pontificum Romanorum et S.R.E. Cardinalium ab initio nascentis Ecclesiae usque ad Clementem IX P.O.M.* ab A. OLDENUS S.J. *recognitae*, t. II, Romae 1677, col. 870 in cui si parla di un *Arsenius Monachus Santi Pauli*. Di un *Arsinius monachus* esiste nell'Archivio di Stato di Siena (*Concistoro*, lett. ad ann.) una lettera del 23 febbraio 1447 citata dal Pastor (Cfr. L. PASTOR, *Storia dei Papi dalla fine del Medio Evo*, traduz. it. ANG. MERCATI, I, Roma 1931, p. 824 in nota).

contiene, in notevole numero, *quaestiones e tractatus* di Bartolo. È quasi tutto della stessa mano; alla mano tarda, cui si deve l'indice, sono probabilmente da attribuire i titoli dei vari trattati. Il testo è piuttosto scorretto ed in più punti lacunoso.

Il manoscritto è segnalato dal Van de Kamp ⁽¹⁰⁾.

—: *Vat. lat. 10726 (V₂)*

Codice cartaceo miscelaneo del sec. XV ⁽¹¹⁾. Il *tractatus de tabellionibus* si trova da fol. 203r al 206v, ed è indicato come opera di Baldo (f. 206v: 'explicit tractatus de tabellionibus secundum dominum baldum de perusio'). Il fol. 203r (nel margine destro ed in quello inferiore) ed il fol. 203v (nel margine sinistro ed in quello inferiore) contengono alcune *quaestiones* aggiunte ('Adde ad predictum tractatum aliquas questiones..'), di mano diversa. Una di tali *quaestiones* aggiunte (precisamente l'ultima del fol. 203r, nel margine inferiore) reca alla fine la sigla *Jaco < bus > de are < na >*. Ritengo che tali *quaestiones*, pur non sembrandomi, dopo un sommario esame, di particolare interesse, meritino, proprio in virtù del nome di Jacopo da Arena, una ricerca specifica ed una separata considerazione, cosa che mi riprometto di fare in seguito, e pertanto esse non figurano nell'apparato dell'edizione critica. Alla fine del trattato, seguono altre *additiones*, della stessa mano riguardanti il tabellionato (al fol. 206 v: 'Adde ad predicta quod tabellio, qui ad requisitionem...'). Il testo del trattato non è dei più scorretti, anche se, qua e là, lacunoso. Vi sono infine da segnalare due *additiones* marginali al testo, della stessa mano del trattato, e precisamente, una alla *VI quaestio* (la *quaestio XXII* del Vat. lat. 2660), l'altra alla *XIII quaestio*.

⁽¹⁰⁾ Cfr. J.L.J. VAN DE KAMP, *Op. cit.*, loc. cit.

⁽¹¹⁾ Il Catalogo nella Bibl. Vaticana segnala le date 1442 e 1443. Per questo e per la dettagliata descrizione del Vat. lat. 10726, vedi *Bibliothecae Apostolicae Vaticanae Codices manu scripti..... Codices Vaticani latini, Codices 10701-10875*, rec. J.B. BORINO, in Biblioteca Vaticana, 1947, p. 114.

—: Ross. 1058 (R)

Codice cartaceo miscellaneo della metà del sec. XV ⁽¹²⁾. Scrittura su due colonne. Si tratta di un bellissimo codice (‘*plerumque optime scriptus et rubricatus*’ dice il catalogo manoscritto della Biblioteca Rossiana), proveniente dalla biblioteca del Card. Firmani. Nell’indice del codice (fol. IIIr) si legge: ‘*Tractatus de tabellionibus per Bartolum compositus*’. Il trattato si trova da fol. 92r a fol. 95r. Di grandissimo interesse è quanto si legge all’inizio del trattato (fol. 92r): ‘*Tractatus de tabellionibus per bartolum. Plerique tamen contradicunt, cum eius non servetur stilus et bartolus allegatur hic*’. Ciò infatti costituisce una prova « positiva » (forse la più antica) che, intorno alla metà del sec. XV, l’attribuzione del trattato a Bartolo (attribuzione forse corrente?) era respinta. Nè di minor interesse sono i motivi, in base ai quali tale attribuzione viene contrastata e cioè la considerazione dello *stilus* — che sembrerebbe anticipare lo scrupolo critico di Giason del Majno ⁽¹³⁾ — ed il riferimento alle citazioni dello stesso Bartolo ⁽¹⁴⁾. L’inizio di ogni *quaestio* del trattato è indicato da rubriche, poste in margine. Vi sono inoltre alcune note marginali, della stessa mano, una delle quali è da segnalare (fol. 92r, col. 1): ‘*Ego semel creatus sum notarius a domino octaviano de monte florum, qui licet non possit ostendere privilegium, consuetudo tamen vetus probat quod iugiter creavit notarios, et similiter confres (?) pater eius, sed vide in sequenti questione de hac consuetudine*’ ⁽¹⁵⁾. Infine, nel

⁽¹²⁾ Il catalogo manoscritto della Biblioteca Rossiana segnala le date 1440 e 1454.

⁽¹³⁾ Cfr. JASON MAYNI, *In secundam Digesti Novi commentaria*, lib. XLV, tit. *De verborum obligationibus* (I), 1 *Quidam cum filium* (CXXXII), circa finem [ed. Venetiis 1590, f. 164^r, col. 1, nu 40] — a proposito di alcune *repetitiones* — ‘... sunt insertae aliquae repetitiones quae attribuuntur Bartolo et tamen non sunt Bartoli et ab eius stilo et ordine multum deviant...’. V. anche il passo di Alessandro Tartagni, *infra*, p. 72, n. 29.

⁽¹⁴⁾ È appunto in base a questo elemento che il SAVIGNY (*Op. cit.*, loc. cit.) metterà in dubbio l’attribuzione del trattato a Bartolo. V., *infra*, p. 36, n. 3.

⁽¹⁵⁾ V., *infra*, p. 88, n. cu.

testo del trattato (e precisamente nella *quaestio* 'Utrum tabellio propter delictum perdat officium') risulta inserito un passo, che non figura negli altri manoscritti, nè nelle edizioni: è il passo che inizia con la parole 'Jacobus Butrigarius ibi (C. 2, 4, 42) concludit...' ⁽¹⁶⁾. Dall'esame del commento di Jacopo Buttrigari al Codice ⁽¹⁷⁾ si è potuto rilevare come il passo inserito nel testo, altro non sia che il commento del Buttrigari stesso, parzialmente variato. Ora la presenza di questi elementi (il riferimento alla contrastata attribuzione del trattato a Bartolo, la nota marginale riguardante la nomina a notaio del presunto annotatore, o trascrittore, del trattato e l'inserimento nel testo di un passo, evidentemente derivato dal commento al Codice di Jacopo Buttrigari) e la relativa correttezza del manoscritto, legittimano la supposizione che il testo sia stato trascritto o sia appartenuto a persona certo non estranea al mondo della scienza giuridica del tempo.

Il manoscritto è segnalato dal Van de Kamp ⁽¹⁸⁾.

—: Ross. 1061 (*R*₁)

Codice cartaceo miscellaneo del sec. XV ⁽¹⁹⁾, proveniente, come il Ross. 1058, dalla biblioteca del Card. Firmani. Scrittura su due colonne. Il *tractatus de tabellionibus* si trova da fol. 182v a fol. 185v (nuova numerazione) ⁽²⁰⁾ ed è indicato

⁽¹⁶⁾ V. il passo, *infra*, p. 146, n. ai.

⁽¹⁷⁾ Cfr. JACOBUS BUTRIGARIUS, *Lectura super Codice, Super secundo libro Codicis* (II), tit. *De transactionibus* (IV), l. *Si ex falsis* (XLII), ante finem (ed. Parisii 1516, f. 60v, col. 1, circa medium].

⁽¹⁸⁾ Cfr. J.L.J. VAN DE KAMP, *Op. cit.*, loc. cit.

⁽¹⁹⁾ Il catalogo manoscritto della Biblioteca Rossiana segnala le date 1429, 1441 e 1444.

⁽²⁰⁾ Si tratta dello stesso manoscritto, che il Van de Kamp, su segnalazione del Guizard, indica nel modo seguente: Ross. lat. 1061, fol. 85-87^v (cfr. J.L.J. VAN DE KAMP, *Op. cit.*, loc. cit.). Effettivamente il Ross. 1061 risultava, fino a poco tempo fa, composto di due parti, aventi ciascuna una propria numerazione ed il *tractatus de tabellionibus* si trovava da fol. 84^v (non fol. 85, come erroneamente indicato dal Van de Kamp) a fol. 87^v della seconda parte. Allo scopo di eliminare una possibile fonte di equivoci, si è provveduto, in epoca recente, a dare all'intero

come opera di Baldo (f. 185v: 'explicit tractatus de tabellionibus editus per famosissimum utriusque juris doctorem dominum baldum de perusio. deo gratias, amen et cet. '. Al fol. 2r, in fondo all'indice della seconda parte del codice, si legge: 'tractatus de tabellionibus per dominum Bartolum a fo. 84 '. Peraltro la parola 'Bartolum' rivela evidenti tracce di una successiva correzione in 'Bal. ' (Baldo è infatti l'autore indicato nell'*explicit*). Il codice contiene, tra l'altro, diversi *consilia*, *quaestiones* e *tractatus*, parecchi dei quali di Bartolo. Il manoscritto, di scrittura assai chiara, è peraltro uno dei più scorretti, e nel testo (es.: 'recordari': 'rector dari'; 'munus': 'minus') e nelle citazioni.

FOLIGNO: Biblioteca del Seminario Vescovile, ms. A-VI-17 (F)

Codice cartaceo miscellaneo dei sec. XV-XVI ⁽²¹⁾. Il *tractatus de tabellionibus* si trova da fol. 105r a fol. 111v e nell'*incipit*, viene indicato come opera di Baldo (fol. 105r: 'Incipit tractatus de tabellionibus per dominum Baldum de perusio '). Il manoscritto è mutilo: esso arriva infatti solo fino a circa metà della *quaestio* ' Si tabellio excommunicatus vel infamis stetit in possessione tabellionatus, an valent instrumenta per eum facta ' e precisamente fino alle parole '... sed in questione nostra fuit peccatum...' ⁽²²⁾. La parte finale del trattato e quella iniziale della successiva raccolta di *consilia* di autori diversi (tra i quali Bartolo e Baldo) dovevano trovarsi in un gruppo di 16 fogli, che risultano mancanti tra il fol. 111v e 112r della attuale numerazione. Ciò risulta infatti chiaramente dall'esame delle antiche numerazioni. Due di queste (che sono ben tre, oltre a

codice un'unica numerazione, grazie all'interessamento del Prof. Augusto Campana, al quale esprimo il mio ringraziamento, anche per le molte altre preziose informazioni.

⁽²¹⁾ Per la completa descrizione del codice, cfr. G. MAZZATINTI - A. SORBELLI, *Inventari dei manoscritti delle biblioteche d'Italia*, vol. XLI (*Biblioteca Jacobilli di Foligno*, a cura di D.M. FALOCI PULIGNANI), Firenze 1930, p. 59

⁽²²⁾ V., *infra*, p. 144, n. ax.

quella attuale, sui fogli del *tractatus de tabellionibus*), proseguono nella successiva raccolta di *consilia*, attestando ambedue la mancanza di 16 fogli, dei quali rimangono soltanto monconi. Il manoscritto pervenne al Seminario di Foligno, insieme con moltissimi altri manoscritti di vario argomento, per donazione di mons. Ludovico Jacobilli (1598-1664). Dei libri appartenuti al prelato esiste, nella stessa Biblioteca, un inventario autografo ⁽²³⁾, ma in esso purtroppo non ho trovato un riferimento preciso al *tractatus de tabellionibus*. Così pure dicasi di un altro inventario, in gran parte di mano dello stesso Jacobilli, in cui troviamo solo una indicazione molto generica ⁽²⁴⁾. Più interessante è forse ricordare come lo stesso Jacobilli, in una sua opera importante, indichi tra le opere di Baldo un *De tabellionibus* ⁽²⁵⁾, mentre nell'elenco delle opere di Bartolo non figura un'opera con questo titolo ⁽²⁶⁾. Il codice fu inviato a Perugia nel 1900 in occasione delle celebrazioni del V° Centenario della morte di Baldo.

Il manoscritto, nel complesso abbastanza corretto, è segnalato dal Fiumi ⁽²⁷⁾.

EL ESCORIAL: Biblioteca, ms. d-II-7 (E)

Codice cartaceo miscellaneo del sec. XV ⁽²⁸⁾. Il *tractatus de tabellionibus* si trova da fol. 277v a fol. 282r e nell'*explicit*

⁽²³⁾ Ms. A-VIII-21: L. JACOBILLI, *Inventario dei libri di me Ludovico Jacobilli che tengo in casa mia, fatto di febbraio 1654 con l'aggiunta del 1657*.

⁽²⁴⁾ Ms. C-V-13: *Inventario dei libri del Seminario di Foligno fatto di marzo et april 1662*. A fol. 19^v si legge: 'Diversi trattati di legge per alfabeto manoscritti del sig. Vincenzo Jacobilli tomi 24, dodeci de' quali sono più grandi dell'altri'.

⁽²⁵⁾ Cfr. L. JACOBILLI, *Bibliotheca Umbriae sive de scriptoribus Provinciae Umbriae, Fulginae* 1658, p. 60.

⁽²⁶⁾ Cfr. L. JACOBILLI, *Bibliotheca Umbriae* cit., pp. 64-66.

⁽²⁷⁾ Cfr. F. FIUMI, *Alcune ricerche sui manoscritti delle opere di Baldo degli Ubaldi nelle principali biblioteche d'Italia*, in *L'opera di Baldo, a cura della Univ. di Perugia nel V Centenario della morte...*, Perugia 1901, p. 399.

⁽²⁸⁾ Per la descrizione dettagliata del codice, cfr. G. ANTOLÍN, *Catálogo de los Códices latinos de la Real Biblioteca del Escorial*, I, Madrid 1910, p. 424.

viene indicato come opera di Baldo (fol. 282r: 'explicit tractatus de tabellionibus edictus per famosissimum utriusque juris doctorem dominum Baldum de perusio. Deo gratias'). Nel margine sinistro del fol. 277v, in corrispondenza dell'inizio del trattato, una mano diversa ha segnato: 'Tractatus optimus de tabellionibus per Baldum'. Alcuni piccoli errori caratteristici lo farebbero avvicinare al Ross. 1061, del quale peraltro è più corretto.

Il manoscritto, che ho visto in microfilm, è segnalato dal Paradisi (²⁹).

SAINT-OMER: Bibliothèque de la Ville, ms. 539 (S).

Codice cartaceo miscellaneo del sec. XV (³⁰). Il tractatus de tabellionibus si trova da fol. 168v a fol. 173v e nell'explicit viene indicato come opera di Baldo (f. 173v: 'explicit tractatus de tabellionibus editus per famosissimum utriusque juris doctorem dominum Baldum de Perusio'. Parecchie note marginali di altra mano. Non molto corretto e con alcune lacune.

Il manoscritto, che ho visto in microfilm, è segnalato dal Feenstra (³¹).

LEIPZIG: Universitätsbibliothek, ms. 942 (L).

Codice cartaceo miscellaneo della seconda metà del secolo XV (³²). Il *Tractatus de tabellionibus* si trova da fol. 13r a fol. 28r e nell'incipit viene indicato come opera di Bartolo (fol.

(²⁹) Cfr. B. PARADISI, *La diffusione europea del pensiero di Bartolo*, in *Bartolo da Sassoferrato*, I, cit., p. 444.

(³⁰) Per la descrizione dettagliata del codice cfr. *Catalogue Général des manuscrits des bibliothèques publiques des Départements*, Paris 1861, t. III, p. 240.

(³¹) Cfr. R. FEENSTRA, *Op. cit.*, in *Bartolo da Sassoferrato*, I, cit., p. 243. Il Feenstra segnala per il codice 539 le date 1431, 1432 e 1435.

(³²) Per la descrizione dettagliata del codice, cfr. R. HELSSIG, *Katalog der Handschriften der Universitätsbibliothek zu Leipzig. Die lateinischen und deutschen Handschriften*, III (*Die juristischen Handschriften*), Leipzig 1905, p. 73. Il codice contiene, tra l'altro, anche uno *Silvus Romane Curie instrumentacionis*, nel quale un *instrumentum* reca la data 1468.

13r: 'incipit tractatus de tabellionibus per dominum Bartolum compilatus'). È il manoscritto più tardo di quelli presi in esame. Da segnalare il fatto che il testo è pressochè identico a quello delle edizioni incunabole, delle quali è forse contemporaneo. Mentre nei passi oscuri del testo, non è più chiaro degli altri manoscritti, il manoscritto presenta nel complesso una certa precisione nelle citazioni (alcune lacune, che si riscontrano negli altri manoscritti, si trovano qui colmate correttamente), pur incorrendo anch'esso in qualche errore piuttosto grossolano (nella *XIII quaestio*, la citazione seguente '... l. quicquid de verborum obligationibus, in 3° responso, secundum unam lecturam et ibi notatur per Bartolum...' viene così spezzata: '... l. quitquid astringende, de verborum obligationibus. Tercio respondeo secundum lecturam Bartoli...' con conseguente alterazione di tutto il passo seguente).

Il manoscritto, che ho visto in microfilm, oltre che dal Van de Kamp ⁽³³⁾, è segnalato dal Casamassima ⁽³⁴⁾.

Inesatta deve ritenersi la segnalazione di un manoscritto fatta dal Vermiglioli ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Cfr. J.L.J. VAN DE KAMP, *Op. cit.*, loc. cit.

⁽³⁴⁾ Cfr. E. CASAMASSIMA, *Note sui manoscritti di Bartolo nelle Biblioteche tedesche*, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 79 Bd. (Weimar 1962), p. 222, nu. 64.

⁽³⁵⁾ Cfr. G.B. VERMICLIOLI, *Biografia degli scrittori perugini*, tom. I, Perugia 1829, p. 35. Dice testualmente il Vermiglioli che 'un testo a penna era tra i codici di S. Michele in Murano'. In realtà nella biblioteca del Monastero di S. Michele presso Murano, in seguito dispersa, si trovava una edizione incunabola del trattato e non 'un testo a penna', cioè un manoscritto, come risulta dal catalogo dei manoscritti e dei libri stampati nel sec. XV, di quella Biblioteca, compilato dal Mittarelli (cfr. J.B. MITTARELLI, *Bibliotheca codicum manuscriptorum monasterii S. Michelis Venetiarum prope Murianum ...*, *Appendix librorum seculi XV*, Venetiis 1779, col. 49 e col. 163). Tale incunabolo si trovava, per la precisione, in uno dei volumi miscellanei (*Miscellanea IV*), in cui erano stati raccolti diversi opuscoli stampati nel sec. XV. Oggi non se ne ha più notizia. Potrebbe forse essere lo stesso esemplare oggi conservato nella Biblioteca del Museo Civico Correr di Venezia (Segn. G. 16-17)? (V., *infra*, p. 18, n. 20).

LE EDIZIONI

Il *tractatus de tabellionibus* fu più volte stampato nel corso dei secoli XV° e XVI°. È tuttavia necessario rilevare che, se nel corso del sec. XV° il trattato fu sempre stampato come opera di Bartolo, o da solo ⁽¹⁾ o in piccole raccolte di trattati giuridici ⁽²⁾, nel corso del sec. XVI° invece, esso fu stampato non solo come opera di Bartolo ⁽³⁾, ma altresì come opera anonima ⁽⁴⁾ e come opera di Baldo ⁽⁵⁾.

Il seguente prospetto delle edizioni e del loro susseguirsi nel corso del sec. XVI°, sebbene lungi dall'essere completo, può risultare di qualche utilità per alcune considerazioni.

Il *tractatus de tabellionibus* nel corso del sec. XVI° si trova così stampato:

a) come opera di Bartolo	b) come opera anonima	c) come opera di Baldo
Venetiis 1502 ⁽⁶⁾	Francoforti 1539 ⁽⁹⁾	Venetiis 1546 ⁽¹²⁾
Hagenau 1505.1506 ⁽⁷⁾	Venetiis 1557-59 ⁽¹⁰⁾	Lugduni 1549 ⁽¹³⁾
Roma c. 1510 ⁽⁸⁾	Venetiis 1567 ⁽¹¹⁾	Venetiis 1574 ⁽¹⁴⁾
	Venetiis 1571 ⁽¹¹⁾	Venetiis 1583 ⁽¹⁵⁾
		Venetiis 1584 ⁽¹⁶⁾

⁽¹⁾ V., *infra*, p. 18.

⁽²⁾ V., *infra*, pp. 19-23.

⁽³⁾ V., *infra*, p. 20, n. 23 e pp. 22-23.

⁽⁴⁾ V., *infra*, pp. 23-25.

⁽⁵⁾ V., *infra*, pp. 25-27.

⁽⁶⁾ V., *infra*, p. 20, n. 23.

⁽⁷⁾ V., *infra*, p. 22 e n. 27.

⁽⁸⁾ V., *infra*, p. 23 e n. 30.

⁽⁹⁾ V., *infra*, p. 23.

⁽¹⁰⁾ V., *infra*, p. 23 e n. 32.

⁽¹¹⁾ V., *infra*, p. 23.

⁽¹²⁾ V., *infra*, p. 25 e n. 41.

⁽¹³⁾ V., *infra*, p. 26.

⁽¹⁴⁾ V., *infra*, p. 26.

⁽¹⁵⁾ V., *infra*, p. 26.

⁽¹⁶⁾ V., *infra*, p. 26

Non si può fare a meno di rilevare due fatti. Anzitutto che il periodo compreso fra il 1510 circa ed il 1539, durante il quale non si sarebbero avute edizioni del trattato (salvo che ulteriori ricerche non dimostrino il contrario), appare stranamente lungo per un'opera, le cui edizioni si erano susseguite fino a quel momento con una certa frequenza e questo fatto deve, con molta probabilità, essere messo in relazione con il definitivo abbandono della attribuzione a Bartolo.

L'altra è che proprio in quella stessa Venezia in cui il trattato veniva stampato, come opera di Baldo, per la prima volta nel 1546 ⁽¹⁷⁾, si ebbero negli anni seguenti anche edizioni dell'*Ars notariatus*, in cui il trattato vi figurava come opera di anonimo.

EDIZIONI INCUNABOLE:

Il *Tractatus de tabellionibus* si trova stampato da solo nelle seguenti edizioni ⁽¹⁸⁾:

Romae, in domo Antonii et Raphaelis de Vulterris - c. 1473/74 ⁽¹⁹⁾	H. 2632 - GW 3659 - BMC IV 48 (IA 17701)
Romae, Johann Bulle - c. 1479	GW 3660
Romae, George Herolt - c. 1482/83	CR 905 - GW 3661 - IGI 1397
Romae, Eucharius Silber - c. 1485	GW 3662
Romae, Stephan Planck - c. 1487/88	H. 2633 - GW 3663 - BMC IV 88 (IA 18784) - IGI 1398 ⁽²⁰⁾

⁽¹⁷⁾ V., *infra*, p. 25 e n. 41.

⁽¹⁸⁾ Sono le cinque edizioni speciali, di cui parla il VAN DE KAMP (*Op. cit.*, loc. cit.).

⁽¹⁹⁾ Per i nomi degli stampatori ed anno di stampa, cfr. *Gesamtkatalog der Wiegendrucke*, III, Leipzig 1928, col. 544-545.

⁽²⁰⁾ Mi viene segnalato che l'esemplare conservato nella Biblioteca del Museo Civico Correr di Venezia, reca alla fine la seguente nota: 'Finitus et impressus est presens tractatulus Romae per magistrum Steffanum Planck de Patavia, anno MCCCCLXXXVI die vero lunae sextadecima mensis Januarii'.

Vengono segnalate anche altre edizioni, in cui il trattato sarebbe stato stampato da solo, ma sulla esattezza di tali dati vi è forse motivo di dubitare ⁽²¹⁾.

Il *tractatus de tabellionibus* venne anche stampato in alcune raccolte di trattati giuridici di autori vari. Fra le raccolte più antiche si ricordano quella indicata con il nome di *Liber plurimorum tractatum*, di cui esistono parecchie edizioni ⁽²²⁾, la raccolta, che inizia con la *Summa super titulos Decretalium* di Goffredo di Trani (Venetiis 1491) e quella, che inizia con il *Defensorium juris* di Giovanni monaco (Bononiae 1499). Il materiale di tali raccolte è in gran parte lo stesso; infatti i trat-

⁽²¹⁾ Il BESTA, (Cfr. E. BESTA, *Fonti: Legislazione e scienza giuridica dalla caduta dell'Impero Romano al secolo decimoquinto*, Milano 1923-1925 [= *Storia del diritto italiano pubblicata sotto la direzione di P. DEL GIUDICE*], p. 852, n. 2) cita tra le edizioni 'a parte' del *tractatus de tabellionibus* di Bartolo quella '1496 s. l.' e successivamente (*Op. cit.*, p. 854, n. 1) quelle 'Torino 1471, Bologna 1478, s.l. 1480, Venezia 1483 e 1485, Vicenza 1485 e 1490, Venezia 1492, s.l. 1496 [ritengo la stessa di cui a p. 852, n. 2], Lione 1506, Torino 1506 e 1550, Lione 1541, Venezia 1546, Lione 1559 e 1565, Venezia 1583'. Tali indicazioni mi lasciano piuttosto perplesso. Per quanto riguarda infatti gli incunaboli non sono stato in grado di trovare citata alcuna delle edizioni sopra riportate nei maggiori cataloghi e repertori di edizioni incunabile (così HAIN-COPINGER, *Gesamtkatalog der Wiegendrucke*, BMC, IGI, Goff), e pertanto non rimarrebbe altro che supporre che i dati di quelle edizioni siano stati tratti da antichi annali bibliografici, che non ho veduto. Per quanto riguarda invece le edizioni post-incunabile e cinquecentine, esprimo un dubbio, che nasce in me dal veder citate in quell'elenco le edizioni 'Venezia 1546' e 'Venezia 1583'. Non credo infatti che il *tractatus de tabellionibus*, come opera di Bartolo, sia stato stampato a Venezia in tali anni. Vi fu stampato invece come opera di Baldo (nella *Summa totius artis notariae* di Rolandino, v. *infra*, pp. 25-26). Ciò potrebbe legittimare la supposizione che il Besta si fosse reso conto che si trattava sempre del medesimo testo. La circostanza sembrerebbe tuttavia smentita dal fatto che egli elenca separatamente un *De tabellionibus* anche tra le opere di Baldo di cui cita peraltro la sola edizione Venetiis 1584 nel T.U.I.).

⁽²²⁾ Cfr. R. STINTZING, *Op. cit.*, p. 479 e sgg.

tati della raccolta veneziana e di quella bolognese sono quasi tutti presenti nel *Liber plurimorum tractatum*.

<i>Liber plurimorum tractatum</i>	Ed. Venetiis 1491 ⁽²³⁾	Ed. Bononiae 1499
[H. 11488] [BMC IB 8569]	[H. 15601 - IGI 4346]	[H. 9392-BMCIC29186] [IGI 5254]
<i>Modus legendi abbreviaturas in utroque jure</i>	GOFFREDUS DE TRANO: <i>Summa super titulos Decretalium</i>	
.		
JOHANNES MONACHUS: <i>Defensorium juris</i>	JOHANNES MONACHUS: <i>Defensorium juris</i>	JOHANNES MONACHUS: <i>Defensorium juris</i>
INNOCENTIUS IV: <i>Tractatus exceptionum</i>	INNOCENTIUS IV: <i>Tractatus exceptionum</i>	
DYNUS DE MUGILO: <i>Tractatus prescriptionum</i>	DYNUS DE MUGELLO: <i>Tractatus prescriptionum</i>	DYNUS DE MUGILLO: <i>Tractatus prescriptionum</i>
PETRUS JACOBUS DE MONTE PESSELANO: <i>Tractatus de arbitris et arbitratoribus</i>	PETRUS JACOBUS DE MONTE PESSELANO: <i>Tractatus de arbitris et arbitrantibus</i>	PETRUS JACOBUS DE MONTE PESSELANO: <i>Tractatus de arbitris et arbitratoribus</i>
GALVANUS DE BONONIA: <i>Differentie legum et canonum</i>	GALVANUS BONONIENSIS: <i>Differentie legum et canonum</i>	GALVANUS DE BONONIA: <i>Tractatus differentie legum et canonum</i>
BARTOLUS: <i>Tractatus de tabellionibus</i>	BARTOLUS: <i>Tractatus de tabellionibus</i>	BARTOLUS DE SAXOFERRATO: <i>Tractatus de tabellionibus</i>
	NICHOLAUS DE TUDESCHIS: <i>Repetitiones</i>	

⁽²³⁾ Di questa raccolta esiste un'altra edizione Venetiis 1502 (Paris, Bibl. Nat., Rés. E. 63 (2)).

Il Tractatus de tabellionibus e le edizioni del Liber plurimorum tractatum ⁽²⁴⁾.

a) *Peter Drach a Spira*

- | | |
|------------------|---|
| 1) s.a. (1475 ?) | H. 11462 |
| 2) s.a. | H. 11481 |
| 3) s.a. | H. 11482 - BMC II 494 (IB 8569) ⁽²⁵⁾ |
| 4) 1486 | H. 11483 |

b) *Stampe di Strasburgo*

- | | |
|--------------------------------|--|
| 5) s.l. et a. (Argent. 1477 ?) | H. 11480 - BMC I 64 (IB 673) - IGI 6662
(manca il <i>tractatus de tabellionibus</i>) |
| 6) Argentine 1488 | H. 11484 - BMC I 137 (IB 1886) ⁽²⁶⁾ |
| 7) Argentine 1490 | H. 11485 - BMC I 140 (IB 2030) - IGI 6666 |
| 8) Argentine 1494 | H. 11487 - BMC I 144 (IB 2066) - IGI 6668 |
| 9) Argentine 1499 | H. 11488 - BMC I 172 (IB 2563) - IGI 6669 |

c) *Stampe di Colonia*

- | | |
|---------------------------|--|
| 10) s.l. et a. (Colon. ?) | H. 11479 - IGI 6659
(Manca il <i>tractatus de tabellionibus</i>) |
|---------------------------|--|

d) *Koberger a Norimberga*

- | | |
|----------|--|
| 11) 1494 | H. 11486 - BMC II 439 (IB 7475) - IGI 6667 |
|----------|--|

⁽²⁴⁾ Essendo il *tractatus de tabellionibus* presente nella maggior parte delle edizioni del *Liber plurimorum tractatum* ho ritenuto opportuno rifarmi allo schema, tracciato dallo Stintzing per tali edizioni (cfr. R. STINTZING, *Op. cit.*, p. 480), segnalando quelle prive del *tractatus de tabellionibus*. Alcune di tali edizioni sono state da me vedute nella Biblioteca del British Museum (quelle recanti il riferimento al BMC). Per le altre edizioni, da me non vedute, faccio riferimento ai rilievi dello Stintzing.

⁽²⁵⁾ Nel catalogo del British Museum (cfr. *Catalogue of books printed in the XVth century now in the British Museum*, London 1912, II, 494) questo esemplare si trova erroneamente indicato come 'Hain 11462'. Ciò mi è stato personalmente confermato dal Department of Printed Books del British Museum. Ritengo tuttavia necessario aggiungere che recentemente si è voluto identificare lo 'Hain 11462' con lo 'Hain 11482' (cfr. Goff F.R., *Incunabula in American Libraries*, Third Census..., New York 1964, M - 755 [Modus legendi abbreviaturas]), penso in considerazione del fatto che si ignorerebbe una attuale collocazione di un esemplare dello 'Hain 11462'. Tale esemplare non fu visto, secondo lo Stintzing (cfr. R. STINTZING, *Op. cit.*, p. 479) dallo Hain e per questo lo Stintzing ne ritiene incompleta la descrizione. Mi limito a questa segnalazione, senza entrare nella questione se l'identificazione dei due esemplari sia o meno legittima.

⁽²⁶⁾ Lo Stintzing (cfr. R. STINTZING, *Op. cit.*, loc. cit.) osserva che il contenuto di tale edizione non è indicato dettagliatamente nel *Repertorium bibliographicum* dello Hain. L'esemplare della Biblioteca del British Museum contiene il *tractatus de tabellionibus*.

e) *Gran in Hagenau*

12) 1505-1506 ⁽²⁷⁾

BMC C. 64 e. 6 ⁽²⁸⁾

L'elenco, sopra riportato, delle edizioni del trattato nel *Liber plurimorum tractatum* potrebbe forse non essere completo ⁽²⁹⁾. In tutte le edizioni, fin qui elencate, il trattato è sem-

⁽²⁷⁾ Non comprendo per quali motivi lo Stintzing indichi tale edizione con due date (1505-1506). È tuttavia probabile che ciò derivi dal fatto che il primo pezzo della raccolta (il *Modus legendi abbreviaturas in utroque jure*) reca alla fine la data 1505 (*sexto die Novembris*), mentre alla fine della raccolta si legge la data 1506 (*V^o die Februarii*). Se così è, va tuttavia segnalato come ciò non si verifichi soltanto in questa edizione. Nella edizione *Argentine* 1488, ad esempio, la data 1488 si legge alla fine della raccolta, mentre alla fine del *Modus legendi* si legge la data 1487.

⁽²⁸⁾ Per le edizioni del *Liber plurimorum tractatum*, che si trovano nelle biblioteche olandesi e belghe, cfr. R. FEENSTRA, *Op. cit.*, in *Bartolo da Sassoferrato* cit., I, cit., p. 248.

⁽²⁹⁾ Il SAVIGNY (*Op. cit.*, VI, p. 181 n. b [= traduz. it. BOLLATI cit., II, p. 650, n. b]), accenna alle edizioni del *tractatus de tabellionibus* nel *Liber plurimorum tractatum* nel modo seguente: 'Nel *Liber plurimorum tractatum* dopo le antiche edizioni del *Vocabularius juris*, p. es., Argent. 1490, ib. 1494. Parimenti dopo il *Modus legendi* s.l. et a. e Hagenoae 1505'. Mi sembra che tali dati non siano del tutto esatti. Ho infatti qualche dubbio per quanto si riferisce alle edizioni del '*Liber plurimorum tractatum* dopo le antiche edizioni del *Vocabularius juris*, p. es., Argent. 1490, ib. 1494'. Infatti le edizioni, da me vedute, del *Liber plurimorum tractatum*, Argentine 1490 e 1494, che contengono il *tractatus de tabellionibus*, iniziano ambedue con il *Modus legendi abbreviaturas in utroque jure* e non con il *Vocabularius juris* nè comunque lo contengono. Esistono d'altra parte edizioni del *Vocabularius juris*, Argentine 1490 e 1494 ma non contengono il *tractatus de tabellionibus*. È invece esatta l'indicazione delle edizioni del *tractatus de tabellionibus* dopo il *Modus legendi*. La circostanza quindi (confermata da tutti i cataloghi di edizioni incunabole, da me veduti) che non risulterebbero esistenti edizioni del *Liber plurimorum tractatum*, che contengano il *Vocabularius juris* e la coincidenza di luogo ed anno di stampa (Argentine 1490 e ib. 1494) per le edizioni del *Liber plurimorum tractatum* (che comincia con il *Modus legendi* e contiene il *tractatus de tabellionibus*) e del *Vocabularius juris*, farebbe pensare ad un possibile errore. Il dubbio peraltro rimane, proprio a causa della specificazione, fatta dal Savigny, tra edizioni 'dopo il *Vocabularius juris*' e 'dopo il *Modus legendi*' (quest'ultima esatta, come ho detto). Non rimarrebbe che avanzare l'ipotesi che il *tractatus de tabellionibus*, che è sempre alla fine del *Liber plurimorum tractatum* (e quindi immediatamente seguito dall'*explicit*: 'Finit liber plurimorum tractatum...'), dal quale *explicit* appunto la raccolta, altrimenti priva di titolo, venne indicata con il nome di *Liber plurimorum tractatum* sia finito in una edizione del *Vocabularius juris*, veduta dal Savigny (e la

ERRATA CORRIGE

a pag. 22 la nota (27) deve leggersi nel modo seguente:

Lo Stintzing (cfr. R. STINTZING, *Op. cit.*, p. 481) indica questa edizione con due date, perchè il primo pezzo della raccolta (il *Modus legendi abbreviaturas in utroque jure*) reca alla fine la data 1505 (*sexto die Novembris*), mentre alla fine dell'intera raccolta si legge la data 1506 (*V^o die Februarii*). Ritengo opportuno segnalare come questo fatto non si verifichi soltanto in questa edizione. Infatti, ad esempio, l'esemplare della edizione *Argentine 1488*, conservato nella Biblioteca del British Museum, reca la data 1488 alla fine della raccolta, mentre alla fine del *Modus legendi* si legge la data 1487.

pre indicato come opera di Bartolo ed il testo è sempre lo stesso. Chiaramente derivata da tali edizioni è quella, isolata, *Romae*, Masochius, verso il 1510 ⁽³⁰⁾, che penso debba essere ritenuta l'ultima in cui il trattato appare indicato come opera di Bartolo.

IL TRACTATUS DE TABELLIONIBUS E LE EDIZIONI DELL'ARS NOTARIATUS

Il *tractatus de tabellionibus* ricompare dopo un certo periodo di tempo in una *Ars notariatus* anonima ⁽³¹⁾ opera miscelanea, di cui ho veduto le seguenti edizioni:

- 1) Francoforti, 1539, apud Christianum Egenolphum Hadamarium, 4° (tomo I, fol. 66r-70r) [München, Bayerische Staatsbibliothek]
- 2) Venetiis, s.a. [1557-59?] ⁽³²⁾, apud Dominicum Lilius, 16° (tomo I, fol. 66r-72r) [Roma, Biblioteca Casanatense]
- 3) Venetiis, 1567, apud Cominum de Tridino Montisferrati, 8° (tomo I, fol. 75r-82v) ⁽³³⁾.
- 4) Venetiis 1571, apud Cominum de Tridino Montisferrati, 16° (tomo I, fol. 75r-82v).

Il titolo peraltro non è più *Tractatus de tabellionibus*, come nelle precedenti edizioni, bensì *Variarum quaestionum, quae circa notariatus exercitium incidere solent et possunt, Liber Bartoli cuiusdam nomine jam olim evulgatus, nunc vero ingenti accessione ex Baldo, Lanfranco, Jasone, Felino et aliis locupletatus*.

Questa *Ars notariatus*, divisa in due tomi (nel primo dei quali si trova appunto il *tractatus de tabellionibus*), ha una pre-

coincidenza di luogo ed anno, e, per l'edizione Argentine 1490, anche di stampatore, potrebbero avvalorare ciò). Solo in tal modo si potrebbe forse spiegare la dizione usata dal Savigny, altrimenti, secondo me, inspiegabile. Non possiedo elementi peraltro, sulla base dei quali poter sostenere ciò.

⁽³⁰⁾ Ho veduto in microfilm l'esemplare della Universitätsbibliothek München (4° Jus 8592) (cfr. *Deutscher Gesamtkatalog* — continuazione del *Gesamtkatalog der Preussischen Bibliotheken* — T. 12, Berlin 1938, col. 293).

⁽³¹⁾ Da attribuirsi, a Giovanni Fichard (cfr. A. ERA, *Op. cit.*, loc. cit.).

⁽³²⁾ Per la datazione di tale edizione, cfr. E. PASTORELLO, *Tipografi, editori, librai a Venezia nel sec. XVI* [= *Biblioteca di bibliografia italiana diretta da C. FRATI* (supplemento periodico a « *La bibliofilia* » diretta da L. OLSCHKI), V], Firenze 1924, p. 41, nu. 215^a.

⁽³³⁾ Debbo alla cortesia del dott. Guido Billanovich di Padova la segnalazione dei dati di questa edizione, da un esemplare di sua proprietà.

fazione interessante. Da essa si apprende infatti che l'opera, che attingeva in gran parte a materiale italiano, era destinata alla Germania ⁽³⁴⁾. Inoltre i principi ispiratori di tale edizione ed i criteri in essa adottati, appaiono improntati ad un rigore critico, al quale, molto probabilmente, si deve attribuire anche il mutato titolo del trattato ⁽³⁵⁾.

L'*Ars notariatus*, della quale l'edizione *Francoforti 1539* viene considerata la prima ⁽³⁶⁾ è posteriore comunque al 1512. In essa è infatti pubblicata la costituzione dell'Imperatore Massimiliano I, sull'esercizio del notariato, che reca appunto tale data ⁽³⁷⁾.

Il testo del *tractatus de tabellionibus* è in tutto identico a quello delle edizioni incunabile, salvo minime insignificanti varianti ed alcune sviste dello stampatore. Un lapidario *Quaestionum Bartoli finis* separa le *quaestiones* del trattato da altre aggiunte (sedici, per la precisione), che costituiscono la *ingens accessio*, di cui parla il titolo ⁽³⁸⁾.

⁽³⁴⁾ « Formulas porro ipsas non ex uno aliquo auctore hausimus, verum ex multis non sine delectu collegimus, potissimum vero Rolandino, Speculatore, Marcillette, tum Romano Florentinoque perfectionibus formulariis. Ceterum de illis hic breviter admonendi tabelliones sunt, quanquam bona pars earum formularum Italiae magis quam Germaniae nostrae convenire videantur... ».

⁽³⁵⁾ « ... In qua quidem tractatione, etsi multa ex multis sumpta a nobis sint, atque huc relata, factum tamen id est liberaliter, cum nomenclatura nempe eorum authorum, quorum sententiis, aut aliquando etiam verbis, sumus usi. Quanquam eo jam deventum sit in tanta commentatorum juris civilis ubertate, ut nescias fere quae quibus authoribus accepta feras, cum eadem saepe dicta sint a multis, repetita a pluribus, ut porro illud quoque comicum in nostrorum hominum scriptis rectissime locum habeat: nullum est jam dictum, quod non dictum sit prius. Quod enim quidam, dum egregie varieque multa interpolant, latere se opinantur, eos ego longe spe sua frustrari, doctorumque et studiosorum judicia minime fallere posse sentio. Praeterea et ipsa legum authorumque loca singulis doctrinis adiecimus, non ad ostentationem hoc quidem, ut aliquando fit, sed fidem majorem, inde etiam ut amplius investigandi ansam, si qui vellent, habeant... ».

⁽³⁶⁾ Cfr. A. ERA, *Op. cit.*, loc. cit.

⁽³⁷⁾ 'Datum in civitate nostra Imperiali Coloniensi, octava die mensis Octobris, anno MDXII, Regnorum nostrorum, Romani vicesimoseptimo, Hungariae vero vicesimo tertio'.

⁽³⁸⁾ A proposito delle *quaestiones* aggiunte al *tractatus de tabellionibus*, v. *infra*, p. 52, n. 61.

A proposito del quale titolo, è chiaro come l'editore, indicando l'opera come '... liber Bartoli cuiusdam nomine jam olim evulgatus...', abbia mostrato di ritenere come il Bartolo, indicato come autore del trattato nelle precedenti edizioni, non potesse in alcun modo essere il grande maestro e che pertanto dovesse trattarsi di un *Bartolus quidam*. Il riferimento però ad un *Bartolus quidam* non appare molto convincente, anche se non del tutto privo di fondamento. Se, infatti, a rigore è solo nell'edizione bolognese del 1499 che troviamo completo il nome di Bartolo da Sassoferrato ⁽³⁹⁾, tuttavia sarei propenso a ritenere che anche le altre edizioni intendessero riferirsi, con il solo nome *Bartolus*, al grande maestro ⁽⁴⁰⁾.

IL TRACTATUS DE TABELLIONIBUS IN ALTRE EDIZIONI CINQUECENTINE

Il *tractatus de tabellionibus* si trova infine stampato come opera di Baldo almeno nelle seguenti edizioni:

Venetii 1546 (fol. 475v-478r), nella *Summa totius artis notarie* di Rolandino. Nel frontespizio è detto 'nusquam antea impressus' ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ nel frontespizio '... item tractatus de tabellionibus per Bartolum de Saxoferrato compilatus noviterque repertus'.

⁽⁴⁰⁾ L'edizione del *Liber plurimorum tractatum* di Peter Drach a Spira, s.a. (1485?), reca all'inizio dell'opera un breve indirizzo al lettore in cui, verso la fine, si legge '... et de tabellionibus regulatissima Bartoli doctrina quisnam tabelliones notariosque creare possit... ».

⁽⁴¹⁾ ... evidentemente come opera di Baldo! Ritengo che questa sia veramente la prima edizione in cui il trattato figura stampato come opera di Baldo, nonostante che una circostanza possa portare a dubitarne. Infatti la edizione Lugduni 1549 dei *Tractatus* reca all'inizio del I vol. una nota dell'editore, in cui è detto che i trattati non stampati nelle precedenti edizioni della raccolta sono contrassegnati da un asterisco. Il *tractatus de tabellionibus*, ivi stampato, come opera di Baldo con il titolo *De tabellione* (vol. XI, f. 125^v127^r), non reca asterisco e pertanto lo si dovrebbe ritenere già stampato nelle precedenti edizioni. Tuttavia esso non figura in quella che si ritiene l'edizione immediatamente precedente della raccolta dei trattati (Lugduni 1544) e quanto ad altre edizioni (es. Lugduni 1535) ben poco si sa (V. in proposito, presso l'Istituto di Storia del Diritto della Università di Urbino, il dattiloscritto della tesi di Gloria Di Donato, 'Quaedam de thesauris juris lugdunensibus et venetianis', discussa nell'anno 1965-66). Il caso del *De tabellionibus* non è tuttavia isolato. Molti trattati non recanti asterisco nell'edizione 1549 (e quindi da supporre già pubblicati) non figurano nell'edizione 1544. E anche da

Lugduni 1549, nella raccolta dei *Tractatus*, vol. XI (fol. 125r-127r).

Venetiis 1574 (fol. 521r-524r), nella *Summa totius artis notarie* di Rolandino.

Venetiis 1583, sempre nella *Summa* di Rolandino.

Venetiis 1584 nella raccolta dei *Tractatus universi juris* (T. III, P. I, fol. 364v-366v).

In tutte queste edizioni il trattato è preceduto da un sommario ed è seguito dalle cosiddette *additiones* di Martino da Fano.

Il testo, che si presenta nel complesso in quella stessa forma corrotta, della maggior parte dei manoscritti, presenta, oltre a varianti di forma, anche altre, che si direbbero introdotte con l'intenzione di rendere leggibile il testo, nei punti incomprensibili, ma, per lo meno in un caso, con risultati disastrosi ⁽⁴²⁾.

Da segnalare anche l'apparente mancanza della *quaestio XVIII*. In realtà la *quaestio XVII* risulta dalla fusione delle *quaestiones XVII* e *XVIII* dei manoscritti. Ritengo che ciò sia da attribuire ad un errore di stampa.

Manoscritto

Decimoseptimo quero numquid tabellio excommunicatus possit conficere publica instrumenta. Bartolus in l. eadem, in fine, ff. ad legem Juliam repetundarum, dubitat de hoc; sed dicendum est quod non, ut est casus in titulo de statutis et consuetudinibus contra libertatem Ecclesie, § credentes, coll. X^o, et in auth. credentes, C. de hereticis et extra, eodem titulo, c. excommunicamus, § credentes.

Decimo octavo quero utrum tabellio infamis possit conficere publica instrumenta, et videtur quod non, quia tabellio est loco testis, ut l. Domitius Labeo, ff. de testamentis, sed infamis non potest testificari, ut l. eadem lege, § I, ff. ad legem Juliam repetundarum...

Edizioni

Quero XVII an tabellio excommunicatus possit conficere instrumenta, et videtur quod non, quia loco testis habetur, l. Domitius, de testamentis, sed infamis non potest testificari, ut l. eadem, ad legem Juliam repetundarum...

segnalare che nessuno dei trattati contenuti nei voll. IX-XV reca asterisco. Si può forse pensare ad una dimenticanza dell'editore o, quanto meno, ad un errore materiale del tipografo?

⁽⁴²⁾ V., *infra*, p. 30.

Rimane infine da segnalare la presenza nelle edizioni di una *quaestio* 'An maritus possit conficere instrumentum pro uxore', che non si riscontra in alcun manoscritto, edizione incunabola ed edizione dell'*Ars notariatus* ⁽⁴³⁾. Ciò porta il numero delle *quaestiones* a 24 (salvo quanto visto a proposito delle *quaestiones* XVII e XVIII). La *quaestio* viene inserita nel gruppo delle ultime *quaestiones*, con molta probabilità allo scopo di completare l'esame del vincolo della parentela come impedimento, o meno alla *confectio instrumenti*.

IL TRACTATUS DE TABELLIONIBUS NELLA TRADIZIONE MANOSCRITTA

Il testo del trattato dovette già molto presto presentarsi corrotto. La tradizione manoscritta (dalla quale escluderei, per il momento, il Vat. lat. 2660) è infatti concorde, perlomeno, in una grave lacuna ed in parecchi errori, l'una e gli altri veramente caratteristici e tali da far pensare addirittura ad un'unica comune provenienza di tutti i manoscritti.

Anche se quindi i manoscritti, qui presi in esame, non si posano far risalire ad epoca anteriore al secondo quarto del sec. XV ⁽¹⁾, sarei propenso a ritenere che già prima di allora il testo del trattato si presentasse in quella redazione profondamente corrotta. Se tuttavia ciò costituisce soltanto un'ipotesi, non vi è dubbio invece che intorno alla metà del sec. XV — e da allora in

⁽⁴³⁾ V., *infra*, p. 33.

⁽¹⁾ Per il Vat. lat. 2660 la nota sull'ultimo foglio del codice indica l'anno 1435 (v., *supra*, p. 8), per il Vat. lat. 10726 il Catalogo della Biblioteca Vaticana segnala gli anni 1442-1443 (v., *supra*, p. 10), per i codici Rossiani il catalogo manoscritto della Biblioteca Rossiana indica, per il Ross. 1058 gli anni 1440 e 1454 (v., *supra*, p. 11) e per il Ross. 1061 gli anni 1429, 1441 e 1444 (v., *supra*, p. 12). Per il Ms. 539 della Biblioteca di St. Omer, il Feenstra segnala le date 1431, 1432 e 1435 (v., *supra*, p. 15). Anche gli altri codici, dei quali non vengono segnalate date precise, dovrebbero essere all'incirca dello stesso periodo.

poi — il trattato fosse conosciuto in quell'unica forma, come testimoniano concordemente manoscritti ed edizioni.

L'esame del testo in un punto caratteristico ne fornisce la prova. A metà circa della prima *quaestio* 'Quis possit creare tabelliones' si riscontra, infatti, in tutti i manoscritti (escluso il citato Vat. lat. 2660), negli incunaboli e nelle edizioni cinquecentine, una lacuna, che pur non essendo di grandi proporzioni, altera tuttavia profondamente il passo, rendendo pressochè impossibile la ricostruzione del testo e dando origine ad un groviglio inestricabile di citazioni.

Il fatto di questa lacuna, del resto chiaramente avvertibile, anche ad una lettura non particolarmente attenta, oggi è provato dal testo completo e corretto del Vat. lat. 2660. Che questa lacuna si riscontri in tutti i manoscritti, incunaboli ed edizioni successive, è una circostanza già di per sè abbastanza indicativa.

Una riprova di ciò viene fornita da un passo del *Repertorium utriusque juris* di Giovanni Bertacchini. Questi, nella 'voce' *notarius* del suo *Repertorium* ⁽²⁾, rinvia molto spesso al *tractatus de tabellionibus* — che viene attribuito a Baldo, ma di questo più avanti ⁽³⁾ — e dedica un ampio spazio al problema della nomina dei notai. Nel vers. 'Notarius creari potest a Principe' indica tra l'altro quali autori abbiano trattato il problema ed in quali passi. Dopo i nomi di Guglielmo da Cunio e di Bartolo si trovano elencati diversi passi del *Corpus Juris Civilis*, che dovrebbero essere a sostegno delle opinioni dei due autori citati. Ci si trova così di fronte, pressochè *ad litteram* a quel groviglio di citazioni corrotte, al quale si è più sopra accennato. Questa circostanza sembra legittimare l'ipotesi che il Bertacchini disponesse di un manoscritto del trattato, assai simile, o forse identico, a quelli giunti fino a noi.

Per meglio chiarire ciò, è opportuno esaminare il passo.

⁽²⁾ Ed. Romae 1481, vol. II.

⁽³⁾ V., *infra*, pp. 49-50.

Jacobus de Belviso ... tenet contrarium, videlicet quod quilibet superior possit suum subditum creare tabellionem ... Istam opynionem tenet Guilielmus de Cuno et Bartolus post eum ... allegat talem rationem: si solus princeps crearet tabelliones, ipse solus privaret eos ab officio et non alius, quia illius est privatio, cuius est creatio ... Sed clarum est quod iudices inferiores a principe privant tabelliones propter delictum

(Vat. lat. 2660)

Item pro ista opynione videtur casus in Auth. De defensoribus civitatum, § Ex provinciali (Nov. 15, 3, 1 in fine), in Auth. De iudicialibus, § Nulloque, coll. VI (Nov. 82, 7), C. De officio comitis sacrorum largitionum (C. 1, 32, 1, unica), l. Precepit, § Illud etiam, C. De canone largitionum, lib. X^o (C. 10, 23, 3, 3) et l. Duos C. De susceptoribus et archariis, lib. X^o (C. 10, 72, 13). Quid dicendum? Ego teneo primam opynionem, videlicet quod subditi pape vel imperatori non possunt creare tabelliones. Hoc primo probat: inferiorum a principe inpotencia attendenda, ut l. Nemo, C. De operibus publicis (C. 8, 11, 13) et l. II, C. De falsa moneta (C. 9, 23, 2), l. Opus et l. De operibus, ff. De operibus publicis (D. 50, 10, 3 et 6) et l. Antioecensium ff. De privilegiis creditorum (D. 42, 5, 37).

(Vat. lat. 10726)

Item pro ista opynione videtur casus in Auth. De defensoribus civitatum, § Idem etiam et c. De falsa moneta, l. Ex provinciali et in Auth. De iudicialibus, § Utroque, coll. VI et l. I, C. De officio comitis sacrorum largitionum, l. Precepit et § Idem etiam et C. De falsa moneta l. Opus et l. De operibus, ff. De publicis operibus et l. Antioecensium, ff. De privilegiis creditorum,

(Ed. Romae 1473/74)

Item pro ista opynione videtur casus in Auth. De defensoribus civitatum, § Idem, C. De falsa moneta, l. Ex provinciali et in Auth. De iudicialibus, § Unoquoque, coll. VII, C. De officio comitis sacrorum largitionum, l. I, § Idem omnes, C. De falsa moneta, l. Opus et l. Operis, De operibus publicis, l. Antioecensium, ff. De privilegiis creditorum,

(Bertachinus)

[...] et videtur casus in Auth. De defensoribus civitatum, § Idem, C. De falsa moneta, l. Ex provinciali, in Auth. De iudicialibus, § Unoquoque, co. VI et De officio comitis largi., l. Precepit, l. Opus De falsa moneta, l. Operis, De operibus publicis, l. Antioecensium, De privilegiis creditorum, Baldus contra in tractatu de tabellionibus, l. questione ubi plene ...]

quod deduco sic: inferiores a principe sunt inpotentes circa ea, que tanquam generalia valere debent per totum orbem ... Sed constat quod privilegium tabellionatus est generale, quia eorum instrumenta fidem faciunt generaliter per totum orbem, igitur inferiores a principe hoc non possunt concedere. Secundo probat: in quibusdam non facta cum inferioribus communicatio ...

Il testo dei manoscritti e degli incunaboli rivela dunque abbastanza chiaramente (anche se oggi non avessimo il testo del Vat. lat. 2660) una lacuna in quel punto. Più di uno gli elementi, che la lasciano supporre. Anzitutto le citazioni confuse al punto da risultare insolubili, quando non addirittura in contrasto le une con le altre. Inoltre insospettisce quel 'secundo proba...' ('secundo probatur...' per un manoscritto e tutti gli incunaboli), che lascia chiaramente supporre l'esistenza di un 'primo proba...', che tuttavia manca. Infine e soprattutto appare compromessa la logica del discorso, a causa della *solutio*, che arriva troppo presto, facendo apparire tutto il ragionamento un po' zoppicante.

Il primo a rendersi conto di questo fatto dovette essere, se non vado errato, l'editore veneziano, che nel 1546 stampò il *tractatus de tabellionibus*, attribuendolo a Baldo, per la prima volta, come si può ricavare dalla nota nel frontespizio ⁽⁴⁾. Egli dovette rilevare la oscurità e le incongruenze, che il passo presentava e dovette cercare di sciogliere il groviglio di citazioni. Senza molto successo però. Suppongo infatti che gli riuscisse di sciogliere soltanto le uniche citazioni chiare, cioè le ultime, quelle che oggi il Vat. lat. 2660 ci mostra come già appartenenti alla *solutio*). Tali citazioni non risultavano in alcun modo 'pro ista opinione', cioè a favore di una opinione (quella di Guglielmo di Cunio e di Bartolo), che era contraria. Ne seguì che l'editore veneziano, ritenendo, con tutta probabilità, che anche le precedenti citazioni, insolubili, fossero analoghe alle ultime, pensò bene di correggere quello che a lui sembrava un errore, mutando il 'pro ista opinione' con cui inizia il passo, in 'contra ista opinionem'.

Alla lacuna si aggiunse così un errore ed il *tractatus de tabellionibus*, dopo l'edizione veneziana del 1546, fu sempre stampato in questa forma, ivi compresa l'edizione dei *Tractatus Universi Juris*, Venetiis 1584.

(4) Il trattato viene detto 'nusquam antea impressus'. V., *supra*, p. 25.

Il passo qui di seguito lo dimostra chiaramente.

[Ed. Venetiis 1546]

Contra istam opinionem videtur casus in § Id etiam in Auctentica De defensoribus civitatum et lege prima, § Ex provinciali, De falsa moneta et § Invito in Auctentica De iudicibus et lege prima, C. De officio comitis sacrarum largitionum et l. Praecepit et l. Antiochensium, De privilegiis creditorum...

Un'ultima considerazione. Che il passo comunque dovesse cominciare con le parole 'pro ista opinione', e che le prime citazioni dovessero pertanto essere a sostegno della opinione di Guglielmo da Cunio e di Bartolo non vi è dubbio e ciò si poteva abbastanza facilmente ricavare dal seguito e precisamente dal punto in cui inizia la critica a quella opinione. Dalle parole infatti 'non obstat primo § ut tamen in auth. de tabellionibus et § ex provinciali in auth. de defensoribus civitatum...' si poteva ricavare, oltre ad una citazione esatta⁽⁵⁾ anche la conclusione che le altre citazioni, o perlomeno una parte di esse, fossero appunto a sostegno di quella opinione.

Ho preso in esame il testo del trattato in un passo, in cui manoscritti ed edizioni appaiono, tutti ed allo stesso modo, lacunosi. Tale lacuna non costituisce tuttavia l'unico elemento comune a manoscritti ed edizioni. Se ne possono infatti notare molte altre, anche se di minor gravità; così pure si dica degli errori, alcuni dei quali veramente caratteristici, che si possono riscontrare, pressochè identici, nei vari manoscritti⁽⁶⁾. Ritengo che tali elementi consentano di concludere che il testo del *tractatus de tabellionibus*, quale ci è conservato nella tradizione manoscritta, rispecchi pertanto il testo, che era conosciuto 'correntemente' nel sec. XV (ed il passo tratto dal *Repertorium utriusque juris* del Bertacchini può costituire una convalida di ciò), un testo, tutto sommato, lacunoso e scorretto.

(5) Si noti come nel groviglio di citazioni, quest'ultima appaia divisa in due tronconi, che sembrerebbero appartenere a due diverse citazioni.

(6) Per alcuni di tali errori caratteristici v. l'esame delle singole *quaestiones* del trattato, *infra*, pp. 56-77.

In questo rapido esame, ho però, volutamente, escluso il Vat. lat. 2660. Esso si differenzia infatti per correttezza e completezza da tutti gli altri, risultando nel complesso privo di gravi lacune e di errori grossolani. Logico quindi chiedersi se esso possa essere ritenuto appartenente ad una diversa tradizione manoscritta, appunto più corretta e completa, oppure se esso costituisca un manoscritto del tutto a sè stante, sia pure, nel complesso, sostanzialmente identico agli altri.

La risposta a questo quesito è assai più complessa; gli elementi di prova si fanno più scarsi e le ipotesi appaiono più incerte.

Ma prima è necessario segnalare alcuni fatti, che forse possono essere di un certo interesse. Il primo di questi riguarda la numerazione delle *quaesiones* del trattato. Riproduco qui di seguito le rubriche delle *quaestiones* e le relative numerazioni dei vari manoscritti ed edizioni, per motivi di chiarezza.

	Vat. lat. 2660	Altri mss. e incunaboli	Edd. cin- quecentine (dopo 1546)
' Quis possit creare tabelliones ' (?) . . .	I	I	I
' An aliquis inferior a principe possit crea- re notarios '	II	II	II
' Qualiter probetur quem esse notarium si negetur '	III	III	III
' An requiratur signum notarii in fine in- strumenti '	IV	IV	IV
' Quale sit officium tabellionis '	V	V	V
' An tabellio possit conficere instrumen- tum super facto proprio '	XXII	VI	VI

(?) Riproduco l'indice delle rubriche delle *quaestiones* (' Que contineantur in hoc tractatu '), che precede il trattato nella edizione *Romae, in domo Antonii et Raphaelis de Vulterris*, 1473/74 (v., *supra*, p. 18). Allo scopo di fornire tuttavia un quadro completo delle *quaestiones* e della loro successione nei vari manoscritti ed edizioni, ho inserito due rubriche (contrassegnate da un asterisco), che non figurano in quell'indice.

	Vat. lat. 2660	Altri mss. e incunaboli	Edd. cin- quecentine (dopo 1546)
' Utrum notarius creatus a papa possit conficere instrumentum in terris imperii et e converso '	VI	VII	VII
' Quo jure agatur contra notarium nolen- tem exhibere instrumentum '	VIII	VIII	VIII
' An notarius teneatur dare instrumen- tum sine pecunia '	IX	IX	IX
' Quis contrahentium debeat solvere no- tario '	X	X	X
' Nunquid cogatur notarius corrigere in- strumentum defectivum '	XI	XI	XI
' Utrum possint cogi partes ut tradant instrumentum notario quod aliquid ad- dat vel minuat '	XII	XII	XII
' An notarius possit corrigere errorem sui instrumenti. Et quot et quibus modis committatur error in instrumento ' . .	XIII	XIII	XIII
' Utrum requiratur citatio in traditione in- strumenti ut corrigatur '	XIV	XIV	XIV
' Cuius etatis debeat esse notarius ' . . .	XV	XV	XV
' An quis infra tempus pubertatis possit creari notarius '	XVI	XVI	XVI
' Utrum tabellio excommunicatus possit conficere instrumenta '	XVII	XVII	XVII ⁽⁸⁾
' An tabellio infamis possit conficere in- strumenta '	XVIII	XVIII	
' Numquid spurius possit esse tabellio ' .	XIX	manca	manca
' Si tabellio excommunicatus vel infamis stetit in possessione tabellionatus an va- leant instrumenta per eum facta ' . . .	XX	XIX	XIX
' Utrum tabellio propter delictum perdat officium '	XXI	XX	XX
' An pater tabellio possit conficere instru- menta pro filio '	XXIII	XXI	XXI
' Et e contra filius tabellio pro patre ' . .	XXIV	XXII	XXII
' An maritus possit conficere instrumen- tum pro uxore '	manca	manca	XXIII
' Utrum frater possit conficere instrumen- tum pro fratre '	ultima	ultima	ultima

(8) Per quanto riguarda la apparente mancanza di una *quaestio XVIII* nelle edizioni cinquecentine, a partire da quella Venetiis 1546, vedi, *supra*, p. 26.

La prima osservazione è questa: mentre le varie *quaestiones* si succedono nello stesso ordine e con la stessa numerazione negli altri manoscritti e nelle edizioni ⁽⁹⁾, esse si presentano nel Vat. lat. 2660 in ordine leggermente diverso. E precisamente, dopo le prime cinque *quaestiones*, perfettamente uguali e coincidenti nella numerazione in tutti i manoscritti (compreso dunque il Vat. lat. 2660) e nelle edizioni, la *quaestio* 'An tabellio possit conficere instrumentum super facto proprio', presenta una diversa collocazione. Essa è infatti la VI^a negli altri manoscritti e nelle edizioni, mentre nel Vat. lat. 2660 è la XXII^a.

Se la cosa in sè non è di particolare significato, è tuttavia strano quanto segue. La logica conseguenza di una successiva discordanza tra le due numerazioni non si verifica, o comunque si limita ad una sola *quaestio*; infatti dalla *quaestio* VIII^a in poi, fino alla XVIII^a inclusa, le numerazioni di tutti i manoscritti e delle edizioni tornano di nuovo a concordare perfettamente. Dalla *quaestio* XIX^a alla fine, invece, le numerazioni non coincidono più, per l'inserimento nel Vat. lat. 2660 prima di una *quaestio* 'An spurius possit esse tabellio', che non si riscontra in nessun altro manoscritto o edizione, e poi di quella 'An tabellio possit conficere instrumentum super facto proprio', che, come si è visto, è la VI^a negli altri manoscritti.

Dilungarsi su questo punto è necessario ai fini di stabilire una priorità tra i vari manoscritti ed un eventuale rapporto di dipendenza tra gli stessi. Quanto si è visto a proposito della numerazione delle *quaestiones* non deve essere ritenuto, a mio avviso, un fatto casuale. Ciò invece sta a dimostrare che il testo del Vat. lat. 2660 *deriva* da un testo precedente, con tutta probabilità da quel testo scorretto e lacunoso, e con quella certa nume-

(9) Per quanto riguarda l'apparente mancanza di una « *quaestio* » XVIII nelle edizioni cinquecentine, v., *supra*, p. 26.

razione della *quaestiones*, che ci è conservato in tutti gli altri manoscritti e nelle edizioni. Ma non è tutto. Di quel testo, scorretto e lacunoso, quello del Vat. lat. 2660 costituisce un accurato «ripristino», compiuto da chi dovette averlo sotto gli occhi e sulla falsariga dello stesso ⁽¹⁰⁾.

L'argomento è solo in apparenza fragile. Esistono infatti alcune testimonianze di autori, che confermano che la numerazione delle *questiones* era quella degli altri manoscritti ⁽¹¹⁾.

Nè servirebbe fare il ragionamento inverso e considerare cioè il testo del Vat. lat. 2660 come il testo originale del trattato, successivamente alterato, perchè in tale caso le difficoltà si rivelerebbero difficilmente superabili ⁽¹²⁾.

Se dunque quanto si è visto a proposito della numerazione delle *quaestiones* legittima l'ipotesi che il testo del Vat. lat. 2660 derivi da un testo precedente, è l'esame particolareggiato del testo che dimostra come esso sia un «ripristino» accurato ⁽¹³⁾.

È chiaro che un «ripristino» accurato di un testo giuridico poteva essere compiuto soltanto da un giurista. Ed il manoscritto vaticano indica appunto, quale autore del trattato, Gozzadino de' Gozzadini ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ V., *infra*, pp. 44-46.

⁽¹¹⁾ V. i passi del Bertacchini e di Ugo Celso Dissuti, *infra*, p. 50, n. 54 e n. 56.

⁽¹²⁾ Si dovrebbe infatti supporre che il testo del trattato, privo fin dall'origine — ed inspiegabilmente — di una *quaestio* VII^a e con la *quaestio*. 'An tabellio possit conficere instrumentum super facto proprio' come XXII^a, avesse subito un successivo rimaneggiamento, che avrebbe anticipato appunto la *quaestio* 'An tabellio possit conficere instrumentum super facto proprio' (ma perché poi proprio questa?) allo scopo di colmare quella lacuna. Ma in questo modo la citata *quaestio* avrebbe finito con l'essere la settima e non la sesta, come concordemente attestano manoscritti, edizioni ed alcuni autori.

⁽¹³⁾ V., *infra*, pp. 44-46.

⁽¹⁴⁾ V., *infra*, pp. 41-46.

IL *TRACTATUS DE TABELLIONIBUS* E LA SUA ATTRIBUZIONE

A) *L'attribuzione a Bartolo da Sassoferrato.*

L'attribuzione a Bartolo del trattato ⁽¹⁾ oggi deve essere senz'altro respinta, come è stato giustamente osservato, senza timore di falciare la bibliografia bartoliana ⁽²⁾. Già nel secolo scorso ne avevano messo in dubbio la discutibilissima attribuzione, sulla base di motivi assai validi, illustri storici quali il Savigny ⁽³⁾ e lo Stintzing ⁽⁴⁾. Recentemente poi sono stati autore-

⁽¹⁾ Il trattato, come si è visto in precedenza, si trova attribuito a Bartolo in tre manoscritti (v., *supra*, pp. 9, 11, 15-16), in tutte le edizioni incunabile, da solo oppure in raccolte miscellanee, ed in alcune post-incunabile (v., *supra*, pp. 18-23).

⁽²⁾ Cfr. A. ERA, *Op. cit.*, p. 219.

⁽³⁾ Cfr. F.C. SAVIGNY, *Op. cit.*, VI, p. 181 (= traduz. it. BOLLATI cit., p. 650). L'illustre storico tedesco respinse l'attribuzione a Bartolo, in quanto nel trattato si riscontravano molte citazioni dello stesso Bartolo.

⁽⁴⁾ Cfr. R. STINTZING, *Op. cit.*, pp. 302-303. L'attribuzione a Bartolo, fu respinta anche dallo Stintzing, ma ciò non tanto per il motivo addotto dal Savigny (motivo che lo Stintzing non ritenne convincente), quanto piuttosto perchè le opinioni di Bartolo venivano in più di un punto contrastate e soprattutto perchè in un passo della *quaestio XIX* veniva rilevata una contraddizione, in cui Bartolo sarebbe incorso (« Bartolus in hoc videtur sibi ipsi contrarius... »). Lo Stintzing riscontrando nel testo una citazione di Baldo, e, rilevando come gli autori citati nel trattato non fossero posteriori a Baldo, concludeva che l'autore del trattato doveva essere vissuto al tempo del grande maestro perugino e quindi cioè nella seconda metà del sec. XIV. La conclusione dello Stintzing richiede però una ulteriore precisazione. Si deve infatti tener presente che l'illustre storico tedesco aveva studiato il *tractatus de tabellionibus*, prendendo in esame due edizioni incunabile, conservate alla Nationalbibliothek di Monaco di Baviera e precisamente gli esemplari Hain 2632 e Hain 2633 (cfr. STINTZING, *Op. cit.*, p. 302 e v., *supra*, p. 18). Ora in tali edizioni (come del resto in tutte le edizioni incunabile, precedenti e successive, e nelle edizioni cinquecentine) si riscontra un'unica citazione di Baldo e precisamente nella « *quaestio XV* », in cui si legge l'inciso « *ut refert bal.* ». In tutti i manoscritti invece, escluso il Vat. lat. 2660, in cui l'inciso manca (pertanto v. le note i, j, l, dell'apparato critico della *XV quaestio*, *infra*, p. 133) ed il ms. Leipzig, pressochè identico alle edizioni incunabile, si legge « *ut refert bar.* ». L'opinione che viene riferita è quella di Dino dal Mugello e dei *doctores* in merito alla *quaestio* « *An pupillus possit esse notarius* ». Che l'inciso « *ut refert bal.* » degli incunabili debba essere corretto in « *ut refert bar.* » della maggior parte dei manoscritti risulta

volmente ⁽⁵⁾ sottolineati due fatti, che stanno a testimoniare come già molto presto si dovessero nutrire dubbi sulla attribuzione a Bartolo del trattato. Questi fatti sono: l'assenza del *tractatus de tabellionibus* da tutte le raccolte, anche le più antiche, dei trattati di Bartolo, e la comparsa del trattato in alcune edizioni cinquecentine di una *Ars notariatus* anonima ⁽⁶⁾ sotto diverso titolo, nel quale si accenna tuttavia alla precedente divulgazione del trattato come opera di un *Bartolus quidam* ⁽⁷⁾; tanto incredibile doveva apparire l'attribuzione al grande maestro di Sassoferrato!

Ma oggi un nuovo elemento testimonia dell'esistenza di tali dubbi in epoca anche anteriore. Si tratta della nota che segue immediatamente il titolo del trattato nel ms. Ross. 1058: *Tractatus de tabellionibus per Bartolum. Plerique tamen contradicunt cum eius non servetur stilus et Bartolus allegatur hic* ⁽⁸⁾. Questa nota, che sembrerebbe da attribuirsi a persona (o ad un ambiente?) sensibile a questioni di critica dei testi, consente alcune considerazioni interessanti. Anzitutto infatti essa, con l'attestare che l'attribuzione a Bartolo era ormai per lo più respinta,

dal commento di Bartolo al relativo passo, in cui Bartolo appunto riferisce l'opinione di Dino e dei *doctores* in merito al citato problema (cfr. BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo* lib. XLVIII, tit. *Ad legem Cornelianam de falsis* (X), l. *impuberem* (XXII) in principio [ed. Lugduni 1533, f. 184^r, col. 2, nu. 1]: «Quero an pupillus possit esse notarius et dicunt quidam quod sic per hanc legem. Dynus et alii doctores dicunt contra...»). È pertanto possibile avanzare l'ipotesi che quell'unica ed errata citazione di Baldo abbia fuorviato lo Stintzing e forse impedito di dare un nome preciso all'autore del *tractatus de tabellionibus*, autore che egli considera contemporaneo di Baldo e, probabilmente, rielaboratore di un precedente testo bartoliano.

⁽⁵⁾ Cfr. A. ERA, *Op. cit.*, loc. cit.

⁽⁶⁾ Da attribuirsi peraltro, secondo l'Era (cfr. A. ERA, *Op. cit.*, loc. cit.) a Giovanni Fichard.

⁽⁷⁾ «Variarum quaestionum, quae circa notariatus exercitium incidere solent et possunt, Liber Bartoli cuiusdam nomine jam olim evulgatus, nunc vero ingenti accessione ex Baldo, Lanfranco, Jasone, Felino et aliis locupletatus».

⁽⁸⁾ Il catalogo manoscritto della Biblioteca Rossiana segnala per il Ross. 1058 le date 1440 e 1454. La nota acquista dunque il valore di prova «positiva», anteriore alla prova «negativa», costituita dalla assenza del *tractatus de tabellionibus* dalle raccolte a stampa dei trattati di Bartolo. V., *supra*, pp. 11-12.

lascerebbe supporre che tale attribuzione fosse stata tuttavia in passato (e forse lo era ancora) largamente diffusa, se non addirittura quella « corrente ».

La circostanza quindi di una diffusa attribuzione a Bartolo, anche se peraltro ormai contrastata dai più, potrebbe forse spiegare come il trattato sia stato stampato come opera di Bartolo nel corso del sec. XV, ma però da solo o in piccole raccolte di trattati di autori vari e sia stato invece sempre escluso, come si è detto, dalle raccolte dei trattati di Bartolo, proprio in considerazione delle riserve che si avevano a proposito di tale attribuzione. Di indubbio interesse sono poi i motivi per i quali quella attribuzione veniva respinta e cioè la diversità riscontrata dallo *stilus* di Bartolo e la presenza di citazioni dello stesso ⁽⁹⁾. Purtroppo, nonostante le ricerche compiute, non è stato possibile dare un nome ad alcuno dei *plerique*, che, secondo la nota del codice Rossiano, respingevano l'attribuzione a Bartolo ⁽¹⁰⁾. Non è il caso di sottolineare l'importanza, che assumerebbero delle testimonianze in proposito. È tuttavia necessario anche segnalare che non si è trovato autore, tra i maggiori ed un buon numero dei minori, che citi il *tractatus de tabellionibus* come opera di Bartolo ⁽¹¹⁾. Nè alcun cenno al riguardo si trova nella *Vita Bartoli* del Diplovatazio, grande conoscitore dell'opera bartoliana.

Decisivo infine appare l'esame del testo. Più d'uno i fatti che risultano inconciliabili con una attribuzione a Bartolo del trattato. Anzitutto la presenza nel testo di citazioni dello

⁽⁹⁾ Sulla importanza attribuita da alcuni storici a questo elemento, v. *infra*, p. 39. Per quanto concerne lo *stilus* di Bartolo v. *infra*, pp. 55-56.

⁽¹⁰⁾ Sarebbe forse necessario individuare con esattezza l'ambiente, dal quale uscì il manoscritto ed orientare di conseguenza le ricerche. Deve trattarsi comunque di autori vissuti nella prima metà del sec. XV o, quanto meno nel secondo quarto di quel secolo, dato che il codice Ross. 1058 reca le date 1440 e 1454. Gli autori invece che citano il trattato, come opera di Baldo, appartengono tutti alla seconda metà del sec. XV. V., *infra*, pp. 48-51.

⁽¹¹⁾ Più d'uno invece gli autori che lo citano come opera di Baldo, *infra*, pp. 48-51.

stesso Bartolo. Riguardo a tale fatto tuttavia (che già nella nota del Ross. 1058 appare considerato come elemento contrastante con la attribuzione a Bartolo) diverse sono state le conclusioni degli storici, e ciò rende necessari alcuni chiarimenti in proposito. Se infatti il Savigny e lo Stintzing, pur attribuendo a questo fatto una diversa importanza, concordavano nel negare l'attribuzione a Bartolo ⁽¹²⁾, il Van de Kamp, invece cercò di difenderla ⁽¹³⁾ ma in modo assai poco convincente ⁽¹⁴⁾, data la genericità dell'argomento da lui usato. Le citazioni di Bartolo potrebbero essere considerate, secondo lo storico olandese, 'postille marginali', successivamente inserite nel testo, e pertanto non costituirebbero un elemento contro l'attribuzione a Bartolo del trattato. L'esame dettagliato del testo porta a respingere questa opinione. Postilla marginale, sembra, a mio avviso, doversi considerare ciò, che in un testo assuma, indipendentemente dalle sue dimensioni, una importanza appunto marginale, tanto da poterne concepire l'espulsione dal testo senza alterare la sostanza del medesimo. In più di un caso invece le opinioni di Bartolo, esaminate dettagliatamente ed anche criticate, costituiscono il nucleo principale di alcune *quaestiones* ⁽¹⁵⁾.

A parte quindi l'ampio spazio riservato all'opinione di Bartolo in molti punti, è proprio l'inserimento di questa nel contesto logico di molte *quaestiones*, che non consente di considerarla 'postilla marginale'. Infine e soprattutto, come già rilevato dallo Stintzing ⁽¹⁶⁾ è la critica, alla quale talora l'opinione di

⁽¹²⁾ V. *supra*, p. 36, n. 3 e 4.

⁽¹³⁾ Cfr. J.L.J. VAN DE KAMP, *Op. cit.*, loc. cit.

⁽¹⁴⁾ Per le critiche mosse al Van de Kamp, circa l'attribuzione a Bartolo di alcuni trattati, cfr. E.M. MEIJERS, *Études d'histoire du droit*, publiées par les soins de R. FEENSTRA et H.F.W. FISCHER, t. III (*Le droit Romain au Moyen Age*), *Compte-rendu de J.L.J. VAN DE KAMP, Bartolus de Saxoferrato, 1313-1357*, Leyde 1959, p. 287. Per quanto riguarda in particolare il *tractatus de tabellionibus*, cfr. R. FEENSTRA, *Bartole dans le Pays-Bas* cit., in *Bartolo da Sassoferrato* cit., vol. I, p. 221.

⁽¹⁵⁾ Nella *quaestio* 'Utrum tabellio infamis possit conficere instrumenta' questo appare in modo particolarmente evidente. V., *infra*, pp. 135-142.

⁽¹⁶⁾ Cfr. R. STINTZING, *Op. cit.*, loc. cit.

Bartolo viene sottoposta, che porta a respingere l'attribuzione allo stesso. La divergenza dalle opinioni del grande maestro di Sassoferrato è evidente proprio in alcune fondamentali *quaestiones* ⁽¹⁷⁾ ed appare espressa talvolta in tono che si direbbe polemico ⁽¹⁸⁾.

Viene inoltre attribuito a Bartolo una contraddizione con sè stesso, che l'esame dei passi delle opere esegetiche dimostra infondata ⁽¹⁹⁾.

Di nessuna importanza infine una nota che si trova in un manoscritto e nelle edizioni incunabole ⁽²⁰⁾.

Si dovrebbe accennare ora allo *stilus*, che la nota del Ross. 1058 testimonia come venisse considerato elemento contrastante con l'attribuzione a Bartolo, ma ritengo più opportuno parlarne più avanti ⁽²¹⁾.

Gli elementi e gli argomenti contro l'attribuzione a Bartolo del *tractatus de tabellionibus* appaiono, dunque, abbastanza convincenti per escluderlo dal novero dei trattati del grande maestro di Sassoferrato, anche prescindendo da quelli ben più numerosi e validi, che vedremo sostenere l'attribuzione a Baldo.

⁽¹⁷⁾ Si veda in particolare la prima e fondamentale *quaestio* 'Quis possit creare tabelliones'. V., *infra*, p. 57 e pp. 85-94.

⁽¹⁸⁾ Si veda ad es., la XVIIIª *quaestio* 'Utrum tabellio infamis possit conficere publica instrumenta', in cui la contraria opinione di Bartolo viene riportata dettagliatamente e successivamente 'demolita' punto per punto con le parole 'Non obstant rationes Bartoli et primo non obstat ...' e così via. V., *infra*, pp. 135-142.

⁽¹⁹⁾ Nella XXª *quaestio* (la XIXª in altri mss., incunaboli ed edizioni cinquecentine) si accenna ad una contraddizione in cui sarebbe caduto Bartolo: 'Bartolus videtur in hoc sibi contrarius ...'. V. in proposito l'esame della *quaestio*, *infra*, pp. 71-72.

⁽²⁰⁾ Soltanto nel tardo manoscritto di Lipsia e nelle edizioni incunabole si leggono alla fine della brevissima X *quaestio* le seguenti parole: *Et ibi plene dixi*. L'assenza di questo commento conclusivo da tutti gli altri e più antichi manoscritti lo farebbe ritenere una aggiunta successiva (cfr. A. ERA, *Op. cit.*, loc. cit.).

⁽²¹⁾ V., *infra*, pp. 55-56.

B) L'attribuzione a Gozzadino de' Gozzadini.

Il *tractatus de tabellionibus* si trova inoltre indicato come opera di Gozzadino de' Gozzadini ⁽²²⁾.

L'identificazione dell'autore, pur implicando la soluzione di alcuni problemi, mi sembra sufficientemente sicura ⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Ciò si riscontra nel solo Vat. lat. 2660 (v., *supra*, pp. 8-9). Non sono stati trovati nè si ha notizia di altri manoscritti od edizioni in cui figuri la stessa attribuzione.

⁽²³⁾ Si tratta senza dubbio di Gozzadino di Simolino Gozzadini, *miles et legum doctor*, vissuto tra il 1367 ed il 1441 (cfr. P. LITTA, *Le famiglie celebri d'Italia*, 'Gozzadini di Bologna', tav. V, Milano 1839).

Questa conclusione, che si fonda sul fatto che il Vat. lat. 2660 reca una nota dell'anno 1435 (v., *supra*, p. 8) richiede tuttavia ulteriori chiarimenti necessari anche per correggere un errore nella identificazione dell'autore, nel quale incorse un noto storico bolognese, il Fantuzzi.

Nella nobile famiglia bolognese dei Gozzadini il nome Gozzadino ricorre con una certa frequenza, tanto che nell'arco di tempo che va dalla seconda metà del sec. XIV alla fine del sec. XV ne troviamo due come lettori di diritto civile nello Studio bolognese: Gozzadino di Simolino Gozzadini (1367-1441) e Gozzadino di Lorenzo Gozzadini (? - 1485). Della loro attività come lettori dello Studio bolognese fanno testimonianza i Rotuli (cfr. *I Rotuli dei lettori legisti e artisti dal 1348 al 1799* pubbl. da U. DALLARI, Bologna 1888-1924). Il primo lesse negli anni 1392-93 (*Rotuli* IV, 17), 1431-32 (*Rotuli*, IV, 61), 1432-33 (*Rotuli*, IV, 62), 1433-34 (*Rotuli*, IV, 64), 1438-39 (*Rotuli*, I, 11), 1440-41 (*Rotuli*, I, 14).

Il secondo negli anni 1471-72 (*Rotuli*, I, 86), 1472-73 (*Rotuli*, I, 89), 1473-74 (*Rotuli*, I, 92), 1474-75 (*Rotuli*, I, 95), 1475-76 (*Rotuli*, I, 98), 1476-77 (*Rotuli*, I, 101), 1477-78 (*Rotuli*, I, 103), 1478-79 (*Rotuli*, I, 106), 1479-80 (*Rotuli*, I, 109), 1480-81 (*Rotuli*, I, 111), 1481-82 (*Rotuli*, I, 114), 1482-83 (*Rotuli*, I, 117), 1483-84 (*Rotuli*, I, 120), 1484-85 (*Rotuli*, I, 123), 1485-86 (*Rotuli*, I, 126).

Brevi notizie sui due Gozzadini sono fornite da alcuni storici bolognesi, ma talvolta sulla esattezza di tali notizie vi è fondato motivo di dubbio. L'Alidosi, ad esempio (cfr. G. N. ALIDOSI, *Li dottori bolognesi di legge canonica e civile*, Bologna 1620, p. 110) afferma — e la notizia viene ripetuta dal Mazzetti (cfr. S. MAZZETTI, *Repertorio di tutti i professori antichi e moderni della famosa Università e del celebre Istituto delle Scienze di Bologna*, Bologna 1848, p. 160, col. 1, nu. 1626) — che Gozzadino di Simolino Gozzadini, morì nel 1441 'all'età di 108 anni'. In realtà egli era nato nel 1367 — come risulta dal 'Trattato delle azioni di Testa Gozzadini ed altri della famiglia' (manoscritto del 1590 già esistente nella biblioteca Gozzadini). Fortunatamente le vite di molti Gozzadini, tra cui il nostro, furono accuratamente trascritte intorno alla metà del secolo scorso da Giovanni Gozzadini, letterato ed archeologo, e raccolte, insieme con altre notizie riguardanti la famiglia, in otto volumi, che si conservano manoscritti con il titolo di 'Materiali per la storia della famiglia Gozzadini' nella biblioteca bolognese dell'Archiginnasio:

Per quanto riguarda l'attribuzione dell'opera, in mancanza — allo stato attuale delle ricerche — di notizie precise circa

Segn. Gozz. 415-422) e come correttamente riporta il Litta (*Op. cit.*, loc. cit.). D'altra parte il dato dell'Alidosi sarebbe apparso assai poco credibile — per non dire senz'altro incredibile — solo che lo si fosse posto in relazione con quelli dei Rotuli. Ne sarebbe infatti risultato che il Gozzadini avrebbe svolto la parte più notevole della sua attività di lettore nello Studio bolognese quando egli era ormai assai vicino a compiere i 100 anni e poi, salvo qualche interruzione, fino all'ultimo anno della sua vita. Ma, tra gli storici bolognesi, soltanto il Fantuzzi (Cfr. G. FANTUZZI, *Notizie degli scrittori bolognesi*, t. IV, Bologna 1784, p. 217), nel parlare di Gozzadino di Lorenzo Gozzadini (del nostro Gozzadino, figlio di Simolino Gozzadini, il Fantuzzi non fa parola) indica come sue opere (le uniche, per la verità, che egli citi) il *tractatus de tabellionibus* ed il *tractatus excussionis*, contenuti nel Ms. Vat. lat. 2660, codice che il Fantuzzi appunto segnala. Se pure si deve attribuire al Fantuzzi il merito di questa segnalazione, non sappiamo tuttavia sulla base di quali argomenti egli attribuisca senz'altro i due trattati del codice vaticano a Gozzadino di Lorenzo Gozzadini. Oggi comunque ben difficilmente si potrebbe contestare questa sua attribuzione, se egli non fosse incorso in un errore di date (errore forse da farsi risalire all'Alidosi). Risulta infatti errata l'indicazione, sia pure approssimativa, dell'anno — il 1437 — in cui, secondo il Fantuzzi, Gozzadino di Lorenzo Gozzadini, avrebbe iniziato a leggere nello Studio, fatto questo da collocarsi invece intorno al 1471, come risulta dai *Rotuli* (v., *supra*, p. 41). Di questo errore del Fantuzzi già si era accorto il Mazzetti, rilevando la necessità di correggerlo (Cfr. S. MAZZETTI, *Op. cit.*, loc. cit., nu. 1627). Una volta dunque spostato l'anno, in cui Gozzadino di Lorenzo Gozzadini cominciò a leggere nello Studio, dal 1437 (come erroneamente indicato dal Fantuzzi) al 1471, l'identificazione del Gozzadino de' Gozzadini, indicato dal Vat. lat. 2660 come autore dei due trattati giuridici, presenta minori difficoltà. Se infatti la nota contenuta nel codice vaticano (v., *supra*, p. 8) permette di considerare i due trattati non posteriori al 1435, assai più logico mi sembra identificare l'autore con Gozzadino di Simolino Gozzadini, che in quel giro di anni era tra i lettori dello Studio bolognese (v. *Rotuli*, qui sopra) che non con Gozzadino di Lorenzo Gozzadini, che iniziò tale attività solo nel 1471. È chiaro che ad una simile conclusione, a mio avviso sufficientemente fondata, non si sarebbe potuti giungere nel caso che effettivamente anche Gozzadino di Lorenzo Gozzadini avesse iniziato l'attività di lettore intorno al 1437. In tale caso la nota del codice vaticano non avrebbe assunto l'importanza, che in realtà, a mio avviso, possiede.

Anche il Litta corregge la data indicata dal Fantuzzi ma attribuisce i due trattati a Gozzadino di Lorenzo Gozzadini (cfr. P. LITTA, *Op. cit.*, loc. cit.: '... nella Vaticana giacciono inedite due sue opere legali *Tractatus de tabellionibus* e l'altra in appendice al medesimo trattato'); con tutta probabilità il Litta trasse tale attribuzione dal Fantuzzi. Un'ultima osservazione. La nota del Vat. lat. 2660 riporta i nomi di due persone (il medico Andrea Da Palazago ed il monaco Arsenio, v., *supra*, pp. 8-9) facenti parte dell'entourage di papa Eugenio IV°. Può essere forse interessante ricordare che proprio il pontefice dovette conoscere, quanto meno di nome, Gozzadino di Simolino Gozzadini. Fu proprio Eugenio IV°

le opere di Gozzadino de' Gozzadini ⁽²⁴⁾, ci si deve limitare ad alcune considerazioni. Queste portano a respingere anche detta attribuzione.

La prima di queste considerazioni è quella, già in precedenza fatta, che il *tractatus de tabellionibus*, conservato nel Vat. lat. 2660, deve essere ritenuto una derivazione da un testo precedente, derivazione da intendersi tuttavia nel senso di un ripristino di un testo precedente assai corrotto ⁽²⁵⁾.

Ma ancora più importante è la testimonianza del Diplovatazio, riguardante la data di composizione del trattato — attribuito a Baldo — che risulta anteriore alla nascita del Gozzadini ⁽²⁶⁾.

Infine, nello stesso codice vaticano, di seguito al *tractatus de tabellionibus* si trova un altro trattato attribuito a Gozzadino de' Gozzadini: un *tractatus excussionis* ⁽²⁷⁾. Dalla collazione tra questo testo e quello del trattato, attribuito a Bartolo, riguardante la stessa materia ⁽²⁸⁾ si sono potute rilevare notevoli affi-

infatti a designare nel 1431 il Gozzadini quale uno dei 20 Commissari, deputati alla creazione dei magistrati del Comune di Bologna, e precisamente per Porta Ravegnana (cfr. C. GHIRARDACCI, *Della Historia di Bologna, parte terza*, a cura di A. SORBELLI [= *Raccolta degli Storici italiani dal cinquecento al millecinquecento, ordinata da L. A. Muratori*], Città di Castello, s.a., p. 27).

⁽²⁴⁾ Nemmeno nel prezioso *Liber recordationum*, autografo dello stesso Gozzadini (conservato nell'Archivio Gozzadini presso la Biblioteca bolognese dell'Archiginnasio), nel quale pure si trovano interessantissime annotazioni riguardanti la sua vita di scolaro, gli esami sostenuti per ottenere la *licentia* e la sua attività di lettore nello Studio bolognese, si trova accenno ad un *tractatus de tabellionibus*, da lui composto. Non si può tuttavia escludere che un appunto al riguardo possa trovarsi nell'enorme materiale dell'Archivio Gozzadini citato.

⁽²⁵⁾ Per i passi in cui più palesemente il testo risulta corrotto e sull'opera di ripristino, v. in particolare, *supra*, pp. 27-35.

⁽²⁶⁾ Il Diplovatazio indica come data di composizione del trattato il 20 ottobre 1348 (v. il passo completo, *infra*, p. 47). Gozzadino di Simolino Gozzadini nacque invece nel 1367. V. *supra*, p. 41, n. 23.

⁽²⁷⁾ Vat. lat. 2660, fo. 83^r-86^r.

⁽²⁸⁾ Ho visto un manoscritto della Biblioteca Mediceo-Laurenziana di Firenze, contenente appunto un *tractatus excussionis*, ritenuto opera di Bartolo, pur recando in fine il nome di Dino dal Mugello (Plut. V° Sin. 12, fo. 47^r e 47^v), e la

nità, ed in alcuni punti delle identità ⁽²⁹⁾.

Lasciando da parte congetture più o meno azzardate, l'unica conclusione possibile sembrerebbe questa: i due trattati del Vat. lat. 2660 rivelano rispetto a testi preesistenti un intervento di altra mano, in forma di ripristino accurato, con trascurabili aggiunte ed alcune varianti di forma, il *tractatus de tabellionibus*, in forma di una rielaborazione più in profondità della materia su di uno schema preesistente il *tractatus excussionis* ⁽³⁰⁾.

Tale intervento rivela senza dubbio la mano di un giurista. Si può quindi avanzare l'ipotesi che appunto ad un giurista minore, quale dovette essere Gozzadino de' Gozzadini, *miles et legum doctor*, ma forse più *miles* che *legum doctor*, come numerose testimonianze consentono di affermare ⁽³¹⁾, possa essere attribuita questa opera di «ripristino».

È tuttavia necessario vedere più da vicino in che cosa consista questo «ripristino» e per quali motivi esso possa essere ritenuto opera di un giurista.

La maggior correttezza del testo del Vat. lat. 2660 nei confronti di tutti gli altri manoscritti e delle edizioni risulta chiaramente in un passo della 1^a *quaestio* ⁽³²⁾, in cui appare colmata una lacuna che alterava il testo fino a renderlo incomprensibile. A rigore, si potrebbe obiettare che non si hanno prove che ciò rientri in quell'opera di ripristino — come personalmente invece sono convinto — e non sia piuttosto parte originale di un testo

edizione del *tractatus de excussione pignorum* dei *Tractatus Universi Juris*, Venetiis 1584, tomo III-2, fo. 140^v-141^r (cfr. R. FEENSTRA, *Op. cit.*, p. 214).

⁽²⁹⁾ Nella trattazione la materia appare ugualmente suddivisa in sette punti. Sostanzialmente identica, con parecchie varianti di forma, appare inoltre la parte iniziale del trattato. In seguito le varianti aumentano. Nel testo del Vat. lat. 2660 si riscontra una più ampia trattazione della materia.

⁽³⁰⁾ Essendo stata l'indagine sul *tractatus excussionis* meno approfondita dell'altra, non escludo che esistano anche altri validi motivi per sostenere questa conclusione.

⁽³¹⁾ Cfr. P. LITTA, *Op. cit.*, loc. cit. Vedi anche la vita di Gozzadino di Simolino Gozzadini nel 'Trattato delle azioni di Testa Gozzadini ed altri della famiglia' (v., *supra*, p. 41, n. 23).

⁽³²⁾ V., *supra*, pp. 27-31.

corretto. Comunque sia, è certo che solo nel Vat. lat. 2660 il passo risulta leggibile ed è questo uno dei motivi, per i quali esso è stato scelto come manoscritto-base della edizione critica.

Ma altrove il ripristino, spesso consistente in varianti di forma, dirette a chiarire alcuni passi confusi, ed in una scrupolosa revisione delle citazioni, è continua e la edizione critica lo testimonia chiaramente.

Esistono tuttavia alcuni passi, in cui può dirsi abbastanza fondato il sospetto, che talvolta, in quest'opera di ripristino siano intervenuti ritocchi ed ampliamenti leggermente arbitrari, anche se sempre entro limiti accettabili ⁽³³⁾. Ma è proprio in questi passi, che si ha la prova dell'intervento di un giurista ⁽³⁴⁾.

Ciò vale anche per lo spostamento della *quaestio* 'An tabellio possit conficere instrumentum super facto proprio', che, come si è visto è la XXII^a nel Vat. lat. 2660, mentre negli altri manoscritti è la VI^a. Ciò non deve essere ritenuto un fatto casuale ⁽³⁵⁾, bensì dettato dalla esigenza di disporre le *quaestiones* secondo un ordine sistematico. Così le ultime *quaestiones* ('An pater tabellio possit conficere instrumenta pro filio', 'An filius tabellio pro patre', 'Utrum frater possit conficere instrumentum pro fratre'), in cui viene considerato il vincolo di parentela come limite all'esercizio del tabellionato, sono precedute, nel Vat. lat. 2660 dalla *quaestio* 'An tabellio possit conficere instrumentum super facto proprio', in cui il limite all'esercizio del tabel-

⁽³³⁾ L'esempio più vistoso, anche se isolato, sembra quello della X^a *quaestio*, che si presenta nel modo seguente:

[Vat. lat. 2660]

[F (ad es.)]

Decimo quero an debitor, qui recipit mutuum, vel creditor, qui mutuum dat, vel uterque, solvere debeat tabellioni pro confectione instrumenti. Cynus ponit istam questionem in l. eos, C. de usuris. Dicendum est ut ibi notatur per eum.

Decimo quero quis contrahentium debeat solvere notario. Dic per Cynum in l. eos, C. de usuris.

⁽³⁴⁾ Il testo della X^a *quaestio* del Vat. lat. 2660 presuppone la conoscenza del passo dell'opera di Cino da Pistoia, in cui il problema viene esaminato in relazione ad un contratto di mutuo. V., *infra*, pp. 63-64.

⁽³⁵⁾ V., *supra*, pp. 32-35.

lionato è costituito dal coincidere nella stessa persona delle qualità di *persona publica* e di *persona privata*.

Vi è infine da segnalare l'inserimento della *quaestio* relativa allo *spurius* (*quaestio XIX^a*), che manca negli altri manoscritti e nelle edizioni. L'esame del testo consente di considerarla una *additio* isolata, decisamente infelice ⁽³⁶⁾.

Anche per quanto riguarda le citazioni, va segnalata la superiore correttezza del Vat. lat. 2660 nei confronti degli altri ⁽³⁷⁾. Ma anche qui si notano talvolta piccole integrazioni, che le rendono più esatte, che sarei propenso a ritenere opera di giurista ⁽³⁸⁾.

Concludendo dunque il testo del *tractatus de tabellionibus*, dal Vat. lat. 2660 è lo stesso degli altri manoscritti e delle edizioni, rispetto ai quali però esso si rivela più corretto e completo. Tanto la completezza, quanto la correttezza sono tuttavia da intendersi come il risultato di un ripristino accurato, che rivela in più di un punto l'opera di un giurista. Non vi è motivo per escludere che proprio a Gozzadino de' Gozzadini possa essere attribuita quest'opera di ripristino.

C) *L'attribuzione a Baldo degli Ubaldi.*

Ben più fondata appare l'attribuzione del trattato a Baldo ⁽³⁹⁾. Più d'uno e validi gli elementi che la sostengono.

Su tutti assume importanza preminente la testimonianza del

⁽³⁶⁾ V., *infra*, p. 70.

⁽³⁷⁾ Quanto poco corretti siano gli altri manoscritti in fatto di citazioni risulta ampiamente dalla edizione critica.

⁽³⁸⁾ Si veda, ad es., la citazione del commento di Guglielmo da Cunio alla *l. non aliter. de adoptionibus* (D. 1, 7, 18) alla fine della II^a *quaestio* del trattato. Il Vat. lat. 2660 vi aggiunge in *ultima questione*. In effetti il problema viene trattato da Guglielmo da Cunio nell'ultima delle *questiones*, in cui è suddiviso il detto commento.

⁽³⁹⁾ Ciò si riscontra nella maggioranza dei manoscritti, cioè nei cinque seguenti: Vat. lat. 10726, Ross. 1061, Foligno, Escorial, St. Omer (v., *supra*, pp. 10 e 12-15), e nelle edizioni cinquecentine a partire da quella Venetiis 1546 dell'*Ars notarie* di Rolandino (v., *supra*, pp. 25-26).

Diplovatazio, che, nella vita di Baldo, riporta giorno, mese ed anno di composizione del trattato, nonchè l'*incipit* dello stesso:

'... Item et tractatum de tabellionibus et hoc anno Domini 1348, in dictione 12 et die 20 octobris et incipit *Tractaturus de tabellionibus quorum officium frequenter*...' (40).

La notizia, nonostante alcune imprecisioni nella data (41) e nell'*incipit* (42), è tuttavia degna della massima considerazione. Ma se sembra lecito supporre che il Diplovatazio abbia riportato data di composizione ed *incipit* del trattato, traendoli da un manoscritto, da lui visto, altre illazioni sono, molto probabilmente, azzardate (43).

(40) Cfr. *Thomae Diplovatati liber de claris iuris consultis curantibus* F. SCHULZ - G. RABOTTI, Bononiae 1968 (« *Studia Gratiana* », X, p. 298).

(41) All'anno 1348 non corrisponde infatti l'indizione XII^a bensì la prima. Sarei propenso a ritenere che l'errore riguardasse piuttosto l'indizione che l'anno. Può forse essere interessante ricordare qui l'opinione di Dino dal Mugello, il quale, in un *consilium*, riguardante appunto un caso di discordanza tra l'anno e l'indictio in un *instrumentum*, era d'opinione che l'errore riguardasse piuttosto l'indictio, essendo questa *communiter magis incognita* e quindi, più facilmente dell'anno, suscettibile di erronea indicazione (v. il passo di Dino, *infra*, p. 121, n. 23). Vi è tuttavia un altro elemento che porterebbe invece a dubitare dell'esattezza dell'anno, indicato dal Diplovatazio. Nella XII^a *quaestio* si trova infatti una citazione di un passo della *Lectura super Digesto Veteri* di Ranieri da Forlì, citazione presente, sia pure in diversa forma, in tutti i manoscritti ('.... *Raynerius consuluit super isto dubio, ut ipse notat in l. imperator, ff. de statu hominum*' [D. 1, 5, 8]). Di questa *Lectura*, oggi da considerare perduta, il Diplovatazio vide un manoscritto, in cui si diceva essere stata tenuta a Padova nel 1355 (cfr. SAVIGNY, *Op. cit.*, VI, p. 189 [traduz. it. BOLLATI *cit.*, II, p. 655]). Ne verrebbe di conseguenza che il trattato non dovrebbe essere considerato anteriore a tale data. Dopo il 1355, il primo anno, al quale corrisponderebbe l'indizione XII^a sarebbe il 1359.

(42) Al posto di *frequenter* tutti i manoscritti e tutte le edizioni hanno *frequentatur*.

(43) È vero che del solo *tractatus de tabellionibus*, tra i trattati di Baldo, il Diplovatazio riporta con cura la data di composizione e l'*incipit*; è vero anche che il materiale del *De claris jurisconsultis* fu raccolto dal Diplovatazio anteriormente al 1511 (cfr. G. ROSSI, *La 'Bartoli vita' di Tommaso Diplovataccio secondo il codice Oliveriano 203*, in *Bartolo da Sassoferrato*, *cit.*, II, p. 444, n. 6) e che tale data potrebbe anche essere posta in relazione con il momento in cui il trattato cessò di essere stampato come opera di Bartolo (dovendo infatti considerarsi, come ultima, l'edizione Romae 1510), ma far risalire con questo al Diplovatazio la riaffermazione dell'attribuzione a Baldo, che le edizioni della seconda metà del sec. XV^o e degli inizi del secolo successivo sembravano ignorare, appare eccessivo.

Il trattato viene così a collocarsi tra le opere giovanili di Baldo ed il carattere prevalentemente compilatorio dell'opera e la trattazione, tutt'altro che ordinata ed esauriente della materia, potrebbero esserne una conferma ⁽⁴⁴⁾. Opera giovanile dunque, e tra le prime, si potrebbe aggiungere, se opera giovanile veniva considerata dal Meijers la *repetitio* sulla l. *Cunctos populos*, databile intorno al 1358 ⁽⁴⁵⁾.

Oltre a questa importante testimonianza del Diplovatazio non mancano citazioni di altri autori, in cui il *tractatus de tabellionibus* viene indicato come opera di Baldo. Tali citazioni, sebbene non numerose e da attribuirsi comunque a giuristi operanti nella seconda metà del sec. XV, e perciò tardi, in quanto posteriori di un secolo e più all'epoca della composizione del trattato, indicata dal Diplovatazio, hanno tuttavia una loro importanza. Nelle citazioni di questi giuristi (che, si tenga presen-

E ciò perchè lo stesso Diplovatazio, molto probabilmente, non avrebbe mancato di accennare espressamente alla circostanza che il trattato risultava stampato come opera di Bartolo (e ne esisteva anche una edizione veneziana del 1491, quella nella raccolta, che inizia con la *Summa super titulos Decretalium* di Goffredo da Trani). Segnalazioni del genere non mancano nell'opera del Diplovatazio. Anche nella *Vita Bartoli* si legge soltanto un accenno generico al problema delle attribuzioni dei trattati di Bartolo. Rimarrebbe poi da spiegare come mai la prima edizione, in cui venga indicato come autore Baldo, sia apparsa solo nel 1546 (nella edizione veneziana della *Summa artis notarie* di Rolandino, in cui il *tractatus de tabellionibus* è indicato come *nusquam antea impressus*) e cioè cinque anni dopo la morte del Diplovatazio († 1541). Rimane tuttavia il fatto che il periodo che intercorre tra l'ultima edizione del trattato come opera di Bartolo (1510) e la prima edizione dello stesso, come opera di Baldo (1546), corrisponde, per la maggior parte, ad un periodo in cui il Diplovatazio era vivente e non si può quindi escludere, pure in mancanza di notizie precise, che la voce dell'illustre erudito si sia unita ad altre per restituire a Baldo l'attribuzione, già tanto discussa, di questo trattato. Un'ultima osservazione conclusiva. Se, per avventura, il *tractatus de tabellionibus* fosse stato incluso fino dall'inizio nelle raccolte dei trattati di Bartolo (dalle quali invece, come sappiamo, fu sempre escluso), con tutta probabilità proprio il Diplovatazio avrebbe provveduto ad escluderlo dalla edizione, da lui annotata, dei trattati del grande maestro di Sassoferrato (Venetiis 1521).

⁽⁴⁴⁾ Per questi caratteri dell'opera, v., *infra*, pp. 51-53.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. *Tractatus duo de vi et potestate statutorum* ed. E.M. MEIJERS; insunt l. BALDI *Repetitio super lege 'Cunctos populos'* (C. 1.1.1), 2. VAN DER KEESSEL *Praelectiones iuris hodierni ad H. Grotii introductionem...*, Haarlem 1939 [= *Rechtshistorisch Instituut - Institut historique de droit*, Leiden, serie II, 9], p. II.

te, dovettero conoscere il trattato esclusivamente attraverso manoscritti, dato che esso nel corso del sec. XV fu sempre stampato come opera di Bartolo) l'attribuzione a Baldo non presenta riserve.

Va ricordato anzitutto Giovanni Cane (Joannes Jacobus Canis o de Canibus), professore a Padova, ivi morto nel 1490 o 1494 ⁽⁴⁶⁾, autore, tra l'altro, di un *De tabellionibus* (o *De tabellionibus libellum*), di cui si hanno edizioni incunabole ⁽⁴⁷⁾ e cinquecentine ⁽⁴⁸⁾, unico autore, subito dopo Baldo, se non vado errato, di un'opera che tratti della materia del tabellionato in modo specifico. Di qui la indubbia rilevanza dei suoi riferimenti al trattato come opera di Baldo.

Nel proemio, in cui l'autore accenna alle finalità dell'opera ed alle difficoltà della trattazione della materia del tabellionato, si ha un espresso riferimento ad un trattato di Baldo ⁽⁴⁹⁾, ed altri se ne riscontrano successivamente nel testo ⁽⁵⁰⁾.

Ben più numerose e precise le citazioni del trattato, come opera di Baldo, che si trovano in un noto repertorio giuridico di Giovanni Bertacchini (Johannes Bertachinus 1448-1497) ⁽⁵¹⁾: il *Repertorium utriusque juris* ⁽⁵²⁾. Nei numerosissimi paragrafi,

⁽⁴⁶⁾ Cfr. SAVIGNY, *Op. cit.*, VI, p. 484 [traduz. it. BOLLATI cit., III, p. 494].

⁽⁴⁷⁾ Ad es., l'ed. Bononiae 1482, da me veduta alla Biblioteca del British Museum (BMC IA 28653).

⁽⁴⁸⁾ Ad es., nella *Summa artis notariae* di Rolandino, a partire dalla edizione Venetiis 1546.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. ed. Bononiae 1482, f. 1r.: 'Cumque tractatum quemdam Baldi per questionum numerum compactum et antiquorum quorundam compilationes jejunas atque aridas revolvissim...'.
⁽⁵⁰⁾ Ad es., ed. cit., fo. VIr, a proposito della equiparazione della *consuetudo* allo *statutum*, troviamo le seguenti citazioni: 'Innocentius tamen in capitulo finali de fide instrumentorum, Prosdocius in dicto c. cum P. tabellio et Baldus in suo tractatu hic tenent contrarium...' e più avanti (f. VIIr) nel riportare le opinioni di alcuni autori riguardo alla questione se l'*impubes* debba essere escluso dall'esercizio del tabellionato, viene ancora citato Baldus in suo tractatu.

⁽⁵¹⁾ Cfr. SAVIGNY, *Op. cit.*, VI, p. 482 [= traduz. it. BOLLATI cit., III, pp. 492-493].
⁽⁵²⁾ Della edizione Romae 1481, indicata dal *Gesamtkatalog der Wiegendrucke* come quella originaria, ho visto l'esemplare conservato nella Biblioteca Universitaria di Bologna.

che costituiscono la voce *notarius* ⁽⁵³⁾ vengono praticamente citate tutte le *quaestiones* del trattato di Baldo ⁽⁵⁴⁾. L'interesse di queste citazioni è accresciuto dal fatto che le *quaestiones* vengono citate con il relativo numero, la qual cosa consente di ricostruire con certezza, si può dire assoluta, quante esse fossero originariamente e quale la loro successione nel testo ⁽⁵⁵⁾.

Sempre come opera di Baldo, il *tractatus de tabellionibus* appare citato in alcune *additiones* ai Commentari al Codice di Baldo, opera di Ugo Celso Dissuti (Hugo Celsus Dissutus, cabilonensis, ...1480-1532...). Pur non essendo queste citazioni di particolare significato, riesce difficile pensare che, in *additiones* alle opere di Baldo, venisse citato come opera del grande maestro, un trattato non sicuramente suo ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵³⁾ Nella citata edizione, in tre volumi, la voce '*notarius*' si trova nel secondo volume.

⁽⁵⁴⁾ Troppo lungo ed alla fine, di interesse limitato, riportare qui tutti i passi relativi. Mi limito alle prime *quaestiones*, a titolo esemplificativo, indicandole nell'ordine in cui figurano nel trattato:

- a) per la prima *quaestio* v. l'ampio passo riportato, *supra*, p. 29.
- b) *Notarius per consuetudinem creari potest ab inferiori a principe et omnino vide per Baldum in tractatu de tabellionibus, II questione.*
- c) *Notarius quis esse, probatur per privilegium publicum vel per instrumentum et testes Baldus in tractatu de tabellionibus, III questione.*
- d) *Notarius debet in fine instrumenti ponere signum suum nisi consuetudo se aliter habeat ... et Baldus ... et in suo tractatu de tabellionibus, IIII questione*
- e) *Notarii officium, quia publicum est ... et Baldus in tractatu de tabellionibus, V questione.*
- f) *Notarius pro se non potest instrumenta conficere ... et Baldus in tractatu de tabellionibus, VI questione.*
- g) *Notarius imperialis an conficiat instrumenta in terris Ecclesie, vide ... et Baldum ... et in suo tractatu de tabellionibus, VII questione ...*

⁽⁵⁵⁾ A proposito di questo problema v., *supra*, pp. 32-35.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. HUGO CELSUS, *Additiones a BALDUS DE UBALDIS, Commentaria in Codicem*, lib. IV, tit. *De fide instrumentorum* (XXII), in rubrica [ed. Venetiis 1577, f. 58^v, col. 2]: 'Tu dic notarium, per alium quam per Papam aut Principem creatum, non posse conficere instrumenta extra territorium suum, ut plene per Baldum ... et in suo tractatu de tabellionibus, questione VII ...' e più avanti, (cfr. HUGO CELSUS, *Op. cit.*, tit. cit. l. *In exercendis*, [ed. cit., f. 61^r, col. 2]) — a proposito del *tabellion excommunicatus* — viene nuovamente citato il *tractatus de tabellionibus*.

Il *De tabellionibus* si trova pure citato, come trattato di Baldo, nelle opere di alcuni canonisti. Felino Sandeo (Felinus Sandeus 1444-1503) nei suoi *Commentari alle Decretali*, in un passo tradizionalmente dedicato dalla dottrina canonistica alla trattazione dei problemi del tabellionato, così appunto lo cita⁽⁵⁷⁾.

Tra i canonisti va pure ricordato Antonio Francesco de' Dottori (Antonius Franciscus a Doctoribus, 1442-1528), autore, tra l'altro, di *additiones* ai *Commentari sulle Decretali* di Nicholas de Tudeschis (Abbas Panormitanus)⁽⁵⁸⁾. Appunto in una di tali *additiones* si trova citato il *tractatus de tabellionibus* come opera di Baldo⁽⁵⁹⁾.

Dall'esame del testo emergono inoltre altri elementi, che sembrano confermare l'attribuzione del trattato a Baldo. Era già stato osservato, ed assai giustamente, come dalle citazioni contenute nel testo si potesse legittimamente supporre che l'autore fosse vissuto al tempo di Baldo⁽⁶⁰⁾.

(57) Cfr. FELINUS SANDEUS, *In Decretalium libros V commentaria*, lib. II, tit. *De fide instrumentorum* (XXII), c. *Cum P. Tabellio* (XV), vers. *Decimo quaeritur*, circa medium [ed. Basileae 1567, col. 1018] — a proposito del problema se lo statuto possa disporre riguardo alla nomina dei notai — '.... sed quod statutum possit tenet Baldus in c. cum dilectus, supra, eodem (*Extra*, 2, 22, 10) et l. rescripta, C. de precibus imperatori offerendis (C. 1, 19, 7) et in l. instrumenta, in ultima columna, C. de probationibus (C. 4, 19, 5) et in tractatu suo de tabellionibus, in I e II questione et in rubrica, supra, de consuetudine (*Extra*, 1, 4, rubrica) et in l. cunctos populos, in lectura, ver. 'Ulterius quaeritur circa statuta', C. de Summa Trinitate (C. 1, 1, 1) ...' e successivamente (*Op. cit.*, loc. cit., vers. *Decimotertio quaeritur*) — a proposito del problema *utrum tabellio imperialis conficere possit instrumenta in terris ecclesie et e contra* — dopo le opinioni contrarie di alcuni autori: 'Sed contrarium (cioè per il 'si') tenet ... Baldus in tractatu suo de tabellionibus ...'.

(58) Cfr. J.F. von SCHULTE, *Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, t. II (*Von Papst Gregor IX. bis zum Concil von Trient*), ed. anast. Graz 1956, p. 366.

(59) Cfr. ANTONIUS FRANCISCUS A DOCTORIBUS, *Additiones a ABBAS PANORMITANUS, Commentaria in libros Decretalium*, lib. II, tit. *De fide instrumentorum* (XXII), c. *Cum P. tabellio* (XV), [ed. Venetiis 1569, f. 138^v, in margine]: 'Quis possit creare notarios ... vide per eundem Baldum in tractatu de tabellionibus, in I questione ubi plene tractat istam materiam...'.

(60) Cfr. R. STINTZING, *Op. cit.*, p. 302.

Si è visto come la testimonianza del Diplovatazio collochi il *De tabellionibus* tra le opere giovanili di Baldo. Ora, proprio dall'esame del testo si desumono alcuni caratteri, che sembrano tipici di un'opera giovanile.

Anzitutto la trattazione della materia risulta ben lungi dall'essere completa ed esauriente. Ciò sembrerebbe confermato dalle numerose *additiones* di altri autori, anche precedenti, con cui si cercò di integrarlo ⁽⁶¹⁾, ma risulta ancor più dal confronto con il successivo *De tabellionibus* di Giovanni Cane ben più ampio ed esauriente.

Il trattato si rivela inoltre opera, per lo più, di compilazione, ed anche questo potrebbe denotare un'opera giovanile. Moltissime *quaestiones* si risolvono infatti in una esposizione, più o meno dettagliata, delle opinioni — a favore o contrarie — di vari giuristi su alcune delle più importanti questioni riguardanti il tabellionato. Gli autori maggiormente citati sono Innocenzo IV, alla cui opinione Baldo tanto spesso aderisce, Guglielmo da Cunio e Bartolo, dei quali vengono molto spesso riprodotti, pressochè *ad litteram*, i passi delle opere esegetiche ⁽⁶²⁾. Vengono anche citati lo Speculator, Dino, Jacopo da Belviso, Cino ⁽⁶³⁾ e Ranieri da Forlì ⁽⁶⁴⁾.

Anche il tono, abbastanza polemico, con cui l'opinione di Bartolo viene talvolta criticata — se pure con argomenti poco

(61) Così il Vat. lat. 10726 presenta in margine parecchie *additiones*, alla fine delle quali si legge il nome di Jacopo da Arena (v., *supra*, p. 10), così nella edizione cinquecentesca dell'*Ars notariatus* il trattato viene stampato *ingenti accessione ex Baldo, Lanfranco, Jasone, Felino et aliis locupletatus* (v., *supra*, p. 23), così infine nelle edizioni della *Summa totius artis notarie* di Rolandino (a partire da quella Venetiis 1546) il trattato viene stampato *cum aliquibus additionibus domini Martini de Fano* (v., *supra*, p. 26).

(62) I passi dei vari giuristi, riprodotti nell'apparato della edizione critica, mettono in luce questa circostanza.

(63) Di Cino da Pistoia vengono anche citate le *additiones* al *Digestum Vetus*. V., *infra*, pp. 129-130: '... et Cynus in l. nam ita divus, in adyctionibus suis, ff. de adoptionibus...'. In proposito cfr. D. MAFFEI, *La «lectura super Digesto Veteri» di Cino da Pistoia. Studio sui MSS Savigny 22 e Urb. lat. 172*, Siena 1963 [= *Quaderni di «Studi Senesi»*, 10], pp. 10-11 e n. 28, p. 19 e n. 60.

(64) V., *supra*, p. 47, n. 41.

convincenti ⁽⁶⁵⁾ — potrebbe ben essere di Baldo, che, come è noto, fu presto portato a criticare, ed in tono anche aspro, le opinioni del maestro ⁽⁶⁶⁾.

Sono da segnalare anche talune palesi inesattezze circa le opinioni di alcuni giuristi, inesattezze che sembrerebbero addirittura rivelare una certa tendenza a dare una interpretazione distorta delle medesime ⁽⁶⁷⁾.

Dato il carattere prevalentemente compilatorio dell'opera, non è facile trovare corrispondenze con le opinioni espresse da Baldo nelle opere esegetiche. Tuttavia l'esame delle prime due *quaestiones* del trattato, in cui il fondamentale problema della nomina dei notai appare ampiamente esaminato, consente alcune considerazioni. Il problema ' Quis possit creare tabelliones ' (nel nostro trattato è la *quaestio* I^a) non risulta esaminato nei *Commentarii* alle varie parti del C.J.C. di Baldo. Ritenne Baldo di non dover riprendere un argomento, che egli forse considerava esaurito nel *De tabellionibus*? La domanda è lecita, ma rimane senza risposta.

Anche un altro fatto è abbastanza singolare. Nella citata I^a *quaestio* del trattato, Baldo aderisce all'opinione di Innocenzo IV, che aveva concluso che ' nullus potest facere tabellionem praeter Papam et Imperatorem ' ⁽⁶⁸⁾. Come è noto, Baldo è autore anche di un commentario sui primi tre libri delle *Decretali*; tuttavia nel commento al medesimo passo, in cui Innocenzo era giunto a quella conclusione, Baldo non aderisce più all'opinione del grande canonista ma si limita a riportarla con notevole distac-

⁽⁶⁵⁾ V., *infra*, p. 40.

⁽⁶⁶⁾ Il *Diplovatazio* accenna a quest'ansia di Baldo di contraddire l'opinione di Bartolo: ' Iste Baldus, si non habuisset tantam emulationem de Bartolo, ex quo totis viribus conabatur contradicere, certum est in jure nostro nobis in quadruplum dedisse plus quam Bartolus et hac ratione semper sibi ipsi contrariatur animo contradicendi...' (cfr. *Thomae Diplovatitii liber de claris iuris consultiis* cit., p. 302).

⁽⁶⁷⁾ V., *infra*, p. 57.

⁽⁶⁸⁾ V. il passo di Innocenzo, *infra*, p. 86, n. 7.

co (⁶⁹). Ma i Commentarî alle Decretali sono posteriori al nostro trattato e Baldo può ben avere, in seguito, mutato opinione (⁷⁰).

Ciò sembra confermato anche dall'esame della *quaestio* II^a ('Numquid consuetudo possit inducere quod inferior a principe possit creare tabelliones'). Nel nostro trattato, la posizione di Baldo al riguardo, appare come nella *quaestio* I^a, decisamente anacronistica. La conclusione è che solo la *consuetudo* abbia tale potere, non lo *statutum*, e ciò perchè la *potestas creandi tabelliones* è una *potestas reservata* del *princeps*, e nel campo delle potestà riservate 'statutum non potest'.

Riguardo a questo problema è possibile seguire meglio la evoluzione del pensiero di Baldo. In un'altra opera giovanile la *repetitio* sulla l. *Cunctos populos* (C. 1, 1, 1), la rigida posizione, assunta nel nostro trattato, pur rimanendo fondamentalmente la stessa, subisce una attenuazione (⁷¹).

Il punto di arrivo nella evoluzione del pensiero di Baldo riguardo al problema, qui preso in esame, è costituito dalla *lectura* sulla l. *Cunctos populos* (⁷²), dove si trova affermata la

(⁶⁹) Cfr. BALDUS DE UBALDIS, *In Decretalium commentaria, Super II^o Decretalium, tit. De fide instrumentorum* (XXII), c. *Cum P. Tabellio* (XV), vers. 'Querit Innocentius qui possunt creare tabelliones', led. Venetiis 1595, f. 243^v, col. 2, nu. 15]: '... et per hoc habes expositam totam glosam Innocentii, qui more suo loquitur satis confuse'.

(⁷⁰) A proposito di questi mutamenti di opinione di Baldo, cfr. *Thomae Diplovatati liber de claris iuris consultis* cit., p. 303: '... et dicit Paulus de Castro in l. de tutela, C. de in integrum restitutione minorum, quod Baldus frequenter variabat ex nimia subtilitate ingenii sui, non tamen malitiose...'.

(⁷¹) Cfr. *Tractatus duo de vi et potestate statutorum*, ed. E. M. MEIJERS cit., p. 21, nu. 57: «Concludo ex predictis, quod civitates non possunt creare tabelliones, quia hoc solo principi competit, licet possint statuere quod aliquorum, puta mercatorum, scripturae adhibeatur plena fides, ut ff. de edendo, l. quaedam, § numularios (D. 2, 13, 9, 2), sed inter quos tabelliones'.

(⁷²) Secondo il Meijers (cfr. *Tractatus duo de vi et potestate statutorum*, ed. E. M. MEIJERS cit., p. IX) la *lectura* sulla l. *Cunctos populos* è da ritenere successiva alla *repetitio*, ed a questo fatto andrebbero ricollegate le numerose e grandi differenze che si riscontrano tra i due commenti. In particolare la *repetitio*, opera giovanile, rivelerebbe concezioni più ardite rispetto alla *lectura*, concezioni

validità dello statuto, che disponga circa la nomina dei notai e viene respinta la contraria opinione di Innocenzo, alla quale nel *De tabellionibus* Baldo aveva aderito ⁽⁷³⁾. Si può forse aggiungere che l'opinione espressa da Baldo nella *lectura* sulla l. *Cunctos populos* dovette essere, con ogni probabilità, quella comunemente conosciuta, mentre la contraria opinione espressa nel giovanile *De tabellionibus*, forse praticamente ignorata, tanto che anche un giurista quale Felino Sandeo incorse in una inesattezza nel riportarla ⁽⁷⁴⁾.

Concludendo quindi, Baldo ha espresso sul problema diverse opinioni, passando da una posizione — 'quod statutum non possit' — che appare anacronistica, se posta in relazione con la realtà del suo tempo, ad un'altra — 'quod statutum possit' — che si potrebbe definire più realistica.

Appare così un altro carattere del trattato, e cioè quello di opera teorica, e direi, scolastica, per lo più limitata alla conoscenza — talvolta non troppo approfondita o coscienziosa — delle opere dei giuristi.

Rimarrebbe infine da parlare dello *stilus* (che, come apprendiamo dalla nota del Ross. 1058, era già considerato ele-

che in quest'ultima sarebbero state abbandonate a favore di un maggior rispetto della *communis opinio*.

(73) Cfr. BALDUS DE UBALDIS, *Lectura super Codice, Super primo libro Codicis* (I), tit. *De Summa Trinitate* (I), l. *Cunctos populos* (I), vers. 'Et ulterius quero circa statuta permissoria' [ed. Venetiis 1586, f. 8^r, col. 2, n. 81]: 'Et ulterius quero circa statuta permissoria, ponamus quod statutum aliquid concedit in privilegium, puta quod presbyter possit conficere instrumenta et credatur instrumento, ac si esset manu publica notarii. Quero ergo primo de essentia, id est, an valet statutum, et videtur quod non, iuxta notata per Innocentium, Extra, de fide instrumentorum, c. cum P. tabellio, ubi dicit Innocentius quod creare tabellionem pertinet ad solum Principem. In contrarium videtur et est casus, Extra, de fide instrumentorum, c. cum dilectus; facit quod notatur ff. de edendo, l. quaedam, § numularios. Et ista videtur veritas, quod valeat statutum....'.

(74) Si veda il passo di Felino, *supra*, p. 51, n. 57. A parte l'indubbia rilevanza di vedere citato il *De tabellionibus* come opera di Baldo, la citazione è inesatta per quanto riguarda l'opinione espressa nel nostro trattato circa il problema in questione. Baldo infatti nella II^a *questio* ritiene 'quod statutum non possit'. Sembra quindi che Felino non sia stato particolarmente diligente nel riportarla.

mento contrastante con la attribuzione a Bartolo), anche se i caratteri di opera giovanile e di compilazione del trattato, sembrerebbero consigliare una certa prudenza nel considerare questo elemento. A mio modesto avviso — ed in contrasto con la citata nota del Ross. 1058 — lo *stilus* sembrerebbe più vicino a quello di Bartolo (il cui materiale appare ampiamente utilizzato) che a quello di Baldo, al quale pure l'opera va attribuita senza dubbio. Ora, che nell'opera giovanile di un allievo sia riconoscibile una certa affinità stilistica con quelle del maestro, non solo non meraviglia, ma sembra una ulteriore conferma di quanto le ricerche hanno messo in luce.

LE QUAESTIONES DEL TRATTATO

Il problema fondamentale della nomina dei notai occupa le prime due *quaestiones* del trattato, e precisamente:

I^a quaestio: ' Quis possit creare tabelliones '.

II^a quaestio: ' Numquid consuetudo possit inducere quod inferior a principe possit creare tabelliones '.

Con la prima, in particolare, si tende a stabilire a quale (o quali) autorità possa essere riconosciuta la *potestas creandi tabelliones*. Dopo l'impostazione del problema ⁽¹⁾, vengono esaminate le opinioni di alcuni giuristi al riguardo.

Viene anzitutto citato Innocenzo IV (alla cui opinione Baldo alla fine aderisce) che aveva affermato che la *potestas creandi tabelliones* spettava di diritto solo al *princeps*, cioè al papa, all'imperatore e ad alcuni *reges* (evidentemente quelli *superiorem non recognoscentes*).

⁽¹⁾ Si noti come la parte iniziale del trattato sia tolta in gran parte, tanto nel testo che nelle citazioni, dal commento di Guglielmo da Cunio alla l. *non aliter*, ff. de adoptionibus (D. 1, 7, 18) — v. il passo, *infra*, p. 88, n. 15.

Contro l'opinione di Innocenzo IV, starebbe, secondo Baldo, quella di Jacopo da Belviso, per il quale *quilibet superior* potrebbe creare i notai. Ci si trova così di fronte ad un caso — ma non l'unico — in cui l'opinione di un giurista viene citata erroneamente. Il confronto dei passi delle opere esegetiche non consente dubbio in proposito. Jacopo da Belviso ⁽²⁾ infatti, lungi dall'essere di opinione contraria, aderisce pienamente all'opinione di Innocenzo, al punto da dire '... dic ut notatur per Innocentium'. E se pure il passo di Jacopo da Belviso contiene una riserva alla fine ('... et est argumentum quod superior possit suum subditum tabellionem creare...'), non è possibile attribuirle il significato, che Baldo vorrebbe, a meno di non voler deformare quella opinione.

Corretta appare invece la successiva citazione delle opinioni di Guglielmo da Cunio ⁽³⁾ e di Bartolo, questi sì invece nettamente contrari all'opinione di Innocenzo, e favorevoli a ritenere che la *potestas creandi tabelliones* non spettasse solo al papa ed all'imperatore, ma anche ai magistrati (evidentemente quelli dei Comuni, che di fatto da tempo disponevano circa la nomina dei notai).

Dopo l'esame delle varie opinioni, Baldo conclude con la adesione più completa alla opinione di Innocenzo ('Ego teneo primam opynionem...'), a sostegno della quale vengono addotti altri due argomenti.

Anzitutto gli atti dei notai 'fidem faciunt generaliter per

(2) V. il passo di Jacopo da Belviso, *infra*, p. 88, n. 13.

(3) Invece di Guglielmo da Cunio, tutti gli altri mss. ed edizioni indicano un nome che sembrerebbe quello di Guido da Suzzara. Tale nome, appare tuttavia indicato in modo tale dai vari mss. ed edizioni (vedi, *infra*, p. 88, n. 15) che sembra più che fondato il dubbio che si tratti di un *Guilielmus* anzichè di un *Guido*. Ciò risulta senz'altro confermato dal passo dell'opera esegetica di Bartolo, il quale si rifà appunto a Guglielmo da Cunio (vedi il passo, *infra*, p. 88, n. 15 in fine: '... et hoc tenet Guilielmus'); da ciò risulta anche chiarito il *post eum*, che si legge nel testo del trattato. Anche il Bertachinus nel suo *Repertorium utriusque juris* cita in proposito *Guil.*, (vers. *Notarius creari potest a Principe*, ed. Romae 1481).

totum orbem' e quindi solo al *princeps* (papa o imperatore) deve essere riconosciuta una *potestas*, alla quale sono connesse conseguenze di tale portata.

In secondo luogo, la *potestas creandi tabelliones*, non fu mai, secondo Baldo, attribuita agli *inferiores*, come invece è accaduto per altre *potestates* ('... idem princeps quedam communicavit cum inferioribus... quedam communicavit cum majoribus tantum...') e pertanto si deve ritenere che egli abbia inteso riservarla a sè ('... sed non apparet quod princeps hanc potestatem creandi tabelliones communicavit cum inferioribus, vel majoribus, igitur sibi tantum reservasse intelligitur...').

Viene così affermata la natura di *potestas reservata* della *potestas creandi tabelliones* ⁽⁴⁾.

II^a quaestio: 'Secundo quero numquid consuetudo possit inducere quod inferior a principe possit creare tabelliones'.

Il problema della nomina dei notai viene qui preso in considerazione da un diverso punto di vista. Dopo l'affermazione della esclusiva spettanza al *princeps* della *potestas creandi tabelliones* (*I^a quaestio*), viene esaminato se, in virtù di una consuetudine, anche gli *inferiores* possano procedere alla nomina dei notai.

È ancora l'opinione di Innocenzo — alla quale Baldo aderisce — ad essere citata per prima. Coerentemente alla sua affermazione circa la spettanza esclusiva della *potestas creandi tabelliones* al *princeps*, Innocenzo riconosce tale efficacia solo alla consuetudine, che abbia il consenso, tacito o espresso, del *princeps* ('... ad hoc ut valeat consuetudo, requiritur consensus superioris, scilicet principis, tacitus vel expressus...').

⁽⁴⁾ In proposito, cfr. F. ERCOLE, *Impero e Papato nella tradizione giuridica bolognese e nel diritto pubblico italiano del Rinascimento (sec. XIV-XV)*, Bologna 1911, pp. 181-183. Ma v. anche le obiezioni del De' Vergottini (cfr. G. DE' VERGOTTINI, *Il diritto pubblico italiano nei secoli XII-XV*, I, Milano 1960, p. 178).

Baldo aderisce a questa opinione, respingendo invece l'altra, che, basandosi sulla equiparazione della *consuetudo* allo *statutum*, riteneva che anche quest'ultimo potesse disporre circa la nomina dei notai. Tale conclusione è, secondo Baldo, inconciliabile con la natura di *potestas reservata* della *potestas creandi tabelliones*, in quanto '... in hiis, quae sunt soli principi reservata, statutum non potest', mentre alla consuetudine (cioè alla consuetudine consentita dal *princeps*) ciò è possibile ('... sed consuetudo, que inducta est de consensu principis superioris, presumpto vel expresse, potest conferre etiam ea, que sunt soli principi reservata').

Il consenso del *princeps*, elemento essenziale dunque grazie al quale la *consuetudo* può conferire all'*inferior* la *potestas creandi tabelliones*, si distingue in espresso e presunto, identificandosi quest'ultimo con quello 'qui inducitur per pacienciam tanti temporis, cuius contrarii memoria non existit...'.

La *quaestio* si conclude con una precisazione, e ciò che i notai, creati in virtù di una *consuetudo*, hanno limiti territoriali ben precisi, entro i quali esercitare l'ufficio, e cioè i confini del territorio, nel quale è vigente quella consuetudine.

Si è più sopra accennato al successivo graduale abbandono da parte di Baldo di questa opinione, fino al riconoscimento della nomina dei notai da parte degli statuti⁽⁵⁾.

III^a quaestio: 'Tertio quero quid ille qui confecit instrumentum, negatur fuisse notarius, qualiter probabitur eum notarium fuisse'.

Argomento della presente *quaestio* è la prova della qualità di notaio (e della conseguente validità degli atti rogati), che si rende necessaria quando questa venga contestata.

Come già nelle precedenti *quaestiones*, la trattazione del problema muove dalla opinione di Innocenzo IV, il quale aveva af-

(5) V., *supra*, pp. 54-55.

fermato che tale prova dovesse avvenire *per testes vel per publicum instrumentum*, avanzando, se pure in forma dubitativa, l'ipotesi, che fosse sufficiente la prova per testi della *quasi possessio* dell'ufficio, cioè dell'esercizio di fatto del medesimo ⁽⁶⁾. L'opinione di Innocenzo non è tuttavia accettata da Baldo, in quanto dalla *quasi possessio* dell'ufficio non discende necessariamente la validità degli atti. Di per sè sola, dunque la *quasi possessio* non costituisce un valido elemento di prova della qualità di notaio, perchè in tal caso la validità degli atti ne sarebbe la logica conseguenza; è quindi necessario il concorso di altre condizioni, e precisamente si dovrà provare che egli ' *pro tabellione habebatur et reputabatur ab omnibus cognoscentibus eum et quod erat liber homo et talis conditionis, quod non prohibebatur esse tabellio* ' ⁽⁷⁾.

IV^a quaestio: 'Quarto quero numquid instrumentum debeat habere in fine signum tabellionis'.

La quarta *quaestio* tratta molto brevemente del problema se l'*instrumentum* debba recare in fine il *signum tabellionis*. La necessità di questo elemento, connessa all'esigenza di individuare un eventuale *falsum instrumentum* (' *ut per illud et alia comparatio fieri possit* ', dice lo Speculator) è affermata da Baldo, pur ammettendosi la possibilità che una consuetudine regoli diversamente la cosa. È da segnalare come questo principio si trovi riaffermato da Baldo nelle sue opere esegetiche, mentre Bartolo era di parere contrario.

⁽⁶⁾ Si noti come l'opinione di Innocenzo appaia riferita malamente. Dice infatti Innocenzo '*crederem autem quod sufficeret...*' in forma dubitativa. Nel testo del nostro trattato invece è scomparsa ogni traccia di dubbio (*sufficit tamen, secundum eum...*). V., *infra*, p. 100, n. 1 e p. 101.

⁽⁷⁾ Viene citata la l. *Barbarius, de officio praetorum* (D. 1, 14, 3) che esaminava il caso di Barbarius Philippus, il quale, servo (e quindi privo della condizione di *liber homo*), aveva esercitato la pretura. La dottrina vi aveva indivi-

V^a quaestio: 'Quinto quero quale sit officium tabellionis'.

L'affermazione che l'ufficio del tabellone è *publicum et commune*, tratta da Innocenzo, non costituisce certo una novità. L'evoluzione infatti che aveva portato il notaio alla *publica fides* era già da tempo conclusa, ed i suoi *instrumenta* facevano fede *sine alio adminiculo*, cioè non richiedevano più la presenza e la *subscriptio* di un giudice, purchè fossero presenti i testimoni, nel numero richiesto. Ciò per l'*instrumentum confectum extra iudicium*. Nel caso invece di *instrumentum confecto in iudicio* non erano necessari testimoni. Lo Speculator ne indica chiaramente il motivo: 'Si instrumentum fiat coram populo, testes non sunt necessarii'.

VI^a quaestio: 'Sexto quero numquid tabellio creatus a papa possit conficere instrumenta publica in terris imperii, vel e contra'.

Negli altri mss. e nelle edizioni la presente *quaestio* è la settima ⁽⁸⁾. L'argomento, qui trattato, deve ritenersi in un certo senso un corollario degli argomenti svolti nelle prime due *quaestiones*. In queste dopo l'affermazione della esclusiva spettanza al *principes* della *potestas creandi tabelliones* (I^a *quaestio*), era stato anche riconosciuto come per una *consuetudo* anche l'*inferior a principe* potesse creare i notai (II^a *quaestio*). In quest'ultimo caso tuttavia l'attività dei notai doveva svolgersi entro limiti territoriali ben precisi, e cioè soltanto entro il territorio di quella *civitas*, in cui fosse vigente una tale consuetudine. La conclusione quindi che il *tabellio*, creato dal *princeps* (impe-

duato tre problemi, e cioè 'an fuerit adeptus libertatem', 'an fuerit praetor' e 'an acta per eum valent'. Il secondo problema aveva avuto dalla dottrina una soluzione per lo più negativa. Guglielmo da Cunio, si esprimeva, ad esempio, con queste parole: 'si fuisset praetor, frustra queretur illa quae decrevit an valeant'.

(8) V., *supra*, p. 33.

ratore o papa), potesse *conficere instrumenta ubique* vi era dunque già implicita ⁽⁹⁾.

VIII^a quaestio: 'Octavo quero quid si tabellio non vult exhibere contrahentibus vel alteri ex eis instrumentum, de quo fuit rogatus, quo jure agetur contra eum, ut exhibeat'.

La *quaestio* ottava e le successive (IX^o, X^o, XI^o e XII^o) esaminano il rapporto tra notaio e *contrahentes* sotto diversi punti di vista. In particolare in questa si tratta dei mezzi, di cui i contraenti possono disporre, per costringere il notaio ad *exhibere instrumentum*. A tale scopo esistono mezzi diversi, a seconda che si tratti di atto *inter vivos* ovvero *pertinens ad ultimam voluntatem*, ma in ogni caso il ricorso a questi mezzi sarà possibile solo quando al notaio sia stato pagato il *salarium*. Secondo la glossa infatti il notaio, al quale non sia stato corrisposto il *salarium*, non può essere costretto ad *exhibere instrumentum* ⁽¹⁰⁾.

IX^a quaestio: 'Quero nono numquid tabellio cogatur instrumentum dare contrahentibus sine pecunia'.

Se la risposta negativa a questo interrogativo era già chiaramente espressa nella glossa citata alla fine della precedente *quaestio*, vengono qui esaminati invece il fondamento del diritto del *tabellio* ad ottenere il pagamento del salario ed i mezzi, a sua disposizione a tale fine.

La parte centrale della *quaestio* è costituita dall'esame dell'opinione di Guglielmo da Cuno, il quale aveva affermato, oltre alla possibilità per il notaio di *recipere duplicem mercedem*, e cioè una per la *imbreviatura* e l'altra per la stesura dell'in-

⁽⁹⁾ 'Est tamen advertendum quia tabelliones creati vigore talis consuetudinis non possent facere instrumenta publica extra territorium illius civitatis, in qua inducta est consuetudo, cum non habeant potestatem et officium publicum, quod a jure communi seu privilegio principis tabellionibus conceditur...'. V., *infra*, pp. 98-99.

⁽¹⁰⁾ V., *infra*, p. 107, n. 1.

strumentum, anche quella di rivolgersi al giudice per ottenerla dai contraenti ⁽¹¹⁾. Tale opinione viene ritenuta valida nel solo caso dell'*instrumentum confectum in iudicio*. Diversamente nel caso di *instrumentum confectum extra iudicium*, in cui il ricorso al giudice non è possibile. Di qui la necessità di predisporre un mezzo diverso a favore del notaio. La conclusione si fonda sulla opinione di Bartolo, il quale, osservando come il pagamento della *merces* al notaio costituisse una consuetudine, vedeva nel rapporto notaio-contraenti un rapporto tacito di *locatio operarum*, con le relative azioni (*utili ex locato* a favore del notaio per ottenere il pagamento del salario e *utili ex conducto* a favore dei contraenti per ottenere la consegna dell'*instrumentum*).

X^a quaestio: 'Decimo quero an debitor, qui recipit mutuum, vel creditor, qui mutuum dat, vel uterque, solvere debeat tabellioni pro confectione instrumenti' ⁽¹²⁾.

La decima *quaestio*, la più breve di tutte, è essa pure collegata con quella immediatamente precedente, nella quale era

(11) Se l'opinione di Guglielmo da Cunio è nel complesso abbastanza chiara, va tuttavia segnalato come il commento della I. *Argentarius*, ff. de edendo (D. 2, 13, 10), nei tre manoscritti, da me visti, della *Lectura super Digesto Veteri* di Guglielmo da Cunio (MS Bibl. Comunale, Forlì, VII/1 — MS Bibl. Capitolare Feliniana, Lucca, n. 373 e MS Österreichische Nationalbibliothek Wien, 2257), presenti nel testo una parte centrale di non agevole lettura. Nè purtroppo è di aiuto il fatto, veramente singolare per la verità, che nelle edizioni delle opere esegetiche di Baldo, la parte iniziale del commento della citata I. *Argentarius* sia proprio quello di Guglielmo da Cunio, come del resto chiaramente indicato dalla sigla *Guil. de Cu.*, che si legge alla fine del I° paragrafo (cfr. ed. Venetiis 1577, f. 127r, col. 2, in fine). Non è aiuto, dicevo, perchè nella redazione a stampa propria la citata parte piuttosto tormentata, è addirittura scomparsa, il che potrebbe forse spiegarsi con il fatto che già molto presto il testo in quel punto si presentasse oscuro. Viene così a mancare un aiuto, forse valido, per la esatta ricostruzione del testo del commento a quella legge, che nella mia trascrizione è ben lungi dall'essere soddisfacente. Dall'esame approfondito fatto da Baldo dell'opinione di Guglielmo da Cunio a quel passo sembrerebbe però che egli avesse conosciuto il testo in modo completo. V., *infra*, p. 108, n. 3.

(12) Come già più sopra osservato, in tutti i mss., incunaboli ed edd. cinque-

stato riconosciuto il diritto del notaio al pagamento della *merces*. In questa si pone il problema di stabilire a quale dei contraenti incomba l'obbligo relativo. Baldo rinvia così a Cino da Pistoia, che per l'ipotesi di mutuo, aveva escluso che tale obbligo incombesse al debitore(*qui recipit mutuum*, cioè il mutuatario) allo scopo di evitare che dalla somma mutuata venissero fatte detrazioni, che avrebbero potuto camuffare delle *usurae* ⁽¹³⁾.

XI^a quaestio: 'Undecimo quero: notarius, rogatus de confectione instrumenti, tradidit partibus instrumentum defectivum, numquid poterunt agere ut illud corrigat vel perfectum tradat'.

La *quaestio* XI^a e la successiva esaminano i rapporti tra notaio e contraenti, nel caso di consegna di un *instrumentum defectivum*. Nella prima si esamina se i contraenti possano esigere la consegna di un *instrumentum non defectivum*, nell'altra se il notaio possa richiedere la restituzione dell'*instrumentum* consegnato allo scopo di apportarvi correzioni o modifiche.

Sul primo problema è riconosciuto il diritto dei contraenti alla consegna di un *instrumentum* perfetto e quindi la possibilità di ricorrere al giudice per ottenerlo. Questa conclusione si fonda sulla considerazione che la consegna di un *instrumento* difettoso non libera il notaio.

XII^a quaestio: 'Duodecimo quero: notarius tradidit instrumentum defectivum, ipse petit quod sibi retradatur instrumentum ut possit addere vel detrahare, numquid contrahentes vel alter ex eis teneantur retradere instrumentum'.

centine, la *questio* appare formulata in termini più concisi (*Decimo quero quis contrahentium debeat solvere notario*). La diversa forma del Vat. lat. 2660 appare tuttavia in chiara relazione con il passo del Codice e con il commento di Cino da Pistoia, riguardante l'ipotesi di mutuo, V., *infra*, p. 112.

⁽¹³⁾ Cfr. A. ERA, *Op. cit.*, p. 222.

Come già accennato, nella presente *quaestio* si considera la questione se il notaio possa ottenere dai contraenti la riconsegna dell'*instrumentum defectivum*, per apportarvi le necessarie correzioni o eventuali aggiunte. Questa possibilità è limitata al caso in cui il notaio possa provare una causa legittima del difetto dell'*instrumentum* (perdita del protocollo o dell'imbreviatura, ad es.). Ne viene di conseguenza che quando il notaio non possa provare ciò (e quindi non possa ottenere la restituzione dell'*instrumentum* per le correzioni o le aggiunte) egli sia tenuto nei confronti della parte lesa. Quest'ultima conclusione, implicita nel testo della *quaestio XII*^a, si trova chiaramente espressa alla fine della *quaestio XIII*^a, in cui si tratta degli errori dell'*instrumentum* e della possibilità o meno per il notaio di correggerli: 'Item est sciendum quod in casibus in quibus notarius non potest corrigere errorem commissum per eum in instrumento, tenetur parti lese ad interesse... '.

XIII^a quaestio: 'Decimotertio quero, numquid notarius possit corrigere errorem instrumenti. '

È una delle *quaestiones* più lunghe di tutto il trattato. Il problema dell'*error in instrumento* appare qui trattato prevalentemente sotto il profilo della possibile correzione, da parte del notaio, dell'errore stesso. Tra gli autori citati, vi è anzitutto Guglielmo da Cunio, che aveva trattato il problema nel commento alla *l. imperator, de statu hominum* (D. 1, 5, 8) ⁽¹⁴⁾. È

⁽¹⁴⁾ V. il passo, *infra*, p. 115. Va segnalato come la *l. imperator* costituisca uno dei passi in cui il problema dell'*error in instrumento* appaia frequentemente trattato. Nella Biblioteca Vaticana si trova in un manoscritto una *repetitio* su questa legge (Ross. 1061, f. 177^v-179^r), che nell'*incipit* viene detta *edita per dictum dominum Angelum* < de Perusio > mentre alla fine si legge: *et ista lex fuit repetita per dominum Baldum de Perusio*. Nonostante alcune generiche affinità con la trattazione del medesimo problema nella *quaestio XIII*^a del *tractatus de tabellionibus*, non sembra riconoscibile una relazione tra le opere. Sempre nella Biblioteca Vaticana esiste manoscritto un *tractatus de fide instrumentorum* indicato come opera di Baldo (Vat. lat. 2656, fol. 72^v-75^r), nel quale si trovano alcune *quaestiones*

proprio da Guglielmo da Cunio che viene tratta l'affermazione che *error in instrumento non nocet contrahentibus* e ciò in quanto, o l'errore può essere corretto dal notaio ed allora non sorge problema, o l'errore non può essere corretto ed in questo caso il notaio *tenetur parti lese*.

Nella trattazione del problema viene fatta distinzione tra sette diversi tipi di errore. E precisamente l'errore può riguardare:

- a) la *sollemnitas formalis instrumenti*
- b) l'*ordo tenoris instrumenti*
- c) la *sollemnitas intrinseca formalis contrattus*
- d) la *sollemnitas intrinseca essentialis* (o *convencionalis*) *contrattus*
- e) la *sollemnitas extrinseca contrattus*
- f) la *scriptura instrumenti* ed in tale caso l'errore può

presentarsi nelle due diverse forme della *obscuritas verborum* e della *incongrua latinitas*.

I vari tipi di *error in instrumento* vengono esaminati assai dettagliatamente e viene indicato in quali casi ne sia ammessa la correzione e per quali motivi. Il testo, di per sè nel complesso chiaro, non richiede molti commenti, anche se alcuni concetti, come quelli di *sollemnitas intrinseca* e *sollemnitas extrinseca* non appaiono sufficientemente chiariti. Più interessante è forse osservare come proprio tali concetti di *sollemnitas intrinseca* ed *extrinseca* appaiano direttamente derivati da Bartolo ⁽¹⁵⁾ mentre

che si riscontrano nel *tractatus de tabellionibus*, sia pure trattate molto brevemente. A proposito dell'*error in instrumento* troviamo le seguenti citazioni: '... in l. imperator, de statu hominum et vide quod ibi dixi post Guilielmum et Cynum. Alii ponunt in l. librarius, de regulis juris et ibi per Bartolum...'

⁽¹⁵⁾ Questi concetti vengono definiti da Bartolo nel commento alla l. *sciendum, de verborum obligationibus* (D. 45, 1, 30). Cfr. BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLV, tit. *De verborum obligationibus* (1), l. *Sciendum* (XXX), post. princ. [ed. cit., f. 15^r, col. 2, nu. 2]: '... est sollemnitas intrinseca, que sine prolatorum verborum natura non potest verificari, quia fidejussor non potest intelligi nisi cum stipulatione, ut l. stipulationum alie, § satisacceptio,

nelle opere esegetiche di Baldo non se ne faccia cenno. Il problema della correzione dell'errore, in ogni caso, sorge solo quando l'*instrumentum*, redatto in forma pubblica, sia stato consegnato dal notaio ai contraenti e ciò in quanto solo con la consegna dell'*instrumentum* il notaio può essere detto *functus officio suo*.

XIV^a quaestio: 'Decimoquarto quero numquid, quando notarius tradidit instrumentum, debeant citari hii, quorum interest vel ledi possunt ex illo instrumento.'

Viene qui preso in considerazione il momento della *traditio* dell'*instrumentum*, redatto dal notaio in forma pubblica, ed in particolare l'attenzione viene rivolta alla necessità o meno della presenza delle parti interessate all'atto della *traditio*.

Ne risulta affermato il principio della necessità della presenza di tutte le parti interessate tutte le volte che dalla redazione di un *instrumentum publicum* possa derivare un danno per una delle parti. Così è necessaria all'atto della *traditio* del *primum instrumentum* (cioè della prima redazione in forma pubblica dell'atto), solo in caso in cui sorgano contestazioni tra il notaio e la parte richiedente. È invece sempre necessaria nel caso di una *secunda editio* (di una redazione successiva): questa infatti pur potendo essere richiesta al notaio per vari e legittimi motivi (smarrimento del *primum instrumentum*, ad es.) può tut-

supra, eodem (D. 45, 1, 5, 2). Sed in contrario non presumitur sollemnitas, scilicet tutoris autoritas, quia sine ea potest esse emptio et venditio, et ideo est sollemnitas extrinseca, quam verborum prolatio non comprehendit ...'. La *sollemnitas inrinseca* si distingue poi in *sollemnitas intrinseca formalis* e *sollemnitas intrinseca materialis* (nel *tractatus de tabellionibus* si parla di *formalis* ed *essentialis* o *conventionalis*) ed anche questi concetti vengono successivamente chiariti (cfr. BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Op. cit.*, loc. cit., ed. cit.): '... aut queris de sollemnitate intrinseca, et tunc aut queris de sollemnitate materiali, et non presumitur, ut Inst. de emptione et venditione, § pretium (Inst. 3, 23, 1), aut de sollemnitate formali, et presumitur ...'. Ed il motivo di ciò viene chiarito: '... et materialis forma est difformis, quia pretium potest esse multiplex, sed sollemnitas formalis presumitur quia est uniformis... '.

tavia esserlo anche a scopo fraudolento, come chiarito da Jacopo Buttrigari ⁽¹⁶⁾.

XV^a quaestio: 'Decimoquinto quero cuius etatis debet esse tabellio.'

La *quaestio XV^a* ed alcune delle successive esaminano alcuni requisiti per l'esercizio del tabellionato, ed anzitutto quello dell'età.

Viene così affermato il principio che per l'esercizio del tabellionato, così come per l'esercizio di ogni *officium publicum* è necessario essere *major pupillo*, in quanto *impubes non admittitur ad officia publica* ⁽¹⁷⁾.

Il testo della *quaestio* sembra riprodurre pressochè *ad litteram* una parte del commento di Bartolo della l. *impuberem*, ff. *ad legem Corneliam de falsis* ⁽¹⁸⁾.

XVI^a quaestio: 'Decimosexto quero numquid quis possit creari tabellio infra tempora pubertatis, ut post pubertatem possit officium tabellionatus exercere.

La *quaestio* è connessa alla precedente, trattando anch'essa del requisito dell'età. Qui tuttavia si pone il problema se, scindendo il momento della nomina a notaio da quello dell'inizio dell'esercizio dell'ufficio, sia ammissibile una nomina *infra tempora pubertatis*, con la conseguenza di consentire l'esercizio del tabellionato, automaticamente, al raggiungimento della pubertà. A ciò viene risposto negativamente, perchè l'idoneità al tabel-

⁽¹⁶⁾ V. il passo di Jacopo Buttrigari, *infra*, p. 132, n. 7.

⁽¹⁷⁾ Per quali fossero le età precise che le nostre legislazioni comunali richiedevano per l'esercizio del tabellionato, cfr. P. TORELLI, *Studi e ricerche di storia giuridica e diplomatica comunale*, II, Mantova 1915 [= *Accademia Virgiliana di Mantova*, Serie Miscellanea, vol. II], p. 33.

⁽¹⁸⁾ Cfr. BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLVIII, tit. *Ad legem Corneliam de falsis* (X), l. *Impuherem* [ed. cit., f. 184^r, col. 2, nu. I].

lionato deve essere riconosciuto al momento della nomina ma il *pupillus* non è idoneo al tabellionato, come affermato nella *quaestio* precedente.

XVII^a quaestio: 'Decimoseptimo quero numquid tabellio excommunicatus possit conficere instrumenta publica'.

La *quaestio*, brevissima, accenna alla *excommunicatio*, come condizione di incompatibilità con l'esercizio del tabellionato. Essa si riduce praticamente al ricordo di un dubbio di Bartolo in proposito (per l'esattezza Bartolo rimette la questione ai canonisti con le parole '... de hoc interrogabis canonistas' ⁽¹⁹⁾), ed a qualche citazione.

XVIII^a quaestio: 'Decimo octavo quero utrum tabellio infamis possit conficere instrumenta'.

Dopo l'*excommunicatio*, viene presa in considerazione l'*infamia* come altra causa di incompatibilità con l'esercizio del tabellionato.

Nella *quaestio* in esame si possono distinguere due parti. Nella prima viene riportata assai dettagliatamente l'opinione di Bartolo ⁽²⁰⁾, mentre nella seconda, che inizia con le parole 'Non obstant rationes Bartoli et primo non obstant cum dicit...' ⁽²¹⁾ tale opinione viene sottoposta ad una critica altrettanto dettagliata che, anzi, in un punto, sembra assumere un certo tono polemico ⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ V. il passo di Bartolo, *infra*, p. 134, n. 1.

⁽²⁰⁾ Si noti come il commento di Bartolo venga riprodotto in molti punti pressochè *ad litteram* (v. il passo di Bartolo, *infra*, p. 136, n. 9). Il problema del *tabellio infamis* fu trattato da Bartolo anche nel *consilium* 77 in modo pressochè analogo (Cfr. BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Consilia, quaestiones et tractatus*, ed. Lugduni 1547, f. 24r, col. 2 in fine).

⁽²¹⁾ Si è già messo in rilievo come ciò costituisca un elemento contrastante con una attribuzione del trattato a Bartolo. V., *supra*, pp. 39-40.

⁽²²⁾ Si veda l'espressione '... ad quam Bartolus non posset respondere', *infra*, p. 141.

In particolare Bartolo aveva concluso, non senza incertezze, di cui rimane traccia nel suo commento ('... dubito in hac questione, tamen finaliter dico sic' ⁽²³⁾), che il tabellionato era un *munus publicum* e che pertanto non lo si doveva considerare precluso all'infame ('... constat autem quod infames non excluduntur a muneribus ...').

L'opinione di Bartolo viene tuttavia respinta perchè in contrasto non solo con un passo del Codice (C. 10, 71, 3), in cui il tabellionato è detto *officium publicum*, ma anche con la stessa definizione di *munus publicum*, contenuta nel Digesto (D. 50, 4, 14, 1) ⁽²⁴⁾.

XIX^a quaestio: 'Decimonono quero numquid spurius possit esse tabellio'.

Si tratta di una brevissima *questio*, evidentemente aggiunta, dato che non la si riscontra altro che nel Vat. lat. 2660. Il problema dello *spurius* non viene trattato comunque e si ha solo un rinvio all'opinione espressa dallo *Speculator* nel titolo 'De tabellione'. La citazione è tuttavia errata, dato che in tale brevissimo titolo non vengono trattate questioni riguardanti il tabellionato, per espressa dichiarazione dell'autore, che rinvia per queste al titolo 'De instrumentorum editione' ⁽²⁵⁾. Anche in quest'ultimo titolo però non si trova alcun accenno riguardante il problema dello *spurius*.

⁽²³⁾ V. il passo di Bartolo, *infra*, p. 136, n. 9.

⁽²⁴⁾ Da notare come la definizione di *munus publicum*, contenuta nel citato passo del Digesto venga riportata correttamente dal solo Vat. lat. 2660, mentre negli altri manoscritti costituisca uno dei passi più scorretti e meno chiari (v. *infra*, p. 142, n. gm.).

⁽²⁵⁾ Cfr. GUILIELMUS DURANDUS, *Speculum juris*, lib. I, partic. IV, tit. *De tabellione*, [ed. Lugduni 1541, f. 131^r, col. 1]: 'Circa tabellionem nil ad presens tractare intendimus ... Ad hanc materiam pertinentia dicemus, *infra*, in titulo de instrumentorum editione, § restat et § postremo ...'.

XX^a quaestio: 'Vigesimo quero: tabellio excommunicatus vel infamis, non obstante excommunicatione vel infamia, diu stetit in possessione tabellionatus et bone fame, numquid valeant instrumenta per eum scripta'.

Si è già visto come l'inserimento della precedente *quaestio* riguardante lo *spurius* finisca con alterare la numerazione delle *quaestiones* nel Vat. lat. 2660, con la conseguenza che di qui in poi questa non concorda più con quella degli altri manoscritti e delle edizioni.

La *quaestio* esamina il caso di esercizio del tabellionato, nonostante la condizione di *excommunicatio* o di *infamia*. Viene così nuovamente in considerazione la *quasi possessio* dell'ufficio, con la conclusione che essa è insufficiente a conferire validità agli atti.

Ciò che tuttavia sembra costituire il punto centrale della *quaestio* è la imputazione a Bartolo di una contraddizione con sè stesso («Bartolus videtur in hoc sibi contrarius...»). Per la precisione la contraddizione consisterebbe in questo: Bartolo, favorevole alla validità degli atti nei commenti alla l. *eadem*, *ad legem Juliam repetundarum* (D. 48, 11, 6) ed alla l. *Barbarius*, *de officio praetorum* (D. 1. 14, 3), proprio nel commento a quest'ultima legge avrebbe seguito l'opinione di Guglielmo da Cunio, in realtà di parere contrario e cioè per la invalidità di tali atti.

Il punto era già stato preso in esame, nel suo recente studio, dall'Era⁽²⁶⁾, il quale, pur non avendo visto il testo di Guglielmo da Cunio, era propenso a ritenere che si trattasse di una contraddizione in realtà inesistente. In effetti sembra anche a me che sia così. Ma esaminiamo brevemente questi passi.

Nessun dubbio che Guglielmo da Cunio sia per la invalidità di tali atti. Il suo commento alla l. *Barbarius* (D. 1, 14, 3)

(26) Cfr. A. ERA, *Op. cit.*, loc. cit.

è chiarissimo ('Sed dico contra, quod nichil valent acta per tales...' (27)).

Altrettanta chiarezza forse non si riscontra nel commento di Bartolo alla medesima legge (28), anche se non vi può essere dubbio, secondo me, su quale sia l'opinione del grande maestro. Dice egli infatti: '...Dic, secundum Jacobum de Ravanis et Gulielmum de Cunio, hic, qui dicunt quod hic fuit duplex ratio quare instrumenta facta et acta per eum non valent... Tu dic quod instrumenta valeant tenendo opinionem Petri < de Bellapertica >, quam in simili tenet Dynus..'.

Anche se il testo sembra rivelare una certa indecisione sulla soluzione del problema penserei che l'opinione di Bartolo debba essere vista in quel 'Tu dic...', e non nel precedente 'Dic...'.

A questo punto tutto risulterebbe abbastanza chiaro. Anzitutto Bartolo riporta esattamente l'opinione di Guglielmo da Cunio, che riteneva tali atti invalidi. Inoltre egli, lungi da contraddizione, è coerentissimo con le opinioni da lui stesso espresse in proposito negli altri passi. In particolare nel commento della l. *eadem, ad legem Juliam repetundarum* (D. 48, 11, 6) aveva concluso che l'infame potesse esercitare il tabellionato, qui, nel commento della l. *Barbarius, de officio praetorum* (D. 1, 14, 3), ritiene validi gli atti redatti dal notaio infame. La conclusione non può essere che questa: Bartolo, nel commento della l. *Barbarius*, non segue Guglielmo da Cunio. Nessuna contraddizione dunque, ma solo una lettura manifestamente errata dei passi da parte di Baldo (29).

(27) V. il passo di Guglielmo da Cunio, *infra*, p. 101, n. 4.

(28) V. il passo di Bartolo, *infra*, p. 101, n. 4.

(29) Ritengo necessario segnalare un fatto, che potrebbe apparire un finale 'pirandelliano' della questione. Nella edizione dei Commentari di Bartolo, da me vista (Lugduni 1533) e dalla quale ho tratto i passi, riprodotti nell'apparato della edizione critica, la *lectura* della citata l. *Barbarius* (la *repetitio* sulla medesima, attribuita a Bartolo è, come si sa, opera di Baldo), nel punto in cui ha inizio la trattazione del problema del *tabellio*, reca un asterisco, che rinvia ad una nota dell'editore. In questa, tra l'altro, si mette in rilievo come Alessandro Tartagni, nel *consilium* 138, dicesse 'communem opinionem esse contra Bartolum hic et

XXI^a quaestio: 'Vigesimo primo quero: aliquis tabellio propter delictum privatus est officio, numquid instrumenta per eum confecta valeant'.

La *quaestio* esamina il problema degli effetti di una condanna del notaio sulla validità degli atti, da lui stesi. Fermo

quod, in ista parte, ista non est lectura Bartoli'. Ecco anzi, per l'esattezza, le parole del giureconsulto imolese (cfr. ALEXANDER TARTAGNUS, *Consiliorum volumen primum*, *Consilium CXXXVIII*, versic. 'Ex quibus etiam apparet' [ed. Venetiis 1570, f. 133^r, col. 1, nu. 10 circa medium]): 'Ex quibus etiam apparet evidens ratio ad allegationes in contrarium: tamen specialiter respondendo ad id, quod dicebat Bartolus, tenere contrarium in dicta l. Barbarius, in fine, respondeo quod illam legem vere non legit Bartolus, secundum quod in pluribus lecturis habetur et accepi a plerisque authenticis jureconsultis, quia in primo libro fforum, plurima scripta sunt in lectura Bartoli, que vere scripta non fuerunt ab eo, ut colligitur ex stylo et etiam ex eo quod ibi discrepat, ex his que alibi Bartolus tenet'. Il problema si innesta in quelli assai più complessi e spinosi delle *Lecturae*, per i quali v. D. MAFFEI, *La 'Lectura super Digesto Veteri' di Cino da Pistoia* cit., pp. 6-8, in particolare per quanto riguarda i Commentari del primo libro del *Digestum Vetus* di Bartolo (la l. *Barbarius* è D. 1, 14, 3). Senza voler compiere un esame dettagliato al riguardo, ritengo tuttavia necessario aggiungere qualcosa, soprattutto perchè il passo, sopra riportato, di Alessandro Tartagni, non risulta segnalato nè da Giason del Maino nè dal Diplovatazio nelle loro vite di Bartolo (vedile ambedue in G. ROSSI, *La «Vita Bartoli» di Tommaso Diplovataccio* cit., in *Bartolo da Sassoferrato*, II, cit., pp. 441-502), nelle quali, come è noto, sono ricordati i dubbi circa l'autenticità dei commenti bartoliani del I° libro del Digesto in genere e su alcune leggi in ispecie. Pur essendo tali dubbi ben noti, il citato passo è assai interessante perchè sembra mettere in discussione in particolare la paternità bartoliana del commento della famosa l. *Barbarius* (D. 1, 14, 3). È però necessario procedere con estrema cautela, eliminando anzitutto il dubbio che il Tartagni intendesse riferirsi alla *repetitio* pseudo-bartoliana sulla medesima l. *Barbarius* (*repetitio* in realtà opera di Baldo), dato che in tal caso non sorgerebbe alcun problema. Risulta invece che il Tartagni dovette riferirsi alla *lectura* e non già alla *repetitio*. Egli conosceva bene la *repetitio* pseudo-bartoliana e sapeva bene dei dubbi che si avevano su di essa (era già stato fatto il nome di Baldo, che non apparirebbe ancora affermato) dubbi che tuttavia non sembrerebbero condivisi dal Tartagni. Nello stesso *consilium* 133 citato, poco più sopra al passo riportato, si legge «... et respondet ad dictam l. barbarius in repetitione, secundum quod hodie habetur in compluribus modernis lecturis, licet quidam attribuant illam repetitionem Baldo...». E che il Tartagni non fosse tra i negatori della paternità bartoliana della *repetitio* sulla l. *Barbarius*, risulta dalle parole del Diplovatazio nella «*Vita Bartoli*» (vedile in G. ROSSI, *La «Bartoli vita» di Tommaso Diplovataccio* cit., in *Bartolo da Sassoferrato* cit., p. 458 e nota 18).

restando il principio della validità per quelli redatti prima della condanna, la validità di quelli redatti successivamente è posta

Comunque senza discutere la posizione del Tartagni sembra da escludere che egli dicendo che « ... *illam legem vere non legit Bartolus* », abbia potuto confondere la *lectura* con la *repetitio* sulla l. *Barbarius*. Viene così messa in dubbio l'autenticità del commento, comunemente ritenuto bartoliano, della l. *Barbarius Philippus*, come risulta confermato anche da un altro elemento. Dice il Tartagni che Bartolo era di opinione contraria (contraria alla *communis opinio*) « in dicta l. *Barbarius*, in fine ». Ora è proprio alla fine del commento ritenuto bartoliano che si trova espressa la detta opinione contraria (v. il passo, *infra*, p. 101, n. 4). Anche nella *repetitio* il problema viene trattato, ma non in fine, bensì sulla metà circa e soprattutto viene risolto in modo conforme alla *communis opinio*.

A questo punto viene fatto immediatamente di pensare alla *Lectura super Digesto Veteri* di Cino da Pistoia, identificata dal Maffei nei MSS Savigny 22 e Urb. lat. 172, ed ai rapporti tra questa ed i commenti comunemente ritenuti bartoliani sul I° libro del Digesto (Il Maffei parla di debito « piuttosto rilevante » di questi ultimi nei confronti della prima. Cfr. D. MAFFEI, *La « Lectura super Digesto Veteri » di Cino da Pistoia* cit., pp. 38-42). La circostanza poi che gli autori citati alla fine di quel commento (Jacobus de Ravanis, Guilielmus de Cunio, Petrus de Bellapertica e Dinus), siano gli autori che il Maffei segnala come maggiormente citati nella *Lectura* ciniana potrebbe sembrare una convalida di quella supposizione (cfr. D. MAFFEI, *Op. cit.*, p. 33). Sfortunatamente la *Lectura* di Cino, opera probabilmente incompiuta, ci è conservata nel più completo dei 2 manoscritti (il Savigny 22) fino al commento a D. 1, 8, 11 e pertanto, essendo la l. *Barbarius* D. 1, 14, 3 non è possibile istituire confronti.

Un commento di Cino sulla l. *Barbarius Philippus* ci è tuttavia conservato nell'altra *Lectura* (ma forse piuttosto raccolta di *repetitiones*, come osserva il Maffei) di Cino, che si trova e manoscritta ed in alcune edizioni a stampa (cfr. D. MAFFEI, *Op. cit.*, pp. 9-10 e n. 25). Ho dovuto, per ovvii motivi, limitare il confronto tra i due commenti (quello di Cino e quello comunemente ritenuto bartoliano) al problema, che qui interessava, e cioè quello della validità degli atti del notaio infame o scomunicato. Nel commento di Cino il problema appare trattato in termini generali senza un preciso riferimento al caso del notaio, tuttavia la soluzione è la stessa che nel commento ritenuto bartoliano, e cioè si afferma la validità di tali atti, con adesione all'opinione di Pierre de Belleperche e di Dino (« ista est veritas », commenta Cino). Gli autori citati sono gli stessi, escluso soltanto Guglielmo da Cunio. Pur in mancanza di elementi più validi, sembrerebbe di poter riconoscere l'esistenza di un certo legame tra questi commenti.

Ma non si può chiudere questa nota senza la segnalazione di una circostanza, che sembra rendere il problema più intricato. Baldo, autore del *tractatus de tabellionibus* conobbe bene la *Lectura* di Cino, studiata dal Maffei (Cfr. D. MAFFEI, *Op. cit.*, p. 19 e note 59 e 60). Egli avrebbe dunque conosciuto e citato come bartoliano un commento che non era del maestro di Sassoferrato o forse lo era solo in parte.

in relazione al tipo di condanna inflitta al notaio. Nel caso di condanna che privi il notaio del tabellionato, gli *instrumenta* redatti dopo la condanna sono invalidi. Nel caso invece di condanna che privi il notaio, non già del tabellionato, ma di un altro ufficio, di cui egli sia investito, gli *instrumenta* redatti successivamente sono validi, e ciò perchè la condanna non riguarda l'attività del notaio, in quanto tale, e quindi non ha influenza sulla validità dei suoi atti⁽³⁰⁾.

XXII^a *quaestio*: 'Numquid tabellio de facto suo proprio possit scribere instrumentum'.

Si è già accennato alla diversa collocazione della *quaestio* nel Vat. lat. 2660 rispetto agli altri manoscritti ed edizioni, e come questo fatto debba con tutta probabilità, essere fatto rientrare in un'opera di ripristino e revisione del testo⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Va segnalato come nel nostro testo si riscontri una citazione, sulla cui esattezza vi può essere fondato motivo di dubitare, ma che purtroppo anche gli mss. ed edizioni non aiutano a chiarire. Dice il testo 'glosa in hoc titulo de tabellionibus, circa finem, coll. V, tenet quod non', cioè che gli *instrumenta* redatti dopo la condanna non siano validi. Ho creduto di identificare la questione nella gl. 'documentis' ad Nov. 44, 1, ma il pensiero, ivi espresso dalla glossa, è proprio il contrario 'Item nota hic aliud optimum argumentum, quod ubicumque tabellio perdit officium suum quod non ideo debent vitari sua instrumenta', pur ammettendosi l'esistenza di un *argumentum* in contrario (v. il passo *infra*, p. 145, n. 1). Data la quasi assoluta correttezza del manoscritto vaticano, non rimarrebbe altro che concludere di essere di fronte ad un altro caso in cui un *argumentum* in contrario, viene assunto come opinione principale (v. quanto detto a proposito della opinione di Jacopo da Belviso nella prima *quaestio*, *supra*, p. 57). Gli altri Mss. ed edizioni al posto di *glosa* recano *guil.*, citazione che farebbe pensare a Guglielmo da Cunio, molto spesso richiamato. Anche ammesso però che si trattasse di Guglielmo da Cunio, non se ne potrebbe ricostruire il pensiero. Infatti il tit. *de tabellionibus* citato potrebbe stare ad indicare o la novella 44 'De tabellionibus', ma non si ha notizia di un commentario all'*Authenticum* di Guglielmo da Cunio, oppure il tit. *De tabulariis* del Codice (C. 10, 71, ma la *Lectura super Codice* di Guglielmo da Cunio comprende, nei manoscritti e nella edizione, solo i primi sette libri. Sarei propenso a ritenere esatta la lezione del Vat. lat. 2660.

⁽³¹⁾ V., *supra*, p. 35, n. 12 e p. 45.

La *quaestio* appare quasi tutta imperniata sull'esame della opinione di Guglielmo da Cunio, che viene ampiamente riportata. Tale opinione, che è negativa, ancorchè limitata al caso di *commodum pecuniarium*, si fonda sulla considerazione che il notaio 'habetur loco testis ... sed quis non potest esse testis in re propria'. Guglielmo da Cunio affronta anche il caso, in cui il notaio, nonostante il divieto, abbia redatto un *instrumentum de facto proprio*. In questa ipotesi egli è propenso a riconoscere una parziale validità dell'*instrumentum*, e precisamente limitata alla parte avente contenuto sfavorevole per il notaio.

Il principio della validità parziale dell'*instrumentum* viene tuttavia respinto, sulla base di una glossa che appunto lo negava. Di qui la necessità di accettare, ovvero di respingere, in blocco il contenuto di un *instrumentum*.

La *quaestio* si chiude tuttavia con la citazione della opinione di Cino da Pistoia, che negava sì la validità parziale nel caso che l'*instrumentum* contenesse un unico *capitulum*, ovvero anche più *capitula connexa*, ma la ammetteva nel caso di più *capitula dissepata*.

XXIII^a *quaestio*: 'Vigesimotertio quero numquid pater tabellio possit conficere instrumentum pro filio'.

XXIV^a *quaestio*: 'Vigesimoquarto quero numquid e contra filius tabellio possit scribere instrumentum pro patre'.

Ultima *quaestio*: 'Ultimo quero numquid frater possit conficere instrumentum pro facto fratris'.

Il problema affrontato nelle ultime *quaestiones* è il medesimo e per questo è opportuno considerarle insieme. In queste infatti si tratta del vincolo di parentela come limite all'esercizio del tabellionato.

Come principio, il vincolo di parentela non costituisce ostacolo alla *confectio instrumenti* tra familiari, quando questi costituiscano soggetti patrimonialmente separati (padre e figlio

emancipato, ad es.) o, comunque, quando i beni in considerazione nell'*instrumentum* non siano oggetto di diritti distinti dei familiari. Si spiega così la possibilità per il padre di 'conficere *instrumentum pro filio in potestate de pertinentibus ad castrense peculium*' ed, invece, la nullità — secondo l'opinione di Bartolo — dell'*'instrumentum pro filio in potestate de pertinentibus ad peculium adventicium*'.

CONCLUSIONI

Non si possono chiudere queste note sul *tractatus de tabellionibus* senza cercare di ricostruirne brevemente la storia, alla luce degli elementi emersi dalle ricerche. Ciò deve essere inteso, è chiaro, come un tentativo di dare una spiegazione, di individuare un filo tra le varie vicende, che costituiscono la storia piuttosto singolare di quest'opera.

Tentativo, che si avvicinerà tanto più alla verità, quanto più numerosi e validi sono gli elementi, che le ricerche hanno messo in luce e che invece si ridurrà a mera ipotesi, là dove tali elementi si fanno più scarsi e meno sicuri.

Questi si riducono in sostanza alle tre diverse attribuzioni che risultano dai manoscritti — Bartolo, Baldo e Gozzadino de' Gozzadini — e dalle edizioni — Bartolo, Baldo e anonimo —, alle riserve sulla attribuzione a Bartolo, segnalate da un manoscritto e da una edizione, ed alla data di composizione del trattato, testimoniata dal Diplovatazio, che lo attribuisce esplicitamente a Baldo.

È necessario muovere da quest'ultimo ed importantissimo elemento. Il trattato dunque, composto — secondo il Diplovatazio — il 20 ottobre 1348 ⁽¹⁾ da Baldo, viene a collocarsi tra

⁽¹⁾ A quell'epoca Baldo doveva trovarsi a Perugia (cfr. SAVIGNY, *Op. cit.*, VI, pp. 216-219).

le opere giovanili, se non addirittura tra le primissime, del grande maestro perugino.

In tale anno — non si dimentichi — era ancora in vita il suo maestro, Bartolo da Sassoferrato († 1357) ⁽²⁾ e pertanto non desta eccessiva meraviglia il fatto che l'opera del giovane allievo sia stata talvolta anche indicata con il nome del ben più celebre maestro. Anche, ma non esclusivamente, tant'è vero che la maggior parte dei manoscritti indica come autore, appunto, Baldo.

L'attribuzione a Bartolo dovette però essere messa in dubbio assai presto e con fondati argomenti, come attesta la nota del Ms. Ross. 1058 ⁽³⁾, nota che tuttavia non dice se, ed eventualmente quale, altro giurista ne fosse considerato autore. Dubbi forti, si può supporre, tali da impedire che il *De tabellionibus* venisse incluso nelle raccolte dei trattati di Bartolo, fino dalle più antiche. Ciò nonostante esso, come si è visto, fu stampato, come opera di Bartolo, da solo o in alcune piccole raccolte di trattati giuridici di autori vari ⁽⁴⁾.

Con il passare degli anni i dubbi crebbero fino a diventare certezza, come inequivocabilmente attestano due fatti. Intorno al 1510 infatti si ebbe forse l'ultima edizione del trattato, in cui figurì il nome di Bartolo ⁽⁵⁾, alla quale seguì un periodo piuttosto lungo, nel quale non si ebbero edizioni. Dovette passare infatti circa un trentennio — periodo quindi piuttosto lungo per un'opera, le cui edizioni si erano sempre susseguite con una certa frequenza ⁽⁶⁾, — perchè il trattato ricomparisse nelle stampe. Ma il titolo con cui esso venne stampato a Francoforte nel 1539.

(2) Proprio in quei giorni (21, 27 e 30 ottobre 1348) anche Bartolo si trovava a Perugia, dove veniva concesso a lui ed al fratello Bonaccorso il diploma di cittadinanza dal Comune, con la motivazione 'qui huic Communi per plures annos servivit' (cfr. F. CALASSO, *Bartolo da Sassoferrato*, in *Dizionario biografico degli italiani*, VI, Roma 1964, p. 642).

(3) V., *supra*, pp. 37-38.

(4) V., *supra*, pp. 18-23.

(5) V., *supra*, p. 23.

(6) V., *supra*, pp. 17-23.

con il riferimento ad un *Bartolus quidam*, presunto autore dell'opera, sotto il cui nome essa era stata in precedenza pubblicata, e da non confondere evidentemente con il grande maestro di Sassoferrato, costituisce veramente, si potrebbe dire, l'atto di morte della attribuzione a Bartolo. Questa dunque non era più nemmeno pensabile.

Nonostante alcune oscurità, la vicenda della attribuzione a Bartolo presenta, nel complesso, uno svolgimento chiaro. Il sorgere di quella attribuzione, si è visto, è spiegabile, il suo declinare e la sua scomparsa sufficientemente documentati.

Rimane invece assai difficile da spiegare la vicenda della attribuzione a Baldo.

Riesce anzitutto difficile spiegare come il *De tabellionibus* sia stato stampato, nel corso del sec. XV e nel primo decennio del XVI, *sempre e soltanto* (salvo che ulteriori ricerche non dimostrino errato ciò) come opera di Bartolo e mai come opera di Baldo, nonostante che quest'ultima attribuzione fosse allora la più diffusa, come si può supporre dal numero dei manoscritti e dalle citazioni degli autori ⁽⁷⁾, nessuno dei quali, invece, indicò mai il trattato come opera di Bartolo.

Una spiegazione, peraltro poco convincente, potrebbe essere questa, e cioè che fosse ormai comunemente noto che il *De tabellionibus* era opera di Baldo, anche se erroneamente stampato sotto il nome di Bartolo. Ciò non convince, tuttavia, perchè desta meraviglia che mai nessuno, nemmeno quel conoscitore dell'opera dei maestri perugini che fu il Diplovatazio (al quale peraltro siamo debitori di quella prima fondamentale notizia), abbia alluso a questa circostanza ⁽⁸⁾.

Non si comprende poi, come, con i gravi dubbi che già si nutrivano sulla attribuzione a Bartolo, quella a Baldo, che si deve supporre più diffusa dell'altra, abbia tardato tanto ad im-

(7) V., *supra*, pp. 46-51.

(8) V., *supra*, p. 38 e p. 47, n. 43.

porsi. Si è visto infatti che si dovette giungere al 1546 perchè finalmente il trattato venisse stampato con il nome di Baldo, con quel *nusquam antea impressus*, aggiuntovi dall'editore, che oggi acquista un tono decisamente ironico.

A questo punto, a mio avviso, non si esce dalla seguente alternativa: o si sapeva, che si trattava dello stesso testo ed allora non si comprende come la circostanza non sia mai stata segnalata e soprattutto come, con i dubbi che si avevano sul nome di Bartolo, l'attribuzione a Baldo non sia comparsa prima; o non lo si sapeva, ed allora bisognerebbe considerare casuale la circostanza che quando il trattato fu stampato come opera di Bartolo (incunaboli e post-incunaboli) non lo fu mai come opera di Baldo (nonostante che molti giuristi conoscessero il trattato solo come opera di Baldo), e viceversa dopo il 1546. Il che riesce francamente un po' difficile.

Altre ricerche potranno forse dare una risposta anche a questi interrogativi. Per il momento ci si può limitare a prendere atto con soddisfazione, che alla fine la verità aveva trionfato, restituendo l'opera al suo autore, anche se non sappiamo per quali vie o per merito di chi⁽⁹⁾. Così, a quasi due secoli dalla sua composizione, il trattato veniva finalmente stampato con il nome del suo vero autore, Baldo degli Ubaldi. Non dunque un 'anonimo' ⁽¹⁰⁾, ma uno dei più grandi maestri della scienza giuridica dell'età intermedia.

È comunque certo che quando, dopo la metà del secolo XVI, l'attenzione venne prevalentemente rivolta alle opere a stampa, il *De tabellionibus* finì per essere elencato separatamente tanto fra le opere di Bartolo che fra quelle di Baldo. Vanno ricordati anzitutto lo Ziletti, con il suo *Index* ⁽¹¹⁾ ed il Fonta-

⁽⁹⁾ V., *supra*, p. 47 e n. 43.

⁽¹⁰⁾ Cfr. A. ERA, *Op. cit.*, loc. cit.

⁽¹¹⁾ Cfr. J.B. ZILETTUS, *Index librorum omnium juris tam pontifici quam caesarei*, Venetiis 1566, f. 50^r. Vengono citati tre autori di *tractatus de tabellionibus* e cioè Bartolus a Saxoferrato, Baldus de Ubaldis, e Jo. Jacobus de Canibus.

na, con il suo *Amphitheatrum legale*. In quest'ultimo tuttavia il trattato di Bartolo appare citato in modo tale da dare adito alla supposizione che di quest'opera ormai non rimanesse più che un ricordo ⁽¹²⁾.

Anche gli storici seguenti, limitandosi sempre alla citazione di edizioni a stampa, continueranno ad elencare il *De tabellionibus* come opera di Bartolo e come opera di Baldo: così faranno il Mazzucchelli ⁽¹³⁾, il Tiraboschi ⁽¹⁴⁾, il Bini ⁽¹⁵⁾ ed il Vermiglioli ⁽¹⁶⁾. Così faranno, come si è visto, anche il Savigny ⁽¹⁷⁾ ed il Besta ⁽¹⁸⁾, ma tuttavia, con il grande storico tedesco, il problema appare impostato in termini critici ⁽¹⁹⁾.

Non si possono chiudere queste note senza ricordare brevemente il nome di Gozzadino de' Gozzadini, che compare nella

(12) Cfr. A. FONTANA, *Amphitheatrum legale*, pars V, Parmae 1688, col. 703. Alla voce *tabellionibus* si legge: « Tractatum edidit Baldus de Ubaldis, prout etiam Jacobus de Canibus, item et Bartolus de Saxoferrato ». Si deve attribuire all'abbandono dell'ordine cronologico degli autori un qualche significato?

(13) Cfr. G.M. MAZZUCHELLI, *Gli scrittori d'Italia*, vol. II, P. I, Brescia 1758, p. 458. Il Mazzucchelli include il *De tabellionibus* nell'elenco delle opere di Bartolo, limitandosi peraltro a citare l'edizione Venetiis 1491. Quanto al *De tabellionibus* di Baldo (*Op. cit.*, vol. cit., p. 154) cita le edizioni Venetiis 1584 (T.U.I.) e quella Venetiis 1546.

(14) Cfr. G. TIRABOSCHI, *Storia della Letteratura italiana*, tomo V, Modena 1789. Egli rinvia, per le opere di Bartolo e di Baldo, all'opera del Mazzucchelli.

(15) Cfr. V. BINI, *Memorie storiche della Perugina Università degli Studi e dei suoi Professori*, Perugia 1816, p. 99 in nota. Il Bini include nell'elenco delle opere di Bartolo il *De tabellionibus*, di cui cita le edizioni di Venezia 1491 e Bologna 1499; lo include pure nell'elenco delle opere di Baldo (*Op. cit.*, p. 130 in nota).

(16) Cfr. G.B. VERMIGLIOLI, *Biografia degli scrittori perugini*, tomo I, Perugia 1829, p. 35. Anche il Vermiglioli include il *De tabellionibus* tra le opere di Bartolo, citando l'edizione Venetiis 1491 (dal Mattaire), una ' bolognese da noi veduta ' (evidentemente quella del 1499) richiamando l'Audiffredi, il Denisio e l'indice dello Ziletti. Elenca però anche un *De tabellionibus* tra le opere di Baldo, citandone l'edizione Venetiis 1546, quella del T.U.I. (Venetiis 1584) e riportando la notizia del Diplovatazio circa l'anno della sua composizione (1348) (*Op. cit.*, p. 141).

(17) Cfr. SAVIGNY, *Op. cit.*, VI, p. 181 e p. 247, nota 1.

(18) V., *supra*, p. 18, n. 21.

(19) V., *supra*, p. 36 e n. 3.

storia singolare del *De tabellionibus*. Se, come si è visto, al giurista bolognese va senz'altro tolta la paternità dell'opera, a lui va però riconosciuto il merito di aver compiuto, da giurista, il ripristino di un testo, che già molto presto dovette presentarsi profondamente alterato ⁽²⁰⁾.

Questa opera di ripristino, compiuta con fedeltà pressochè assoluta, rende oggi possibile la lettura di un'opera, ancorchè minore, di uno dei più grandi maestri della scienza giuridica del periodo intermedio. Troppi infatti gli errori e le lacune, che in pur breve tempo si erano venuti accumulando in quel testo, per poterne tentare oggi la ricostruzione, nei passi più gravemente corrotti, senza arbitrarie integrazioni.

⁽²⁰⁾ Era stato infatti sufficiente poco più di un cinquantennio a ridurre il testo del *De tabellionibus* nello stato corrotto, che si è detto.

IL « TRACTATUS DE TABELLIONIBUS »

Tractatus ^a de tabellionibus ^b |

f. 79 r

Tractaturus ^c de tabellionibus ^d, quorum officium frequentatur tam in | judicialibus ^e quam ^f extrajudicialibus, quero principaliter de | tribus: primo quis possit creare tabelliones, secundo quale sit officium tabellionis, tertio qui possint esse tabelliones et qui non. Redeo ⁴⁰ ad | primum et quero ^g quis possit ^h creare tabelliones et eis concedere auctoritatem condendi instrumenta ⁱ; | et videtur quod nemo ^j nisi princeps, quia per tabellionem ^k alteri ^l acquiritur, ut ^m l. ⁿ 'Non aliter ^o enim' ^p, ff. | 'De adoptionibus' ⁽¹⁾; ergo oportet ^q quod habilitetur ^r a principe ^s, sicut ^t dicitur de illo qui habilitatur ^u ad postulandum ^v, qui non potest habilitari nisi per principem, ut l. I, § 'De qua', ff. 'De postulando' ^w ⁽²⁾. | Preterea ^x, secundum jus commune, alteri per alterum ^y non acquiritur ^z, ut ^{aa} l. 'Stipulatio ista', § ^{ab} 'Alteri' ^{ac}, 'De verborum || obligationibus' ⁽³⁾; ergo quod tabellio alteri acquirat ^{ad} est ^{ae} contra jus ^{af} commune, sed ^{ag} inferior

f. 79 v

^a tractatus om. V_1 — ^b tractatus de tabellionibus om. $R_1 S$; add. editum per dominum Gozedinum de Gozedinis V ; add. per Bartolum. Plerique tamen contradicunt cum eius non servetur stilus et Bartolus allegatur hic R ; tractatus de tabellionibus: incipit tractatus de tabellionibus per dominum Baldum de Perusio F ; tractatus optimus de tabellionibus per Baldum E ; incipit tractatus de tabellionibus per dominum Bartolum compilatus $L R_2$ — ^c tractatus $V_1 R_1 F E S$; tractaturi $V_2 R L R_2$ — ^d tabellionibus et semper 'tabellio' E — ^e add. in dextero margine nonnullas quaestiones, quas Jacobo de Arena attribuuntur V_2 ; add. in sinistro margine questio E — ^f add. in esse in V_1 ; add. in $R_1 F E S$ — ^g quero-quero: quero primo $V_1 V_2 R R_1 F E S$; causis ideo super hoc aliquid et profecto utile dicere instituiamus et primo quero. Queritur primo L ; ideo super hoc aliquid et profecto utile dicere enstituiamus et primo quero R_2 — ^h posset L ; add. in sinistro margine quis possit ireare tabelliones et utrum aliquis inferior a principe et non R — ⁱ et eis-instrumenta om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^j add. possit $L R_2$ — ^k add. jus L ; per tabellionem: tabelliones V_1 — ^l add. aliquid S — ^m ut om. $V_1 V_2 R_1 S L R_2$ — ⁿ ut l. om. R — ^o aliter om. V — ^p enim om. $R_1 F E S L R_2$ — ^q oportet F — ^r habiteatur R_1 ; habilitetur om. $V_2 R$ — ^s habilitetur a principe: a principe fiat $L R_2$ — ^t sicut et sic semper $V_2 S$ — ^u habilitat V_2 ; abilitatur L — ^v habilitetur-postulandum: habilitetur ad postulandum V_1 — ^w qui non-postulando om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^x nam $L R_2$; add. alteri S — ^y add. inter columbus prima questio R — ^z queritur $V L R_2$; alteri-acquiritur: alterius per alterum non queratur V_1 — ^{aa} ut om. $V_1 V_2 R R_1 E S L R_2$ — ^{ab} sed R_1 — ^{ac} add. ff. $V_2 R_1 E S L R_2$ — ^{ad} ergo-acquirat: ergo patet quod ut per tabellionem alteri queratur V_1 ; ergo patet quod ut per tabellionem acquiratur alteri V_2 ; ergo patet quod ut per tabellionem alteri acquiratur $R E L R_2$; ergo patet quod ut per tabellionem queratur F — ^{ae} ergo-est: ergo patet prout per tabellionem alteri acquiratur et sic R_1 — ^{af} ergo-jus: ergo patet quod ut per tabellionem queratur est jus S — ^{ag} set et sic semper V_2

(1) D. 1, 7, 18. — (2) D. 3, 1, 1, 10. — (3) D. 45, 1, 38, 17.

a principe non potest tollere jus | commune, ut ^{ah} l. 'Ille ^{ai} a quo', § 'Tempestivum' ^{aj}, ff. 'Ad Trebellianum' ^{ak} (4) et ^{al} l. 'Nam ^{am} magistratus', ff. 'De arbitris' (5). | Item ^{an} pro ^{ao} hoc ^{av} videtur casus in l. 'Actuarios' ^{ao}, C. 'De numerariis et actuariis' ^{ar}, libro XII^o (6). | Idem ^{as} tenet ^{at} Ynocentius ^{au} in capitulo ultimo, in prima glosa ^{av}, Extra ^{aw}, 'De fide instrumentorum' ^{ax} (7), ubi dicit ^{av} quod nemo

^{ah} ut om. $V_1 V_2 R R_1 E L R_2$ — ^{ai} illo R_1 — ^{aj} intempestivum $R_1 F E$ — ^{ak} terbell. V_1 ; trebelle. F ; §-trebellianum; ff. ad trebellianum § tempestivum $L R_2$ — ^{al} et om. L — ^{am} add. et $V_1 F S$; add. ac R ; nam: totum et R_1 — ^{an} et $V_1 V_2 R F S$ — ^{ao} item pro: et per $R_1 E$ — ^{ap} item-hoc: et $L R_2$ — ^{ar} l. nam actuarum R — ^{as} de numerariis-actuariis: dem. et actuarius R_1 ; de minoribus et actuariis E ; de actu. et muni. $L R_2$; l. actuarios-actuaria: l. quando narios (!) C. de inimicis et actua. V_1 ; l. nam actuarum C. de minu. et actuar. V_2 ; l. varios C. de mun. et actuli. F — ^{at} idem: et hoc $V_1 V_2 R R_1 E S$ — ^{au} tenent et sic semper E ; idem tenet: et hoc tenuit $F L R_2$ — ^{av} Innocentius et sic semper $V_1 V_2 R_1 S L R_2$; Innocentius et sic semper $F E$ et plerumque R — ^{aw} ultimo-glosa: finali in principio $V_1 V_2 F S$; finali $R_1 E$ — ^{ax} ultimo-extra: finali in principio $R L R_2$ — ^{ay} ystru. et sic semper V_2 et plerumque R — ^{az} ubi dicit: et ibi dicitur $L R_2$

(4) D. 36, 1, 13, 4. — (5) D. 4, 8, 4. — (6) C. 12, 49, 7. — (7) INNOCENTIUS IV, *In quinque libros Decretalium commentaria, Super secundo Decretalium* (II), tit. *De fide instrumentorum* (XXII), c. *Cum P. Tabellio* (XV, nunc penultimo), in principio et circa finem [Ed. Venetiis 1570, p. 336, col. 1, nu. 1 et col. 2, nu. 3]: 'Cum P. Tabellio. De tabellionibus dicunt quidam, quod quilibet potest facere tabellionem qui potest dare vel facere iudicem ordinarium, sive sit Imperator, sive Rex, sive universitas, sive collegium, sive consuetudo, sive quicumque alius.... Nobis autem videtur aliter, scilicet, quod nullus potest facere tabellionem praeter Papam et Imperatorem, qui horum usum approbarunt et invenerunt, nisi forte consuetudo vel speciale privilegium Papae vel Imperatoris alicui hoc concesserit specialiter, argumento C. de emancipationibus (liberorum), l. I et ultima (C. 8, 48, 1 et 6) et, infra, de excessibus praelatorum, c. accedentibus, in fine (Extra, 5, 31, 12). Et hoc sic proba: certum est quod contra jus est officium tabellionis, quia chartae animalis mortui creditur sine adminiculo alio, ut notatur, supra, eodem, c. 2 (Extra, 2, 22, 2). Sed contra jus naturale nulli venire licet sua autoritate, sed potius temeritate propria, nisi principi, qui supra jus est, ut patet, ff. de legibus, l. princeps (D. 1, 3, 31), et, infra, de concessione praebendae, c. proposuit (Extra, 3, 8, 4) Non credimus quod alius subditus ecclesiae vel imperio possit facere tabellionem, praeter Papam vel Imperatorem, vel statuere, vel etiam pacto nudo se ligare, quod credatur instrumentis alicuius privatae personae, cum eis non liceat contra leges publicas, et contra jus naturale sic aliquid statuere; sicut etiam dicimus in tutoribus et iudicibus, quod nisi Imperator, lex vel consuetudo, concederet personis certis quod possent judicare et tutores dare, quod nullus nisi Papa

subditus | pape vel imperatori ^{as} potest creare tabelliones ^{ba}, sed ^{bb} 5
 ipsi soli hoc possunt. Movetur ^{bc} | ratione ^{bd}: constat quod officium
 tabellionis ^{be} est contra jus ^{bf} naturale et divinum, quia carte ^{bg} ani-
 malis ^{bh} | mortui ^{bi} creditur ^{bj} sine alio ^{bk} adminiculo ^{bl}, ut ^{bm} nota-
 tur ^{bn}, Extra, 'De fide instrumentorum', c. II ^{bo} (8). Sed contra jus |
 naturale, vel Novum et ^{bp} Vetus Testamentum ^{bq}, nemini licet venire ^{br}
 sua ^{bs} auctoritate ^{bt} nisi soli principi ^{bu}, ut ^{bv} | l. 'Princeps' ^{bw}, ff.
 'De legibus' (9) et ^{bz} Extra, 'De concessione prebende', c. 'Propo-
 suit' ^{by} (10), igitur ^{bz} et cet. Fallit ^{ca}, secundum eum, | si princeps, 10
 lex vel consuetudo ^{cb} hanc potestatem alicui concederet ^{cc}, quia tunc
 possunt, quicumque | habentes ^{cd} hanc ^{ce} potestatem ^{cf}, creare ^{cg} ta-
 belliones ^{ch}, argumento l. I et ultima ^{ci}, 'De emancipationibus libe-
 rorum' ^{cj} (11) et ^{ck} c. ^{cl} | 'Accedentibus', Extra, 'De excessibus

^{aa} imperatori et semper 'imperator' V; imperatoris LR₂ — ^{ba} tabellionem R₁ ELR₂; potest tabelliones : creare potest tabellionem V₁ V₂ R FES — ^{bb} licet (!) V₁ — ^{bc} add. hac V₁ V₂ R FES — ^{bd} ratione : hic rationem R₁; movetur ratione : movebatur tali ratione nam LR₂ — ^{be} tabellionatus V₂ R; tabellionum S — ^{bf} add. commune V₂ R LR₂ — ^{bg} add. sive corio FES — ^{bh} animalis : sive scripture V₂ R — ^{bi} carte-mortui : carta seu carium animalis; V₁ — ^{bj} carte-creditur : causa sint corium animalium mortuum credimus R₁; quia carte-creditur : quod carte sive corio mortui animalis credatur L; quod carte sive corio mortui animalis credatur R₂ — ^{bk} aliquo V₂ R₂; alio om. L — ^{bl} amminiculo S; alio adminiculo : aliquo amminiculo R — ^{bm} ut om. V₁ V₂ FES — ^{bn} ut notatur : notarum R — ^{bo} extra-II : de fide instru. extra de c.c.f. V₁; de fide instru. c.f. FES LR₂; ut notatur-II : ratio de fi. nisi, (!) c.f. R₁ — ^{bp} vel-et : novum vel V₁ V₂ R R₁ FES LR₂ — ^{bq} testi. R₁; instrumentum sed postea add. in sinistro margine alias testamentum F — ^{br} convenire R₁; contravenire F E — ^{bs} add. propria R₁ E; venire sua : alias contra²convenire propria S — ^{bt} auctoritate, et semper 'auctoritas' R; nemini-auctoritate : venire propria auctoritate non licet LR₂ — ^{bu} principe V — ^{bv} ut om. V₂ R R₁ ELR₂ — ^{bw} princeps V₂ — ^{bz} et om. V₁ R R₁ FES — ^{by} proponitur V₁; proponitur V₂ R; preponit F; pre. E — ^{ca} ergo R — ^{cc} c. proposuit-fallit : c. pre. et gr. res fallit R₁; et extra-fallit : c. proposuit de concessione prebende sed hoc fallit LR₂ — ^{cb} lex-consuetudo : l. vel consuetudini V₁; lege vel consuetudine R₁ E S; consuetudo vel lex LR₂ — ^{cc} concedat V₁ V₂ R; alicui concederet : concedit alicui R₁; concedat alicui E; hanc-concederet : potestatem habere concedat alicui S; igitur-concederet : hanc concedit alicui F — ^{cd} habent E; possunt-habentes : post (!) quicumque haberet R₁ — ^{ce} habentes hanc : habent V₁; habent talem LR₂ — ^{cf} possunt-potestatem : posset quicumque habeat potestatem F; possit quicumque hanc habeat S — ^{cg} creari E — ^{ch} tabellionem LR₂; quicumque-tabelliones : quicumque creare tabelliones hanc potestatem habentes V₂ — ^{ci} l. I et ultima : l. I V₁; l. I C. V₂ R₁ S; l. C. F; l. prima (et sic plerumque) C. E — ^{cj} l. I-liberorum : l. ***** C. de manu. liber. LR₂ — ^{ck} add. in F S — ^{cl} add. de R₁

vel Imperator eos posset dare. Nullus enim praeter praedictas personas posset constituere quod libera persona per alium judicaretur, vel obligaretur; credimus tamen quod alii Reges, qui habent supremum et merum imperium, possent idem statuere de tabellionibus'. — (8) Extra, 2, 22, 2. — (9) D. 1, 3, 31. — (10) Extra, 3, 8, 4. — (11) C. 8, 48, 1 et 6.

prelatorum^{cm} (12). Item fallit in regibus habentibus supremum | et merum^{cn} imperium^{co}, secundum eundem^{cp} Ynocentium^{cq}. Iacobus de^{cr} Belviso^{cs}, in hoc titulo^{ct} 'De tabellionibus' (13), tenet^{cu} | contrarium, videlicet^{cv} quod quilibet superior^{cw} possit suum subdi-
 15 tum creare tabellionem^{cx}; allegat | pro hoc, in argumento^{cy}, § 'Ut tamen'^{cz}, in^{da} eodem titulo^{db} (14). Istam^{dc} opinionem^{dd} tenet Guilielmus de Cuno^{de}, et Bartolus^{df} post eum^{dg}, | in l. 'Nec ei'^{dh}, § finali, cum lege sequenti^{di}, ff. 'De^{dj} adoptionibus'^{dk} (15); allegat^{dl} talem

^{cm} de excessibus prelatorum : de concess. preben. prela. V₁; de concessio. preben. V₂ E; de concess. preben. alias de excep. prelato, et add. in dextero margine per lato. S; extra-prelatorum : de concess. preben. L R₂; c. accedentibus-prelatorum : c. credentibus de concess. preb. alias de exces. prela. F; quia tunc-prelatorum om. R — ^{cn} supremum-merum : merum et supremum V₁ E L R₂; merum et summum V₂ R F; merum et supremum R₁; supremum S — ^{co} imperium, et sic semper, V — ^{cp} eundem om. R₁ — ^{cq} ynocentium om. V₂ R; add. sed V₁ R₁ F E S L R₂ — ^{cr} de om. E — ^{cs} bell. et sic plerumque, L — ^{ct} hoc titulo : auct. V₁ L R₂; aut. V₂ R₁ F E S; aut. ^{co} R; — ^{cu} add. in sinistro margine ego seriel creatus sum notarius a domino octaviano de monte florum qui licet non possit ostendere privilegium, consuetudo tamen vetus probat quod iugiter creavit notarios et similiter confres (?) pator eius sed vide in sequenti de hac consuetudine R — ^{cv} tenet-videlicet : tenetur scilicet V₁ — ^{cw} superior om. R; superior : super hoc V₂ — ^{cx} add. et V₂ R; suum-tabellionem : creare suum subditum tabellionem R₁ F E S; creare tabellionem suum subditum L R₂ — ^{cy} pro-argumento : per hoc in argumentum V₁; in hoc pro argumento R₂; in hoc in argumentum F — ^{cz} causam V₁; § ad ut tamen F — ^{da} in om. R R₁ F E S — ^{db} in-titulo : supra dicto titulo V₂; allegat-titulo : allegat hoc in argumentum eodem titulo § in tantum L R₂ — ^{dc} hanc L R₂ — ^{dd} opinionem sed plerumque 'oppynio' V₁; oppinionem sed alibi semper 'opinio' S; opinionem et semper 'opinio' L et aliquando R₂ — ^{de} guilielmus de cunio : guill. de suza. V₁; guilielmus de suzzaria raynerius V₂; guill. de suzzaria raynerius de furlivio R; guil. de suza. R₁ E; guil. de suza. F; wil. de suza. S; guil. de suza. L R₂ — ^{df} bartholus V₂ — ^{dg} et bartolus-eum om. F — ^{dh} enim V₁ V₂ R₁ F E; causam S; l. nec enim vel ei R — ^{di} post-sequenti; in l. nec tantum § finali L R₂ — ^{dj} de om. R — ^{dk} add. et L R₂ — ^{dl} allegant V₁ R₁

(12) Extra, 5, 31, 12. — (13) JACOBUS DE BELVISO, *Summa Authenticorum*, Auth. *De tabellionibus* (Nov. XLIV), [§ *Litem paulo ante*, vers. 'Queritur octavo', ed. Lugduni 1511, f. 36r, col. 1, circa finem]; 'Queritur octavo quis possit facere tabellionem et de eius officio et de ipsius instrumentis, et dic ut notatur per Innocentium, Extra, de fide instrumentorum, c. I et II et capitulo penultimo et finali (Extra 2, 22, 1 et 2 et 15 et 16) et est argumentum quod superior possit suum subditum tabellionem creare, ut hoc titulo, § ut tamen (Nov 44, I, 4)'. — (14) Nov. 44, 1, 4. — (15) GUILIELMUS DE CUNIO, *Lectura super Digesto Veteri*, lib. I, tit. *De adoptionibus* (VII), l. *Non aliter* (XVIII), post medium [ms. Bibl. Capitolare Feliniana, Lucca, n° 373, f. 9r, col. 1, circa finem]; 'Sed quero quis potest creare tabellionem. Quidam dicunt quod non, nisi princeps, quia nemo est habilis ad querendum alii, nisi tabellio, ergo oportet quod tabellio sit habitatus a principe, ut dicitur in illo, qui habitatus est ad postulandum, ut, infra, de postulando, l. I, <§> de qua (D. 3, 1, 1, 10); enim inferior non potest tollere legem superioris, quod faceret quia tabellio querit alii, quod est contra jus, argumento, infra, ad Trebellianum, <1.> ille a quo, § tempestivum

rationem ^{am}: si ^{an} solus princeps | crearet tabelliones ^{ao}, ipse solus privaret eos ^{av} ab ^{aa} officio ^{ar}, et non alius, quia | illius ^{as} est privatio, cuius est creatio ^{at}, ut ^{au} Auth. ^{av} 'De ^{aw} defensoribus ^{ax} civitatum',

^{am} add. vim (!) V_1 ; add. videlicet $R_1 F E S$; add. nam $L R_2$ — ^{an} add. unus V_1 — ^{ao} tabellionem $V_1 V_2 R L R_2$ — ^{av} eos privaret E ; privaret eos : eos privaret a beneficio (a beneficio *postea expungitur*) R_1 — ^{aa} ab : a tali $V_2 R$ — ^{ar} officio et semper 'offitium' R_1 ; privaret-officio ab officio amoveret $L R_2$ — ^{as} eius $V_1 R$; illius : alius solius V_1 — ^{at} concessio $R_1 F E S L R_2$ — ^{au} in R ; add. in $V_1 V_2 R_1 F E S L R_2$ — ^{aw} auct. et sic semper, V_1 ; aut. ^{co}, et sic semper, R — ^{ax} de om. $V_1 R_1$ — ^{ax} defensoribus ex correctione in sinistro margine a fideiuss. E

(D. 36, 1, 13, 4), de arbitris, <1.> nam magistratus (D. 4, 8, 4) et pro hoc videtur textus, C. de numerariis et actuariis, l. actuarios (C. 12, 49, 7); sed dico quod quicumque qui habet plenam potestatem tabellionem creandi. Et quod dicitur, licet sit inhabilis ad querendum alii, nisi abilitatus, verum est si habilitatio illa sola esset in principe. Tamen magistratus potest querere alii, ut infra, de in jus vocando, l. eum pro quo (D. 2, 4, 17), infra, de magistratibus conveniendis, l. I, § exigere (D. 27, 8, 1, 15); nec obstant alie leges <quia lex> permittit hic, ut in auth. de defensoribus civitatum, § ex provinciali (Nov. 15, 3, 1 in fine), in auth. de iudiciis, § nulle (recte nulloque: Nov. 82, 7); videas pro hoc, C. de <officio> comitis sacrarum largitionum, l. I, § finali (C. 1, 32, l. unica), de canone largitionalium titularum, <1.> precepssit, § illius (recte l. precepit § illud: C. 10, 23, 3, 3). Ego dico quod possunt creari per alios quam a principe, quod aprobo; si solus princeps crearet tabelliones, ipse solus privaret eos ab officio, non alius, in auth. de defensoribus civitatum, § interim, in fine (Nov. 15, 1, 1). Sed ego habeo casum quod iudices puniunt tabellionem, ut infra (recte C.) <de> decurionibus, <1.> quilibet (C. 10, 32, 40), in auth. de armis, § finali (Nov. 85, 5), C. de defensoribus civitatum, § (recte l.) jubemus (C. 1, 55, 9) et, supra, de origine juris, l. II, § in initium (D. 1, 2, 2); nec obstat l. actuarios (C. 12, 49, 7), quia illi exigebant pecuniam publicam et per provincias delegebantur, et ideo illi debent ordinari a principe, vel prefecto, cum principaliter tangebatur eorum commodum...'. — BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Prima super Digesto Veteri*, lib. I, tit. De adoptionibus (VII), l. Nec ei (XVII), § Eorum (I) circa finem [ed. Lugduni 1533, f. 27r, col. I, nu. 6]: 'Quero quis possit istos tabelliones creare, et videtur quod solus princeps, ut l. actuarios, C. de numerariis et actuariis, libro XII^o (C. 12, 49, 7); hoc modo facit hec lex, imo etiam magistratus, ut in corpore, de defensoribus civitatum, § ex provinciali (Nov. 15, 3, 1 in fine) et est eius creatio cuius est remotio, ut in auth. de armis, in fine (Nov. 85, 5) et in auth. de tabellionibus, § penultimo (Nov. 44, 1, 4), ergo et creare, et habes C. de magistratibus conveniendis (recte de defensoribus civitatum), l. jubemus (C. 1, 55, 9), et est expressum, C. de susceptoribus et archariis, l. (si) duos, libro XI^o (recte X^o: C. 10, 72, 13) et hoc tenet Guilielmus. Non obstat l. actuarios (C. 12, 49, 7), quia ibi est speciale in his, qui exigebant pecuniam publicam et civitas hoc non potest allegare'.

§ 'Interim illud' ^{dy}, coll. | III ⁽¹⁶⁾. Sed clarum ^{dz} est quod iudices
 20 inferiores a principe privant tabelliones ^{ea} | propter delictum ^{eb}, ut ^{ec}
 Auth. 'De armis', § finali, coll. ^{ed} VI ^{ee} ⁽¹⁷⁾, C. ^{ef} 'De defensoribus
 civitatum' ^{eg}, l. 'Jubemus' ⁽¹⁸⁾ | et C. ^{eh} 'De decurionibus' ^{ei}, l.
 'Quilibet', libro X^o ^{ej} ⁽¹⁹⁾, igitur ^{ek} et cet. ^{el} Pro ista opynione videretur
 casus in Auth. 'De defensoribus | civitatum', § 'Ex provinciali' ⁽²⁰⁾,
 in Auth. 'De iudicibus', § 'Nulloque', coll. VI ⁽²¹⁾, C. 'De officio
 | comitis sacrarum largitionum' ⁽²²⁾, l. 'Precepit', § 'Illud etiam',
 C. 'De canone largitionum titulum', libro X^o ⁽²³⁾ | et l. 'Duos',
 C. 'De susceptoribus et archariis', libro X^o ⁽²⁴⁾. Quid dicendum?
 25 Ego teneo primam | opynionem, videlicet quod subditi pape vel im-
 peratori non possunt creare tabelliones. Hoc primo probat: inferiorum
 a principe inpotencia attendenda, ut l. 'Nemo', C. 'De | ope-
 ribus publicis' ⁽²⁵⁾ et l. II, C. 'De falsa moneta' ⁽²⁶⁾, l. 'Opus'
 et l. 'De operibus', ff. 'De operibus publicis' ⁽²⁷⁾ et l. | 'Antio-
 censium', ff. 'De privilegiis creditorum' ^{em} ⁽²⁸⁾, quod deduco

^{dy} § interdum $V_1 R_1 F E L R_2$; § interdum id $V_2 S$; § interdum is R — ^{dz} da-
 tum L — ^{ea} tabellionem E ; tabelliones *om.* R_1 — ^{eb} delicta $L R_2$ — ^{ec} in $V_2 R$;
add. in $V_1 R_1 F E S L R_2$ — ^{ed} collacione V_1 — ^{ee} II F — ^{ef} et $V_2 R R_1 F E$; C.
om. V_1 — ^{eg} de re civi. R — ^{eh} C. *om.* $V_1 R_1 F E$ — ^{ei} de decurionibus: de-
 curio. R ; dederinus (?) R_1 — ^{ej} XII^o $R_1 F E$; C. de defensoribus-X^o: et in aut. de
 defensor. civi. § seu versic. jubemus et l. quibus de aure, libro XII^o $L R_2$ — ^{ek} ergo
 $V_1 R_1$ — ^{el} igitur et cet. *om.* F — ^{em} pro ista-creditorum: item pro hac opynione
 videtur casus in auct. de defen. civi. § idem etiam et C. de fal. mo. ex provinciali
 et in auct. de judi. § iuroque coll. VI et l. I C. de in offi. comit. sacra. largicio-
 num l. precepta § idem etiam et C. de fal. mon. l. opus et l. de operis ff. de publi.
 operis. et l. antiosentius ff. de privi. cre. V_1 ; item pro ista opynione videtur casus
 in aut. de defenso. civita. § id etiam et C. de fal. mo. l. ex provinciali et in aut. de
 judi. § utroque coll. VI et l. I C. de officio comi. sa. largi. l. precipit et § idem
 etiam et C. de fal. mone. l. opus et l. de operis ff. de publi. ope. et l. antiocensium
 ff. de privile. credito. V_2 ; item pro ista opynione videtur casus in aut. de defenso.
 civi. § id eciam et C. de fal. mo. l. ex provinciali et in aut. de judi. § utroque coll.
 VI et l. I C. de offi. comu. sa. largi. et l. de operis ff. de pu. operi. et l. antio-
 censium de privile. credi. R ; item pro ista opynione videtur casus in aut. de defen.
 civi. idem cum et c. de fal. mo. l. in provinciali in aut. de judi. § unoquoque coll.
 VI et l. I de offi. comitis sacrarum larg. et l. precip. § idem etiam c. de fal. mo. l.
 opus et l. de operis C. de operibus publ. et l. annocetesium ff. de privile. credi. R_1 ;

(¹⁶) Nov. 15, 1. — (¹⁷) Nov. 85, 5. — (¹⁸) C. 1, 55, 9. — (¹⁹) C. 10,
 32, 40. — (²⁰) Nov. 15, 3, 1 in fine. — (²¹) Nov. 82, 7. — (²²) C. 1, 32,
 l. unica. — (²³) C. 10, 23, 3, 3. — (²⁴) C. 10, 72, 13. — (²⁵) C. 8, 11, 13.
 — (²⁶) C. 9, 24, 2. — (²⁷) D. 50, 10, 3 et 6. — (²⁸) *nunc* 'De rebus aucto-
 ritate iudicis possidendis seu vendundis': D. 42, 5, 37.

sic ^{en}: inferiores a principe sunt impotentes ^{eo} circa | ea, que ^{ep} tanquam generalia valere debent ^{es} per totum orbem, ut ^{el} l. 'Leges ut generales' ^{ee}, C. ^{et} 'De legibus' ^{eu} (29). | Sed constat quod privilegium ^{ev} tabellionatus ^{ew} est generale ^{ex}, quia eorum instrumenta fidem faciunt generaliter ^{ey} | per totum orbem, igitur ^{ez} inferiores a principe hoc non possunt concedere ^{fa}. Secundo probat ^{fb}: in quibusdam | non facta ^{fc} cum inferioribus communicatio ^{fd}; postquam populus romanus ^{fe} omne ^{ff} imperium et omnem | potestatem transtulit ^{fo} in principem, ut ^{fh} l. II, § 'Novissime' ^{fi}, ff. ^{fi} 'De origine ^{fk} juris' (30) et ^{fi} l. I, ff. 'De | constitutionibus principum ^{fm}' (31), idem ^{fn} princeps quedam ^{fo} communicavit ^{fp} cum inferioribus, ut ^{fq} lege finali, et quasi per totum ^{fr},

item pro ista opynione videtur casus de defensor. civi. § idem C. de fal. mo. l. ex provinciali et in aut. de judic. § unoquoque coll. VI et l. I de offi. com. sa. lar. et l. precipimus § idem tamen C. de fal. mo. l. opus et l. de operis ff. de operi. pu. et l. antiocesum ff. de privil. credito. F; item pro ista opynione videtur casus in aut. de defensor. civi. § idem est C. de falsa mo. l. ex provinciali et in aut. de judic. § unoquoque coll. VI et l. prima de officio comi. sacrileg. C. et l. precep. § idem etiam C. de falsa mo. l. quis et l. de operis ff. de operibus publ. l. antioceansium ff. de privi. credi. E; item pro ista opinione videtur casus in aut. de defensor. civita. § idem C. de fal. mo. l. ex provinciali et in aut. de judic. § unoquoque coll. VII C. de offi. comi. sacra. lar. l. I § idem omnes C. de fal. mo. l. opus et l. operis de operi. publ. l. antioceansium ff. de privil. credi. L; item pro ista opinione videtur casus in aut. de defensor. civita. § idem C. de fal. mo. l. ex provinciali et in aut. de judic. § unoquoque coll. VII C. de offi. comi. sacra. lar. l. I § idem omnes C. de fal. mo. l. opus et l. operis de operi. publ. l. antioceansium ff. de privil. credi. R₂; delictum-creditorum: delictum ut in aut. de armis § finali coll. VI C. de fal. mone. l. ex provinciali et in aut. de judic. § unoquoque coll. VI et l. I C. de offi. corai. sa. largi. I C. de fal. mone. l. opus et l. de operis ff. de ope. pub. et l. antioceansium ff. de privile. credi. S — ^{en} sic deduco V₁ V₂ R₁ F E S; si deduco R; quod-sic; et sic adduco et dico quod L R₂ — ^{eo} impotentes V V₂ R R₁; impotentes: in potestate L R₂ — ^{ep} impotentes-que: in potestate eius et ea F — ^{ea} dicunt R₁; dicuntur F; dicantur S; valere debent: dicuntur valere L R₂ — ^{er} ut om. V₂ R R₁ E L R₂ — ^{es} ut generales om. V₂ R R₁ F S L R₂ — ^{et} ff. R₁ — ^{eu} l. leges ff. de le. C. E — ^{ev} privilegium, et sic semper, V₂ F ^{ew} tabellionum V₂ R; tabellionatus, et sic semper, E — ^{ex} est generale: est quid generale V₂ R L R₂; quid generale est R₁ F E; privilegium-generale: principaliter tabellionatus privilegium quid generale est S — ^{ey} generalem L R₂; generaliter om. F; fidem-generaliter: generaliter fidem faciunt R — ^{ez} ergo V₂ R R₁ F E S L R₂; ut l. leges-igitur: ergo V₁ — ^{fa} hoc-concedere: hoc facere non possunt nec concedere V₂ R; cum sint in potestate circa ea que generaliter dicuntur valere non possunt hoc concedere et cet. L; cum sint in potestate circa ea que generaliter dicuntur valere non possunt hoc concedere R₂ — ^{fb} probo V₁ V₂ R₁ F E S; probatur R L R₂; — ^{fc} non facta: facta est L R₂ — ^{fd} add. quia E; communicatio: connumeratio quia V₁ V₂ R; communicatio quia R₁ F S L R₂ — ^{fe} romanus om. F S — ^{ff} omnem V; omne om. E — ^{fh} intulit R₁ E — ^{fi} argumento R₁ F E S; ut om. R L R₂ — ^{fi} novissimo V₂ R L R₂ — ^{fi} ff. om. V₂ — ^{fk} orrigi. V₂; orri. R — ^{fi} add. in E — ^{fm} de consti. pe. V₁ R; de consti. pecu. V₂ R₁ E L R₂ — ^{fn} inde R R₁ E L R₂ — ^{fo} quidem V₁ — ^{fp} communicant L; quedam communicavit: communicavit quedam V₂ R — ^{fq} ut om. V₁ V₂ R S; add. in L R₂ — ^{fr} ibi F E; quasi om. V₂ R R₁ L R₂

(29) C. 1, 14, 3. — (30) D. 1, 2, 2, 11. — (31) D. 1, 4, 1.

- 35 | C. ¹⁸ 'De pedaneis iudicibus' ¹⁸ (32), quedam communicavit ¹⁹ cum majoribus ²⁰ tantum ²⁰, ut ²¹ l. I, § 'In inicio', ff. 'De officio | prefecti urbis' (33), l. 'Si in aliquam', § finali, ff. 'De officio proconsulis' (34) et l. 'Illicitas', § 'Qui universas' et l. | 'Ex omnibus', ff. 'De officio presidis' (35) et l. I, ff. 'De officio eius cui est mandata jurisdictio' ²² (36), quedam ²³ idem ²⁴ princeps ²⁵ | cum nemine communicavit ²⁶, et hec ²⁷ sibi tantum ²⁸ intelligitur ²⁹ reservasse, l. II, in fine ³⁰, 'De natalibus ³¹ restituendis' (37) | et l. 'Vectigalia' ³², C. 'Nova vectigalia institui ³³ non posse' ³⁴ (38) et ³⁵ l. 'Contra publicam' ³⁶ et l. 'Neminem' ³⁷, C. 'De re militari' ³⁸, | libro XII^o (39) et l. I, § 'De qua', ff. 'De postulando' ³⁹ (40). Sed non ⁴⁰ apparet quod princeps hanc ⁴¹ potestatem creandi | tabelliones ⁴² communica-

¹⁸ ff. *F*; C. *om.* *L R₂* — ¹⁹ de pen. jud. *V*; de pen. judi. *R₁*; de pen. judic. *F E*; et quasi-judicibus: ita per totum ff. de consti. prin. de pena. judic. *S* — ²⁰ communicant *L* — ²¹ marchionibus *R₁ E* — ²² tantum *om.* *R L R₂*; majoribus tantum: marchionibus *F S* — ²³ ut *om.* *V₂ R R₁ E S L R₂* — ²⁴ l. I §-jurisdictio: l. I § ab inicio ff. de offi. pre. ut. § si in aliqua. et § fi. ff. de offi. procon. l. illicitas § qui universas et l. ex omnibus et ff. de offi. eius cui ma. est jurisdi. *V₁*; l. I § initio ff. de officio proconsulis illicitas § qui universum et l. ex omnibus ff. de officio prefec. urbis et l. I ff. de officio eius cui man. est jurisdictio *V₂*; l. I § initio ff. de offi. presi. l. illicitas § qui universum et l. ex omnibus ff. de offi. prefec. ur. et l. I de officio eius cui mandata est jurisdictio *R*; l. I § in initio ff. de offi. prefecti m. (?) ff. de offi. presi. l. illicitus § qui universas l. ex omnibus ff. de offi. eius cui man. est jurisdi. *R₁*; l. I § initium ff. de of. prefec. urb. et § si in aliquem et § fi. et ff. de offi. presi. l. illicitas § qui universas l. ex omnibus ff. de of. eius cui ma. est jur. *F*; l. I § in initio ff. de consti. pecunia (consti. pecunia *postea expungitur*) offi. prefec. urbis § si in aliquem et § fi. ff. de offi. presid. l. illicitas § qui universas et l. ex omnibus ff. de offi. eius cui man. est jurisdi. *E*; l. I § initio ff. de offi. prefec. ur. et § si in aliquem et § fi. et ff. de of. presid. l. illicitas § que universas et l. ex omnibus ff. de offi. eius cui man. est jurisdi. *S*; l. I § vicarium ff. de offi. prefec. ur. l. illicitas § qui universas de offi. pres. et l. ex omnibus de offi. eius *L R₂* — ²⁵ quedam: qui dicitur *V₁*; quod est *R₁*; quod etiam *F E* — ²⁶ quedam idem: quod etiam *et postea in corrigendo* quedam *S* — ²⁷ quedam-princeps: idem tenet princeps quedam idem *L R₂* — ²⁸ communicant *L* — ²⁹ hoc *S* — ³⁰ hec-tantum: sibi *V₂ R*; hoc tantum sibi *L R₂* — ³¹ hec-intelligitur: sibi intelligit tantum *F*; cum-intelligitur: cum venerit communicavit et habet sibi et intelligitur tantum *V₁*; cum venerit communicabit et habet sibi et intelligitur sibi tantum *R₁*; cum venerit communicavit et habet sibi et intelligitur tantum sibi *E* — ³² add. ff. *R₁*; in fine: et fi. ff. *V₁*; et l. fi. ff. *V₂ R* — ³³ ano. *F*; *vacat in R₁* — ³⁴ vectigalia *F*; et l. vectigalia *om.* *R₁* — ³⁵ impos. *S* — ³⁶ posse *om.* *F*; et l. vectigalia-posse: et l. vectigalia institui non posse *V₁*; et C. de nova. vetigal. institui non possunt *E*; l. vectigalia *L R₂* — ³⁷ et *om.* *R₁ L R₂* — ³⁸ publicum *V₂ R₁*; publicus *R* — ³⁹ eveniunt *V₁*; meminerint *R₁*; veniunt *F E S*; et l. neminem *om.* *V₂ R* — ⁴⁰ milli. *R₁ E*; de resti. mili. *S* — ⁴¹ et l. I-postulando *om.* *V₁ V₂ R R₁ F E S L R₂* — ⁴² sed non: si vero *F* — ⁴³ habeat *V₁ V₂ R* — ⁴⁴ tabellionem *V₂ R*; tabelliones: notarios seu tabelliones *L*

(32) C. 3, 3, 5. — (33) D. 1, 12, 1, 4 — (34) D. 1, 16, 7, 2. — (35) D. 1, 18, 6, 8 e l. 10. — (36) D. 1, 21, 1. — (37) D. 40, 11, 2. — (38) C. 4, 62, 2. — (39) C. 12, 35, 17. — (40) D. 3, 1, 1, 10.

vit cum inferioribus st, vel maioribus ^{su}, igitur ^{sv} sibi tantum ^{sw} reser-
vasse | intelligitur ^{sz} et, per consequens, nullus alius subditus prin-
cipi ^{sy} potest tabelliones creare, | sed ipse solus tantum ^{sz}, ut probat-
tur, supra, in lege proxima allegata ^{sa} (41). Non obstant contraria et
primo non obstat ^{sb} § | 'Ut tamen' ^{sc}, in Auth. ^{sd} 'De tabellionibus' (42)
et ^{se} § 'Ex ^{sf} provinciali', in Auth. ^{sg} 'De defensoribus civitatum' (43),
et omnia alia jura supra allegata ^{sh}, quia dico | quod civitates ^{si}, et 45
alii inferiores a principe ^{sj}, possunt deputare quem ^{sk} ad ^{sl} aliquod
officium sm | exercendum, et ita loquuntur ^{sn} omnia illa ^{so} jura ^{sp};
sed quod possint ^{sq} ei ^{sr} concedere ^{ss} privilegium st | et potestatem
conficiendi publica instrumenta ^{su}, hoc ^{sv} non probant. Non obstat
secundo, cum ^{sw} dicitur ^{sz} 'si solus | princeps crearet ^{sy} tabelliones,
ipse solus privaret ^{sa} eos, et cet.' ^{sa}, quia dico quod ^{sb}, quando ^{sc} | ta-
bellio deliquit ^{sd}, non privatur iudicis potestate privilegio tabelliona-
tus ^{se}, sed legis || imponentis ^{sf} ei illam penam propter illud delict. r. 80

st communicaverit cum minoribus $V_1 E$ — ^{su} communicavit-majoribus :
cum maioribus vel minoribus communicaverit $V_2 R$; communicaverint cum majo-
ribus vel cum minoribus R_1 ; non communicaverit cum maioribus vel mi-
noribus F ; communicaverit cum maioribus vel minoribus $S L R_2$ — ^{sv} ergo
 $R_1 L R_2$ — ^{sw} tantum sibi $V_1 R$ — ^{sz} sibi-intelligitur : intelligitur tantum sibi
reservasse V_1 ; intelligitur sibi tantum reservasse $R_1 E S$; intelligit tantum sibi
reservasse F ; tantum intelligitur reservasse sibi $L R_2$ — ^{sy} alius-principi : ipsi prin-
cipi V_2 ; pt. (?) ipsum principem R ; illius subditus principis F ; principii subditus
 $L R_2$ — ^{sz} solus tantum : princeps solus $V_2 R$ — ^{sa} ut probatur-allegata : § I l. de qua
ff. de postu. V_1 ; l. I § de qua ff. de postulando $V_2 R R_1 E L R_2$; ut l. I § de qua
ff. de postu. F ; l. I § de qua re ff. de postu. S — ^{sb} non obstat-obstat : non ob-
stat primo $V_1 R_1 F E S$; non obstat $L R_2$ — ^{sc} cum V_1 — ^{sd} in auth. om. $V V_1 R_1$
 $F E S$ — ^{se} et om. V — ^{sf} ex om. E — ^{sg} in auth. om. $V V_1 R_1 F E S$ — ^{sh} supra
allegata : in contrarium F ; jura-allegata : supra allegata jura L — ^{si} comites V_1
 $R_1 E$; communitates $F S L R_2$; non obstant-civitates : non obstat primo quod co-
mites $V_2 R$ — ^{sj} a principe om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{sk} aliquem R_1 — ^{sl}
quem ad : aliquem in E — sm add. publicum $V_1 V_2 R_1 F E S L R_2$; aliquod officium :
aliquem officium publicum R — ^{sn} locuntur et sic semper V et plerumque $V_2 F$;
loquuntur et sic semper R — ^{so} ista $V_1 R_1 F E L R_2$ — ^{sp} omnia-jura : illa jura omnia
 S — ^{sq} possit L — ^{sr} eis $V_1 V_2 R F S$; ei om. $L R_2$ — ^{ss} possint-concedere : pos-
sunt concedere eis E — st add. tabellionatus R ; privilegium : privilegium tabellio-
natus $V_1 V_2 E$; officium tabellionatus $F S L R_2$; ei-privilegium : concedere eis ta-
bellionatus R_1 — ^{su} instrumenta publica $L R_2$ — ^{sv} id S — ^{sw} quia V_1 ; quod $F S$
— ^{sz} non obstat-dicitur : item non obstat quod dicitur quod V_2 ; iten non obstat
quod dicitur quod R ; secundo quod dicitur R_1 ; secundo quia dicitur E ; non obstat
ratio quia dicitur quod $L R_2$ — ^{sy} creat $F E$ — ^{sa} priuueret (?) V_2 — ^{sb} et cet.
om. $F S$; eos et cet. : ipsos $L R_2$ — ^{sc} quod om. $V_1 R_1 E$ — ^{sd} tunc $L R_2$ — ^{se} deli-
quid V — ^{sf} tabellio-tabellionatus : tabellio privatur privilegio tabellionatus
iudicis potestate V_2 ; tabellio privatur privilegio tabellionatus non iudicis potesta-
tem R ; tabellio privatur privilegio tabellionatus iudicis potestate non privatur F
— ^{sg} imponentis et semper 'imponere' V ; tabellio-imponentis: tabellio non privatur privi-
legio tabellionatus iudicis potestate sed lex imponit E ; tabellio non privaretur pri-

(41) D. 3, 1, 1, 10. — (42) Nov. 44, 1, 4. — (43) Nov. 15, 3, 1 in fine.

tum¹⁹; adeo²⁰ quod iudex, propter²¹ delictum, non posset²² privare | tabellionem²³ privilegio tabellionatus²⁴, nisi lex²⁵, propter illud²⁶ tale²⁷ delictum, expresse et specialiter²⁸ | imponat²⁹ ei³⁰ penam privacionis et³¹ ita loquitur § finali in Auth. 'De armis'³² (44), cum symilibus³³. Concedo tamen³⁴ quod iudex | posset³⁵ tabellionem deputatum ad³⁶ certum officium³⁷ privare illo³⁸ propter delictum, licet lex non im|ponat³⁹ specialiter illam penam⁴⁰, et ita⁴¹ intelligo l. 'Si aliquid'⁴², C. 12⁴³ 'De susceptoribus et archariis'⁴⁴, libro X^o 37⁴⁵ (45) |.

Secundo quero numquid^a consuetudo possit^b inducere^c quod inferior a principe possit^d creare | tabelliones^e. Respondeo: Ynocentius in dicto capitulo finali, Extra, 'De fide instrumentorum'⁽¹⁾, tenet

vilegiis tabellionatus scripta iudicis petentis vel alias iudicis potestate sed l. imponent. S; dico-imponentis: dico quod tunc non privaretur tabellio privilegio tabellionatus iudicis potestate sed leg. imponent. L; dico quod tunc non privaretur tabellio privilegio tabellionatus iudicis potestate sed legis imponentis R₂ — " ei-delictum: talem penam ei propter illa delicta V₂ R; talem penam ei propter talia delicta F E S; talem penam pro talibus delictis L R₂; tabellio-delictum: tabellio non privatur privilegio tabellionatus iudicis potestate sed lege imponente illam penam illi propter illa delicta V₁; tabellio non privatur privilegio tabellionatus iudicis potestate sed lege imponente (!) talem penam et propterea talia delicta R₁ — " ideo V₂ R — " add. illud V₁ V₂ R S L R₂; add. tale F; add. illud tale R₂ E — " possit R₁ — " tabelliones V₁ R R₁ F E S — " privilegio tabellionatus om. V₂ R — " add. sumpta vel princeps V₁; add. vel princeps V₂ R; add. scripta vel princeps et F; add. scripta vel princeps S R₂; nisi lex: si lex scripta vel princeps R₁; iussu l. script. vel princeps E — " id E; illud om. V₁ V₂ R F — " tale om. R₂ — " expresse et specialiter om. V₁ V₂ R F E S R₂ — " imponit F; imponeret R₂; propter-imponat: imponat propter id tale delictum R₁; non posset-imponat: imponeret L — " sibi V₁ V₂ R R₁ F E S — " et om. V₁ S; privacionis et: privatam F — " similibus S; in auth. symilibus: cum symilibus in aut. de armis L R₂ — " tamen om. F — " possit V₁ R₁; potest S; concedo-possit: sed concedo quod poterit iudex L R₂ — " add. aliquid L R₂ — " add. priv. (?) V₁; certum officium: officium certum F S — " illum V₁ F; illo om. S; add. officio V₂ R; illo: illum sed illud L R₂ — " imponit E; imponet L — " privationem F; specialiter-penam: illam penam specialiter R₁; simpliciter illam penam specialiter S — " et ita om. V₁ — " l. siqu. si aliquid V₁; lex si aliquis F — " C. om. V₂ F S — " urcha. R; archi. L R₂ — " add. et nimirum quia potest eum deputare ad certum officium V₁ V₂ R; add. et non mirum quia potest eum deputare ad certum officium et cet. R₁; add. et nihil mirum quia potest eum deputare ad certum officium F; add. et nichil mirum quod potest eum deputare ad certum officium E; add. et nichil mirum quia potest eum deputare ad certum officium S; add. et non est mirum quia potest eum deputare ad certum officium L R₂.

^a nunquid et sic semper V₂ R₂; numquid: unde quid V₁ — ^b possit L — ^c inducere om. V₁ — ^d inferior-possit: inferiores a principe possint V₂ R — ^e tabellionem R₁ L R₂

(44) Nov. 85, 5. — (45) C. 10, 72, 12.

(1) INNOCENTIUS IV, *Op. cit.*, *Super secundo Decretalium* (II), tit. *De fide instrumentorum* (XXII), c. *Cum P. Tabellio* (XV) in fine [ed. cit., p. 336, col. 2, nu. 4]: 'Nec etiam mireris, quod per consuetudinem potest induci quod aliquis inferior principe posset facere notarios, non tamen potest constituere quin

quod sic ^f et est ratio ², secundum eum, quia ³, | ad hoc ⁱ ut valeat consuetudo ⁱ, requiritur consensus superioris, scilicet principis, tacitus vel | expressus ^k, ut ipse notat, Extra, 'De consuetudine', super rubrica ^l (2); sed ^m quod princeps superior ^k approbat, ipse | facere 10 videtur, ut ^o C. 'De veteri jure enucleando' ², l. I, § 'Omnia igitur' ^q (3). In contrarium videtur verius, quia | illa ^r, que procedunt a pari potentia, paris ^s sunt effectus, ut ^t l. 'De quibus', ff. ^u 'De legibus' (4) et l. 'Si | libertam' ^v, C. 'De nuptiis' ^w (5); sed consuetudines civitatum et statuta ^x ab eadem potencia procedunt, | scilicet a ^y consensu ^z populi, ut ^{aa} dicta l. 'De quibus' et l. 'Cum de consuetudine' et ^{ab} l. 'Sed et ^{ac} ea' ^{ad}, ff. 'De legibus' (6) et ^{ae} Inst. | 'De jure naturali gentium et civili' ^{af}, § 'Ex non scripto' (7), igitur

^f respondeo sic : respondeo quod sic secundum Innocentium in c. fi. extra de fide instru. $V_1 V_2 S$; respondeo quod sic secundum Innocentium in c. fi. de fide ystru. R ; respondeo sic secundum Innocentium in c. fi. extra de fide instru. $R_1 F E$; respondeo sic secundum Innocentium in c. fi. de fide instru. $L R_2$ — ^g est ratio om. V_1 — ^h quot. (?) V_1 ; quia om. F — ⁱ est hoc : secundum eum R_1 — ^j add. servi (?) V_2 ; add. secundum R — ^k consensus-expressus : superioris totius (totius *postea expungitur*) tacitus vel expressus consensus V_1 ; superioris id est principis tacitus vel expressus consensus $V_2 R R_1 E S$; superioris id est principis tacitus vel expreus (et *plerumque expreus*) consensus F ; tacitus vel expressus consensus superioris seu principis $L R_2$; add. in dextero margine consuetudo F — ^l extra-rubrica : in rubrica extra de consuetudine $V_1 V_2 R F E S$; in rebus (?) extra de consuetudine R_1 — ^m ipse sed : notat ipse de consuetudine in rubrica $L R_2$ — ⁿ superior om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^o ut om. $V_2 L R_2$ — ^p en. uelle. (?) V_1 ; cautela R_1 ; de veteri-enucleando : de vete. mili. F — ^q § tamen omnia igitur et cet. R_1 ; § ante omnia igitur E ; § quoniam igitur et in auten. de defenso. civi. § sed interim $L R_2$ — ^r verius illa : quia ista $V_1 F L R_2$; quod ista $V_2 R R_1 E$; videtur illa : quod ista S — ^s pariparis : principali potentia pares F — ^t ut om. $V_2 R R_1 E L R_2$ — ^u C. V_2 ; ff. om. R — ^v libertus $V_1 V_2 R F$; libertatem E ; libertum S — ^w et l. si-nuptiis : C. de nup. l. si libertos $L R_2$ — ^x consuetudines-statuta : consuetudo civitatis et statutum $V_1 V_2 R R_1 E S$; consuetudo civitatis et statutorum F ; consuetudo civitatis vel statutum $L R_2$ — ^y a om. F — ^z sensu V_1 — ^{aa} ut om. $V_1 V_2 R E S L$ — ^{ab} dicta-et om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{ac} ad V_1 ; et om. V — ^{ad} hoc $L R_2$; sed-ea om. R_1 — ^{ae} et om. $L R_2$ — ^{af} gentium et civili om. $V_1 R R_1 F E L R_2$

faciat ipse notarios, vel alii concedere quod faciat; et est ratio, quia in consuetudine, ad hoc ut valeat, oportet quod interveniat consensus superioris principis, tacitus vel expressus, ut notatur, supra, de consuetudine, in principio (*Extra, I, 4, rubrica*). Sed in constitutione secus, quod autem princeps superior approbat, ipse facere videtur, C. de veteri jure enucleando, l. I, § omnibus (*recte* § 'Haec omnia igitur': C. 1, 17, 1, 14). — (2) INNOCENTIUS IV, *Op. cit.*, *Super primo Decretalium* (I), tit. *De consuetudine* (IV), in rubrica, circa medium [ed. cit., p. 39, col. 2, nu. 4 circa medium]: 'Item oportet quod <consuetudo> sit inducta de scientia eius, qui super eos, ubi inducitur, habet ordinariam jurisdictionem et potestatem condendi leges, ff. de legibus, l. de quibus (D. I, 3, 32)...'. — (3) C. 1, 17, 1, 14. — (4) D. 1, 3, 32. — (5) C. 5, 4, 28. — (6) D. 1, 3, 32 et 34 et 35. — (7) Inst. 1, 2, 9.

15 et cet. ^{as} Preterea tacitus consensus et expressus ^{ah} | equiparan-
tur ^{ai}, ut ^{aj} l. 'Cum quid', ff. 'Si certum petetur' ⁽⁸⁾ et ^{ak} l. 'Qui ^{al}
ad certum' ^{am}, ff. 'Locati' ⁽⁹⁾ et ^{an} l. III ^{ao}, § 'Conditio' ^{ap}, ff. ^{aq}
| 'De adimendis legatis' ^{ar} ⁽¹⁰⁾. Item quod consuetudo et statutum
equiparentur ^{as}, probatur per l. 'Magistratus', ff. ^{at} | 'Ad Municipi-
palem' ^{au} ⁽¹¹⁾ et ^{av} l. 'Semper', § 'Legem' ^{aw}, ff. ^{ax} 'De jure immu-
nitatis' ^{ay} ⁽¹²⁾, et per ^{az} § 'Constat' et § 'Ex non scripto', Inst. |
'De jure naturali gentium et civili' ^{ba} ⁽¹³⁾. Ego, hiis non obstantibus,
teneo ^{bb} opynionem ^{bc} Ynocentii, videlicet quod consuetudo, | que
20 introducta est de consensu principis ^{bd} superioris expresso vel pre-
sumpto ^{be}, possit ^{bf} | conferre ^{bg} potestatem ^{bh} creandi tabelliones ^{bi}. Ad
contraria ^{bj} respondeo ^{bk}, cum ^{bl} dicitur ^{bm} 'illa' ^{bn} que procedunt a pari
potentia et cet. ^{bo}, quia | sciendum est quod statutum et consuetudo,
que non remanet in pura et mera constantia consuetudinis <et statuti>,
que est | ut capiat vires a tacito <vel expresso> consensu populi sed egre-
ditur suos fines, non procedunt ^{bp} a pari potencia; | nam in hiis, que sunt

^{as} et cet. om. *V*; igitur-cet.; ergo et cet. *V*₁; igitur-cet. om. *S*. — ^{ah} taci-
tus-expressus: tacitus et expressus consensus *V*₂; tacitum et expressum *S L R*₂;
preterea-expressus: post (*f*) tacitus et expressus consensus *R*; per tacitum et expressum
F — ^{ai} tacitus-equiparantur: tacitus consensus equiparatur *V*₁; tacitum et expressum
equiparatur *R*₁; tacitum et expressum equiparantur *E* — ^{aj} ut om. *V*₁ *V*₂ *R R*₁ *E S L R*₂
— ^{ak} l. cum-et om. *V*₁ *V*₂ *R R*₁ *F E S L R*₂ — ^{al} qui: *q̄* et sic semper *S* — ^{am} certum
*R*₁ — ^{an} et om. *R*₁ *L R*₂ — ^{ao} l. *L R*₂ — ^{ap} conditus *R*; conditio et sic semper *E* —
^{aq} ff. om. *R* — ^{ar} de adi. admi. l. *V*₁; de ann. lega. *F*; de ali. lega. *S*; add. in dextero
margine statutum populi *F* — ^{as} item-equiparantur: quod autem consuetudo et
statutum equiparantur *V*₁; quod autem statutum et consuetudo equiparentur *V*₂;
quod autem statutum et consuetudo equiparentur *R F L R*₂; quod autem statuta
et consuetudo equiparentur *R*₁; quod autem statutum et consuetudo equiparantur
E; quod autem statutum et consuetudo equipararetur *S* — ^{at} ff. om. *V*₁ *F* — ^{au} ad
inimici *R*; de manu. *F*; de ma. *S* — ^{av} per *V*₁ — ^{aw} legem: loquitur legitur *V*₁;
legitur *V*₂ *R L R*₂; legis *R*₁ *E*; legati *F*; legit *S* — ^{ax} ff. om. *L R*₂ — ^{ay} de jureiur.
*V*₁ *E S*; de jure patro. *V*₂; de jure patrona. *R*; de jure in munitat. *R*₁ — ^{az} per
om. *V*₁ *V*₂ *R R*₁ *F E S*; et per om. *L R*₂ — ^{ba} gentium et civili om. *V*₁ *R*₁ *E*; § con-
stat-civili: insti. de jure naturali § constat et de § ex non scripto *R*; insti. de jure
naturali § constat autem ex non scripto *F*; insti. de jure naturali § constat et § ex
non scripto *S L R*₂ — ^{bb} ego-teneo: ego alias non obsto teneo *V*₁; ego hoc non ob-
stante teneo *V*₂ *R L R*₂; alias ego non obtinui *R*₁ *E*; ego vero alias optinui *F* — ^{bc}
hiis-opynionem: alias obtinui in opi. *S* — ^{bd} principis om. *V*₁ *V*₂ *R*; introducta-
principis: inducta est de consensu *R*₁ *F E S* — ^{be} expresso-presumpto: expresse
vel presumptive *V*₁; expresse vel tacito vel presunto *V*₂ *R*; ex consensu tacito vel
expresse vel presunto *R*₁; de consensu tacito vel expresse vel presunto *F*; ex
consensu tacito vel expresse vel presunto *E S* — ^{bf} posse *F S*; posset *E* — ^{bg} pos-
sit conferre: posse conformare *R*₁ — ^{bh} introducta-potestatem: inducta est con-
sensu superioris et ex consensu tacito expresse vel presunto est potens *L R*₂ —
^{bi} tabellionem *F* — ^{bj} contrarium *L R*₂ — ^{bk} respondetur *S* — ^{bl} dum *L R*₂ —
^{bm} add. si *F* — ^{bn} ista *V*₂ *R*; ea *S L R*₂ — ^{bo} et cet.: et e contrario *E* — ^{bp} que-

(⁸) D. 12, 1, 3. — (⁹) D. 19, 2, 14. — (¹⁰) D. 34, 4, 3, 9. — (¹¹) D. 50,
1, 25. — (¹²) D. 50, 6, 6, 1. — (¹³) Inst. 1, 2, 3 et 9.

solī principi, reservata, statutum non potest ^{ba}, ut ^{br} l. I, C. ^{bs} ' De iure anulorum aureorum ' ^{bt} (14) | et dictum ^{bu} est ^{bv} in ^{bw} precedenti ^{bx} questione; sed consuetudo, que inducta est de consensu principis superioris ^{bv} presunto vel | expresse, potest conferre ^{bz} etiam ^{ca} ea, que sunt 25 solī principi reservata ^{cb}, argumento ^{cc} lege finali, C. ^{cd} ' De canone largitionalium titularum ' ^{ce}, | libro X^o (15). De consensu expresse est ^{cf} clarum, ut dictum est supra, secundum Ynocentium ^{cg}; de presunto idem est dicendum ^{ch} | de eo ^{ci}, qui ^{cj} inducitur ^{ck} per pacienciam ^{cl}

procedunt: non remanent in mera et pura constancia consuetudinis et statuti que est ut capiat vires a tacito vel expresse consensu populi sed eque duret (!) suos fines non procedere V_1 ; statutum-procedunt: consuetudo et statutum que remanent in pura et mera constancia consuetudinis et statuti que non est ut capiat vires a tacito vel expresse consensu populi sed egrediuntur suos fines non procedunt $V_2 R$; consuetudo et statuta que non remanent in pura et mera conscientia consuetudinis et statuti que est ut capiat vires a tacito vel expresse consensu populi, sed hoc equaturat (!) significatio non procedere R_1 ; consuetudo et statutum que non emanant in puro et vera constancia consuetudinis extanti que est ut capiat vires a tacito vel expresse consensu populi sed hoc eque ducit (!) suos fines non procedere F ; consuetudo et statutum que non remanent in pura et mera constancia consuetudinis et statuti, que est ut capiat vigorem a tacito vel expresse consensu populi sed hec eque durat (!) significatio non procedere E ; consuetudo et statutum que non remanet in pari et mera constancia consuetudinis et statuti que est ut capiat vires a tacito vel expresse consensu populi sed hoc eque durat (!) suos fines non procedere S ; consuetudo vel statutum que non remanet in pura et vera constancia consuetudinis vel statuti que non est ut capiat vires a tacito vel expresse consensu populi sed si suos fines egrediuntur non procedere L ; consuetudo vel statutum que non remanet in pura et vera conscientia consuetudinis vel statuti que non est ut capiat vires a tacito vel expresse consensu populi sed si suos fines egrediuntur non procedere R_2 — ^{ba} in hiis-potest: in sollempni reservatione statutorum nichil potest V_1 ; in sollempni reservatione statuti nihil potest (add. in dextero margine alias sollempnitate reservata statutum) V_2 ; in sollempni reservatione statuti nichil potest R ; in sollempnitate reservata statutum nichil potest R_1 ; in sollempnitatibus reservatis statutis nihil potest F ; in sollempnitate observata statuti nihil potest E ; in sollempnitat. reservatio statuti nichil potest S ; nam-potest: cum in potestate reservata statutum nichil potest L ; cum in potestate reservata statutum nil potest R_2 — ^{br} ut om. $V_1 R_1 L R_2$ — ^{bs} C. om. R_2 — ^{bt} de iursiur. $V_1 E$; de iure aure. annu. (add. in dextero margine alias immunitatis) V_2 ; de iure aure. ann. R ; de iure annull. ciuius (?) R_1 ; de iudic. om. iudi. L ; l. I-aureorum: l. de iure iur. annu. S — ^{bu} clarum F — ^{bv} est dictum $L R_2$ — ^{bw} de V_1 — ^{bx} precedente $V R_1$ — ^{by} superioris om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{bz} potest conferre: confert $V_1 V_2 R_1 F S$; confertur R ; conferre E ; — ^{ca} causa V_1 ; et R — ^{cb} sunt-reservata: soli principi reservata sit V_1 ; soli principi reservata sunt $V_2 R R_1 F E S$; potest-reservata: differt a principis reservatione $L R_2$ — ^{cc} ut $V_2 R$ — ^{cd} C. om. E — ^{ce} de comit. largi. V_1 ; de cano. largi. $V_2 R$; de cano. la. R_1 ; de car. F ; de can. lar. E ; de carprelat. S ; de cano. la. $L R_2$ — ^{cf} etiam E — ^{cg} secundum Ynocentium om. $V_1 V_2 R R_1 F E S$; de-Ynocentium: unde de expresse consensu clarum ut supra est dictum L ; unde de expresse consensu clarum est ut supra est dictum R_2 — ^{ch} dicendum est $R R_1 E$; idem-dicendum: idem dicendum est V_2 ; dicendum est $F S$; est dicendum idem $L R_2$; presunto-dicendum: presumptione idem dicendum est V_1 — ^{ci} de eo om. V — ^{cj} quod $R_1 F$; de eo qui: quod S — ^{ck} induceret V_1 — ^{cl} pacienciam R_1

(14) C. 6, 8, 1. — (15) C. 10, 23, 4.

tanti^{em} temporis, cuius^{en} contrarii^{eo} memoria^{ep} non existit^{eq}, ut^{er} l. I^{es}, § finali et | l. 'Quod principis'^{et}, ff. *cu* 'De aqua pluvia arcenda'⁽¹⁶⁾ et l. 'Hoc^{eo} jure'^{ew}, § 'Ductus aque'^{ex}, ff. *cy* 'De aqua cotidiana^{ex} et estiva'^{da} (17) et *db* l. I, | C. *dc* 'De emancipationibus liberorum'⁽¹⁸⁾ et *dd* l. 'Probatorias'^{de}, C. *df* 'De diversis officiis', libro XII^o *dg* (19), in quibus *dh* probatur quod *di* consuetudo *dj* tanti
30 | temporis *dk*, cuius contrarii memoria *di* non existit *dm*, tantum operatur quantum privilegium principis; in aliis | autem, que non sunt soli *dn* principi reservata *do*, illud potest statutum quod simpliciter consuetudo, et equiparantur *dp*, | et in tali consuetudine procedunt rationes *da* facte in oppositum *dr*. Est tamen *ds* advertendum, quia *di* tabellio[n]es, creati *du* vigore talis *dv* consuetudinis, non possent facere instrumenta publica *dw* extra territorium illius | civitatis *dx*, in qua inducta est *dv* consuetudo, cum *dz* non habeant^{ea} potestatem et offi-
35 cium publicum, quod a jure communi, seu | privilegio principis, ta-

^{em} taciti V_1 — ^{en} cui R_1 — ^{eo} contrarium R — ^{ep} cuius-memoria : in cuius contrarium hominum memoria $L R_2$ — ^{eq} existat $V_1 R$; memoria-existit : non existit memoria S — ^{er} argumento $R_1 F E S L R_2$ — ^{es} I ex correctione a fi. F — ^{et} principi $V_2 R_1 F E S L R_2$; l. quod principis : quod principi R — ^{ev} § V_1 ; ff. *om*. $V L R_2$ — ^{ew} de V_1 — ^{ex} autem V ; jus V_2 — ^{ex} aque *om*. $V_1 F$; § ductus aque : preductum aque R_1 ; § ductum E — ^{cy} ff. *om*. $V_1 F L R_2$ — ^{cz} quoti. $L R_2$ — ^{da} exti. $R_1 F$; pluvia-estiva : pluvia cotidiana et extiva R — ^{db} et *om*. $V_1 R R_1 E$ — ^{dc} C. *om*. E ; ductus-C. : ductus aque ff. de aqua coti. et exti. l. I C in *dextero* margine V_2 — ^{dd} et *om*. V_1 — ^{de} probati R_1 — ^{df} ff. E ; C. *om*. $V_1 V_2 R_1$ — ^{dg} XI^o S ; et l. probatorias-XII^o : et l. probatum de divor. officiis li. XII^o et in *dextero* margine V_2 ; et l. probatorias-XII^o *om*. R — ^{dh} in quibus : ubi $L R_2$ — ^{di} quod *om*. F — ^{dj} add. in *sinistro* margine consuetudo cuius contrarium in memoria non est equiparatur privilegio R — ^{dk} tanti temporis : inducta tanti temporis spatio $V_2 R$ — ^{dl} tanti-memoria : inducta taciti temporis obmissione cuius memoria V_1 ; inducta cuius memoria in contrarium F ; inducta tanti temporis ***** E ; inducta per tempus cuius memoria in contrarium S ; inducta in cuius contrarium memoria hominum $L R_2$ — ^{dm} tanti-existit : inducta tanti temporis non existit memoria R_1 — ^{dn} solo S ; solum R_2 ; non sunt soli : sunt solum L — ^{do} sunt-reservata : soli principi reservatur V_1 ; soli principi reservata sunt V_2 ; soli principi sunt reservata R — ^{dp} illud-equiparantur : id per statutum quod simpliciter consuetudo equiparatur V_1 ; statutum et consuetudo equiparantur $V_2 R$; id per statutum quod simpliciter consuetudini equiparat. R_1 ; id per statutum quod summittitur (?) consuetudo equiparantur F ; id per statutum quod simpliciter consuetudini equiparatur E ; quod fit per statutum et consuetudo equiparantur S ; idem operator consuetudo quod statutum $L R_2$ — ^{dq} regule $R_1 E$ — ^{dr} contrarium F — ^{ds} tamen est $V_1 V_2 R R_1 F E S$ — ^{dt} quod $V_1 V_2 R S$; est-quia : tamen est attendendum quod $L R_2$ — ^{du} add. tali et postea expungit F — ^{dv} huius R — ^{dw} possent-publica : possent conficere instrumenta V_1 ; possunt conficere instrumenta $V_2 R R_1 E L R_2$; possunt conficere talia instrumenta $F S$ — ^{dx} add. inter columnas deciu notat R — ^{dy} add. talis $V_2 R$; add. ista $R_1 F E$; inducta est : est inducta ista S ; est inducta $L R_2$ — ^{dz} ut $R_1 F E S$ — ^{ea} habeat $V_2 R$; habent $L R_2$

(16) D. 39, 3, 1, 23 et l. 23. — (17) D. 43, 20, 3, 4. — (18) C. 8, 48, 1. —

(19) C. 12, 59, 9.

bellionibus conceditur ^{eb}, sed tantum illud habent, quod ^{ec} consuetudo eis ^{ed} tribuit, | scilicet ^{ee}, ut ^{ef} in illa ^{eg} civitate ^{eh} tantum ^{ei} possint ^{ej} conficere instrumenta publica ^{ek} et ^{el} hoc est ^{em} de mente Ynocentii, in capitulo | finali, Extra, 'De fide instrumentorum' (20). Faciunt ad hoc ea que notat ^{en} Guilielmus de Cuno ^{eo} in l. 'Non aliter', in ultima | questione ^{ep}, ff. ^{eq} 'De adoptionibus' ^{er} (21).

^{eb} et officium-conceditur : prout communiter a jure privilegio principis tabellionis concedendum creare V_1 ; prout quando alicui privilegio principis conceditur creare tabelliones $V_2 R$; a jure (*postea expungitur*) prout quando a jure privilegium principis tabellionem concedendo creari R_1 ; prout quando creantur ab habentibus potestatem creandi propter privilegium a principe F ; prout quando a jure privilegium principis tabellionem concedend. creare E ; prout quando creantur ab habentibus potestatem creandi per privilegium a principe S ; sicut quando creantur ab habentibus privilegium a principe $L R_2$ — ^{ec} illud-quod : juris habent quantum $V_1 R F E S$; juris habent quantum ideo V_2 ; nus (?) habet quantum R_1 — ^{ed} illud-eis : juris habent quantum ipsa consuetudo L ; juris habet quantum ipsa consuetudo R_2 — ^{ee} videlicet $V_1 V_2 R R_1 E$; scilicet *om. F S L R_2* — ^{ef} uti E ; ut *om. V_2 R* — ^{eg} ista $V_1 R_1 F E$; ipsa $L R_2$ — ^{eh} add. videlicet in illa civitate V_2 — ^{ei} tantum *om. F* — ^{ej} possit $V_1 V_2 R R_1 E$; tantum possint : possint tantum S — ^{ek} conficere-publica : exercere publicum officium notariatus $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{el} et *om. R_1 F E S* — ^{em} est *om. V_2* — ^{en} in capitulo-notat : extra de fide instrumentorum capitulo finali et facit quod notat $V_1 V_2 R R_1 F E S$; et hoc-notat : ut est de mente principis ut in dicto capitulo finali extra de fide instrumentorum et notat $L R_2$ — ^{eo} Curio R ; Cuma et sic semper F ; de Cuno *om. L R_2*; Guill. de Cuno $V_1 V_2$ — ^{ep} in ultima questione *om. V_1 V_2 R R_1 F E S* — ^{eq} in ultima-ff. *om. L R_2* — ^{er} add. et cet. et cet. R_1

(20) INNOCENTIUS IV, *Op. cit.*, *Super secundo Decretalium* (II), tit. *De fide instrumentorum* (XXII), c. *Cum P. Tabellio* (XV), circa medium [ed. cit., p. 336, col. 2, nu. 2 in fine]: 'Et licet hi, quibus consuetudo concedit, possint dici notarii, qui <a> in notas redigunt quae coram eis aguntur, vel tabelliones, quia in tabellis scribunt, non tamen potestatem habent et officium publicum, quod tabellionibus a legibus datur, sed tantum illud habent, quod consuetudo eis tribuit, quantum eis tribuit'. — (21) GUILIELMUS DE CUNIO, *Lectura super Digesto Veteri*, lib. I, tit. *De adoptionibus* (VII), l. *Non aliter* (XVIII), ante finem [ms. Bibl. Capitolare Feliniana, Lucca, n° 373, f. 9r, col. 2, post princ.]. 'Sed quero an tabellio certi territorii potest in alio territorio conficere instrumentum; videtur quod sic, quia hoc est voluntarium et requisitus fecit tabellio, ut in auth. de tabellionibus, in principio (*Nov. 44, nunc 1 princ.*), ergo extra provinciam fieri poterit, infra, eodem, <1> emancipari (*D. 1, 7, 36*), de officio proconsulis, l. II (*D. 1, 16, 2*), de solutionibus, <1> quero (*D. 46, 3, 100*). Sed dico quod non potest in alio territorio ne promiscuus usus, et cet., C. de episcopis et clericis, l. repetita (*C. 1, 3, 40*), de testamentis, <1> consulta (*C. 6, 23, 23*); sic videmus in tutoribus, ut, infra, de aministracione tutorum, <1> si duo (*D. 26, 7, 51*), infra, iudicatum solvi, l. III, § si tutor (*D. 46, 7, 3, 7*). Item quia tabellio punitur si faciat instrumentum in loco vetito, et a quolibet loco videtur vetitus, nisi in illo, in quo est creatus, argumento ff. (*recte C.*) de do-

Tertio ^a quero quid si ille ^b, qui confecit ^c instrumentum ^d, negatur fuisse ^e notarius ^f, | qualiter probabitur eum notarium fuisse ^g. Ynocentius in c. I, Extra ^h, 'De fide instrumentorum' ⁱ, parum post ^j principium (1),

^a add. in sinistro margine 3^o questio. Qualiter probetur quem esse vel fuisse notarium si negatur R; add. in dextero margine questio E — ^b iste R₁ E L R₂ — ^c ille-confecit: iste qui fecit V₁ F S — ^d quid-instrumentum: si iste qui confecit instrumenta V₂; tertio-instrumentum: quero si iste qui confecit instrumenta R — ^e esse V₂ R — ^f notarium V R₁ F — ^g probabitur-fuisse: probatur eum fuisse notarium V₁ V₂ R R₁ F E; qualiter-fuisse: quis probet ipsum fuisse notarium L R₂; qualiter-fuisse om. S — ^h extra om. R; c. I extra: c. fi. L R₂ — ⁱ in c. I-instrumentorum: extra de fide instrumentorum c. I R₁; de fide instrumentorum c. I F; extra de fide instrumentorum in c. I E; extra de fide instrumentorum c. fi. S — ^j partus (1) R₁

nationibus, l. secundum divi (C. 8, 53, 32). Item pro hoc, C. de decurionibus, l. duumvirum (C. 10, 32, 53). Item tantum videtur creatus in territorio suo, ut dicitur in missione in possessione, de bonis (recte rebus) autoritate iudicis possidendis, <1.> cum unus, § (si) is qui (D. 42, 5, 12, 1). Item ille tabellionem creat, qui habet auctoritatem, in auth. de tabellionibus, § si vero (Nov. 44, 1, 2). Sed non habet auctoritatem extra territorium, et pro hoc, <C. de numerariis> et actuariis, <1.> in provinciis (C. 12, 49, 4), et hoc, quia magnum esset prejuditium illorum, qui sunt de alio territorio, eum aquisitum perdiderint, in auth. de administrantibus officiis, § I (Nov. 20, nunc princ.). Et ideo dicit textus quod notarii non debent se intromittere de scrinio aliorum, de proximo (recte proximis) sacrorum scriniorum, <1.> hac parte (nunc l. statutos memoriales), in fine (C. 12, 19, 10, 1). Nec obstat quod dicit voluntarium, et verum est in iudice, qui non potest exercere extra territorium, quia est jurisdictio; sed tabellio non habet jurisdictionem, sed officium, quod est factum, C. de adoptionibus, <1. adoptio> nam tabellio (recte non tabulis: C. 8, 47, 4), de jure fisci, l. instat (recte instar: C. 10, 1, 2), quia ibi non habet fieri adoptio eorum, quo tantum fit eorum quolibet alio habente jurisdictionem et modicam, ut infra, eodem, <1.> emancipari (D. 1, 7, 36), de officio proconsulis, l. II, in fine (D. 1, 16, 2, 1).

(1) INNOCENTIUS IV, Op. cit., Super 'secundo Decretalium' (II), tit. De fide instrumentorum (XXII), c. I ('Si scripturam'), post princ. [ed. cit., p. 328, col. 2, nu. 2 circa medium]: '.....oportet tamen si negetur illum, qui instrumentum confecit, fuisse notarium, quod constet eum fuisse notarium per testes vel per publicum instrumentum; crederem autem quod sufficeret si per testes probaretur, quod publice officio notarii fungebatur, ff. ad Macedonianum, l. 3, in principio (D. 14, 6, 3 princ.), ff. de officio praetorum, l. Barbarius (D. 1, 14, 3), C. de testamentis, l. I (C. 6, 26, 1). Idem forte et si appareant instrumenta per eos facta, inter multos super contractibus legitimis, quae firma maneant et sine contradictiones (1); nec credunt aliqui in hoc casu sufficere duo instrumenta, imo tot, quod bene appareat eum commune officium omnibus gerere'.

dicat | quod debet probari ^k privilegium seu auctoritas ^l per testes vel ^m 40
per ⁿ publicum instrumentum. Sufficit tamen, secundum eum ^o, | si pro-
betur ^p per testes ^q quod ^r publice officio notarii fungebatur ^s, quod
multa ^t instrumenta confecerit ^u de aliis | legitimis ^v contractibus ^w,
firmis manentibus ^x: pro ^y hoc facit textus in Auth. 'De non alie-
nandis <aut permutandis ecclesiasticis rebus>', in § | 'Nos igitur',
in fine ^z (2), et ibi hoc tenet Jacobus de Belviso, coll. II (3). Guilielmus
de Cuno et Bartolus tenent contrarium huius ^{aa}, in l. | 'Barbarius',
ff. 'De officio pretorum' ^{ab} (4), ubi dicunt quod ^{ac} non sufficit illum,

^k debet probari : probatur $V_1 F E S$; probatur per $V_2 R$ — ⁱ debet-auctori-
tas: probatur per privilegium notariatus R_1 ; probatur per privilegium seu auc-
toritatem $L R_2$ — ^m seu $L R_2$ — ⁿ per om. $V_1 V_2 R$ — ^o secundum eum om.
 $V_1 V_2 R R_1 F E$ — ^p probat V_1 ; probatur $V_2 R F E$ — ^q per testes-testes :
per testes et add. in sinistra margine sufficit quod S — ^r secundum-quod : si per
testes probatur quia $L R_2$ — ^s fungebatur officio tabellionatus $V_1 V_2 R F E S L R_2$;
fugnebatur officio tabellionatus R_1 — ^t quod multa : et quod multa V_1 ; et quod
plura alia $R_1 F E S$; et plura alia $L R_2$ — ^u confecit V_1 ; fecit $R_1 F E S L R_2$;
quod-confecerit : et multa confecit instrumenta et $V_2 R$ — ^v legitimis V_1 ; legiti-
mis et semper 'legittimus' R ; legitimis om. R_1 — ^w communibus (!) F ; gentibus S ; legiti-
mis contractibus : personis ex correctione a instrumentis L ; personis R_2 — ^x firmis ma-
nentibus om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^y per V_1 ; ad $F S L R_2$ — ^z textus-fine :
§ non igitur in auct. de tabellio. V_1 ; § nunc igitur in auto. ^{co} de non alienan. $V_2 R$;
in aut. de non alienan. § non igitur $R_1 F E$; auten. de non alie. § non igitur $S L R_2$;
— ^{aa} et ibi-huius: hoc te. ia. de are. bel. ui. guill. de ca. et bar. contra. V_1 ; et hoc
etiam tenet jaco. de belviso guil. de cuno et bar. $V_2 R$; hoc etiam tenent ja. de bel. bar.
et guil. de cañ. R_1 ; hoc etiam tenet ja. de bel. et guil. et bar. F ; hoc etiam tractat
ja. de bel. et bar. guil. de cu. E ; hoc etiam tenent ja. bel. guil. et bar. S ; hoc etiam
tenet jacobus de bel. et guil. de cu. et bar. $L R_2$ — ^{ab} pretorum : prefecti urbis
 $V_1 R$ — ^{ac} ubi-quod : dicit $V_1 R_1 E S$; et dicit $V_2 R$; dicit nimis F ; ff.-quod : de
offi. presidis et tamen $L R_2$

(2) Nov. 7, l ante finem. — (3) JACOBUS DE BELVISO, *Summa Authen-
ticorum*, Auth. *De non alienandis aut permutandis ecclesiasticis rebus* (Nov.
VII), § *Nos igitur*, [vers. 'Item est argumentum' (c. I ante finem), ed. cit., f.
15v, col. 1, post princ.]: 'Item est argumentum in eodem § ibi, 'jam (recte
nam) tanta documenta' (Nov. 7, l ante finem) quod si tabellio fuerit longo
tempore in quasi possessione tabellionatus, et publice officium exercuerit et
multa instrumenta confecerit, quod instrumenta omnia ab eo confecta valere
debeant, et dic ut notatur per Innocentium, Extra, de fide instrumentorum,
c. I (Extra 2, 22, 1) et facit, ff. de officio pretorum, l. Barbarius (D. I, 14,
3)'. — (4) GUILLIELMUS DE CUNIO, *Lectura super Digesto Veteri*, lib. I, tit. *De
officio pretorum* (XIV), l. *Barbarius* (III), post medium [ms. Bibl. Capi-
tolare Feliniana, Lucca, n° 373, f. 12v, col. 2]: '.....Pone in civitate ista,
aliquis exercuit officium tabellionatus, et credebatur creatus ab eo, qui
habebat potestatem dandi quod esset publice tabellio, et ita receperat
plura instrumenta: numquid ista instrumenta publica valebunt? vel, po-
ne, quidam, qui numquam fuit iudex, exercuit iudicatum per magna

- 45 qui est prohibitus ^{ad} esse tabellio ^{ae}, | diu fuisse in quasi possessione ^{af} officii tabellionatus ^{ag}, ad ^{ah} hoc ut valeant eius ^{ai} instrumenta, per l. 'Actuarii', C. 'De numerariis et actuariis', libro XII (5); idem tenet Raynerius per l. 'In hiis' ^{aj}, C. ^{ak} 'De diversis officiis', eodem

^{ad} prohibitus est $L R_2$; *add. in dextero margine* vel negatus F — ^{ae} tabellio. nem V_1 ; est-tabellio: prohibitus est esse tabellionem $V_2 R R_1 F E S$ — ^{af} possessione et semper 'possessione' $R R_1$ — ^{ag} officii tabellionatus: tabellionatus $L R_2$; officii tabellionatus *om.* $V_1 V_2 R R_1 F E S$ — ^{ah} de V_1 — ^{ai} eius *om.* $F S$ — ^{aj} per l. actuarios-hiis: movetur per l. de hiis V_1 ; movetur per l. in hiis $V_2 R R_1 E$; moventur per l. III F ; moveor per l. III S ; l. in hiis $L R_2$ — ^{ak} ff. V_1 ; C. *om.* $E S$

tempora: numquid acta per eum valent? Videtur quod sic, propter errorem communem et videtur textus notabilis pro tabellione, qui non debet facere instrumenta per substitutum, nisi auctoritate iudicis. Si autem fecit propter utilitatem communem, instrumenta valent, in auth. de tabellionibus, § penultimo, ibi, 'discumbentis' (*recte* documentis: Nov. 44, l. 4 ante finem) et cet. Sed dico contra, quod nichil valent acta per tales, et in lege ista (D. l. 14, 3) erat error communis et auctoritas eius, qui hoc poterat dare, nisi erat aliud impedimentum, nisi in persona Barbarii, et ita solus actus pecabat in materia. Cum ergo hic nullam habet auctoritatem, talis dicam non valere acta per eum, quia peccatum est in forma, cum nullo modo habuit jurisdictionem, et peccatum in materia facilius excusatur, quam peccatum forme, infra, de constituta pecunia, l. 1, § eum qui inutiliter (D. 13, 5, l. 4), de acceptilatione, (l. 1) an inutilis, in principio (D. 46, 4, 8), et pro hoc textus C. de numerariis et actuariis, in fine (C. 12, 49, 7), et dico quod plus, quia tales non possunt describere....'. — BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Prima super Digesto Veteri*, lib. I, tit. De officio pretorum (XIV), l. Barbarius (III), circa finem [ed. cit., f. 34r, col. 1, nu. 6]: 'Pone aliquis gessit se diu pro tabellione, et multa instrumenta et acta confecit, postea apparet ipsum non fuisse tabellionem, quia non habebat privilegium: an facta per eum valeant? Dic, secundum Jacobum de Ravanis et Guilielmum de Cunnio, hic, qui dicunt quod hic fuit duplex ratio quare instrumenta facta et acta per eum non valent, quia licet fuerit una ratio, scilicet, publica utilitas, tamen alia cessat, ut auctoritas eius, qui potuit hunc creare tabellionem. Pro hoc allegat Guilielmus l. actuarios, C. de numerariis (et actuariis), libro XII^o (C. 12, 49, 7). Tu dic quod instrumenta valeant, tenendo opinionem Petri (de Bellapertica), quam in simili tenet Dynus in c. I (?). Pro hoc videtur textus in auth. de tabellionibus, § penultimo, in fine, ibi, 'documentis propter utilitatem contrahentium non infirmandis', ut in auth. de tabellionibus, coll. IV (Nov. 44, l. 4 ante finem). Non obstat dicta l. actuarios (C. 12, 49, 7), quia loquitur in certis exactoribus pecunie publice, qui sine licentia principis hoc non possent. Et ita eam intellexit Guilielmus, supra, de adoptionibus, l. non aliter (D. 1, 7, 18) et ibi dixi, et in l. nec ei, § eorum (D. 1, 7, 17, 1). — (5) C. 12, 49, 7.

libro ^{al} (6). | Et ista ^{am} opynio videtur ^{an} mihi ^{ao} vera, pro qua est casus apertus ^{ap} in l. 'Generali', in ver. 'Sed si quis' ^{aq}, C. ^{ar} | 'De tabulariis' ^{as}, libro X^o (?). Et ideo quando ^{at} contra instrumentum opponitur ^{au} quod ille ^{av}, qui scripsit ^{aw} illud ^{ax}, non erat tabellio, | cautus advocatus debet articulati facere ^{av}, quod tempore confectionis dicti instrumenti, ille ^{az} qui scripsit | erat tabellio ^{ba}, et ^{bb} in quasi 50 possessione ^{bc} officii tabellionatus ^{bd}, et quod pro tabellione ^{be} habebatur et reputabatur ^{bf} || ab omnibus cognoscentibus eum, et ^{bg} quod f. 80 v erat liber homo ^{bh} et ^{bi} talis conditionis, quod non prohibebatur ^{bj} esse tabellio. Non | enim ^{bk} sufficeret articulare hoc solum, scilicet quod erat in quasi possessione officii tabellionatus ^{bl}, quia hec ^{bm} quasi | possessio non sufficit ^{bn} in hiis, qui sunt prohibiti ^{bo} per dictam ^{bp} l. 'Generali' ^{bq} (8), unde, per probationem solius quasi ^{br} possessionis ^{bs}, | non concluderetur ^{bt} necessario eum tabellionem esse ^{bu}.

^{ai} eodem libro : libro X^o $V_1 V_2 R R_1 F E S$; libro XII^o $L R_2$ — ^{am} hec $V_2 R L R_2$; et ista : hec $V_1 R_1 F E S$ — ^{an} videbatur E — ^{ao} michi R_1 ; videtur mihi : mihi videtur $V_2 F S L R_2$; michi videtur R — ^{ap} casus apertus : melior casus $V_1 V_2 R$; est-apertus : videtur melior casus $R_1 F E S L R_2$ — ^{aq} in ver. quis : ver. si quis $V_1 R R_1 E$; et l. si quis F ; § si quis S ; l. generali-quis : l. generaliter versi. si quis V_2 ; l. generaliter § si quis $L R_2$ — ^{ar} C. om. $L R_2$ — ^{as} tabellion. $V V_1 V_2$ — ^{at} et ideo quando : et ratio V_1 ; ideo $R_1 E S$; secundo F — ^{au} oppono F ; et ideo-opponitur : ideo si contra instrumenta opponatur $L R_2$ — ^{av} iste $V_2 R R_1 F E$ — ^{aw} sed alibi semper scripsit V ; scripsit et sic semper V_2 — ^{ax} illud om. $V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{ay} articulati facere : articulare $V_2 R R_1 F E S$; debet-facere : ponit $L R_2$ — ^{az} confectionis-ille : confecti instrumenti iste $V_2 R F E S L R_2$ — ^{ba} confectionis-tabellio : confecti instrumenti iste erat tabellio qui scripsit R_1 ; opponitur-tabellio : opponitur quod iste qui scripsit erat tabellio V_1 — ^{bb} et om. $L R_2$ — ^{bc} add. inter columnas Qualitates qui probantur per quasi possessionem et in dextero margine Articlandi practica ad probandum quod fuisse notarium si negatur et probatur per quasi possessionem R — ^{bd} tabellionatus om. $L R_2$; officii tabellionatus : tabellionatus officii $R_1 F E S$ — ^{be} quod-tabellione : pro tali $R_1 F E L R_2$; et quod-tabellione om. S — ^{bf} quod pro-reputabatur : pro tali habitus et reputatus $V_2 R$ — ^{bg} et om. $V_2 R R_1 E$ — ^{bh} homo liber $F S L R_2$; et quod pro-homo : ab omnibus recognoscentibus eumque erat homo V_1 — ^{bi} et om. E — ^{bj} prohibeatur L — ^{bk} tamen $V_1 R_1 E L R_2$; non enim : nec tamen F — ^{bl} hoc-tabellionatus : ista tria sola priora $V_1 R_1 F E$; articulare-tabellionatus : articulati ista tria sola priora $L R_2$; sufficeret-tabellionatus : sufficit solum articulare ista tria sola priora V_2 ; sufficit solum articulare ista tria soli priori R ; enim-tabellionatus : tamen sufficit articulare ista tria priora S — ^{bm} hic V_2 ; add. talis $L R_2$ — ^{bn} add. etiam $V_1 R_1 F S$ — ^{bo} que sunt prohibita $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{bp} per dictam : ut in allegata $L R_2$ — ^{br} generaliter $V_2 R$ — ^{bs} quasi om. E — ^{bt} possessorum V_1 — ^{bu} concluditur $V_2 R S$ — ^{bv} esse tabellionem $V_1 V_2 R E S$; concluderetur-esse : concluderet necesse eum esse tabellionem F ; per probationem-esse : probans solum quasi possessionem notatur eum esse tabellionem ll. (?) probat. R_1 ; probata tali quasi possessione non concluderent esse tabellionem $L R_2$

(6) C. 12, 59, 6. — Per i Commentari al Codice di Raineri da Forlì, cfr. SAVIGNY, *Op. cit.*, VI, p. 190 [= traduz. it. BOLLATI cit., II, p. 655] e BRANDI, *Vita e dottrine di Ranieri da Forlì*, Torino 1885, p. 146. — (?) C. 10, 71, 3, 1. — (8) C. 10, 71, 3.

Quarto ^a quero ^b numquid instrumentum debeat ^c habere in fine
 5 | signum tabellionis ^d. Dicendum est ^e quod sic, nisi consuetudo aliter ^f
 se habeat, nec ^g potest signum, quod tabellio | consuevit apponere
 in instrumentis ^h, postea mutare ⁱ, ut ^j l. 'Nemo', que est ^k, lex fina-
 lis, circa medium, C. 'De | assessoribus' ^l (1) et notatur ^m in Specu-
 latore, 'De instrumentorum ⁿ edictione', § I, ver. 'In fine autem
 instrumenti' ^o (2).

Quinto ^a quero quale sit | officium tabellionis. Respondeo ^b, secun-
 dum Ynocentium, in c. I, Extra ^c, 'De fide instrumentorum' ^d (3)

^a add. in dextero margine 4^o questio. Utrum requiratur signum in ystrumento R; add.
 in dextero margine questio E — ^b quero quarto L R₂ — ^c debet V₁ V₂; valeat R₁ — ^d suum
 V₂ R₁ F E S; notarii R₂; tabellionis om. V₁ R; in-tabellionis: signum notarii in
 fine L; habere-tabellionis: in fine habere signum suum S — ^e dicendum est: dic
 V₁ V₂ R R₁ F E S L R₂ — ^f aliter: aliud et aliter V₂; aliter et ad aliud R — ^g
 non V₁ E; nec: et tunc V₂ R; add. in superiori margine alias dicit nec potest ta-
 bellio V₂ — ^h signum quod-instrumentis: tabellio signum quod consueverat facere
 V₁; tabellio signum quod consuevit facere V₂ R; tabellio signum quod consueverat
 R₁ F; totaliter (?) signum quod consueverat E; tabellio signum quod consueverat
 apponere S — ⁱ signum quod-mutare: postea tabellio signum solitum mutare L
 R₂ — ^j ut om. V₁ V₂ R F E S L R₂ — ^k l. nemo-est om. V₁ V₂ R R₁ F E S L R₂ —
^l de assexo. R; de asser. F; lege-assessoribus: l. circa medium C. de assess. R₁ —
^m notatur om. V₁ V₂ R F E; et notatur om. S — ⁿ instrumento E — ^o ver.
 instrumenti: ver. in glo. autem instrumenti V₁; vers. autem in ystrumento V₂ R;
 vers. vide glo. autem instrumenti F S; vers. inde glo. autem instrumentum E; no-
 tatur-instrumenti: speculator de instru. di. § I ver. inde glo. autem instrumento-
 rum R₁; ponit speculator in titulo de instru. edi. § I L R₂; add. in dextero margine
 alias vide glosam in ystrumentum et cet. V₂

^a add. in dextero margine 5^o questio. Quale sit officium tabellionis et que fides
 ei adhibetur R; add. in dextero margine questio E S — ^b tabellionis respondeo: ta-
 bellionatus responde L R₂ — ^c extra om. L R₂ — ^d in c. I-instrumentorum: extra
 de fide instrumentorum c. I. V₁ V₂ R R₁ F E S

(1) C.I. 51, 14, nunc § 2. — (2) GUILLIEMUS DURANDUS, *Speculum juris*,
 lib. II, partic. II, tit. *De instrumentorum edictione*, § I ('Breviter'), vers. 'In
 fine autem instrumenti' [ed. Lugduni 1541, f. 109 v, col. 1, nu. 15]: 'In fine
 autem post omnia suum apponat tabellio signum, ut per illud et alia eviden-
 tius comparatio fieri possit, cum necesse fuerit, C. de assessoribus, lege finali
 (C. I, 51, 14, nunc § 2) et in auth. de fide instrumentorum, § oportet autem,
 in principio, coll. VI (Nov. 73, 6).....'

(3) INNOCENTIUS IV, *Op. cit.*, *Super secundo Decretalium* (II), tit. *De
 fide instrumentorum* (XXII), c. I ('Si scripturam'), post medium [ed. cit., p. 329,
 col. 2, nu. 8]: 'Item quod, cum officium tabellionis sit publicum et com-
 mune, quando rogantur non debent secreto manere, sed bene debent quaerere
 omnia, ut sciant quod agatur...'

quod eius officium est ^e publicum et ^f commune, | et ^g ideo ^h creditur eius ⁱ scripture ^j, tamquam publice ^k, sine ^l alio ^m adminiculo ⁿ, dummodo in instrumento confecto ^o | extra iudicium sit descriptus ^p debitus ^q numerus ^r testium ^s, ut c. 'Cum Johannes', et ibi notatur per Ynocentium ^t, | Extra ^u, 'De fide instrumentorum' ⁽²⁾. In hiis vero ^v, que fiunt ^w in iudicio, creditur solum ^x scripture ^y tabellionis | deputati ^z ad scribendum acta ^a sine testibus, ut in ^{aa} c. 'Quoniam ^{ab} contra falsam' ^{ac}, Extra ^{ad}, | 'De probationibus' ^{ae} ⁽³⁾, et notat ^{af} Ynocentius in dicto ^{ag} c. I ^{ah}, 'De fide instrumentorum' ^{ai} ⁽⁴⁾. Item potest alteri ^{aj} stipulari, ut | l. II, et ibi notatur per Bartolum ^{ak}, ff. 'Rem ^{al} pupilli salvam ^{am} fore' ^{an} ⁽⁵⁾.

^e quod-est : quia est $V_1 R_1 E$; quod est $V_2 R F S L R_2$ — ^f et : ideo et V_1 — ^g et om. V_1 — ^h non F — ⁱ cuius R — ^j scripturis R ; scripturiis F — ^k publico V_2 ; iudicis R_1 — ^l sine : ideo sicut V_1 — ^m aliquo $R_1 F S L R_2$ — ⁿ adminiculo R — ^o confecto om. S — ^p descriptu V — ^q numerus debitus $V_1 F$ — ^r numerus testium debitus $L R_2$ — ^s ut-Ynocentium : ut in c. cum legitur V_1 ; ut in c. cum johannes $V_2 R$; ut in c. cum ***** R_1 ; ut in c. cum lege $F S$; ut in c. cum litteris E — ^t ut-extra : ut in c. cum johannes $L R_2$ — ^u vero om. R — ^v sunt V_1 — ^w soli $V_1 V_2 R$ — ^x creditur-scripture : soli scripture creditur $R_1 F E S$; soli scripture credetur $L R_2$ — ^y deputato V — ^z etiam $V_1 V_2 R R_1 F L R_2$; et E ; scribendum acta : scripturam et S — ^{aa} in om. S — ^{ab} add. frequenter et postea expungit V — ^{ac} falsam om. $F E$ — ^{ad} extra om. $R F$; ut in-extra : c. quoniam contra $L R_2$ — ^{ae} de fi. instru. V — ^{af} ponit $L R_2$ — ^{ag} dicto om. R — ^{ah} dicto c. I : c. I extra $V_2 E$; notat-I : Innocentius notat in c. I extra $V_1 R_2 F$ — ^{ai} notat-instrumentorum : Innocentius tractat extra in c. I de fide instru. S — ^{aj} alteri potest $L R_2$ — ^{ak} ut l. II-Bartolum : l. II $V_1 R_1$; ut l. II $F E S$ — ^{al} ne (?) R_1 — ^{am} fab. (?) V_1 — ^{an} ut l. II-fore : ff. rem pupilli salvam fore l. II $V_1 R L R_2$

(2) Extra 2, 22, 10 — INNOCENTIUS IV, *Op. cit.*, *Super secundo Decretalium* (II), tit. *De fide instrumentorum* (XXII), c. *Cum Johannes* (X), circa medium [ed. cit., p. 334, col. 1, nu. 3, circa finem]: 'Nos contrarium credimus, nam si centum testes dicerent, quilibet de se, « Ego non interfui » et duo tantum dicerent « Fui », ubi instrumentum fuit praeceptum, vel ubi contractus fuit celebratus, validum erit instrumentum et quod diximus de duobus testibus, intellige verum in contractibus, ubi duo testes requiruntur'. — (3) Extra, 2, 19, 11. — (4) INNOCENTIUS IV, *Op. cit.*, *Super secundo Decretalium* (II), tit. *De fide instrumentorum* (XXII), c. I ('*Si scripturam*'), circa medium [ed. cit., p. 329, col. 1, nu. 5, post princ.]: '... et sic de caeteris, quae in iudicio contingunt, in quibus non creditur literae episcopi sigillatae, sed tabellioni tantum, vel duabus personis ad hoc deputatis'. — (5) D. 46, 6, 2 — BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLVI, tit. *Rem pupilli salvam fore* (VI), l. *Si pupillus* (II), circa finem [ed. cit., f. 106v, col. 1, nu. 4]: 'Quero quando notarius stipulatur, utrum est necesse quod dicat: « Promittis mihi notario, tanquam publice persone recipienti nomine omnium, quorum interest, et cet. ». Respondeo: fateor quod

- 15 Sexto ^a quero numquid ^b tabellio creatus | a papa possit conficere instrumenta publica ^c in terris ^d imperii, vel e contra ^e. Speculator ^f ponit istam ^g questionem ^h in titulo 'De | instrumentorum ⁱ edictione', § 'Restat videre' ^j (1). Ego dico quod potest et ratio est ^k: quia quilibet habens summum ^l | imperium, potest extra territorium suum ^m exercere jurisdictionem voluntariam ⁿ, licet ^o non contenciosam ^p, | ut ^q l. II, ff. ^r 'De officio proconsulis' ^s (2). Sed constat quod ^t concedere potestatem conficiendi ^u instrumenta ^v publica ^w et exercitium ^x | conficiendi illa, sunt ^y de voluntaria jurisdictione; igitur ^z pro hoc ^{aa}
- 20 facit in symili ^{ab}, c. 'Per venerabilem', parum post | medium, Extra, 'Qui filii sint legitimi' ^{ac} (3).

^a septimo $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$; add. in sinistro margine utrum notarius imperatoris vel pape extra territorium possit conficere instrumenta R ; add. in dextero margine questio S — ^b an $V_2 R$ — ^c publica om. $V_1 V_2 R R_1 F E$; instrumenta publica: instrumentum $S L R_2$ — ^d terris V_1 — ^e e converso $R_1 F E S$ — ^f inpec. (?) V_1 — ^g hanc $R R_1 F E S$ — ^h vel-questionem: et sic e contra ponit speculator $L R_2$ — ⁱ instruc. V_1 — ^j § nunc videndum V ; § numquid tenendum $V_1 V_2 R$; § alias restat videre versic. et nota sed numquid cavendum R_1 ; § sed numquid tenendum $F S L R_2$; § sed numquid tractand. E — ^k ego-est: et determinat quod sic quod crede huius ratio V_1 ; et determinat quod sic quod credo verum ratione $V_2 R$; et determinat quod sic quod credo verum $R_1 F E$; et determinat quod sic quod credo verum ratio S ; ubi dicit quod sic quod credo verum ratione $L R_2$ — ^l merum $V_2 R F S L R_2$; suum E ; summum: suum merum $V_1 R_1$ — ^m suam E ; territorium suum: suum territorium $V_1 R_1 L R_2$ — ⁿ jurisdictionem voluntariam exercere F — ^o sed $L R_2$ — ^p contemptiosam $V_2 R_1$ — ^q ut om. $V_1 V_2 R R_1 S L R_2$ — ^r ff. om. $L R_2$ — ^s add. et legati $V_1 V_2 R F E$; add. sed et legati S ; de offi. proconsul. ***** et leg. R_1 — ^t constat quod om. $S L R_2$ — ^u constat. conficiendi: concedere potestatem de conficiendo $V_1 V_2 R$; concedere potestates de conficiendo F ; concedendo potestatem de conficiendo $R_1 E$ — ^v instrumentum seu instrumenta S — ^w publica instrumenta $L R_2$ — ^x exercitium V — ^y et exercitium-sunt: est $V_1 V_2 R R_1 F S L R_2$; etiam E — ^z et V_2 ; ergo R_1 ; ideo $L R_2$; add. et cet. S ; igitur: ergo et cet. $V_1 R F E$ — ^{aa} hac V_1 — ^{ab} in symili: de sy. V_1 ; in simili $V_2 F L R_2$; a simili R ; ad simile R_1 ; ad sy. E ; in S — ^{ac} parum-legitimi: qui filii sint legitimi extra post prin. V_1 ; extra qui filii sint legitimi in principio V_2 ; extra qui filii sint legitimi post principium $R S$; extra qui filii sint legitimi in prin.

si non stipularetur tanquam publica persona, non posset alii querere, sed ego presumo quod, si stipularetur tanquam notarius, quod presumitur stipulari tanquam publica persona, et nomine omnium, quorum interest...'.

(1) GUILIELMUS DURANDUS, *Op. cit.*, lib. II, partic. II, tit. *De instrumentorum editione*, § *Restat videre*, [vers. 'Et nota quod tabellio', princ., ed. cit., f. 119r, col. 2, nu. 23]: 'Et nota quod tabellio, ab imperatore vel papa vel ab eo, cui hoc speciali privilegio indultum est, ordinatus, potest ubique, etiam in Francia vel Anglia seu Hispania, non solum in terris eis specialiter subiectis, suo officio uti et instrumenta conficere...'. — (2) D. 1, 16, 2. — (3) Extra, 4, 17, 13.

Octavo ^a quero quid si tabellio ^b non vult ^c exhibere ^d | contrahentibus vel alteri ex eis ^e instrumentum, de quo fuit rogatus ^f, quo jure agatur ^g contra eum, ut exhibeat. Respondeo ^h: | glosa in l. 'Argentarius' ⁱ, in principio ^j, ff. 'De edendo' ⁽¹⁾, dicit, argumento illius legis, quod officio judicis cogitur edere | instrumentum ^k; istud ^l est ^m verum in ⁿ instrumento pertinente ad actus qui fiunt ^o inter vivos, sed si esset ^p instrumentum | pertinet ad ultimam voluntatem ^q, tunc cogeretur ^r ex edicto ^s 'Quemadmodum testamenta aperiantur' ^t ⁽²⁾, vel interdicto ^u 'De tabulis exhibendis', | ut ^v l. ²⁵ I, § I, et ibi notatur in glosa ^w, ff. ^x 'De tabulis exhibendis' ^y ⁽³⁾.

cipio vide bartolum in l. cunctos populos in tertia carta R_1 ; qui filii sint legitimi post principium F ; extra qui filii sint legip. post principium E ; post principium qui filii sint legitimi $L R_2$; add. manu scriptum sequitur R_2

^a add. in sinistro margine 8^o questio. Qualiter agatur contra notarium volentem (recte nolentem) exhibere instrumentum R ; add. in dextero margine questio $E S$ — ^b quero-tabellio: queritur si notarius S — ^c vult L — ^d exhibere et sic semper $F E S R_2$, plerumque L , aliquando $V_1 R$ — ^e ex eis: eorum V_1 — ^f de quo-rogatus om. $V_1 R F S$; exhibere-rogatus: exhibere partibus ystrumentum vel alteri ex contrahentibus V_2 ; exhibere partibus instrumentum vel alteri ex eis contrahentibus R_1 ; partibus exhibere instrumentum vel alteri ex eis contrahentibus E ; contrahentibus vel alteri exhibere instrumentum $L R_2$ — ^g agatur $V_2 R R_1$ — ^h ut exhibeat respondeo om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ⁱ argentarius F ; l. argentarius: l. argentariis et sic semper E — ^j in principio om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^k dicit-instrumentum: dicit quod officio judicis $V_1 V_2 R_1 F E S L R_2$; dicit officio judicis R — ^l ut V_1 ; et $V_2 R_1 F E S L R_2$ — ^m istud est: et R — ⁿ add. in R_1 — ^o ad actus-fiunt: et etiam in actibus que fiunt V_1 ; in actibus V_2 ; et est verum in actibus qui fiunt R_1 ; in actibus qui fiunt E ; instrumento-fiunt: ystrumentis pertinentibus in actis (I) qui fiunt R ; actis (I) et instrumentis $F R_2$; act. et instrumentis que fiunt $S L$ — ^p contra V_1 ; est $V_2 R R_1 E$ — ^q ultimas voluntates $V_1 R F S L R_2$ — ^r ageretur V_1 ; cogetur $V_2 R R_1 F$; cogitur $E S$ — ^s titulo $V_2 R_1 E S$; ex edicto om. $V_1 R$; ex edicto: per titulum F ; cogere-edicto: agitur per titulum $L R_2$ — ^t aperiantur V_1 ; testamenta aperiantur: testes ad probandum R — ^u interdictio V_1 ; interdicto: per interdictum $L R_2$ — ^v ut om. $V_1 V_2 R R_1 F E S$ — ^w et ibi-glosa: et ibi glosa $V_1 V_2 S$; in glosa R ; et in glosa $R_1 E$; ut l. I-glosa: l. I et ibi glosa $L R_2$ — ^x ff. om. S — ^y et ibi-exhibendis: in glosa F

(¹) Gl. 'absimiles' ad D. 2, 13, 10: '.....item tabelliones sunt cogendi, argumento huius legis, rationes exhibere, cum opus fuerit; licet non nisi data pecunia edere velint'. — (²) D. 29, 3. — (³) D. 43, 5, 1, 1. — Gl. 'exhibere' ad D. 43, 5, 1: 'per interdictum quemadmodum testamenta aperiantur, ut supra, quemadmodum testamenta aperiantur, l. II, in fine (D. 29, 3, 2, nunc § 3)'. —

Quero nono ^a numquid ^b tabellio cogatur ^c | instrumentum dare contrahentibus ^d sine pecunia ^e. Glosa preallegata ⁽¹⁾ dicit quod non ^f; in contrarium facit l. I, § 'Ludi quoque' ^g, | ff. ^h 'De variis' et extraordinariis ⁱ cognitionibus ^j ^k ⁽²⁾. Guilielmus de Cuno ^l, in dicta ^m l. 'Argentarius' ⁽³⁾; dicit quod notarii possunt recipere ⁿ | duplicem ^o

^a nono quero $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$; add. in sinistro margine 9^o questio. Qualiter et utrum possit cogi tabellio ut reddat instrumentum sine pecunia et quo remedio succurratur ipsi pro eius mercede et solario ⁽¹⁾ R ; add. in dextero margine questio ES — ^b an V_2 — ^c cogetur F — ^d instrumentum-contrahentibus : dare instrumentum partibus sive contrahentibus $V_1 V_2 F$; dare partibus instrumentum R ; dare instrumentum partibus sine contrahentibus $R_1 E$; dare contrahentibus instrumentum S ; tabellio-contrahentibus : notarii teneantur dare instrumentum partibus sive contrahentibus L ; notarius teneantur dare instrumentum partibus sive contrahentibus R_2 — ^e pecunia V_1 ; pecum. ^(?) R_1 — ^f glosa-non : glosa dicit in l. argentarius quod non V_1 ; glosa dicit quod non in l. argentarius ff. edendo V_2 ; glosa dicit in dicta l. argentarius quod non R ; glosa dicit quod notatur ⁽¹⁾ in l. argentarius R_1 ; glosa dicit quod non in l. argentarius F ; glosa dicit quod non in l. argentarius E ; glosa dicit quod notarii possunt recipere notatur in l. argentarius S ; glosa in ver. argentarius in principio in ver. assimiles ff. de edendo dicit quod non $L R_2$ — ^g § illud quoque $V_1 V_2 R R_1 S L R_2$; § illud FE — ^h ff. om. $ES L R_2$ — ⁱ ordinariis $L R_2$ — ^j et extraordinariis om. $V_2 R R_1 F E S$ — ^k de va. et estru. cons. ^(?) V_1 — ^l Guil. de curio V_1 ; Gui. de cañ. R_1 ; et Guil. $L R_2$ — ^m dicta om. S — ⁿ notarii-recipientes : non potest recipere V_1 ; notarius potest accipere R_1 ; notarius posset recipere E ; notarius potest capere $L R_2$ — ^o quod-duplicem : notarius potest accipere duplicatam V_2

⁽¹⁾ Gl. 'absimiles' ad D. 2, 13, 10 (v. supra, p. 107, n. 1). — ⁽²⁾ D. 50, 13, 1, 6. — ⁽³⁾ GUILIELMUS DE CUNIO, *Lectura super Digesto Veteri*, lib. II, tit. De edendo (XIII), l. Argentarius (X). [ms. Bibl. Capitolare Felniana, Lucca, n° 373, f. 27v, col. 1]: 'Argentarius. Numquid tabellio pro edictione instrumenti poterat petere pecuniam. Jacobus <de Ravanis> dicit quod non loquitur iste textus in tabellione, nec, secundum tempora harum legum, erant tabelliones; sed per jura Codicis erat repertum C. de tabellionibus (recte tabulariis), l. generali (C. 10, 71, 3); dico quod ymmo est textus, infra, de penis, l. moris, § sole(n)t (D. 48, 19, 9, puto § 4 in fine) et infra, si mensior falsum modum dixerit, lege ultima, § I (D. 11, 6, 7, nunc § 4). Nunquid ergo poterunt recipere pecuniam? interdicere (?) quod eis non subvenitur officio judicantis, infra, de suc. cogn. (recte de variis cognitionibus), l. I, § II (D. 50, 13, 1, nunc § 6 in fine); sed dico quod iste textus vult dicere quod illi resciscunt (?) publice, sicut alii, qui sunt ibi enumerati, quare dico quod possunt recipere, C. de consisto. (recte castrensianis) et ministerianis, libro XII^o, lege ultima (C. 12, 25, 4, 4) et lege penultima (?) de proximis sacrorum scriniorum, l. in sacris, circa principium (C. 12, 19, 12, nunc § 1) <et> est textus, qui dicit, quod debent habere duo salaria, unum pro ingrossatione et aliud pro subbreviatura (recte imbreviatura), quam faciunt in papyrum, C. de principibus agentum in rebus, lege ultima, circa medium (C. 12, 21, 8, nunc § 7)...'.

mercedem de instrumentis a se ^p confectis, scilicet, unam pro inbre-
viatura ^a, et ^r aliam pro extensione, | ut est ^s in ^t lege finali ^u, parum ^v
post medium, C. ^w 'De principibus ^x agentum ^y in rebus' ^z, libro
XII^o (4); facit l. ^{aa} 'In ^{ab} | sacris', in fine principii ^{ac}, C. ^{ad} 'De pro- 30
ximis sacrorum scriniorum' ^{ae}, libro XII^o ^{af} (5). Est ^{ag} tamen ^{ah} ad-
vertendum, secundum eundem Guilielmum ^{ai}, | quod ^{aj} notarius po-
test implorare ^{ak} officium iudicis ^{al}, ut sibi prebeatur salarium de
confectione instrumentorum ^{am}, | per legem supra ^{an} allegatam ^{ao} (6).
Nec obstat ^{ap} l. I, § 'Ludi ^{aq} quoque' (7), quia loquitur in salario pre-
stando ^{ar} de ^{as} publico, quod non | prestatur ^{at} notariis ^{au}, sicut ^{av}
aliis personis nominatis in dicta l. I, in principio ^{aw} (8). Istud dictum
non videtur | mihi verum ^{ax}, quia ^{ay} leges, quas allegat Guilielmus ^{az},
loquuntur in notario, qui scribit ^{ba} acta judiciaria ^{bb}, quo casu

^p de-se : pro instrumentis per eos $V_1 R F S$; pro instrumentis per eum $V_2 R_1 E$
pro instrumentis $L R_2$ — ^a abbreviatura $V_2 R$; abbreviatura $E S$; pro inbreviatura : pe
abbreviaturam R_1 ; scilicet-inbreviatura : unam scilicet pro abbreviatura V_2 ; scilicet pro
imbreviatura unam F ; unam pro abbreviatura $L R_2$ — ^r et om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ —
^t ut est : et per hoc allegat casum V_1 ; pro hoc allegat casum V_2 ; et pro hoc allegat ca-
sum $R R_1 F E$; pro hoc allegant casum singularem $L R_2$ — ^u in om. $V_1 V_2 R_1$ —
^v ut-finali : et pro hoc allegat casum S — ^w parum om. $L R_2$ — ^x C. om. $V_1 R F$
 S — ^y de principibus : de primi. all. (?) V_1 ; de precibus (!) E — ^z agentibus R
— ^a rem V_2 — ^{aa} lex F — ^{ab} in om. $R_1 E$ — ^{ac} in fine principii : in fine in prin-
cipio V_1 ; in fine primi responsi $V_2 R_1$; in principio R ; in fine $E R_2$; facit-principii :
facit in sacris l. in fine L — ^{ad} C. om. R — ^{ae} scrine. $V_1 E$; sanc. (?) S ;
de prepo sacro. scrine. V_1 — ^{af} libro XII^o om. $V_1 R_1 F E S L R_2$; libro XII^o :
eodem libro R — ^{ag} est om. S — ^{ah} est tamen : et tunc F ; et tamen est $L R_2$ —
^{ai} guill. $L R_2$ — ^{aj} secundum-quod : quia secundum eundem guill. $V_2 S$; quia se-
cundum eundem R ; quia secundum eum gui. R_1 ; quod secundum guill. eundem F ;
quia secundum eundem guill. quia E — ^{ak} implorare et sic semper V_2 ; potest im-
plorare : implorare potest V_2 — ^{al} iudicis om. F — ^{am} prebeatur-instrumentorum :
prebeantur hec duo salaria scripture eadem V_1 ; prebeantur hec duo salaria V_2 ;
prebeantur ista duo salaria scripture R ; prebeantur hec duo salaria scripture $R_1 E$
 S ; prebeantur duo salaria scripturarum F ; ista duo sallaria (et semper 'sallarium')
prebeantur pro scriptura L ; ista duo salaria prebeantur pro scriptura R_2 — ^{an} su-
perius R_1 — ^{ao} per leges supra allegatas $V_2 R L R_2$ — ^{ap} nec obstat : non obstat
dicta R — ^{aq} illud $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{ar} salariis prestandis V_2 — ^{as} de om.
 $F E$ — ^{at} prestatur : potest prestari V_1 ; potest statui $F E L R_2$; quod-prestatur :
qui non potest statui S — ^{au} prestatur notariis : potest statui notario $V_2 R R_1$ —
^{av} add. nec $V_2 R_1 F E S L R_2$ — ^{aw} nominatis-principio : nôt. in l. I de va. et ex-
traordi. cogni. V_1 ; no. in dicta l. I in principio de variis cog. $V_2 F E$; quod no. in dicta
l. I in principio de vari. cogni. R ; vero (?) in dicta l. I in principio de jur. cognit. R_1 ;
no. in dicta l. I de va. cogni. S ; ut notatur in l. I in principio ff. de var. et extraor.
cogni. $L R_2$ — ^{ax} istud-verum : istud non videtur verum $V_1 R R_1 F E S L R_2$; sed
istud non videtur verum V_2 — ^{ay} quia om. V_2 — ^{az} guill. $V_2 R_2$; gulis (?) R —
^{ba} notariis qui scribunt $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{bb} iudicia V ; iudicialia $V_1 R_1$

(4) C. 12, 21, 8, nunc § 7. — (5) C. 12, 19, 12, nunc § 1. — (6) D. 50,
13, 1, 6 — (7) D. 50, 13, 1, 6. — (8) D. 50, 13, 1.

- 35 | concedo ^{bc} quod ad ^{bd} officium iudicis, coram quo sunt gesta ea, que scripta sunt ^{be}, pertinet facere salarium dari | ipsi notario ^{bf}, cum ^{bg} omnia, que in iudicio vertuntur ^{bh}, spectent ^{bi} ad officium iudicis, ut ^{bj} l. 'Nullum' ^{bk}, C. 'De testibus' ⁽⁹⁾. | Sed questio nostra loquitur in notario, qui scripsit ^{bl} extra iudicium, quo casu ad officium iudicis non pertinet ^{bm} | facere salarium ei dari ^{bn}, ut dicto § ^{bo} 'Ludi ^{bp} quoque' ⁽¹⁰⁾, qui loquitur indistincte tam de ^{bq} salario prestando ^{br} | de ^{bs} publico quam a ^{bt} privatis personis ^{bu}; non ergo potest ^{bv} notarius, qui scripsit ^{bw} instrumentum extra iudicium ^{bz}, implorare ^{by} officium iudicis ^{bz}, ut sibi ^{ca} prebeat ^{cb} salarium, sed causative consequitur salarium, quia ^{cc} non potest cogi | dare ^{cd} instrumentum contrahentibus ^{ce} sine mercede ^{cf}, et hoc est de mente illius glose, que est in ^{cg} l. 'Argentarius' ^{ch}, in principio ^{ci} ⁽¹¹⁾. Bartolus tamen, bi ⁽¹²⁾ et in ^{cj} l. I, § I ^{ck}, ff. ^{cl} 'De variis et extraordinariis ^{cm} cogni-

^{bc} credo *F S* — ^{bd} ad *om. V₁* — ^{be} scripta sunt : scriptur (?) *V*; notarius scripsit *V₂ R₁ E S*; scripsit *R*; scripsit notarius *F* — ^{bf} salarium-notario : dari sibi notario *V₂ E*; dari ipsi notario *R*; dare sibi notario *R₁*; dare sibi salarium *S*; pertinet-notario : partium (?) facere sibi dari notario *V₁*; spectat facere sibi dare salarium *F* — ^{bg} quia *E* — ^{bh} utuntur (?) *V₁*; in iudicio vertuntur : in iudiciis versantur *V₂ F E S*; utuntur in iudicio *R*; que-vertuntur : qui in iudiciis versantur *R₁* — ^{bi} spectant *V₁ R R₁ E S* — ^{bj} ut *om. V₁ V₂ R R₁ E* — ^{bk} nullam *F* — ^{bl} add. instrumentum *V₁ S*; add. instrumenta *V₂ R R₁ E*; scripsit : scribit instrumentum *F* — ^{bm} ad officium-pertinet : non pertinet ad officium iudicis *F* — ^{bn} facere salarium ei dari : dari facere salarium *V₁ E*; facere dari salarium ei *R*; facere dari salarium *R₁ F*; sibi facere dare salarium *S* — ^{bo} ut dicto § : et ita intelligo § preallegatum *V₁ R₁ F E*; et ita intelligo dictum § *R*; et ita intelligo § allegatum §; sunt gesta-§ : gesta sunt ea que notarius scripsit pertinet sibi dare salarium et ita intelligo allegatum § *L R₂* — ^{bp} illud *V₁ R R₁ F E S L R₂* — ^{bq} in *V₁ R R₁ F E S* — ^{br} prebendo *L R₂* — ^{bs} a *V₁ S* — ^{bt} quam a : quantum de *L* — ^{bu} privatis personis : privato *V₂ E S L*; privato et cet. *F*; a-personis : de privato *R₁ R₂*; qui loquitur-personis : qui indistincte tam in salario prestando de publico quam de privato loquitur *R* — ^{bv} poterit *S*; poterit *L R₂*; non-potest : ergo poterat *F* — ^{bw} scripserat *F S* — ^{bz} extra iudicium instrumentum *L R₂* — ^{by} quo casu ad-implorare : quod debeat implorare *V₂* — ^{bz} iudicis officium *R R₁ E* — ^{ca} sibi *om. V₂ R₁ E* — ^{cb} sibi prebeat *V₁*; prebeat *F*; prebeat *E* *S* — ^{cc} causative-quia : cautus constat in id quod *V₁*; tamen constat quod *V₂*; tantum constat etiam id quod *R*; tantum constat in id quod *R₁ F E*; tamen constat quod in id quod *S*; bene constat illud verum quod *L R₂* — ^{cd} dari *V₁ R₁ E* — ^{ce} contrahenti *V₁* — ^{cf} sine mercede contrahentibus *V₂* — ^{cg} hoc-in : hec mens est glose dicte *V₁*; hec est glosa dicte *V₂ R₁*; hec est mens glose in dicta *R*; hec est mens dicte *F S*; hec est mens glose in dicta *E* — ^{ch} argentarium *F* — ^{ci} hoc-principio : hec est mens dicte l. argentarius *L R₂* — ^{cl} et in : in dicta *E* — ^{cm} I *om. F*; § I *om. L R₂*; ibi-§ I : ibi lex prima § I *V₁*; ibi notat et in l. II § II *V₁* — ^{cn} ff. *om. V₁ R* — ^{co} et extraordinariis *om. V₁ R E S*

(⁹) C. 4, 20, 14. — (¹⁰) D. 50, 13, 1, 6. — (¹¹) Gl. 'absimiles' ad D. 2, 13, 10 (v. supra, p. 107, n. 1). — (¹²) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Prima super Digesto Veteri*, lib. II, tit. *De edendo* (XIII), l. *Argentarius* (X) post princ., [ed. cit., f. 79v, col. 2, nu. 2]: 'Sed quero utrum licite notarii accipiant pecuniam. Respondeo sic,

tionibus' ⁽¹³⁾, dicit quod hodie ^{en}, inspecta | consuetudine ^{eo}, que est ^{ep} quod ^{ez} notariis ^{er} detur merces ^{es} de ^{et} scriptura instrumenti ^{eu}, inter contrahentes et notarium videtur | tacite agi ^{ev} de pretio prestando ^{ew}, secundum consuetudinem, argumento l. 'Excepto' ^{ea}, C. 'Locato et conducto' ^{ey} ⁽¹⁴⁾ et l. ^{ez} 'Domini ^{ea} prediorum', | C. ^{eb} ⁽¹⁵⁾ 'De agricolis et censitis' ^{de}, libro XI^o ⁽¹⁵⁾, unde ^{ed} notarius agere poterit ^{de} ad mercedem ^{ef} utili accione ex | locato, argumento dictarum legum ^{eg}. Ex hoc dicto Bartoli sequitur ^{eh}, quod hodie ^{ef}

^{en} hic $V_1 S$; hodie *om.* R ; dicit-hodie : quod hoc E ; ibi-hodie : ibi et cet. et § I ff. de iuris cogni. quod hoc R_1 — ^{eo} hodie-consuetudine : in hoc spectatur consuetudo $V_1 L R_2$; hic spectatur consuetudo F — ^{ep} que est *om.* V_1 — ^{ez} ut $F S$; pro E — ^{er} notario $V_1 V_2 R_1$ — ^{es} munus V_2 ; minus R_1 ; numis (?) E — ^{et} pro S — ^{eu} instrumentis R — ^{ev} actum R ; inter-agi : et tunc contrahentes et notarius videntur contrahentes tacite agere V_1 ; et tunc contrahentes et notarius videntur tacite agere $V_2 R_1 E$; etiam tunc contrahentes et notarius videtur tacite agere F ; contrahentes et notarius videtur tacite agere S ; cum contrahentes et notarii videantur tacite agere L ; cum contrahentes et notarius videantur tacite agere R_2 — ^{ew} de-prestando : de mercede prestanda $V_1 V_2 R R_1 F E L R_2$; de mercede S — ^{ex} exempto V_1 ; excerto E ; excepti S — ^{ey} locato et conducto : locati $V_1 R_1 L R_2$; loca. $R E S$; C.-conducto : § locati V_2 — ^{ez} et l. : el V_1 ; C.-l. : § loca. C. F — ^{ed} domini *om.* R — ^{eb} C. *om.* $V_1 R L R_2$ — ^{de} sen. (?) V_1 — ^{ed} add. secundum eum $V_1 V_2 R R_1 F E L R_2$; unde : secundum eam S — ^{de} potest agere $R L$; poterit agere $F S R_2$; poterat agere E ; agere poterit : agit V_2 — ^{ef} agere-mercedem : potest agere V_1 ; ad mercedem R_1 — ^{eg} utili-legum : utili ex locato $V_1 V_2 R_1 F E S L R_2$; utili actione ex locato R — ^{eh} ex hoc-sequitur : item sequitur ex hoc dicto bar. $V_1 F E S$; item signa ex hoc dicto bar. V_2 ; item sequitur ex hoc dicto bartoli R ; item signat ex hoc dicto bar. R_1 ; item sequitur ex hoc tex. $L R_2$ — ^{ei} hodie *om.* $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$

tam pro protocollo, sive abbreviatura, quam etiam pro extensione, cum publicum reddit, ut C. de principibus agentum in rebus, lege finali, circa medium (C. 12, 21, 8, nunc § 7). Adverte tamen quia, licet non teneatur restituere, nisi accepta pecunia, tamen habet officium iudicis, per quod possit impetrare, ut sibi constituatur salarium, ut l. I, § II, infra, de variis et extraordinariis cognitionibus (D. 50, 13, I, nunc § 6). Possemus forte dicere quod hodie per consuetudinem, que est ut sibi detur pecunia, videatur hoc tacite agi, argumento l. excepto, C. <de> locato (C. 4, 65, 18) et, de agricolis et censitis, l. domini prediorum (C. 11, 48, 5), unde posset agere forte utili ex legato (recte locato)' . — ⁽¹³⁾ BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. I, tit. *De variis et extraordinariis cognitionibus* (XIII), l. I ('Preses'), § *Ludi quoque* (VI) post princ., [ed. cit., f. 25lv, col. I, nu. I]: 'Secundo nota quod librariis, seu tabulariis, hoc est notariis et aliis, qui faciunt alias artes, non competit officium iudicis pro eorum mercede. Sed quero qualiter eis consuetur: respondeo, si quidem salarium est eis promissum, agent ex promissione; alias ille, qui tales operas fecit, consuevit locare operas suas, et videtur locasse, secundum suam consuetudinem, ut C. <de> locato, l. excepto (C. 4, 65, 18) ed Insti. <de> locatione, post prin. (Inst. 3, 24, 1)' . — ⁽¹⁴⁾ C. 4, 65, 18. — ⁽¹⁵⁾ C. 11, 48, 5.

contrahentes possunt ^{di} agere contra notarium | utili accione ^{da} ex conducto ^{di}, ut tradat ^{dm} instrumentum autenticatum, cum contrattus locacionis sit | ultimo citoque obligatorius ^{dn}, et per hoc habetur notabilis limitacio glose dicte ^{do} l. 'Argentarius' ^{dp}, in principio ^{da} (16).

Decimo ^a quero an debitor, qui recipit mutuum, vel creditor, qui
50 mutuum dat, vel | uterque, solvere debeat tabellioni pro confectione
f. 81 r instrumenti ^b. Cynus ponit istam questionem in l. 'Eos', || C. 'De
usuris' (1). Dicendum est ut ibi notatur per eum ^c.

Undecimo ^a quero: notarius, rogatus de confectione instrumenti,
| tradidit ^b partibus instrumentum ^c defectivum ^d, numquid ^e poterunt
agere, ut illud corrigat vel ^f perfectum | tradat ^g. Respondeo ^h: po-

^{di} poterunt $V_1 V_2 R_1 F E S L R_2$; potuerunt R — ^{da} accione *om.* V_1 — ^{di} contra-
conducto: utili ex conducto contra notarium $V_1 R R_1 F E S L R_2$ — ^{dm} exhibeat
 $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{dn} autenticatum-obligatorius: argumento dictarum legum
 $V_1 R R_1 F S$; argumento predietorum V_2 ; argumento dicte l. E ; modo dictarum legum
 $L R_2$ — ^{do} et per-dicte: et est no. limitacio et supplecio ad illam glosam doc. V_1 ; et est
notabilis limitatio ad dictam glosam V_2 ; et est no. limitacio et supplecio ad dictam
glosam in dicta R ; et est nobilis limitatio et suppletio ad illam glosam R_1 ; et no.
limitatio et suppletio ad illam glosam F ; et est no. limitatio et suppletio ad illam
glosam E ; et est notabilis limitacio et suppletio ad illam S ; quod etiam notatur in
l. mutacio et supplecio ad illam glosam $L R_2$ — ^{dp} in principio *om.* $V_1 V_2 R F E S L R_2$;
in principio: et cet., et cet. R_1

^a add. in dextero margine X^o questio. Quis debet solvere mercedem no-
tario R ; add. in sinistro margine questio E — ^b an debitor-instrumenti: quis con-
trahentium debeat solvere notario $V_1 V_2 R_1 F E S L R_2$; quis contrahentium debet
solvere notarium R — ^c Cynus-eum: dic per C. in l. eos C. de usuris V_1 ; dic ut per
cynum in l. eos C. de usucapio. V_2 ; dic per cynum in l. eos C. de usuris $R F$; dic per
cynum in l. eos C. de usuris et cet., et cet. R_1 ; dic ut per cynum in l. eos C. de
usuris $E S$; dic ut per cynum in l. eos C. de usuris et ibi plene dixi $L R_2$

^a add. in dextero margine XI^o questio. Utrum cogatur notarius reficere ystru-
mentum defectuum (et semper 'defectuosus') R ; add. in sinistro margine questio E
— ^b rogatus-tradidit: dedit $V_2 R_1 E L R_2$ — ^c rogatus-instrumentum: dedit in-
strumentum partibus $V_1 R F S$ — ^d defectuum sed alibi semper 'defectivus' (item et
plerumque 'deficere', 'defectus') V_1 ; defectum et sic semper R_1 ; defectuum et
sic semper L — ^e an V_2 — ^f poterunt-vel: possit agi ut R ; potest cogi ut F ; po-
test agi ut $S R_2$ — ^g poterunt-tradat: potest agi ut perfectum agatur V_1 ; potest
agi ut perfectum tradatur $V_2 R_1 E$; potest agi ut perfectum agat et tradat L —
^h responsio R

(16) Gl. 'absimiles' ad D. 2, 13, 10 (v. supra, p. 107, n. 1).

(1) CYNUS PISTORIENSIS, *In Codicem et aliquot titulos... Digesti Veteris
Commentaria, In librum quartum Codicis* (IV), tit. *De usuris* (XXXII), l. *Eos*

terunt 'implorare' officium iudicis, ut ^k notarius cogatur corrigere vel perfectum | instrumentum dare^l, eadem ratione et eodem jure, quo imploratur ab inicio^m, ut totum tradatⁿ, quia notarius | non videtur dedisse instrumentum, qui^o non perfectum^p dedit, ut^e l. 'Veluti', circa principium, ff. 'De edendo' et l. | 'Ubi exigitur', ver. 'Dolo', eodem titulo^r (1).

Duodecimo^a quero: notarius tradidit^b instrumentum defectivum^c, ipse^d | petit^e quod sibi retradatur^f instrumentum^g, ut possit addere vel detrachere, numquid^h contrahentes vel alter | ex eisⁱ, teneantur retradere^j instrumentum. Bartolus^k format istam^l questionem in lege finali, ff. ^m 'De tabulis exhibendis' ⁿ (1); Raynerius^o consuluit^p

^a potuerunt V_1 ; poterunt: potest et videtur quod possit V_2 ; ponitur et videtur R_1 — ^j poterit implorari RS — ^k et V_1 — ^l notarius-dare: reficiat et iterum tradat $V_1 V_2 R_1 F E$; reficiat et instrumentum tradat R ; reficiat et iterum tradit S ; poterunt-dare: poterit officio iudicis agi ut perficiat et interesse tradat $L R_2$ — ^m et eodem-inicio: qua cogeretur a principio $V_1 S$; qua primo a principio cogitur V_2 ; qua cogetur a principio $R F$; qua cogitur a principio R_1 ; eadem-inicio: eadem via qua cogetur a principio E ; ea ratione qua cogeretur a principio $L R_2$ — ⁿ daret $V_1 R_1 F E S$; dare V_2 ; traderet $L R_2$ — ^o notarius-qui: non videtur dedisse si $R R_1 F E S$ — ^p notarius-perfectum: non videtur dedisse si non perfecte $V_1 V_2$; non videtur dedisse qui totum non $L R_2$ — ^q ut *om.* $V_1 V_2 R_1 S$ — ^r l. veluti-titulo: l. ubi exigitur C. de dolo C. de edendo V_1 ; l. ubi exigitur § ludibrio ff. de edendo V_2 ; l. ubi exigitur § si dolo ff. de edendo $R L R_2$; l. ut exigit ff. de adm. et cet. R_1 ; l. ubi exigit § dolo ff. de edendo F ; l. ubi agere § si dolo ff. de edendo E ; l. ubi exigitur § dolo ff. de edendo S

^a *add. in dextero margine XII^o questio. Utrum partes cogantur tradere instrumentum notario ut aliquid addat vel diminuat R; add. in sinistro margine questio E* — ^b dedit R — ^c tradidit-defectivum: dedit instrumentum partibus defectivum $V_2 R_1 F E S$; dedit partibus defectivum instrumentum $L R_2$ — ^d ipse *om.* $V_1 F S$ — ^e ipse petit: petit notarius $V_2 R_1 E$; petitur R — ^f reddatur V_2 ; tradatur $R R_1$ — ^g ipse-instrumentum: petit ut reddatur sibi $L R_2$ — ^h an V_2 — ⁱ alter ex eis: aliud eorum V_1 ; aliquis ipsorum $V_2 F S$; aliquis eorum $R R_1 E$; vel-eis: aut aliquis eorum $L R_2$ — ^j teneantur retradere: teneatur sibi tradere $V_1 V_2 R_1 F L R_2$; teneatur tradere R ; teneantur sibi tradere E ; tenetur sibi tradere S — ^k Bartolus *om.* E — ^l hanc R — ^m ff. *om.* S — ⁿ *add.* et $V_1 V_2 R R_1 F E$ — ^o raynerius: et ipse S ; et raynerius de forlivo $L R_2$ — ^p consulit F

(XXVI) circa medium [ed. anast. Augustae Taurinorum, 1964 ex ed. Francoforti 1578, f. 250r, col. 2, nu. 2]: 'Quarto nota quod prohibet fraudem fieri quoquo modo huic, scilicet, sive sub colore salarii, sive per interpositam personam; unde colligunt hic quidam, quod debitor non debet solvere pro instrumento tabellioni'.

(1) D. 2, 13, 7 et 8 post princ.

(1) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Prima super Digesto Novo*, lib. XLIII, tit. *De tabulis exhibendis* (V), l. *De tabulis* (V) post medium [ed. cit., f. 144v,

super isto dubio^a, ut^r ipse notat^s in l. 'Imperator', ff.^t 'De statu hominum' (2). Ego^u dico quod si notarius potest probare^v
 10 | legitimam^w causam, propter quam tradidit^z instrumentum defectivum^y, de equitate potest agere^z in factum^{aa}, ut instrumentum | sibi restituatur^{ab}, ut^{ac} suppleat^{ad} vel^{ae} detrahat, argumento^{af} l. III, § 'Interdum'^{ag}, ff. 'Ad exhibendum'^{ah} (3), et eius quod^{ai} notat | glosa in l. 'Quedam'^{aj}, in principio^{ak}, ff.^{al} 'De edendo'^{am} (4). Que autem sint^{an} legitime cause defectus^{ao} instrumenti? Respondeo: sunt hec, | scilicet^{ap}, si notarius perdidit protocollum^{aq} seu^{ar} inbreviaturam casualiter^{as}, vel alio modo, vel habebat^{at} protocol-

^a super-dubio *om.* $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^r et V_1 — ^t ipse notat: ibi notatur E ; notatur S — ^u ff. *om.* $F E$ — ^v add. autem $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^w potest probare: probat $V_1 V_2 R R_1 F E S$ — ^z legitime R ; legitimam et semper 'legittimus' R_1 — ^z traditur R — ^y potest-defectivum: reddat instrumentum defectuum legitima causa L ; reddit instrumentum defectivum legitima causa R_2 — ^{aa} add. actum V_1 ; add. actione $V_2 R E S L R_2$ — ^{ab} in factum: actu infamie R_1 — ^{ab} reddatur $L R_2$ — ^{ac} add. sic $R_1 L R_2$; ut: et sic $V_1 F S$ — ^{ad} suppleat: sic supleat E ; ut suppleat: et demum subtrahat V_2 — ^{ae} suppleat vel: sic supleat et R — ^{af} ut R_1 ; argumento *om.* S — ^{ag} § interdum *om.* $V_1 R R_1 F E S L R_2$; l. III § interdum: l. I V_2 — ^{ah} de exa. V_1 — ^{ai} eius quod: cuius V_1 ; eius quod *om.* R — ^{aj} quadam E ; quidam S — ^{ak} in principio *om.* R — ^{al} ff. *om.* $V_1 L R_2$ — ^{am} ff. de edendo *om.* $R_1 F E S$ — ^{an} sunt $R_1 E$ — ^{ao} defectivi R — ^{ap} sunt-scilicet: videlicet hec V_1 ; hec videlicet R ; videlicet $F S$; sunt-scilicet *om.* $V_2 R_1 E L R_2$ — ^{aq} prothocollum et sic semper $F S$; prothocollum E — ^{ar} vel V_1 ; sive R — ^{as} casualiter: causa cancellaverit $V_1 E$; cancellaverit R ; cam. (?) cancellaverit R_1 ; vel causa cancellaverit S ; inbreviaturam casualiter: embreviaturam causam cancellavit F — ^{at} habeat R

col. I, nu. 6]: 'Quero utrum notarius possit hoc petere, quod permittatur sibi addere vel detrachere instrumento, vel ut examinentur testes, qualiter factum fuerit, cum notarius se reddat incertum. Respondeo: si quidem notarius se allegat justam causam habere incertitudinis, vel erroris sui, potest hoc petere; ut puta, si tempore contractus circa aliquod pactum fuerunt multe conventiones et notarius nil scripsit, propter partium festinantiam, vel si protocollum primum perdidit casu....'. — (2) D. I, 5, 8. — Per la *Lectura super Digesto Veteri* di Ranieri da Forlì, cfr. SAVIGNY, *Op. cit.*, VI, p. 189 [trad. it. BOLLATI cit., II, p. 655] e BRANDI, *Op. cit.*, p. 146. — (3) D. 10, 4, 3, 14. — (4) Gl. 'sed iudicio' ad D. 2, 13, 9: 'Sed et aliis multis modis quis compellitur exhibere item per actionem ad exhibendum, scilicet, si charta sit mea; alias, actione in factum, si mea intersit exhiberi, quod est notabile, cum alias in rebus aliis detur ad exhibendum, intersit tamen mea exhiberi mihi, ut infra, ad exhibendum, l. III (D. 10, 4, 3)....'

lum^{au} | in remotis^{av} partibus tempore quo confecit^{aw} instrumentum^{az}, ut^{av} l. 'Si quis ex argentariis', § finali^{az}, ff.^{ba} 'De edendo'^{bb} (5).

| Decimotertio^a quero numquid^b notarius possit^c corrigere errorem^d instrumenti^e; et^f videtur quod sic, quia error notarii^g non | nocet contrahentibus^h, utⁱ l. 'Si librarius'^j, ff.^k 'De regulis juris'⁽¹⁾ et^l l. 'Imperator', ff.^m 'De statu hominum'ⁿ (2). Guilielmus de Cuno^o format istam^p | questionem in dicta^q l. 'Imperator'^r (3) et Speculator^s, in titulo^t 'De instrumentorum edictione',

^{au} prothocollum V_1 ; prothocola E ; habebat prothocollum : habeat protocolla R_1 — ^{av} longis V_1 ; add. locis vel $R_1 F E S$; perdidit-remotis : perdidit prothocollum in remotis locis vel $V_2 L R_2$ — ^{aw} conficit R_1 ; fecit $S L R_2$ — ^{az} add. habuit V_2 — ^{av} cum V_1 ; ut om. $V_2 R R_1$ — ^{az} finali om. V_1 ; § finali om. $L R_2$ — ^{ba} ff. om. $R F$ — ^{bb} add. et cetera et cet. R_1

^a add. in dextero margine 13^o questio. Numquid notarius possit corrigere errorem suum R ; add. in sinistro margine questio E ; add. manu scriptum tredecimo queritur R_2 — ^b an V_2 ; nuquid S — ^c poterit V_1 — ^d add. suum $V_1 R_1 S$; add. sui $F E L R_2$ — ^e suum R ; instrumenti : suum in ystrumentis V_2 — ^f et om. $V_1 V_2 R R_1 E$ — ^g instrumenti $V_2 R_1 F E$ — ^h et videtur-contrahentibus : non nocens contrahentibus S — ⁱ ut om. $V_1 V_2 R R_1 E L R_2$ — ^j librarius $V_1 R_1 S$ — ^k ff. om. F — ^l et om. $V_2 R_1 S L R_2$ — ^m ff. om. $R_1 F L R_2$ — ⁿ l. si-hominum : ff. de regulis juris l. si soli E — ^o guil. de cuno R ; gui. de cam. R_1 ; guielmus de eu. E — ^p predictam S — ^q preallegata $R_1 F E$; allegata S — ^r l. imperator-imperator : l. imperator V_1 — ^s speculator : in speculatore R — ^t in titulo om. $L R_2$

(5) D. 2, 13, 6, nunc § 9 in fine.

(1) D. 50, 17, 92. — (2) D. 1, 5, 8. — (3) GUILIELMUS DE CUNIO, *Lectura super Digesto Veteri*, lib. I, tit. *De statu hominum* (V), l. *Imperator* (VIII) [ms. Bibl. Capitolare Feliniana, Lucca, n^o 373, f. 6v, col. l, post medium]: 'Imperator. Quero juxta legem an tabellio possit corrigere instrumentum: videtur quod sic, auctoritate istius legis, que dicit quod error non nocet. Item melius est, ut ipsemet corrigat errorem suum, quam alii, in auth. ut fratrum (recte fratris) filii, in principio (Nov. 127 princ.), de nuptiis, § I, in fine quarte columpne (Nov. 22, nunc in fine principii). Quidam dicunt, aut vult corrigere tabellio falsam latinitatem, que est in instrumento, et tunc potest, ut infra, de re judicata, l. actorum verba (D. 42, I, 46). Si autem vellit aliquid corrigere declarando, quia ibi erant verba obscura, ut quia ibi erat Titius promisit X solidos, et non erat de qua moneta, bene potest, quia nichil novi facit, ut infra, de aquirendo rerum dominio, l. adeo, § cum quis (D. 41, 1, 7, 7). Si autem vult mutare, addendo vel detrahendo, non potest, quia novum videtur facere, argumento supra, de justitia et jure, l. jus civile (D. 1, I, 6), infra, de operis novi nuntiatione, l. I, § opus (D. 39, I, 1, 11), de pretoriis stipulationibus, l. I, § finali (D. 46, 5, I,

§ 'Instrumentum' ^u, ver. 'Sed numquid confecto' ^v (4) et ^w Bartolus in | dicta l. 'Si librarius' ^x (5). Ego ^y, ad declarationem huius ^z que-

^u § interdum *V*; § si instrumentum *V*₂ *R*₁ *E* — ^v confectus *R*; instrumentum *R*₁ *E*; confecto *om.* *V*₂; confecto: si confectum *V*; ver. numquid si confectum *V*₁; ver. quid si confectum *F*; ver. quid si sic confectum *S*; ver. numquid si conficit *L R*₂ — ^w et *om.* *F S* — ^x librarius *V*₁ *R R*₁; l. librarius *S* — ^y *add.* autem *E L R*₂ — ^z istius *E S*; presentis *L R*₂

10), et novum instrumentum non posset facere sine requisitione partium, ut in auth. de tabellionibus, in principio (*Nov. 44, 1 princ.*). Ego dico quod non potest declarare, quando restituit instrumentum partibus, quia functus est officio suo, argumento, infra, de re iudicata, l. iudex (*D. 42, 1, 55*); quamvis videatur contra, infra, de testamentis, l. heredes palam, § sed si notam (*D. 28, 1, 21, nunc § 1 post medium*). Non obstat, quia ibi testator poterat novum testamentum facere sine consensu ambarum partium, quare et cet., et pro hoc, quod dicitur tabellio equiparatur testibus, infra, de testamentis, l. domicius (*D. 28, 1, 27*); sed testis, postquam decessit, non potest aliquid mutare vel adere, propter presumptionem fraudis, ut in auth. de testibus, § quia vero (*Nov. 90, 4 post princ.*), ergo nec iste, quia videretur presumptio fraudis, cum amore alicuius partis vel hodie male interpretaretur, et per hoc, quia minoribus iudiciis non licet interpretari (*recte interpretare*) suam sententiam, infra, de appellationibus, l. ab executore (*D. 49, 1, 4*), ergo nec isti, qui nullam habet jurisdictionem, sed erit arbitrio iudicis, ut probetur testibus vel aliis. Sed iste tabellio, postquam non potest declarare, tenetur parti ad dampnum, siquod substituit ex hoc, ut C. de magistratibus conveniendis, lege finali (*C. 5, 75, 6, nunc § 1*), infra, si mensor falsum modum dixerit, lege finali (*D. 11, 6, 7, nunc § 4*). — (4) GUILIELMUS DURANDUS, *Op. cit.*, lib. II, partic. II, tit. *De instrumentorum editione*, § *Instrumentum*, vers. 'Sed numquid confecto', [ed. cit., f. 121v, col. 2, nu. 6]: 'Sed numquid confecto instrumento sine die et consule vel loco, poterit iterum tabellio reficere et ea apponere, si bene recordetur? Argumento quod sic, extra, de sacramentis non iterandis, c. I (*Extra 1, 16, 1*), argumento ff. de verborum obligationibus, l. I, circa principium (*D. 45, 1, 1, puto § 1*), quia et (*recte ei*) creditur de his que gestit, ut C. ad legem Corneliam de falsis, <1> si quis decurio (*C. 9, 22, 21*), ff. ad legem Juliam de adulteriis, <1> accusaturus (*D. 48, 5, 36*). Distingue, an incontinenti seu ex modico intervallo fiat, et tunc valet instrumentum, an post magnum intervallum, et tunc non, in auth. de equalitate dotis, § aliud (*Nov. 97, 2*), ff. de verborum obligationibus, l. I, circa principium (*D. 45, 1, 1, puto § 1*)..... Alii dicunt quod nullo modo potest, etiam incontinenti, postquam facta est copia parti, cum functus sit officio suo, ff. de re iudicata, <1> iudex (*D. 42, 1, 55*), extra, de officio delegati, <c.> in literis (*Extra 1, 29, 9*).....'. — (5) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. L, tit. *De regulis juris* (XVII), l. *Si librarius* (XCII), princ., [ed. cit., f. 262r,

stionis, premicto ^{aa} quod error in instrumento ^{ab} potest multipliciter ^{ac} committi ^{ad}: uno ^{ae} modo ^{af} circa sollempnitatem ^{ag} formalem ^{ah} instrumenti ^{ai}, alio modo circa ordinem tenoris ^{aj} instrumenti ^{ak}, | 20
tercio modo circa sollempnitatem intrinsecam formalem contrattus,
quarto modo circa sollempnitatem intrinsecam essencialem contrattus ^{al}, | quinto ^{am} modo potest committi error circa sollempnitatem extrinsecam ipsius ^{an} contrattus ^{ao}; sexto ^{ap} modo potest committi error | circa scripturam instrumenti et hoc dupliciter ^{aq}, uno modo circa obscuritatem verborum, alio modo circa incongruam ^{ar} latinitatem ^{as}.

^{aa} premitto $V_1 R R_1 F E S L R_2$ — ^{ab} instrumentis $V_1 L$ — ^{ac} multipliciter: multis modis $V_1 F S$; add. in dextero margine Quibus et quot modis committatur error in instrumento R — ^{ad} admitti R ; committi et semper 'committere' $R_1 E S$; potest committi: multis modis potest committi et semper 'committere' $L R_2$ — ^{ae} primo V_1 — ^{af} modo om. E — ^{ag} sollempnitatem et semper 'solempnitas' V_1 — ^{ah} formalem sollempnitatem $V_2 R$ (scribunt tamen aliquando 'solempnitas' V_2 et 'solempnitas' R); formalem speciem F ; formalem sollempnitatem et semper 'solempnitas' E — ^{ai} instrumenti: ipsius contractus (et plerumque 'contractus') V_1 — ^{aj} tenorem ordinis $V_2 R_1 F E$ — ^{ak} ordinem instrumenti: tenorem instrumenti contractus et semper 'contractus' R — ^{al} intrinsecam formalem contractus: formalem ipsius contractus (et semper 'contractus') 4^o modo circa sollempnitatem essencialem V_2 ; intrinsecam contractus (et semper 'contractus') in eo descripti et hoc dupliciter uno modo circa sollempnitatem formalem ipsius contractus alio modo circa sollempnitatem essencialem R_1 ; instrumenti intrinsecam consensus in eo descripti et hoc dupliciter uno modo circa formalem sollempnitatem ipsius consensus alio modo circa sollempnitatem essencialem F ; seu causam contractus (et semper 'contractus') in eo descripti et hoc dupliciter uno modo circa formalem sollempnitatem ipsius contractus alio modo circa sollempnitatem essencialem E ; tercio contractus: alio et 3^o circa sollempnitatem formalem instrumenti (formalem instrumenti postea expungitur) intrinsecam contractus in eo descripti et hoc dupliciter uno modo circa sollempnitatem ipsius contractus alio modo circa sollempnitatem essencialem R ; alio contractus: 2^o modo circa sollempnitatem essencialem V_1 ; uno contractus: uno modo circa formalem sollempnitatem (et semper 'solempnitas') ipsius contractus (et semper 'contractus') alio modo circa sollempnitatem ipsius contractus essencialem S — ^{an} 3^o V_1 ; alio R — ^{ao} error ipsius: circa extrinsecam V_1 ; modo ipsius: circa extrinsecam V_2 ; quinto ipsius: quarto modo circa extrinsecam R_1 ; 4^o modo committ. circa extrinsecam E ; alio modo circa extrinsecam S — ^{ap} circa sollempnitatem extrinsecam contrattus: extrinsecus in contractu R ; quinto contrattus: quarto modo circa extrinsecam consensus F — ^{aq} 4^o V_1 ; quinto $R_1 F$; V^o E ; alio S — ^{ar} dupliciter $V_1 R_1 F E S$; duplex V_2 — ^{as} incongruam om. $F S$ — ^{at} obscuritatem latinitatem: incongruam latinitatem alio modo circa obscuritatem verborum V_2 ; 6^o latinitatem: alio modo circa scripturam R ; uno modo latinitatem: uno modo circa formam instrumenti 2^o circa errorem ordinis instrumenti, tercio modo circa sollempnitatem (et semper 'solempnitas') formalem ipsius contractus (et semper 'contractus'), alio modo circa latinitatem L ; uno modo

col. 2, nu. 1]: 'Vides quod error notarii non nocet, ut hic (*D. 50, 17, 92*) et l. errore, C. de testamentis (*C. 6, 23, 7*) et l. imperator, de statu hominum (*D. 1, 5, 8*); sed de uno dubitatur an possit corrigere errorem notarius: dic per Guilielmum de Cugno in l. imperator, supra, de statu hominum (*D. 1, 5, 8*) et in Speculatore, in titulo de instrumentorum edictione, § postremo, ver. sed numquid confecto.....'.

Primo modo ^{at}, videlicet ^{au}, quando notarius committit errorem ^{av} circa ^{aw} sollempnitatem formalem instrumenti ^{ax}, | ut quia in instrumento deficit indictio ^{ay}, anni domini ^{az}; defectus enim ^{ba} ²⁵ horum ^{bb} viciat instrumentum, ut in Auth. | ' Ut preponatur ^{bc} nomen imperatoris ' ^{bd}, in principio ⁽⁶⁾ et in ^{be} Auth. ' Quibus modis naturales <filii> efficiantur <legitimi et> sui ' ^{bf}, § ' Quantum vero ' ^{bg} (?) et ^{ba} Extra ^{bi}, ' De fide instrumentorum ', | c. ^{bj} ' Inter dilectos ' ^{bk} (8) et ibi notatur ^{bl} (9), vel quia ^{bm} in instrumento deficit quod ^{bn} notarius fuerit ^{bo} a partibus ^{bp} rogatus, vel | equipollens ^{bq}, ut ^{br} in Auth. ' De tabellionibus ', § I, coll. IV^o ^{bs} (10), et notatur ^{bt} per Bartolum ^{bu} in

circa formam instrumenti secundo modo circa errorem ordinis instrumenti, tercio modo circa sollempnitatem (*et semper* ' sollempnitas ') formalem ipsius contractus (*et semper* ' contractus '), alio modo circa latinitatem R_2 — ^{at} modo *om. F*; primo modo *om. S* — ^{au} placet (?) V_1 ; scilicet R ; videlicet *om. R_1 E* — ^{av} notarius-errorem : committit V_1 ; committitur F ; committitur $R R_1 E S$ — ^{aw} circa E — ^{ax} videlicet F ; instrumenti *om. R_1 E S R_2*; primo-instrumenti : primo quando circa sollempnitatem formalem committitur V_2 ; quando committitur circa sollempnitatem formalem $L R_2$ — ^{ay} deficit indictio : deindictio (!) R_1 — ^{az} anni domini : anni mensis dies V_1 ; anni domini mensis dies et cet. $V_2 R_1 F E$; annus mensis vel dies R ; anni domini et mensis dierum (!) et cet. S ; in instrumento-domini : deficit indictio in instrumento vel anni domini vel mensis et dies $L R_2$ — ^{ba} omnium $R_1 F E$; defectus enim : et tunc defectus omnium V_2 — ^{bb} enim horum : horum omnium S — ^{bc} propo. V_2 ; proponatur E ; impo. S ; ut preponatur : et ponatur V_1 — ^{bd} imperatoris *om. R_1* — ^{be} in *om. S*; auth. ut-in *om. L* — ^{bf} quibus-sui : quibus mo. cre. offi. sui V_1 ; quibus nec naturales effi. sin. R_1 ; quibus mo. na. offi. sui. S ; quibus modis naturales efficitur sui $L R_2$ — ^{bg} § quantus vero $V_1 R$; § quantum nota R_1 ; § sed quantum vero F ; § sed quantum $L R_2$ — ^{bh} et *om. E L R_2* — ^{bi} et extra *om. V_1* — ^{bj} c. *om. L R_2* — ^{bk} delictum V_1 — ^{bl} add. per bar. V_1 ; add. per bernardum $R F E S$; ibi notatur : notat bar. in dicta l. generali $L R_2$ — ^{bm} quod $R E$; quia *om. V_1 F S L R_2* — ^{bn} quia $V_1 L R_2$ — ^{bo} fuit $V_1 R F E$; fuerit : non fuit S — ^{bp} fuerit-partibus : fuit $L R_2$ — ^{bq} equipollens V_1 ; equipollens E — ^{br} aut R — ^{bs} V^o $V V_2 R F E$; VI^o S ; III^o $L R_2$ — ^{bt} notatur *om. V_1 R F E S L R_2* — ^{bu} ibi-bartolum : notatur per bar. V_2 ; ibi notatur per bar. R_1

(⁶) Nov. 47, 1 princ. — (?) Nov. 74, nunc 4, 1 post princ. — (⁸) Extra, 2, 22, 6. — (⁹) Gl. ' *indictionis* ' ad Extra, 2, 22, 6 : ' Indictio enim convenit poni in privilegiis et instrumentis et anni domini sunt ponendi, et nomen imperatoris, et mensis et dies nota ergo quid sit indictio, ad hoc ut scias, an instrumentum falsum ex indictione discernatur..... si ergo vis scire falsitatem instrumenti vel privilegii per indictionem, vide quotus annus domini ponatur in instrumento, et quota indictio ibi ponatur, et illos anni domini divides per XV, et quicquid superest a XV, ita quod non compleat XV, additis ibi tribus, talis debet esse indictio in instrumento: et si non est ibi talis indictio, falsum est instrumentum '. — (¹⁰) Nov. 44, 1 princ.

l. 'Sciendum' ^{bw}, 'De verborum obligationibus' ^(11.) | Numquid possit ^{bw} hunc ^{bx} errorem corrigere? Dico quod ^{bx} si est erratum ^{bx} obmictendo ^{ca}, tunc ^{cb} si constat | in quo est erratum, isto casu poterit notarius ^{cc} corrigere errorem suum ^{cd}, argumento l. 'Si quis in nomine' ^{ce} et ^{cf} l. 'Errore' ^{cg}, | C. 'De testamentis' ^{ch} ⁽¹²⁾ et l. 'Si ei in' ^{ci} ³⁰ nomine' ^{ck}, ff. ^{cl} 'De verborum obligationibus' ⁽¹³⁾. Si vero constat quod est erratum ^{cm}, sed ^{cn} non ^{co} constat in quo, ut ^{cp} quia | fuit dies obmissa ^{cq} rogationis ^{cr} vel rogatio a partibus ^{cs}, isto ^{ct} casu, si notarius ^{cw} dicit se recordari ^{cv}, | debet ei ^{cw} credi, quia officiali ^{cx} creditur ^{cy} de officio ^{cz} sibi commisso, ut ^{da} C. 'De exactoribus' ^{db} tributorum' ^{dc}, l. 'Apparitores' ^{dd}, | libro X^o ^{de} ⁽¹⁴⁾ et l. 'Si quis

^{bw} add. ff. $V_1 V_2 R_1 E S$ — ^{bx} potest V_1 — ^{bx} numquid-hunc : et tunc an possit istum V_2 ; sed numquid possit $L R_2$ — ^{bx} quod om. $R R_1 F E S$; add. sic V_1 — ^{bx} carum (?) R_1 — ^{ca} vertendo (?) R ; obmictendo : in vertendo V_1 ; in omictendo V_2 ; in advertendo $R_1 E S$; in advertent. F ; in committendo $L R_2$ — ^{cb} tunc om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{cc} erratum-notarius : error notarius potest $V_1 E L R_2$; error non potest $V_2 R_1$; error notarius non potest R ; error notarii potest $F S$ — ^{cd} suum om. V_1 — ^{ce} l. si-nomine : l. I $V_1 V_2 R R_1 F E S$ — ^{cf} l. si-et om. $L R_2$ — ^{cg} errorem $F E$; error S — ^{ch} l. errore-testamentis : l. errorem C. si testibus V_1 — ^{ci} si om. V_2 — ^{ci} in om. V_1 ; si in : sine R_1 — ^{ck} l. si in nomine : in l. minorem R — ^{cl} ff. om. $V_2 R$ — ^{cm} si vero-erratum om. R — ^{cn} si vero-sed : sed si $V_1 V_2 R_1 F E S$; si autem $L R_2$ — ^{co} non om. V ; add. in inferiori margine ut quia fuit obmissa E — ^{cp} ut om. S — ^{cq} obmissa (et semper 'obmittere') dies $R_1 E L R_2$; omissa (et semper 'omittere') dies $V_2 S$; obmissus (et semper 'obmittere') dies R ; ut quia-obmissa : puta quia sit obmissa (et semper 'obmittere') dies V_1 — ^{cr} ut quia-rogationis : fuit obmissa (et semper 'obmittere') dies rogatus F — ^{cs} add. facta $V_1 V_2 R R_1 F E S$; rogatio a partibus : negatur a partibus facta $L R_2$ — ^{ct} isti L — ^{cw} isto-notarius : si notarius isto casu $V_2 R_1 E$ — ^{cv} add. alias V_1 ; se recordari : rector dari R_1 — ^{cw} eis V_1 — ^{cx} add. publice V_1 ; add. publico $V_2 R F E S L R_2$ — ^{cy} creditur : publico credere R_1 — ^{cz} add. suo R — ^{da} ut om. $F S L R_2$ — ^{db} exequ. V_2 — ^{dc} tab. R_1 ; add. et S — ^{dd} l. imperatores $V_1 V_2 R_1$; l. missi oppmtores (?) R ; l. imperator $F E S$ — ^{de} de exactoribus-X^o : de fac. tabul. l. imperator libro XII^o $L R_2$

(¹¹) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLV, tit. *De verborum obligationibus* (I), l. *Sciendum* (XXX), post medium [ed. cit., f. 15v, col. 2, nn. 11]: 'Quero ergo quid si in instrumento non reperitur quod notarius sit rogatus. Glosa dicit quod presumitur. . . . Innocentius contra idem Speculator sed ibi non fuit adhibitus ad publicandum, sed ad scribendum loco alterius, unde credo quod notarius intelligitur rogatus, si dicat 'publicavi', licet desiit 'rogatus', ut in auth. de tabellionibus, § nos autem, cum glosa (*Nov. 44, I, princ.*). In teste non presumitur, ut l. quecumque, in fine <de Publiciana in rem actione> (*D. 6, 2, 13, 2*). Et quare secus in notario? Quia si notarius dixit 'publicavi', videtur rogatus, cum non possit conficere publicum instrumentum, nisi rogetur, et sic est solennitas intrinseca. . . .'. — (¹²) C. 6, 23, 4 et 7. — (¹³) D. 45, 1, 32. — (¹⁴) C. 10, 19, 5.

decurio', C. 'De falsis ^{af} (15) et ^{ag} l. 'Magis puto', § 'Non ^{ah} tamen' ^{ai}, ff. ^{aj} 'De rebus eorum ^{ak} <qui sub tutela vel cura sunt>' (16) et ^{al} l. I, § 'Cura ^{am} carnis' ^{an}, | ff. ^{ao} 'De officio prefecti urbis' ^{ap} (17). Sin autem ^{aq} est erratum ^{ar} ponendo ^{as}, isto ^{at} casu ^{au}, si quidem error non ^{av} constat ex | inspectione instrumenti ^{aw}, verbi gratia, posuerit ^{ax} unum mensem ^{ay} vel ^{az} diem, cum deberet ^{ea} ponere alium ^{eb}, isto casu | notarius non poterit errorem corrigere ^{ec}, nisi de errore ^{ed} constet per testes ^{ee}, vel alio modo ^{ef}, ut ^{eg} l. 'Quicquid' ^{eh}, 'De verborum obligationibus', | in tertio responso, secundum unam lecturam (18), et ibi notatur ^{ei} per Bartolum ^{ej} (19); et est ^{ek} ratio

^{af} C. de falsis om. V; C. de falsis: ff. de falsis C. R₁; ff. de falsis C. e. E — ^{ag} et om. E — ^{ah} ne S — ^{ai} tantum V₂ F; bene E; convenis L; quevis R₂ — ^{aj} ff. om. V₁ R — ^{ak} eodem V₁ — ^{al} et om. V₁ — ^{am} cara V₁ — ^{an} carnis (?) V; carius (?) S; § cum armis F — ^{ao} ff. om. F L R₂ — ^{ap} et l. I-urbis om. V₂ R₁ E — ^{aq} si vero V₂ R R₁ F E S L R₂ — ^{ar} add. in L R₂; sin-erratum: si autem erratum est V₁ — ^{as} add. aliud F — ^{at} illo V₁ — ^{au} isto casu om. R₁ — ^{av} non om. V₂ R₁ E S L R₂ — ^{aw} ex-instrumenti: ex instrumentis alias ex scriptura instrumenti V₁; error-instrumenti: ex inspectione instrumenti constat error F — ^{ax} verbi-posuerit: ut quia posuit V₁ V₂ R R₁ F E S L R₂ — ^{ay} annum V₂; unum mensem: annum R₁ — ^{az} add. unum L R₂; mensem vel om. E — ^{ea} debuisset V₁ V₂ R₁ F E S L R₂; debuit R — ^{eb} add. et L R₂ — ^{ec} notarius-corrigere: non potest notarius errorem suum corrigere V₂ V₂ R₁ E; notarius non potest corrigere errorem suum R; non potest errorem suum corrigere notarius F S; non potest notarius suum errorem corrigere L R₂ — ^{ed} add. eius E — ^{ee} partes S — ^{ef} alio modo: per alium modum R; nisi-modo: nisi constaret de errore per testes vel per alium modum V₁ — ^{eg} ut om. V₁ V₂ R R₁ E L R₂ — ^{eh} add. astringende V₁ — ^{ei} notatur om. V₁ — ^{ej} l. quicquid-bartolum: l. quicquid astringende tertio responso ff. de verborum obligationibus secundum unam lecturam et ibi per bartolum V₂; l. quicquid astringende I responsio secundum unam lecturam et ibi per bartolum de verborum obligationibus R; l. quicquid astringende 3^o responso secundum unam lecturam et in bartolo ff. de verborum obligationibus R₁; l. quicquid astringende III^o responso secundum unam lecturam et ibi per bartolum ff. de verborum obligationibus F E S; l. quicquid astringende de verborum obligationibus. Tercio respondeo secundum lecturam bartoli L R₂ — ^{ek} est om. E

(15) C. 9, 22, 21. — (16) D. 27, 9, 5, 13. — (17) D. 1, 12, 1, 11. —

(18) D. 45, 1, 99 princ. — Bartolo, nel commento a questo passo, ricorda due *lecturae* di questa legge; una, *secundum glosam, que non est facilis*, ed un'altra, *satis clara*, secondo Dino dal Mugello. Per i commentari sul Digesto di Dino v., *infra*, p. 150, n. 19 e p. 155, n. 1. Mi limito qui all'indicazione del passo. —

(19) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLV, tit. *De verborum obligationibus* (I), l. *Quicquid astringende* (XCIX), circa finem [ed. cit., f. 38 v, col. 1, nu. 5]: '... Et istum textum, cum ista glossa tene menti, et ideo ex hoc dicto, quod si testis deposuit, postea non potest variare et dicere alio modo, quia ipsi habent declarare quae sciunt; fateor tamen in teste et hic in parte, quod si incontinenti, antequam primum dictum habeatur pro perfecto et completo, vult variare, possit, quia non videtur declarasse'

differentie ^{el} inter hunc casum et ^{em} precedentem ^{en}, quia quando ^{eo} notarius | obmisit ^{ep} indictionem, vel ^{eq} diem, vel rogationem ^{er}, nondum ^{es} est funtus ^{et} officio suo ^{eu}, argumento l. 'Qualem' ^{ev}, ff. ^{ew} 'De arbitris' (20), ideo ^{ex} potest corrigere errorem suum, sed quando apposuit ^{ey} indictionem ^{ez}, vel ^{fa} mensem, vel diem ^{fb}, functus ^{fc} est ^{fd} | officio suo ^{fe}, bene sive male ^{ff}, ut ^{fg} l. 'Judex' ^{fh}, ff. ^{fi} 'De re judicata' (21), ideo non potest suum errorem ^{fi} corrigere ^{fk}. | Si vero error apparet ^{fl} ex inspectione instrumenti, videlicet ^{fm} quia anni domini ^{fn} non concordant ^{fo} cum indictione, | et utrumque ^{fp} fuit appositum ^{fq} in instrumento, isto casu glosa Bernardi ^{fr} in ^{fs} c. 'Inter dilectos', Extra ^{ft}, 'De fide instrumentorum' ^{fu}, super ^{fv} verbo | 'Indictionis' ^{fw} (22), tenet ^{fx} quod instrumentum ^{fy} reddatur falsum. Dynus ^{fz}, consulendo (23), determinat ^{ga} quod, licet omissio indictio-

^{a1} differentie om. $L R_2$ — ^{am} add. alium E — ^{an} est ratio-precedentem : ratio differentie inter hunc casum et alium precedentem est $V_1 R_1 F S$; ideo dicunt quod inter hunc casum et alium precedentem est differentia V_2 ; ratio differentie est inter hunc et precedentem errorem R — ^{eo} quando om. V_1 — ^{ep} omittit $L R_2$ — ^{eq} vel om. R — ^{er} rogamentum $V_2 R_1 F E$; vel-rogationem : diem vel rogatum $L R_2$ — ^{es} nondum et sic semper E — ^{et} nondum-funtus : functus non est R — ^{eu} est funtus-suo : finitum est officium suum $V_2 F S L R_2$; finitur est officium suum R_1 ; est finitum officium suum E — ^{ev} argumento-qualem : ut l. qualiter E — ^{ew} ff. om. $R R_1$ — ^{ex} et ideo $R F$ — ^{ey} ponit $V_2 R R_1 F E L R_2$ — ^{ez} posuit indictionem (sed alibi 'indicio') S — ^{fa} vel om. $V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{fb} add. et rogamentum R ; vel diem : rogationem et cet. V_2 ; rogationes R_1 ; et rogationem $F S$; rogationis E ; vel diem : mensem vel rogatum $L R_2$ — ^{fc} fuctus V — ^{fd} functus est : tunc est functus $V_2 R F S L R_2$; tunc est finitus R_1 ; tunc functus est E — ^{fe} sive V_2 ; add. sive $R R_1 F E S L R_2$ — ^{ff} nondum-male : nondum est finitus officio suo sive bene sive male V_1 — ^{fg} ut om. $V_1 R R_1 E L R_2$ — ^{fh} l. iude V_1 ; add. postea F — ^{fi} ff. om. $E L R_2$ — ^{fi} errorem suum $V_2 R_1 F E S L$ — ^{fk} corrigere errorem suum V_1 — ^{fl} patet $V_1 R R_1 F E S$; error apparet : patet V_2 ; si apparet : si non est dies et patet $L R_2$ — ^{fm} ut $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{fn} domini om. V_2 — ^{fo} concordat R_1 — ^{fp} utrumque : verum quia V_1 ; verum quod R_1 — ^{fq} utrumque-appositum : uterque fuit appositus R ; concordant-appositum : concordent in indictione cum utrumque sit positum $L R_2$ — ^{fr} bar. V_1 ; ver. S — ^{fs} add. preallegato $V_1 R_1 F E S$; add. dicto $V_2 R$ — ^{ft} extra om. $V_1 R_1 E$; in c.-extra : que est inter dilectos $L R_2$ — ^{fu} extra-instrumentorum om. V_2 — ^{fv} in $R F S L R_2$ — ^{fw} indictione $V_2 F S$ — ^{fx} indictionis tenet : indictionem tenuit $L R_2$ — ^{fy} instrumentum scribit in dextero margine S — ^{fz} debet (?) V_1 ; dinus R — ^{ga} determinat : in quodam suo consilio determinavit $V_1 V_2 R_1$; in quodam consilio suo determinavit R ; in quodam consilio determinavit F ; consilio suo determinavit E ; in quodam consilio deter. (?) S ; in quodam consilio determinat $L R_2$

(20) D. 4, 8, 19. — (21) D. 42, 1, 55. — (22) Gl. 'indictionis' ad Extra, 2, 22, 6 (v., supra, p. 118, n. 9). — (23) DINUS MUXELLANUS, *Consilia*, [Consilium XIII], in principio et post medium [ed. Venetiis 1574, f. 30r, nu. 1, f. 30v, nu. 2, 4, f. 31r nu. 14, f. 31v, nu. 17, 18]: 'Quaestio talis est: in quodam instrumento publice confecto reperitur varietas quaedam, quia, cum notarius scribere deberet 'indictione 14', ut indictio conveniret annis Domini, qui tunc currebant 1242,

- nis ^{9b} | viciet instrumentum ^{9c}, ut dictum est supra ^{9d}, tamen si apponatur ^{9e}, non viciat ^{9f} instrumentum ^{9g}, quamvis ^{9h} non concordet ⁹ⁱ
- 45 | cum annis domini, argumento l. 'Quociens', § 'Sed si non in corpore', cum § sequenti, ff. 'De heredibus instituendis' ^{9j} (24); pro hoc ^{9k} facit ^{9l} quod | notat glosa penultima ^{9m} in l. 'Si quis in fundi ⁹ⁿ vocabulo', ff. ^{9o} 'De legatis primo' (25) et in ^{9p} lege penultima, ff. ^{9q} 'De rebus dubiis' ^{9r} (26). Omnia || predicta sunt vera, quando sollempnitas ^{9s} formalis instrumenti fuit servata ^{9t}, sed non fuit

^{9b} indicis V_1 ; indictionum R — ^{9c} viciet instrumentum : instrumentum reddat falsum S — ^{9d} ut-supra : ut supra dictum est RS ; ut supra LR_2 — ^{9e} si apponatur : nisi opponatur F — ^{9f} vicietur S — ^{9g} viciat instrumentum : viciet instrumentum ut dictum est supra V_1 — ^{9h} licet $V_2 R_1 F E S L R_2$ — ⁹ⁱ concordat $V_1 S$ — ^{9j} l. quociens-instituendis : l. quod. § si vero in cor. V_1 ; l. quotiens § sino ***** V_2 ; l. quociens R ; l. si quotiens § si vero ***** R_1 ; l. quotiens § si vero F ; l. si quot. § si vero in ar. E ; l. si quociens § si vero ***** S ; l. quociens § si vero de heredi. instit. LR_2 — ^{9k} hec R ; quo LR_2 — ^{9l} ff. S — ^{9m} penultima om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ⁹ⁿ fundi (?) V_1 ; fundo R — ^{9o} ff. om. $V_1 R R_1 F E L R_2$ — ^{9p} in om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{9q} ff. om. $V_1 V_2 R R_1 F S$ — ^{9r} add. et hec opinio dy. est communis $V_1 R_1$; add. hec opinio dy. est communis R ; add. et hec opinio est communis F ; add. et hec opinio dy. videtur communis S ; de rebus dubiis : de re iudicata et hec opinio dicis et est communis V_1 ; lege-dubiis : l. p. de rerum divi. et hec opinio dy. est communis E ; l. I ff. de re iudicata. hec opinio est communis LR_2 — ^{9s} add. in dextero margine Sed certe non semper notarius omittens sollempnitatem ystrumenti puniatur de falso, etiam posito quod non probetur quod sollempnitas intervenerit; nam non presummitur quod dolo sed potius per errorem omiserit, secundum ymolam, in l. quotiens de heredibus instituendis (*D. 28, 5, 9*); nec obstat l. iubemus hic allegata (*C. 6, 23, 29, 7*) quia speciale est in testamentis, ut probat textus dicte l. iubemus, ibi cum dicit 'in tam necessaria causa' et cet. (*C. 6, 23, 29, 7 in fine*) et sic in aliis actibus; secus erit cum expresse non caveatur de eis, et maxime cum simus in penis in quibus mitior fit interpretatio, l. si preses ff. de penis (*D. 48, 19, 32*) V_2 — ^{9t} formalis-servata :

scripsit 'indictione 10' et dubitabatur utrum varietas ista reddat instrumentum inutile. Et quod inutile, prima facie videtur, quia anni Domini et indictio sunt de substantialibus instrumenti In contrarium dicendum est instrumentum valere, non obstante praemissa varietate Licet ergo forte obmissio annorum Domini vel indictionis instrumentum vitiaret, tamen expressio, errorem habens, annexum vitare non debet. Praeterea error in dubio potius debet praesumi, circa ea, quae communiter sunt incognita sed anni Dominicae Incarnationis sunt publice noti. Ergo ex quo dici oportet errorem tabellionis fuisse, dicendum est quod praesumatur circa indictionem, quae est communiter magis incognita: ergo praesumpto errore, potest facile corrigi'. — (24) *D. 28, 5, 9, 2* et 3. — (25) *pulo gl. 'sed si in corpore'* ad *D. 30, 4*: '..... nota ergo quod error proprii nominis non nocet, sed corporis sic supra, de heredibus instituendis, l. quotiens, in principio (*D. 28, 5, 9, 2*) Item facit, infra, de rebus dubiis, lege penultima (*D. 34, 5, 28*)'. — (26) *D. 34, 5, 28*.

scripta ^{su} eo ^{sv} modo, quo intervenit, vel | fuit totaliter ^{sw} obmissa; ceterum ^{sx}, si non ^{sv} fuisset scripta nec servata, tunc notarius ^{sx} non posset ^{sa} corrigere errorem ^{sb}, | ydeo ^{sc} instrumentum esset ^{sd} falsum ^{se} et notarius tamquam falsarius puniretur ^{sf}, ut ^{sg} l. 'Jubemus' ^{sh}, § finali, C. ^{si} 'De testamentis' ^{sj} (27). Secundo ^{sk} modo, videlicet ^{sl}, quando sm notarius erravit ^{sn} circa ^{so} ordinem tenoris instrumenti; dico quod talis perversio ordinis non viciat | instrumentum, ideo notarius potest ^{sp} corrigere hunc errorem ^{sq}, ut ^{sr} l. 'Si mulier', C. 'De jure dotium' ^{ss} (28) et st l. 'Ambiguitates' ^{su} | et l. 'Preposter' ^{sv}, 'De testamentis' ^{sw} (29). Tertio ^{sx} modo, videlicet ^{sy}, quando erratum est ^{sz} circa sollempnitatem intrinsecam ^{ta} formalem contractus ^{tb}; dico quod, | siquidem ^{tc} error fuit commissus ^{td} a contrahentibus, tunc ^{te} talis error viciat contractum ^{tf}, ideo ^{tg} notarius illum th | corrigere non potest ^{ti}, ut ^{tj} l. I, in principio, et l. 'Quicquid' ^{tk} astringende ^{tl}, ff. 'De verborum obligationibus', primo responso, secundum unam

ista formaliter est servata V_1 ; instrumenti fuit formaliter servata $V_2 R_1 E$; instrumenti fuit formaliter ferinata (?) R ; instrumenti formaliter fuit servata $F S$; instrumenti fuit sollempniter observata $L R_2$ — ^{su} inscripta $L R_2$ — ^{sv} et R — ^{sw} taliter R ; fuit totaliter: totaliter fuit $F S$ — ^{sx} ceterum; et certe F — ^{sy} non om. E — ^{sx} servata-notarius: probata tunc $V_1 V_2 F E S L R_2$; probata et tunc R_1 ; nec-notarius: neque probata tunc R — ^{sa} possit E — ^{sb} add. suum $V_2 R$ — ^{sc} ymmo $V_1 V_2 R S$; immo R_1 ; ymo $F E$ — ^{sd} add. totaliter $V_2 R_1 F E S$ — ^{se} ydeo-falsum: ymo esset totaliter falsus $L R_2$ — ^{sf} falsus puniretur V_1 — ^{sg} ut om. $V_1 V_2 R R_1 E S L R_2$ — ^{sh} videamus $V_1 R F E S$; videmus R_1 — ^{si} C. om. $L R_2$ — ^{sj} de testi. $R_1 E$; ff. de sta. V_1 ; § finali-testamentis: § de testi. R — ^{sk} add. in dextero margine 2^o. Quando erravit circa ordinem R ; add. in dextero margine 2^o S — ^{sl} scilicet V_1 ; videlicet om. $V_2 R_1$ — sm videlicet quando: si R — ^{sn} errat $V_2 S$; erat $R_1 E$ — ^{so} extra F — ^{sp} poterit $F S$ — ^{sq} errorem hunc $V_2 E$ — ^{sr} ut om. $V_1 V_2 R R_1 F E S$ — ^{ss} l. si-dotium: § similiter C. de jure deli. V_1 ; l. fi. § similiter de jure delibe. V_2 ; l. sig. similiter est de jure deli. R_1 ; l. fi. § similiter ff. de jure deli. F ; l. fi. § similiter C. de jure deli. $E S$; l. si-dotium om. R — st et om. $V_1 V_2 R R_1 F E S$ — ^{su} anbiguitates V ; malignitates R_1 — ^{sv} add. C. $V_1 V_2 R R_1 S$; l. preposter: in l. impotesta. ff. F ; l. propesteri (?) C. E — ^{sw} de testamento V_1 ; secundo-testamentis om. $L R_2$ — ^{sx} add. in dextero margine 3^o. Quando erratur in sollempnitate R ; add. in dextero margine 3^o S — ^{sy} scilicet R ; videlicet om. $V_2 R_1 E L R_2$ — ^{sz} erratum est: est erratum $R S$; erratur F ; fuit erratum $L R_2$ — ^{ta} extrinsecam $V_1 V_2$; intrinsecam om. $L R_2$ — ^{tb} contractus et sic semper F — ^{tc} si $V_2 R R_1 F E L R_2$; dico-siquidem: dic quod si S — ^{td} siquidem-commissus: error fuit obmissus V_1 — ^{te} tunc om. $L R_2$ — ^{tf} add. et F — ^{tg} add. tunc $L R_2$ — th illum: hunc errorem $V_1 V_2 R R_1 E$ — ^{ti} illum-potest: talem errorem non potest corrigere $F L R_2$; non potest talem errorem corrigere S — ^{tj} ut om. $V_1 V_2 R R_1 E S L R_2$ — ^{tk} quidquid V_1 ; quitquid R_1 — ^{tl} astringende V_2 ; abstringende R ; astringendum E

(27) C. 6, 23, 29, 7. — (28) C. 5, 12, 25. — (29) C. 6, 23, 24 et 25.

lecturam ^{im} (30). Sed si fuit commissus ⁱⁿ a notario tantum ^{eo} in scriptura ^{ip}, quia vere observata fuit ^{iq} illa ^{ir} sollempnitas ^{is}, sed ^{it} notarius hoc ^{iu} | non scripsit ^{iv}, tunc ^{iw} talis error non viciat ^{ix}, quia ^{iv} presumitur ^{iz} sollempnitas ^{ja} intervenisse, ideo notarius poterit corrigere hunc errorem ^{jb}, ut ^{jc} l. 'Sciendum', ff. ^{jd} 'De verborum obligationibus' ^{je} (31) et ^{jf} Insti. 'De inutilibus stipulationibus', § 'Si scriptum' ^{ig} (32). Quarto ^{jh} modo, | videlicet ^{ji}, quando est erratum circa ^{jj} sollempnitatem intrinsecam ^{jk} essencialem ^{jl} contrattus ^{jm}: dico quod si error est commissus ^{jn} | a contrahentibus, tunc talis error ^{jo} viciat ^{jp} contrattum, ideo notarius hunc errorem corrigere non potest ^{jq}, ut ^{jr} l. I | et l. 'Nec empcio' ^{js} et l. 'In empcionibus' ^{jt}, ff. 'De contrahenda emptione' ^{ju} (33). Sin ^{iv} autem error est ^{iw} com-

^{im} ff. de verborum-lecturam : ideo respondeo secundum unam lecturam de verbo. ob. V_1 ; I responso secundum unam lecturam ff. de verbo. ob. $V_2 R_1 E S$; II responso de verbo. ob. secundum unam lecturam R ; III responso secundum unam lecturam ff. de verb. obli. F ; de ver. obli. $L R_2$ — ⁱⁿ ommissa V_2 ; obmissa R ; obmissus R_1 ; fuit commissus : fuisset obmissus $L R_2$ — ^{io} tantum *om.* $V_2 R R_1 F E S L R_2$; a-tantum : notarius V_1 — ^{ip} *add.* ut $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{iq} fuit observata $V_1 R_1 E$; vere-fuit : non fuit servata F ; non fuit observata S ; tunc fuit observata L ; fuit tunc observata R_2 — ^{ir} observata-illa : fuit observata ista V_2 — ^{is} vere-sollemnitas : fuit observata illa sollempnitas vere R — ^{it} licet (!) R ; scilicet F — ^{iu} hec V_2 — ^{iv} scripserit R — ^{iw} sed V_1 ; cum $L R_2$ — ^{iz} *add.* instrumentum $V_2 R R_1 F E S$; viciat : potest nec viciat instrumentum V_1 — ^{iv} viciat quia : viciet instrumentum quare $L R_2$ — ^{ia} *add.* hec $V_1 R S L R_2$; *add.* talis F — ^{ia} sollempnitas : hac sollempnitate R_1 ; hanc sollempnitatem E ; presumitur sollempnitas : presummitur (*et semper* 'presumere') hanc sollempnitatem V_2 — ^{ib} corrigere-errorem : hunc errorem corrigere $V_1 V_2 R_1 F E S$; poterit-errorem : potest hunc errorem corrigere $L R_2$; notarius-errorem : poterit notarius hunc errorem corrigere R — ^{io} ut *om.* $V_1 V_2 R R_1 F E S$ — ^{id} ff. *om.* R — ^{is} l. sciendum-obligationibus : ff. de verborum obligationibus l. sciendum $V_1 R_1 E$; ff. de verborum obligationibus l. sticum V_2 ; ff. de verborum obligationibus sciendum F — ^{it} et *om.* $V_2 R_1 F E S$ — ^{is} § scriptum $V_1 S$; § semper F ; ut l. sciendum-scriptum : insti. de inuti. stipu. § si scriptum ff. de ver. obli. l. sciendum $L R_2$ — ^{ih} *add.* in dextero margine 4^o. Quando est erratum circa sollempnitatem intrinsecam R ; *add.* in dextero margine 4^o S — ⁱⁱ scilicet $V_2 S$; videlicet *om.* $R F L R_2$ — ^{ij} circa E — ^{ik} intrinsecam V_1 — ^{il} conventionalem $V_1 F E S L R_2$; essencialem : et convencionalem R — ^{im} essencialem contrattus : contractus conventionalem $V_2 R_1$ — ⁱⁿ admissus R ; obmissus $L R_2$ — ^{io} error V_1 ; error *om.* S — ^{ip} *add.* ynstrumentum et R — ^{iq} hunc-potest : non poterit corrigere hunc errorem V_1 ; non poterit hunc errorem corrigere $V_2 R R_1 F E S$; non potest corrigere $L R_2$ — ^{ir} ut *om.* $V_1 R S$ — ^{is} l. I. empcio : l. I nec l. emptio R_1 — ^{it} emptione $V_1 V_2 R_1$; emption. E ; et l. in empcionibus *om.* F ; l. nec-emptionibus : l. neminem et l. emptorem S ; ut l. I. empcionibus : l. I § nec empcio l. in emptione $L R_2$ — ^{iu} ep. V ; de contrahen. V_1 — ^{iv} si $V_1 V_2 R_1 E$ — ^{iw} sin-est : si enim error esset F ; si error esset S

(30) D. 45, 1, 1 princ. et 99 princ. (v., *supra*, p. 120, n. 18). — (31) D. 45, 1, 30. — (32) Inst. 3, 19, 17. — (33) D. 18, 1, 1 et 8 et 9 (*nunc* l. 'In venditionibus et emptionibus').

missus ^{ix} per notarium ^{iy}, tunc ^{iz}, | si constat de errore per testes vel 15
 alio modo ^{ka}, potest corrigere errorem suum ^{kb}, alias non ^{kc}, quia talis
 sollempnitas | non presumitur ^{kd} intervenisse, ut ^{ke} Inst. 'De empcione
 et vendicione' ^{kf}, § 'Pretium' (³⁴). Quinto ^{kg} modo, videlicet ^{kh} quando
 est erratum ^{ki} | circa sollempnitatem extrinsecam contrattus ^{kj}; dico
 quod ^{kk}, si ^{kl} est ^{km} erratum a contrahentibus, viciatur contrattus et ^{kn}
 ideo hunc errorem | non poterit notarius corrigere ^{ko}, ut ^{kp} 'De fide
 instrumentorum et jure aste ^{kq} fiscalis', l. I ^{kr}, libro X^o (³⁵) et l. 'Si
 predium' ^{ks}, C. 'De prediis | minorum' ^{kt} (³⁶). Idem ^{kz}, si est ^{kv} erra-
 tum a notario, nam ^{kw} non poterit ^{kx} errorem corrigere ^{ky}, nisi de
 errore ^{kz} constet ^{la} per | testes vel per alium modum ^{lb}, ut ^{lc} l. 'Que- 20
 cumque', § finali ^{ld}, ff. 'De Publiciana' ^{le} (³⁷), et est ratio: quia sol-
 lempnitas extrinseca numquam | presumitur, nisi notarius de ea spe-
 cifice ^{lf} faciat ^{lg} mentionem ^{lh} in instrumento, ut ^{li} notat glosa ^{lj} in
 dicta l. I, C. 'De fide | instrumentorum et jure aste fiscalis' ^{lk} (³⁸),

^{iz} sin-commissus : si vero error esset obmissus *L R₂* — ^{iv} sin-notarium :
 si autem est obmissum per errorem notarii *R*; add. in dextero margine si est
 obmissum errore notarii *R* — ^{iz} tunc om. *L R₂* — ^{ka} modo om. *V₁* — ^{kb} et
V₂; suum om. *V₁ R R₁ F E S L R₂* — ^{kc} modo *E* — ^{kd} videtur *R₁* — ^{ke} ut
 om. *V₁ R*; intervenisse ut om. *L R₂* — ^{kf} nō. *V₁ R₁* — ^{kg} isto *V₁*; add. in
 dextero margine 5^o. Quando erratur circa sollempnitatem extrinsecam *R* —
^{kh} videlicet om. *S L R₂* — ^{ki} error *E* — ^{kj} contrattus om. *S* — ^{kk} quod
 om. *V₂ R R₁ E*; dico quod om. *L R₂* — ^{kl} si om. *V₁* — ^{km} est om. *S* —
^{kn} et om. *V₂ F* — ^{ko} non poterit-corrigere : corrigere non potest notarius *V₂*; cor-
 rigere non potest *E*; hunc-corrigere : notarius hunc errorem non potest cor-
 rigere *V₁*; notarius hunc errorem corrigere non potest *R R₁*; errorem hunc notarius
 corrigere non potest *F*; et ideo-corrigere : nam errorem hunc corrigere non potest
 notarius *S*; ideo notarius non potest corrigere *L R₂* — ^{kp} C. *V₂ S*; add. C. *V₁ R₁ E*
 — ^{ks} asce. *V₁* — ^{kr} l. fi. *V₂*; l. I om. *R₁*; aste-I : ast. fasci. *E*; haste fis. *****
S; de fide-I : l. I C. de fide ystru. jur. ast. et fisca. *R*; C. de fide instr. jur. et
 asta. fi. *F*; l. I C. de fi. instr. et de jure haste phy. *L R₂* — ^{kt} l. predium *V₂ R₁*;
 l. stip. dni. (?) *E*; l. si extra predium *L R₂* — ^{ku} rim. *R₁*; C. minorum : de pac.
 conven. *F S*; de pact. convenit. *L*; de pact. convent. *R₂* — ^{kv} add. est *L R₂* — ^{kw}
 est om. *V₁* — ^{lx} notarius *R₁*; idem-nam : et idem si a notario est erratum *R* —
^{kx} add. huc *V₁*; add. hunc *V₂ R R₁ F E S* — ^{ky} add. ut l. I et l. nec emptio et
 l. in emptione ff. et postea expungit *V₂*; poterit-corrigere : potest corrigere hunc er-
 rorem *L R₂* — ^{kz} eo *R₁ F S*; er *R*; de errore om. *V₂ L R₂* — ^{la} errore constat :
 eo constat *V₁ E* — ^{lb} per alium modum : alio modo *V₁ R R₁ F E S L R₂*; alio modo
 de errore *V₂* — ^{lc} ut om. *V₁ V₂ R R₁ E L R₂* — ^{ld} § finali om. *V₁ R S L R₂*; l. que-
 cumque § finali : l. quicumque *V₂*; l. quocumque *R₁*; l. quicumque *F*; § quicum-
 que *E* — ^{le} de publica. *R L R₂*; de pen. jud. *F* — ^{lf} expressam *V₂*; specifice om.
R R₁ E S — ^{lg} specifice faciat : fecerit *V₁* — ^{lh} mentionem *S*; de ea-mentionem :
 faciat mentionem de ea *F L R₂* — ^{li} ut om. *S* — ^{lj} ac. *F* — ^{lk} l. I-fiscalis : l.
 de fide instrumentorum *V₁ R₁ F E S*; l. fi. de fide ystru. *V₂*

(³⁴) Inst. 3, 23, 1. — (³⁵) C. 10, 3, 1. — (³⁶) C. 5, 71, 16. — (³⁷) D. 6, 2,
 13, 2. — (³⁸) Gl. 'omni ordine' ad C. 10, 3, 1: '..... Item quomodo probat
 sollemnitate deesse? Imo contra, debet probari eam affuisse, ut ff. de Pu-

et notat¹¹ Jacobus de Butrigariis^{1m} in¹ⁿ l. 'Optimam', C.^{1o} 'De contrahenda et committenda^{1p} stipulatione'^{1q} (39) et Bartolus in l. 'Sciendum', ff. | 'De verborum obligationibus'^{1r} (40). Sexto^{1s} modo, videlicet^{1t}, quando est erratum^{1u} circa scripturam instrumenti^{1v}, scribendo verba obscura; | dico quod^{1w}, si verba scripta^{1x} in instrumento sint^{1y} omnino obscura et non intelligibilia^{1z}, tunc vicia-

¹¹ notat om. $V_1 V_2 L$; et notat om. $R_1 E$ — ^{1m} ja. de bru. V ; jacobus butrigarius $V_2 R_1 E$; notat-butrigariis om. F — ¹ⁿ et notat-in: ja. in dicta S — ^{1o} C. om. F — ^{1p} comi. E — ^{1q} de contras tip. R_1 ; de commic. et contrahen. sti. F ; l. optimam-stipulatione: l. optim. de am. et commic. stipu. V_1 ; dicta-stipulatione: l. I C. de fl. instru. et l. I C. de contrahen. stipula. $L R_2$ — ^{1r} et bartolus-obligationibus om. $V_1 V_2 R_1 F E S L R_2$ — ^{1s} VII^o V_2 ; add. in dextero margine Quando erratur circa scripturam R ; add. in dextero margine § 1^o S — ^{1t} scilicet $V_1 V_2 S L R_2$ — ^{1u} error $V_1 V_2 R_1 F E S L R_2$; est erratum: error V_1 ; ut notaterratum: aut est erratum R — ^{1v} add. in S — ^{1w} dico quod: tunc $V_2 R_1 E$ — ^{1x} descripta $V R_1 E$ — ^{1y} sunt $V_1 V_2 R R_1 E S$; dico-sint: si sunt $L R_2$ — ^{1z} intelligibilia V_1 ; intelligenda R

bliciana, l. quecumque, § I et finali (*D. 6, 2, 13, 1 et 2*). Solutio ad utramque: hoc probat eo ipso, quod non probatur contra, ut argumento, infra, qui militare non possunt, l. super servis (*C. 12, 33, 6*), vel hic erat scriptura, quae dicebat hoc intervenire, cui erat standum, nisi contra probetur, ut C. de probationibus, l. cum precibus (*C. 4, 19, 18*), et probatur secundum hoc per obliquum negativa, ut et alias, supra, de contrahenda stipulatione, l. optimam (*C. 8, 37, 14*). Alii dicunt haec omnia praesumi solenniter acta, ut Insti. de fidejussoribus, § finali (*Inst. 3, 20, 8*); sed in l. quaecumque (*D. 6, 2, 13*) dicunt idem et sic ibi probari, eo ipso quod non probatur contra, quod non placet, ut ibi notavi, et facit, ff. de probationibus, l. ab ea parte (*D. 22, 3, 5*). — (39) JACOBUS BUTRIGARIUS, *Lectura super Codice, Super octavo libro Codicis* (VIII), tit. *De contrahenda et committenda stipulatione* (XXXVII), [l.] *Optimam* (XIV), post princ. [ed. Parisii 1516, f. 78v, col. 2]; '.... et ita determinat glosa, que est in l. II (recte I), infra, de fide instrumentorum et jure haste fiscalis, libro X^o (gl. 'omni ordine' ad *C. 10, 3, 1*; v., supra, p. 125, n. 38), que dicit quod si in instrumento intervenerunt solemnities, quod presumuntur omnia in eo contenta vera esse; nam dic, aut instrumentum continet ea, que secundum tempus instrumenti confecti potuerunt fieri, et tunc probat ita esse contra omnes, et ita loquatur dicta glosa; aut facit mentionem de his, que secundum tempus fieri non potuerunt, et tunc non probat in prejudicium aliorum, sed in prejudicium patientis sic fieri instrumentum...'. — (40) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLV, tit. *De verborum obligationibus* (I), l. *Sciendum* (XXX), ante medium [ed. cit., f. 15r, col. 2, nu. 6]: 'Ut igitur tibi liqueat, an solennitas presumatur, distingue: aut queris² de solennitate extrinseca, aut intrinseca. Si de extrinseca, et tunc, aut de ea non fit mentio in instrumento, et non presumitur, ut l. quecumque, § finali, de Publiciana in rem actione (*D. 6, 2, 13, 2*) '.

tur ^{ma} instrumentum | et ^{mb} ideo ^{mc} notarius non poterit ^{md} corrigere ²⁵
hunc ^{me} errorem ^{mf}, ut ^{mg} l. 'Quicquid astringende' ^{mh}, primo ^{mi}
responso, secundum aliam ^{mj} lecturam ⁽⁴¹⁾, | et ibi notatur per Bar-
tolum, ff. 'De verborum obligationibus' ^{mk} ⁽⁴²⁾. Si autem non sint ^{ml}
omnino ^{mm} obscura, tunc notarius potest corrigere hunc | errorem ^{mn},
declarando et ^{mo} interpretando ^{mp} verba per se ^{mq} scripta ^{mr}, ut ^{ms}
l. 'Si quis decurio', in fine, C. ^{mt} 'De falsis' ^{mu} ⁽⁴³⁾ et | in Auth. 'De
fide instrumentorum', § 'Si vero ^{mv} moriantur omnes' ^{mw}, coll. VI ^{mx} ⁽⁴⁴⁾.
Septimo ^{my} et ultimo modo ^{mz}, videlicet ^{na} quando erratum est ^{nb}
circa incongruam latinitatem scripture ^{nc}; tunc non viciatur nd in-
strumentum, ut ^{ne} l. 'Imperator' ^{nf}, ff. ^{ng} 'De statu | hominum' ⁽⁴⁵⁾ ⁸⁰
et ^{nh} l. 'Si librarius' ⁿⁱ, ff. ^{nj} 'De regulis juris' ^{nk} ⁽⁴⁶⁾, et ^{nl} ideo no-

^{ma} viciabitur V_1 ; tunc viciatur: dico tunc viciari $F S$ — ^{mb} et *om.* $L R_2$ — ^{mc} *add.*
tunc S — ^{md} ideo-poterit: notarius tunc non potest V_2 — ^{me} hunc *om.* V_1 — ^{mj} corrige-
re-errorem: hunc errorem corrigere $V_2 R_1 E$; eum errorem corrigere R — ^{me} *add.* dicta
 $V_1 V_2 R R_1 F E S$ — ^{mh} astringende V_2 ; astringende *om.* R — ^{mi} l. quicquid-primo: l.
quidquit astringende illo R_1 — ^{mj} unam $V_2 R R_1 E S$; primam F — ^{mk} ibi-obligationi-
bus: ibi per bar. $V_2 R R_1 F E S$; primo-obligationibus: secundum unam lecturam primo (?)
responso secundum bar. V_1 ; ut l. quicquid-obligationibus: dicta l. quidquit secun-
dum unam lecturam et ibi bar. $L R_2$ — ^{ml} sunt (?) $V_1 V_2 R F E S L R_2$ — ^{mm} denique
sed postea add. in sinistro margine omnino S — ^{mn} notarius-errorem: potest corri-
gere $V_1 F E S L R_2$; poterit corrigere $V_2 R$; tunc-errorem: et non intelligibilia tunc
potest corrigere R_1 — ^{mo} ut V_1 ; et *om.* $V_2 R_1 E S$ — ^{mp} interpretando $V_1 E S L R_2$;
interpretando R_1 (!); interpretando F — ^{mq} eum $L R_2$; verba-se: per se verba
 $V_1 R_1 F E S$ — ^{mr} verba-scripta: per se verba scripture V_2 ; per se scripta verba
 R — ^{ms} ut *om.* $V_1 V_2 R_1 E S L R_2$ — ^{mt} C. *om.* F — ^{mu} in fine-falsis: de falsis in
fine $V_2 R_1 E$ — ^{mv} non F ; vero *om.* $L R_2$ — ^{mw} omnes *om.* E ; moriantur omnes:
omnis moriatur V_1 ; maneant V_2 ; moveant R_1 — ^{mx} II F ; ut l. si quis-VI *om.* R
— ^{my} 6^o R ; *add. in dextero margine* 6^o. Quando est erratum in mala latinitate R ;
add. in dextero margine 7^o S — ^{mz} modo *om.* S — ^{na} videlicet *om.* $F E$; modo vi-
delicet *om.* R_1 — ^{nb} erratum est: error fit V_1 ; error fuit $R F E S$; error fuerit R_1 ;
septimo-est: VI^o modo scilicet quando est error circa scripturam ystrumenti scilicet
quando est error (scilicet quando est error *postea expungitur*) videlicet V_2 ; ultimo
modo si error fuit $L R_2$ — ^{nc} scripta E ; incongruam-scripture: malam latinitatem
scriptam R — nd vitiat F — ^{ne} dicta R ; ut *om.* $L R_2$ — ^{nf} imperatoris R_1
— ^{ng} ff. *om.* $F L R_2$ — ^{nh} et *om.* $S L R_2$ — ⁿⁱ liberarius V_1 ; l. si librarius: dicta
l. liberarius R ; l. librarius S — ^{nj} ff. *om.* $F S$ — ^{nk} l. si-juris: dicta l. si librarius
 V_2 ; ff. de regulis juris l. si libarium R_1 ; ff. de regulis juris l. si librarius E — ^{nl}
et *om.* $R_1 S L R_2$

(41) D. 45, l. 99 princ. (v. *supra*, p. 120, n. 18). — (42) BARTOLUS DE SAXO-
FERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLV, tit. *De verborum obligationibus*
(I), l. *Quicquid astringende* (XCIX), post princ. [ed. cit., f. 38r, col. 2, nu. 1]:
'Vel exemplum pone, quod est locutus verbis non intelligibilibus, sicut fecit
quidam cancellarius Bononie, qui sic fecit dictamen obscurum, quod Johannes
papa non intellexit, et sic si notarius faceret instrumentum per verba obscura
et non intelligibilia, non valeret'. — (43) C. 9, 22, 21, nunc § 2. —
(44) Nov. 73, 7. — (45) D. 1, 5, 8. — (46) D. 50, 17, 92.

tarius potest ^{nm} corrigere hunc ⁿⁿ errorem ^{no}, argumento ^{np} l. 'Actorum verba', | ff. ^{nq} 'De re judicata' ^{nr} (47). Est tamen ^{ns} sciendum quod ^{nt}, in omnibus casibus ^{nu}, in quibus dixi notarium posse corrigere ^{nv} errorem instrumenti ^{nw}, illud ^{nx} facere debet ^{ny} cum superioris auctoritate ^{nz}, et non ^{oa} alias ^{ob}, ut ^{oc} in Auth. 'De equalitate ^{od} dotis' ^{oe}, § 'Primum | quidem' ^{of} (48), et ibi hoc ^{og} tenet Jacobus de Belviso ^{oh}, coll. VII ^{oi} (49). Item est ^{oj} sciendum ^{ok} quod in casibus ^{ol}, in quibus notarius non potest | corrigere errorem commissum per eum in instrumento ^{om}, tenetur ^{on} parti lese ^{oo} ad interesse, ut ^{op} 35 lege finali ^{oq}, in fine, ff. 'Si mensor ^{or} | falsum modum ^{os} dixerit' ^{ot} (50) et ^{ou} lege finali, in fine ^{ov}, C. ^{ow} 'De magistratibus conveniendis' ^{ox} (51). Item predicta omnia ^{oy} locum habent, quando notarius jam | tradiderat partibus ^{oz} instrumentum ^{pa} in forma publica, quia, cum sit functus ^{pb} officio suo ^{pc}, non potest errorem ^{pd} corrigere, nisi secun-

^{nm} poterit $V_1 R_1 E$ — ⁿⁿ suum R_1 — ^{no} potest-errorem : poterit corrigere errorem suum V_2 ; poterit hunc errorem corrigere $F S L R_2$ — ^{np} argumento *om.* $R_1 L R_2$ — ^{nq} ff. *om.* $F L R_2$ — ^{nr} de judi. F ; de re. juris. S — ^{ns} est tamen : et est R ; *add. in dextero margine* nota S — ^{nt} quod *om.* E — ^{nu} casibus *om.* $V R$ — ^{nv} corrigere posse V_1 — ^{nw} instrumenti *om.* $L R_2$ — ^{nx} id $V_1 R$ — ^{ny} illud-debet : debet facere illud V_2 ; id debet facere $R_1 F E S$ — ^{nz} auctoritate superioris $R E$; illud-auctoritate : debet hoc facere auctoritate superioris $L R_2$ — ^{oa} cum R_1 — ^{ob} aliter $R F L R_2$; et non alias *om.* V_1 — ^{oc} ar. $V_1 R$; *add. ar.* S — ^{od} qualitate V_1 — ^{oe} dotis *om.* E — ^{of} gradum $V_2 R_1 E S L R_2$; § penultimo F — ^{og} hoc *om.* $V_1 V_2 R E S$; ibi hoc : ita R_1 — ^{oh} belviso : bel. ui. S — ^{oi} XII R_1 ; coll. VII *om.* S ; et ibi-VII : coll. VII et ibi tenet ja. de bel. $F L R_2$ — ^{oj} est *om.* V — ^{ok} sciendum est E — ^{ol} omnibus R — ^{om} commissum-instrumento : suum $R S$; corrigere-instrumento : errorem suum corrigere V_1 ; notarius-instrumento : non potest notarius corrigere errorem suum $V_2 R_1 E L R_2$; non potest corrigere notarius errorem suum F — ^{on} tenet $L R_2$ — ^{oo} lexe R_1 — ^{op} ut *om.* $V_1 V_2 R R_1 E S$ — ^{oq} l. I $V_2 R_1 F E S$ — ^{or} mensor $F S$ — ^{os} modum falsum E — ^{ot} si-dixerit : fines fal. mo. di. V_1 ; ut lege-dixerit : l. I in fine si mensor falso modo dixerit $L R_2$ — ^{ou} et *om.* $R_1 F E$ — ^{ov} in fine *om.* $R S L R_2$ — ^{ow} ff. $R F S$ — ^{ox} C.-conveniendis : ff. de ma. conve. C. R_1 ; de magistratibus conve. C. E — ^{oy} omnia *om.* $R F S L R_2$; *add. in sinistro margine* nota S — ^{oz} partibus tradiderit V_1 ; partibus tradidit R ; jam-partibus : partibus jam tradidit $V_2 F E$; jam tradidit R_1 ; tradidit parti $L R_2$ — ^{pa} jam-instrumentum : parti jam tradidit S — ^{pb} finitus $V_1 R_1$; finitus E — ^{pc} cum-suo : jam cum sit suo finitus officio $L R_2$ — ^{pd} errorem : suum errorem $V_1 L R_2$; errorem suum $V_2 R R_1 F E S$

(47) D. 42, 1, 46. — (48) Nov. 97, nunc 2 circa medium. — (49) JACOBUS DE BELVISO, *Summa Authenticorum*, Auth. *De equalitate dotis* (Nov. XC VII) [§ *Quoniam plurimas*, vers. 'Ex isto' (c. II circa medium), ed. cit., f. 54v, col. 1, post medium]: 'Ex isto § Primum quidem, ibi 'quod enim ab initio', est argumentum quod si tabellio instrumentum confecit et partibus copiam dedit, quod non licet ei postea addere, detrahare vel minuire, immutare sine superioris auctoritate et sic frequenter dedi consilium, et facit ff. ad legem Corneliam de falsis, l. eos qui, in principio (D. 48, 10, 27) ...'. — (50) D. 11, 6, 7, nunc § 4. — (51) C. 5, 75, 6, nunc § 1.

dum quod dictum est supra ^{pe}, ff. 'De re iudicata', l. 'Judex' ^{pf} (52). Ceterum si nondum ^{pg} tradidisset partibus | instrumentum ^{ph}, tunc potest indistincte errorem ^{pi} per se ^{pi} commissum ^{pk} corrigere, cum nondum ^{pl} sit functus ^{pm} officio | suo, argumento ^{pn} l. 'Qualem' ^{po}, ff. 'De arbitris' (53). Qualiter ^{pp} autem probetur ^{pq} error instrumenti, notatur multum clare et perfecte per dominum Bartolum in ^{pr} l. 40 'Si librarius' ^{ps}, circa finem, ff. ^{pt} 'De regulis juris' ^{pu} (54).

Decimoquarto ^a quero numquid ^b, quando notarius | tradidit ^c instrumentum ^d, debeant ^e citari hii ^f, quorum interest vel ledi possunt ^g ex illo instrumento ^h. Bartolus format ⁱ istam ^j | questionem ^k in lege finali, ff. ^l 'De tabulis exhibendis' ^m (1) et ⁿ Cynus ^o in l. 'Nam

^{pe} secundum supra : ut supra dictum est ut $V_1 F$; ut supra dictum est $V_2 R_1 S$; ut supra dictum est et E ; ut preordinatum est ut $L R_2$ — ^{pf} l. iudex de re iudicata $V_1 R S L R_2$; l. iudex ff. de re iudicata $V_2 R_1 F E$ — ^{po} non $V_1 V_2 R R_1 L R_2$ — ^{ph} add. nam V_1 ; partibus instrumentum : instrumentum partibus $V_2 R_1$ — ^{pi} add. suum V_1 ; indistincte errorem : errorem suum $V_2 R_1 F S$; partibus-errorem : instrumentum partibus tunc persona (!) potest errorem suum E — ^{pi} indistincte-se : errorem per ipsum $L R_2$ — ^{pk} instrumentum-commissum : posset iudice errorem suum R — ^{pl} non $R F S L R_2$ — ^{pm} finitus $V_1 R_1$ — ^{pn} argumento om. $L R_2$ — ^{po} add. in fine V_2 ; l. qualiter in fine $V_1 R_1 E$ — ^{pp} quando R_1 — ^{pq} autem probetur : ergo probabitur S — ^{pr} notatur-in : notatur plene per bar. in dicta R ; plene per bar. notatur in dicta F ; plene notatur per bar. in dicta S ; plene probatur in dicta $L R_2$; instrumenti-in : plene notat bar. in dicta V_2 ; predictus notat bar. in infra scripta R_1 ; plene notatur per bar. in dicta E — ^{ps} librarius R ; l. librarius S — ^{pt} ff. om. R — ^{pu} add. et cetera et cet. R_1 ; ff. juris om. V_2 ; circa-juris : de regulis juris circa finem F ; ff. de regulis juris circa finem S ; notatur-juris : notatur plene per bar. in dicta l. barbarius circa finem ff. de re. judi. V_1

^a add. principaliter V_1 ; add. in sinistro margine 14^o questio. An requiratur citacio in tradicionem instrumenti R ; add. in sinistro margine questio E ; add. in dextero margine questio S — ^b an $R F S$; numquid om. $V_2 R_1 E$; decimoquarto-numquid : quero decimoquarto an $L R_2$ — ^c tradit $E R_2$; traderit (!) S — ^d add. an V_2 ; notarius-instrumentum : tradidit instrumentum notarius R — ^e debeat V_1 ; debent S — ^f illi $L R_2$ — ^g possint $R R_1$; possunt om. V_1 — ^h ledi-instrumento : qui ex illo instrumento ledi possunt $L R_2$ — ⁱ ponit E — ^j hanc R — ^k bartolus-questionem : format hanc questionem bartolus F ; format bartolus hanc questionem S — ^l ff. om. V_2 — ^m ff. exhibendis : de tabulis exhibendis ff. V_1 ; ff. de ca. exhi. S — ⁿ et om. $V_1 R R_1 F E S$ — ^o di. V_1

(52) D. 42, 1, 55. — (53) D. 4, 8, 19. — (54) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. L, tit. *De regulis juris* (XVII), l. *Si librarius* (XCII) circa finem [ed. cit., f. 262v, col. 2, nu. 12, 14, 15]: 'Item potest probari per testes ascriptos in instrumento Item potest probari error per presentes et alios, qui fuerunt mediatores inter presentes partes sic contrahentes Item potest probari quandoque error per ipsos facientes'

(1) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Prima super Digesto Novo*, lib. XLIII, tit. *De tabulis exhibendis* (V), l. *De tabulis* (V) ante finem [ed. cit., f. 144v,

ita ² divus ³, in adyctionibus ⁴ suis, ff. ⁵ 'De adoptionibus' ⁶ (2). Ego ⁷ dico | quod, quandoque ⁸ tractatur de prima traditione ⁹ instrumenti ¹⁰, isto casu, siquidem est contencio ¹¹ inter notarium et | illum qui petit ¹² instrumentum sibi tradi ¹³, ut ¹⁴ quia notarius dicit instrumentum ¹⁵ ad
 45 ad petentem ¹⁶ non pertinere ¹⁷, vel | dicit illud instrumentum ¹⁸ esse ¹⁹ invalidum ²⁰, et sic ²¹ publicari ²² non debere ²³, tunc ²⁴ omnes, qui ledi possent ²⁵ | ex hoc ²⁶ instrumento, citari debent, ut ²⁷ l. I, § 'Sive ²⁸ autem' ²⁹, et lege finali ³⁰, ff. ³¹ 'De tabulis exhibendis' (3) et ³² argumento ³³ l. 'De unoquoque', | ff. ³⁴ 'De re ³⁵ iudicata' (4)

² ut R_1 — ³ dynus R — ⁴ aditionibus $V_1 R$ — ⁵ ff. *om.* V_1 — ⁶ in adyctionibus-adoptionibus : ff. de adoptionibus in additionibus suis $V_2 R_1 E S$; l. nam-adoptionibus : l. I non ita divis de adoptionibus in additionibus suis F ; l. nam ita ff. de adoeptionibus in suis addicionibus $L R_2$ — ⁷ add. tamen V_2 ; add. autem $L R_2$ — ⁸ quando $V_1 V_2 F L R_2$; quando *scribit in sinistro margine S*; quod quandoque : quando $R_1 E$ — ⁹ edicione $R L R_2$; redditione $F S$; reditione E — ¹⁰ traditione instrumenti : tenendi instrumenta (?) V_1 ; creditione instrumentum R_1 — ¹¹ contemptio et sic *semper F* — ¹² petiit R — ¹³ dari F ; instrumentum-tradi : sibi edi instrumentum V_2 ; petiit-tradi : petiit sibi edi instrumentum R_1 ; edit sibi tradi instrumentum petiit E — ¹⁴ add. puta V_1 — ¹⁵ instrumentum *om.* R — ¹⁶ pertinentem E ; instrumentum ad petentem : ad petentem instrumentum F — ¹⁷ ad-pertinere : non pertinere ad petentem $L R_2$ — ¹⁸ illud instrumentum : contractum V_2 ; id contractum R_1 ; eum contractum E ; illum contractum $S L R_2$ — ¹⁹ illud-esse : ipsum contractum R — ²⁰ dicit-invalidum : die id contractum esse invalidum V_1 — ²¹ instrumentum $V_2 S$; add. instrumentum E — ²² publicari : instrumentum publicum V_1 ; invalidum-publicari : invalidum etiam instrumentum publicum F — ²³ publicari-debere : instrumentum non valere R ; instrumentum publicari non debet R_1 — ²⁴ sic $L R_2$ — ²⁵ possunt $V_1 V_2 R F S L R_2$; possint R_1 — ²⁶ illo V_1 ; tali R ; isto $L R_2$ — ²⁷ argumento $V_1 V_2 R R_1 F E L R_2$; citari-ut : debent citari argumento S — ²⁸ sin $V_2 R_1 F E S L R_2$; si R — ²⁹ §-autem : § sin autem et l. fi. § sin autem V_1 — ³⁰ et lege finali *om.* F — ³¹ ff. *om.* $V_2 R L R_2$ — ³² et *om.* $V_1 R R_1 E$ — ³³ argumento *om.* $V_2 L R_2$ — ³⁴ ff. *om.* $V_2 L R_2$ — ³⁵ se R_1

col. 2, nu. 8]: 'Quero quando notarius reddit instrumentum ei, ad cuius petitionem confecit, utrum debeat citari pars adversa, que lederetur. Respondeo: quandoque, an debeat reddi, nulla est contentio, nec requiritur aliqua cause cognitio, quia notarius confitetur et pars, ad quam spectat, est certa, unde non est dubium. Sed si emanaret aliqua contentio, ut quia notarius diceret se alias reddidisse, et sic non tenetur iterum reddere, vel dicit ad petentem non pertinere, vel diceret istud instrumentum esse invalidum et sic non debet publicari, tunc debet citari pars, que lederetur, cum hoc fiat causa cognita'. — (2) D. 1, 7, 39. — Per le *Additiones al Digestum Vetus* di Cino da Pistoia, cfr. SAVIGNY, *Op. cit.*, VI, p. 94. [traduz. it. BOLLATI cit., II, p. 608] — (3) D. 43, 5, 1, 3 et l. 5. — (4) D. 42, 1, 47.

et ^{az} l. 'Nam ita ^{av} divus' ^{az}, ff. ^{ba} 'De adoptionibus' ^{bb} (5). Si vero nulla est contencio inter notarium | et illum, qui petit ^{bc} instrumentum ^{bd} sibi tradi ^{be}, ut quia notarius fatetur ^{bf} instrumentum ^{bg} tradi debere ^{bh} et quod ad illum | pertinet tale instrumentum ^{bi}, tunc non est necessaria ^{bj} citatio, cum ^{bh} sine cause cognitione, notarius instrumentum edere teneatur ^{bi}, || ut ^{bm} l. 'Pretor ait' ^{bn}, in principio, f. 82 r ff. 'De edendo' ^{bo} (6). Quandoque ^{bp} tractatur de secunda edicione ^{bq}, ut quia ille cui fuit | primo ^{br} traditum instrumentum ^{bs}, dicit se illud ^{bt} amisisse ^{bu}, vel ex ^{bv} alia justa causa petit iterum illud ^{bw} sibi | edi ^{bz}, isto casu indistincte ^{bv} debent ^{ba} citari illi ^{ca}, quorum interest et qui ^{cb} ledi possunt ^{cc} ex tali ^{cd} editione ^{ce}; | facit ad hoc ^{cf}, quod ^{cg} notat Jacobus de Butrigariis ^{ch} in Auth. 'Si quis in aliquo' ^{ci}, C.

^{aa} et om. *L R₂* — ^{av} ut *R₁* — ^{az} dynus *R*; l. nam-divus : lege nam ita dy. *F* — ^{ba} ff. om. *V₁ R R₁ S* — ^{bb} add. supra allegata *R₁ E*; ff. de adoptionibus : supra allegata *V₁* — ^{bc} illum-petit : petentem *V₂ E* — ^{bd} illum-instrumentum : petentem *F S L R₂* — ^{be} illum-tradi : petentem si instrumentum *V₁*; petentem instrumentum tradi *R* — ^{bf} facetur (?) *V*; fateret (?) *V₁*; dicat *V₂*; diceret *F E S*; dicit *L R₂* — ^{bg} add. sibi *V₁ V₂ R E* — ^{bh} tradi debere : debere sibi tradi *F*; sibi debere tradi *S*; sibi debere tradere *L R₂*; illum qui-debere : petentem instrumentum sibi tradi debere *R₁* — ^{bi} et quod-instrumentum : et ad eum pertinet *V₁*; et hoc ad eum pertinere *R*; et quod-instrumentum om. *V₂ R₁ F E S* — ^{bj} necesse *E*; est necessaria : sit necessaria sibi *R* — ^{bh} quia *V₂ R₁ F E S* — ^{bi} tenetur *V₂ F E S*; debetur *R₁*; sine-teneatur : notarius teneatur edere instrumentum sine cause cognitione *R*; add. in sinistro margine Notarius tenetur edere sine cause cognitione *R* — ^{bm} ut om. *R S* — ^{bn} ait om. *F* — ^{bo} cum sine-edendo om. *L R₁* — ^{bp} quando *R R₁ F*; quando-que : quando vero *V₂*; quando autem *S* — ^{bq} edicione et semper 'edictio' *V₁*; oblatione *F*; add. ystrumenti *R* — ^{br} ille-primo : iste cui primo fuit *V₁*; iste ut quia iste cui primo fuit *R*; iste cui fuit *F* — ^{bs} ille-instrumentum : iste cui fuit traditum instrumentum primum *V₂ R₁ E*; iste cui fuit traditum primum instrumentum *S*; iste cui fuit traditum primo instrumentum *L R₂* — ^{bt} illud om. *R R₁ F E S L R₂* — ^{bv} illud amisisse : admisisse *V₁*; ammississe *V₂* — ^{bv} ex om. *F E* — ^{bw} illud om. *V₁* — ^{bz} iterum-edi : sibi iterum tradi et *V₂ R₁*; sibi iterum edi *R*; sibi edi iterum et *F S*; sibi iterum edi et *E*; vel ex-edi : et ex illa causa justa dicit iterum sibi tradi et *L*; et ex alia causa justa dicit iterum sibi tradi et *R₂* — ^{bz} indistincta *R₁*; indistincte om. *S*; add. sibi *V₁* — ^{ba} indistincte debent : debent sollempniter *F* — ^{ca} illi om. *L* — ^{cb} et qui : quia *V₁* — ^{cc} possint *R₁*; possent *S* — ^{cd} dicta *L R₂* — ^{ce} add. quia talis edictio fieri debet cum cause cognitione ut l. si quis ex argentiariis § finali ff. de edendo *V₁*; add. quia talis edicio debet fieri cum cause cognitione ut l. si quis ex argentiariis § finali ff. de edendo *R₁*; add. quia talis editio debet fieri cum cause cognitione ut l. si quis ex argentiariis § finali ff. de adulter. *E* — ^{cf} ad hoc : ad idem seu ad id *F*; ad id id *S* — ^{cg} quod om. *E* — ^{ch} jacobus de butrigariis : bru. *V*; jacobus butrigarius *R₁ E S*; budri. *F*; notat-butrigariis : notatur per jaco. bu. *R* — ^{ci} add. documento *V₁ R₁ E S*

(6) D. 1, 7, 39. — (6) D. 2, 13, 4, nunc § 1.

- 5 'De edendo' ^{cs} (7). An autem ^{ck}, quando ^{cl} oriuntur | hec ^{cm} contentiones ^{cn} inter notarium ^{co} et partes ^{cp}, debeat ^{cq} adhiberi ^{cr} plena cause cognitio, an | summaria ^{cs}, notatur ^{ct} per Bartolum ^{cu} in lege finali, in ultima questione, ff. ^{cv} 'De tabulis exhibendis' ^{cw} (8).

^{cs} facit-edendo : quia talis editio fieri debet cum cause cognitione l. si quis ex argentiariis § finali ff. de edendo V_2 ; quia talis edicio debet fieri cum cause cognitione l. si quis ex argentiariis § finali ff. de edendo L ; quia talis editio debet fieri cum cause cognitione ut l. si quis ex argentiariis § finali ff. de edendo R_2 — ^{ck} et F ; add. et ES ; an autem : auct. et V_1 — ^{cl} add. oriuntur vel S — ^{cm} iste V_1 ; hic R_1 ; tales $L R_2$ — ^{cn} iste contentiones R — ^{co} notarios R — ^{cp} partem R_2 — ^{cq} partes debeat : partem debet L ; oriuntur-debeat : oriuntur lis et contentionem et partes debeant F — ^{cr} adhibere V_1 ; debeat adhiberi : adhiberi debeat V_2 — ^{cu} an summaria : an vero summarie R ; an autem semiplena FS ; plena-summaria : plena cognitio an autem summaria $V_2 R_1$; plena cognitio an autem secundaria E ; plena cognitio vel semiplena $L R_2$ — ^{ct} summaria notatur : vero summaria vero V_1 — ^{cw} notatur-bartolum : notat bartolus R — ^{cv} lege-ff. : d. l. fi. et d. l. pe. V_2 ; dicta l. fi. et in dicta l. pe. $R_1 E$; d. l. fi. et d. l. plt. ff. F ; dicta l. fi. et l. plt. S ; dicta l. I in fi. $L R_2$ — ^{cw} lege-exhibendis : d. l. fi. pe. ff. de tab. V_1 ; d. l. fi. de tabu. exi. et l. pe. e. ti. R

(7) JACOBUS BUTRIGARIUS, *Lectura super Codice, Super secundo libro Codicis* (II), tit. *De edendo* (I), auth. 'Si quis in aliquo' ad l. *Procurator* (Nov. 119, 3 ad C. 2, 1, 7) ante medium [ed. cit., f. 44r, col. 1, post medium]: 'Sed numquid in hac publicatione debent citari adversarii? Certe sic, quia ubicumque quis potest ledi, debet citari, ut l. nam ita divus, ff. de adoptionibus (D. 1, 7, 39) et l. in cause, § causa, ff. de minoribus <XXV annis> (D. 4, 4, 13, nunc in fine principii), sed ita est, quod hic possunt ledi: potest enim esse, quod quis in camera scribet sibi instrumentum in forma publica, asserens talem esse suum debitorem et in fine ponet nomen cuiusdam notarii, et postea facit publicari. Certe, si adversarii non citentur, ipse faciet publicari et originale faciet comburi, ad hoc ut falsitas nunquam possit probari; et si adversarii fuissent citati, probassent per comparisonem litterarum, quod talis tabellio non confecerat illud: debent ergo citari, cum de eius prejudicio tractetur'. — (8) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Prima super Digesto Novo*, lib. XLIII, tit. *De tabulis exhibendis* (V), l. *De tabulis* (V) circa finem [ed. cit., f. 144v, col. 2, nu. 9]: 'Quero, quando iste contentiones emanant, utrum debeat adhiberi plena cause cognitio an vero summaria. Respondeo: quandoque emanat aliqua contentio, cuius decisio parat plenum prejudicium, ut si notarius negat se fuisse rogatum, vel negat aliquod capitulum fuisse expressum, tunc, quia ista cognitio parat plenum prejudicium, quia tractatur an contractus fuerit celebratus vel non, tunc debet adhiberi plena cognitio Quandoque emanant contentiones, que non parant plenum prejudicium, ut si dicatur ad te non pertinere, vel dicit tibi alias redditum esse, et sic de tenore instrumenti non contenditur, magis puto quod ista examinentur summarie

Decimoquinto ^a quero cuius etatis | debet ^b esse tabellio ^c, et videtur quod pupillus possit ^d esse tabellio ^e, ut ^f l. 'Impuberem' ^g, in principio, ff. 'Ad legem | Corneliam de falsis' ^h (1). Doctores, ibi ⁱ (2) tenent ^j quod tabellio ^k debet esse ^l major pupillo, quia officium tabellionatus ^m est | officium ⁿ publicum, ut ^o l. 'Generali' ^p, C. ^q 'De tabulariis' ^r, libro X^o ^s (3); sed impubes ^t non admittitur ^u ad officia publica ^v, | l. II, § 'Impuberes', ff. 'De jure immunitatis' ^w (4) et l. 10 II, in fine ^x, ff. 'De regulis ^y juris' ^z (5), igitur ^{aa} et cet. ^{ab}. Nec ^{ac} obstat dicta ^{ad} l. | 'Impuberem' ^{ae} (6), quia loquitur de ^{af} eo, qui adhibetur ^{ag} ad scribendum ^{ah} et ^{ai} non ad publicandum ^{aj}; nam et ^{ak} ad | scribendum ^{al} tantum, potest etiam ^{am} adhiberi servus ^{an}, ut ^{ao} l. 'Servus', ff. 'De testamentis' ^{ap} (7) et ^{aq} dicta ^{ar} l. 'Impuberem', | § 'Item non continetur' ^{as}, ff. 'De falsis' ^{at} (8).

^a add. in dextero margine 15^o questio. Cuius etatis debet esse notarius R; add. in sinistro margine questio E; add. in dextero margine questio S — ^b debeat F E L R₂ — ^c debet tabellio; debeat esse notarius V₂; debent esse R₁ — ^d posset L — ^e notarius V₂ — ^f ut om. V₂; add. in F — ^g impuberem et sic semper V et plerumque R R₁ — ^h ad falsis: de falsis R L R₂ — ⁱ add. et bar. refert V₁; add. ut refert bar. R — ^j doctores-tenent: dy. ut refert bar. tenent F; et ibidem ut refert bar. tenent doctores S; doc. ut ibi refert bal. ubi tenet L R₂ — ^k tabellio om. R — ^l esse om. F; doctores-esse: doc. tenent ut refert bar. quod debet esse V₂; doc. illud ut refert bar. tenent quod debent esse tabellio R₁; doc. illud ut bar. refert tenent quod debet esse tabellio E — ^m tabellionis F — ⁿ est officium: dicitur esse V₂; debet esse R₁ E — ^o ut om. R₁ F S L R₂ — ^p generaliter R — ^q C. om. S — ^r tabellionibus V; tabulis R₁; C. tabellionibus: de tab. exhi. (exhi. postea expungitur) F — ^s C. X^o: de tabulariis libro X^o C. V — ^t pupillus L R₂; sed impubes: sedim pubes R₁ — ^u admittitur F; impubes₂ admittitur: impuberes non admittitur V₁; impuberes non admittuntur R — ^v officium publicum S; admittitur-publica: admittitur ad officium publicum V₂ — ^w l. II §-fine: ut l. II in fine V₁ R₁ E; l. II in fine V₂ S; ut l. II R — ^x origine E — ^y ergo V₁ V₂ R E; igitur om. R₁ — ^z et cet. om. V; l. II §-cet: ergo et cet. ut l. II in fine ff. de regulis juris F; l. pupillus ff. de ju. et ju. ergo L R₂ — ^{aa} non V₁ L R₂ — ^{ab} preallegata V₁ — ^{ac} in L R₂ — ^{ad} admittitur V₂; admittitur R₁ S L R₂ — ^{ae} adhibetur ad scribendum: admittitur ad subeundum E — ^{af} et om. V₂ R₁ E — ^{ag} et non-publicandum om. L R₂ — ^{ah} et om. V₂ R₁ L R₂ — ^{ai} et ad scribendum: ad publicandum E; adhibetur-scribendum: adhibetur ad scribendum V₁ — ^{aj} etiam om. V₁ V₂ R₁ E L R₂ — ^{ak} et non-servus: nam ad scribendum etiam potest admitti servus vel adhiberi S — ^{al} ut om. V₁ — ^{am} de testi. V₁ — ^{an} l. servus-et om. V₂ — ^{ao} dicta om. S — ^{ap} § non contineri V₁ R₁; § non contineri alias non tamen S; § non tamen L R₂ — ^{aq} § item-falsis: § non contineri V₂; ff. de testa. et dicta l. impuberem § non contineri ff. de falsis E; nec obstat-falsis: nec obstat dicta l. impuberem § non teneri de falsis R; nec obstat dicta lex impuberem § non contineri alias non tamen ff. de falsis F

(1) D. 48, 10, 22, princ. — (2) D. 48, 10, 22. — (3) C. 10, 71, 3. —

(4) D. 50, 6, nunc l. 3. — (5) D. 50, 17, 2, nunc § 1. — (6) D. 48, 10, 22. —

(7) D. 28, 1, 28. — (8) D. 48, 10, 22, 9.

Decimosexto ^a quero ^b numquid ^c quis ^d possit creari tabellio ^e infra | tempora ^f pubertatis, ut ^g post pubertatem possit officium
15 tabellionatus exercere ^h. Bartolus, in dicta ⁱ l. | 'Impuberem', in principio ^j (1), tenet quod non, quia illi ^k, qui ^l eliguntur ^m ad aliquod officium ⁿ publicum, debent esse ydonei ^o | tempore quo eliguntur ^p, ut ^q l. 'Excusantur' ^r, § I, ff. ^s 'De excusationibus tutorum' ^t (2).

Decimoseptimo ^a quero ^b numquid ^c tabellio | excommunicatus possit conficere publica instrumenta ^d. Bartolus, in l. 'Eadem', in fine ^e, ff. ^f 'Ad legem Juliam repetundarum' ^g (1), dubitat de hoc;

^a add. in dextero margine 16^o questio. Utrum possit creari infra tempus pubertatis *R*; add. in sinistro margine questio *E*; add. in dextero margine questio *S* — ^b quero *om.* *E* — ^c abhinc semper numquit *L* — ^d aliquis *R₁ F E L R₂*; numquid quis: an aliquis *V₂*; utrum ne aliquis *S* — ^e tabellio *om.* *R* — ^f tempus *V₁ R R₁ E S L R₂*; infra tempora: tempore *F* — ^g et *F S L R₂* — ^h officium-exercere: conficere instrumentum et exercere officium *V₁*; conficere ystrumenta et officium exercere *V₂*; possit-exercere: conficiat instrumenta et exercere possit officium *R₁ F*; conficiat instrumentum et exercere possit officium *E S*; conficiat instrumenta et exerceat officium *L R₂*; post-exercere: possit conficere instrumenta et exercere officium *R* — ⁱ preallegata *V₁ R₁ F E*; allegata *S L R₂* — ^j in principio *om.* *S* — ^k hii *V₂ E S L R₂*; hi *F* — ^l illi qui: hii *R₁* — ^m obligantur *S*; qui eliguntur: quod elliguntur et semper elligere *V₂* — ⁿ officium aliquod *F S* — ^o add. eo *R₁ F R₂*; ydonei: ydoney eo *V₂*; idonei eo *L*; debent-ydonei: dicuntur esse idonei eo *E*; debent ydonei eo *S* — ^p obligantur *S*; eliguntur: elligantur ad aliquod officium publicum *V₁* — ^q ut *om.* *V₁ V₂ R R₁ F E S L R₂* — ^r excusatur *V₁ R*; excusante *V₂*; excusentur *F*; excusatus *S*; examinantis *L R₂* — ^s ff. *om.* *F* — ^t jur. *R₁*

^a add. in dextero margine 17^o questio. Utrum excommunicatus potest esse tabellio *R*; add. in sinistro margine questio *E* — ^b quero XVII *R₂* — ^c an *V₂* — ^d publica instrumenta: instrumentum publicum *V₁*; instrumenta publica *V₂ R R₁ E L R₂*; instrumentum vel instrumenta publica *S*; conficere-instrumenta: facere instrumenta publica *F* — ^e in fine *om.* *V₁ V₂ R R₁ E*; l. eadem in fine: l. in ea *F*; l. I *S* — ^f ff. *om.* *R F*; in fine ff.: § I *L R₂* — ^g repetundarum: cepe. *V₁*; et pe. et sic semper *R₁*

(1) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLVIII, tit. *Ad legem Corneliam de falsis* (X), l. *Impuberem* (XXII) post princ., [ed. cit., f. 184r, col. 2, nu. 3]: Quero utrum pupillus possit eligi notarius, ut post pubertatem, vel factus major, possit tabellionatus officium exercere. Respondeo: textus videtur velle quod, tempore quo eligitur, quis ad officium debeat esse idoneus, ut l. excusantur, § I, supra, de excusationibus tutorum (D. 27, I, 2, nunc princ.) et extra, de rescriptis, c. si eo tempore, libro VI^o (*Sextus*, I, 3, 9)....'. — (2) D. 27, I, 2, nunc princ.

(1) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLVIII, tit. *Ad legem Juliam repetundarum* (XI), l. *Eadem* (VI) in fine [ed. cit., f. 187v, col. 1, nu. 5]: 'Ultimo esset videndum, an excommunicatus possit instrumenta conficere: de hoc interrogabis canonistas'.

sed | dicendum est quod non, ut est casus ^a in titulo 'De statutis et consuetudinibus contra libertatem Ecclesie' ⁱ, § 'Credentes' ^j, coll. X^o ^k (2) et ^l | in Auth. 'Credentes', C. 'De hereticis' ^m (3) et Extra, eodem titulo, c. 'Excommunicamus' ⁿ, § 'Credentes' ^o (4).

Decimo octavo ^a quero | utrum ^b tabellio infamis possit conficere ²⁰ publica ^c instrumenta ^d, et ^e videtur quod non, quia tabellio est ^f loco testis ^g, ut ^h | l. 'Domitius Labeo' ⁱ, ff. ^j 'De testamentis' ^k (1); sed infamis non potest testificari ^l, ut ^m l. 'Eadem lege' ⁿ, § I ^o, | ff. ^p 'Ad legem ^q Juliam ^r repetundarum' ^s (2) et ^t l. III, § 'Lege' ^u, ff. ^v 'De testibus' ^w (3). Preterea glosa ^x in l. II, § 'Miles' ^y, ff. ^z 'De hiis | qui notantur infamia' ^{aa} (4), dicit quod infamis non potest exercere aliquod officium publicum ^{aa}, sed officium tabellionatus est officium

^a de hoc-casus : et est casus de hoc $V_1 R F$; et est de hoc $V_2 R_1$; et de hoc est casus E ; et est casus S — 'de statutis-ecclesie : de statuto et consuetudine V_1 ; de testy. et consuetudine V_2 ; de statuto, et consuetudine $R_1 F S$; de statuto ex consuetudine E ; in titulo-ecclesie : de statu, et consuetudine R ; dubitat-ecclesie : et est casus in auten. de pa. et consuetudine $L R_2$ — '§ procedens V_1 ; § prodns (?) V_2 ; § pe. R ; § perdms (?) R_1 ; § perderens F ; § predones sed add. in dextero margine alias de notis. feu. § credentes et melius E ; § perducere $L R_2$ — ^k XI F ; II $L R_2$ — 'et om. R — ^m § credentes-hereticis : § perdentes (add. in sinistro margine in aut.) C. de hereticis S — ⁿ eodem-excommunicamus : deco. (?) V_1 — ^o et extra-credentes : et cet. R_1 ; et extra-credentes om. $V_2 R F E S L R_2$

^a add. in dextero margine Numquid infamis possit esse tabellio R ; add. in sinistro margine questio ES — ^b Numquid $V_1 R R_1 F E S L$; an V_2 ; decimo octavo-utrum : quero XVIII numquid R_2 — ^c publica om. $V_2 R_1 E R_2$ — ^d publica instrumenta : instrumentum $V_1 R F S L$ — ^e et om. $F S$ — ^f tabellio est : habetur $R R_1 F E S L R_2$ — ^g tabellio-testis : loco testis habetur V_2 — ^h ut om. $R R_1 L R_2$; ut ex correctione a vel S — ⁱ l. domitius $V_2 R F L R_2$; l. dominus R_1 — ^j ff. om. R — ^k tabellio est-testamentis : habetur testis domitius de testibus V_1 — ^l testificari : esse testis $V_2 R_1 F E S L R_2$ — ^m in R_1 ; ut om. $L R_2$ — ⁿ lege § I om. $V_1 R_1 F E L R_2$; l. eadem-I om. S — ^o lege-ff. om. V_1 — ^p legem om. V_1 — ^q jull. S — ^r l. eadem-repetundarum : dicta l. eadem R — ^s et om. S — ^t add. julia S — ^u ff. om. F ; lege ff. om. V_2 — ^v add. ergo et cet. $V_1 V_2 R R_1 F S$; de testibus : de testamentis ergo et cet. E — ^w preterea glosa : patet ergo $F S$ — ^x milles V_1 ; millex R_1 — ^y ff. om. $L R_2$ — ^z de infam. $V_1 F S$; de infami. $V_2 R$; de infam. R_1 ; de infamibus $E L R_2$ — ^{aa} publicum om. V_1

(2) Const. Friderici II Imp., tit. unicus, § 'Credentes'. — (3) Auth. 'Credentes' ad C. 1, 5, 4. — (4) Extra, 5, 7, 13, 5.

(1) D. 28, 1, 27. — (2) D. 48, 11, 6, 1. — (3) D. 22, 5, 3, 5. — (4) Gl. 'sacramento' ad D. 3, 2, 2, 3 : 'Jurat enim miles, secundum Vegetium, quod mortem non evitabit causa reipublicae; a quo sacramento solvitur propter infamiam, qua afficitur. Si ergo solvitur a sacramento militiae secularis, multo magis ab ecclesiastico, et idem forte in omni publico officio et omni publico crimine, ex quo quis est damnatus; nam et qui infamis est,

- publicum^{ab}, ut l. 'Generali', C. 'De tabulariis', libro X^o ^{ac} (5).
- 25 Item ^{ad} infamis repellitur^{as} ab omni | dignitate, ut ^{af} l. II ^{ag}, C. 'De dignitatibus', libro XII^o ^{ah} (6); sed officium tabellionatus^{ai} est dignitas, ut ^{aj} l. I, C. ^{ak} 'De | mandatis principum' ^{al} (7), et ^{am} istam ^{an} partem tenet Ynocentius, in c. 'Fraternitatis', in ^{ao} glosa ^{ap} super ^{aq} verbo 'Dampnatur' ^{ar}, Extra, 'De hereticis' ^{as} (8). | Bartolus in l. 'Eadem', § I, supra allegato ^{at} (9), tenet contrarium^{av}, videlicet ^{aw},

^{ab} officium publicum : huiusmodi $V_1 F E S$; tabellionatus-publicum : tabellionis est huiusmodi R — ^{ac} ut l. generali-X^o : ut dicta l. generali ergo et cet. $V_1 E S L R_2$; ergo et cet. ut dicta l. generali R ; ut dicta l. generali ergo F — ^{ad} preterea $L R_2$ — ^{ae} repellitur S ; dicit-repellitur : dicit quod infames repelluntur V_2 ; dicit quod infamis repellitur R_1 — ^{af} ut om. $V_2 R_1 L R_2$ — ^{ag} I R_1 — ^{ah} libro XII^o om. $L R_2$ — ^{ai} tabellionis $R L R_2$ — ^{aj} ut om. $V_2 R_1 L R_2$ — ^{ak} supra S — ^{al} add. ergo et cet. $V_2 L R_2$; l. I-principum : l. I de mandatis principum C. R — ^{am} et om. $F S$ — ^{an} hanc V_1 — ^{ao} in om. S — ^{ap} c.-glosa : c. de fraternit. in § R_1 — ^{aq} in $L R_2$ — ^{ar} dampnatus R — ^{as} dampnatur-hereticis : dedonac. extra de etat. V_1 ; dampnatus de electio. V_2 ; dampnamus extra de elec. R_1 ; dampnatus extra F ; dampnatus de testi. S ; deponitur extra de testi. $L R_2$ — ^{at} supra allegato : preallegato $V_1 R_1$; ad legem juliam repe. R ; § I-allegato : preallegato § primo E ; l. eadem-allegato : in dicta l. eadem § I V_2 ; in dicta l. eadem § I ff. ad legem juliam repetun. $L R_2$ — ^{av} contra E — ^{aw} scilicet $L R_2$

non fert testimonium, ut infra, de testibus, l. III, § lege (D. 22, 5, 3, 5), quod est publicum officium, ut infra, de testibus, l. I (D. 22, 5, 1) et infra, quemadmodum testamenta aperiantur, l. <sed> si quis ex signatoribus (D. 29, 3, 7), eadem ergo ratione, aliqua publica officia non exercebit; a dignitatibus autem constat eum esse remotum, ut C. de dignitatibus, l. II, libro XII^o (C. 12, 1, 2)'. — (6) C. 10, 71, 3. — (7) C. 12, 1, 2. — (8) C. 1, 15, 1. — (9) IN-NOCENTIUS IV, *Op. cit.*, *Super quinto Decretalium* (V), tit. *De haereticis* (VII), c. *Fraternitatis* (IV), circa medium [ed. cit., p. 604, col. 1, nu. 1 circa finem]: '..... si tamen publica persona accusata et condemnata fuerit de falso, ex tunc, et instrumenta et dicta eius, ratione personae, robore carebunt...' — (9) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLVIII, tit. *Ad legem Juliam repetundarum* (XI), l. *Eadem* (VI) post princ. [ed. cit., f. 187r, col. 2, nu. 2 et 3, f. 187v, col. 1, nu. 4]: 'Quero ergo simpliciter, utrum notarius, dampnatus ex aliqua causa, que eum facit infamem, possit conficere instrumenta publica: videtur quod non; nam notarius videtur quodammodo testis, ut l. Domicius, supra, de testamentis (D. 28, 1, 27), sed infamis non potest testificari, ut hic (D. 48, 11, 6, 1) et in l. III, § lege, supra, de testibus (D. 22, 5, 3, 5), ergo et cet.; pro hoc, l. II, § miles, supra, de his qui notantur infamia (D. 3, 2, 2, 3) et ibi glosa (Gl. 'sacramento' ad D. 3, 2, 2, 3. v. supra, p. 135, n. 4), que dicit ibi quod infamis repellitur ab omni dignitate et ab omni officio publico; sed notariatus est officium publicum, ut l. generali, C. de tabulariis, libro X^o (C. 10, 71, 3) et notatur in l. si quis ex argentariis (recte l. argentarius), § I, supra, de edendo (D. 2, 13, 10, 1), ergo et cet. Preterea dicitur in

quod tabellio ^{av} infamis conficere possit ^{az} instrumenta ^{av}; | movetur ^{az}

^{av} talis *F E*; quod tabellio: quia talis *R₁* — ^{az} possit conficere *V₁ R* — ^{av} conficere-instrumenta: possit conficere instrumentum *R₁ F E*; tabellio-instrumenta: possit conficere instrumentum *V₂*; infamis possit conficere *L R₂* — ^{av} add. tali *V₁*

l. I, C. de mandatis principum (*C. 1, 15, 1*), quod tabellionatus est dignitas, sed infamis repellitur ab omni dignitate, ut l. II, C. de dignitatibus, libro XII^o (*C. 12, 1, 2*), ergo et cet. In contrarium facit quod alibi dicitur, quod officium tabellionatus non est dignitas, sed est munus, ut lege finali, in principio, C. qui militare non possunt, libro XII^o (*C. 12, 33, 7*) et ibi glosa (Gl. 'si quis dominio servi' ad *C. 12, 33, 7*: v. *infra*, p. 138, n. 10); sed infamis non repellitur a muneribus, ut l. neque infames, C. de decurionibus, libro X^o (*C. 10, 32, 12*) et C. de his qui non impletis stipendiis <sacramento soluti sunt, l. I> (*C. 10, 55, 1*) et, de infamibus, l. I, libro X^o (*C. 10, 59, 1*). Preterea video quod infamis potest esse procurator et arbiter, ut Insti. de exceptionibus, § finali (*Inst. 4, 13, 11*) et l. Pedius, supra, de arbitris (*D. 4, 8, 7*). Item potest esse tutor vel curator, secundum Azonem, in Summa trium librorum, super dicto titulo de infamibus (*C. 10, 59*), et sentit hoc glosa in l. athlete, supra, de excusationibus tutorum, in principio (Gl. 'munus' ad *D. 27, 1, nunc 6, 13 post princ.*) et est casus in l. I, § sed est equissimum, supra, de postulando (*D. 3, 1, 1, nunc § 6 ante finem*), ubi infamis admittitur pro suo pupillo et adulto ad postulandum; ergo, eadem ratione, poterit esse tabellio, et est textus in l. III, § queri potest, supra, de suspectis tutoribus (*D. 26, 10, 3, 6*), ubi videtur dicere quod, qui est suspectus propter delictum commissum alibi, quam in tutela, non debet propter hoc removeri a tutela, eadem ratione hic infamis propter delictum commissum alibi, quam in officio notariatus non debet ab ipso officio, seu munere, removeri, proprie loquendo dubito in hac questione, tamen finaliter dico sic: ante omnia scias, quod tabellionatus officium non est dignitas, sed munus, ut lege finali, in principio, cum sua glosa, C. qui militare non possunt (*C. 12, 33, 7* et gl. 'si quis dominio servi' ad *C. 12, 33, 7*: v. *infra* p. 138, n. 10) et l. I, C. de mandatis principum, <quia> loquitur de notario principis, assumpto ad scribendum negotia principis: tunc ille notarius, qui eligitur per principem, est dignitas, non tamen officium notariatus in se est dignitas, simpliciter sumendo notariatum. Dico ergo, quod infamis non potest exercere officium tabellionatus, quod habeat in se dignitatem, ut l. II, C. de dignitatibus (*C. 12, 1, 2*), vel quod haberet officium aliquod iniunctum ex publico, ut quod esset notarius ad banchem vel similia, ut notatur in dicta l. II, § miles, supra, de his qui notantur infamia (*D. 3, 2, 2, 3*). Sed si ipse a partibus volentibus assumatur, ut faciat publicum instrumentum, non video quid repugnet quin dicatur publicum munus et sicut potest assumi arbiter a partibus volentibus, ita potest assumi notarius a partibus volentibus. Item, sicut infamis assumptus iudex a partibus volentibus et non opponentibus, valet eius iudicium, ut dixi in l. quidam consulebat, supra, de re iudicata (*D. 42, 1, 57*) et notatur in Speculatore, de iudice delegato, § excipi(tur), vers. item quod periurus et infamis et versiculo sequenti Nec obstat quod infamis non potest esse

ratione ^{ba}: quia officium ^{bb} tabellionatus non est dignitas, sed est munus ^{bc}, ut notat ^{bd} glosa | in lege finali, in principio, C. 'Qui militare ^{be} non possunt' ^{bf}, libro XII^o ^{bg} (10); constat autem ^{bh} quod
 30 infames non excluduntur ^{bi} | a muneribus ^{bj}, ut ^{bk} l. I, C. 'De hiis qui non impletis stipendiis ^{bl} <sacramento soluti sunt>', libro X^o (11) et ^{bm} l. I, C. ^{bn} 'De infamibus', eodem libro ^{bo} (12). | Preterea ^{bp} infamis potest ^{ba} esse procurator, ut ^{br} Inst. 'De exceptionibus' ^{bs}, § finali (13). Item ^{bt} arbiter ^{bu}, ut ^{bv} l. ^{bw} 'Pedius' ^{bx}, | ff. 'De arbitris' (14). Item potest esse ^{by} tutor et curator, ut notat Azo ^{bz}, in Summa ^{ca} Trium Librorum, C. ^{cb} in titulo ^{cc} | 'De infamibus' ^{cd} (15), et est ca-

^{ba} ratione om. *F E L R₂*; ratione: ratio ut *R₁* — ^{bb} officium om. *R* — ^{bc} sed-munus om. *V₂ R₁ F E* — ^{bd} notat: notatur in *R₁* — ^{be} milli. *V₁* — ^{bf} qui-possunt: qui *****
 ***** *R₁*; lege-possunt: l. I in fine C. qui mo. non pos. *R₂* — ^{bg} XI^o *R*; bartolus-
 XII om. *S* — ^{bh} enim *V₂*; autem om. *S* — ^{bi} excusantur *V₁*; infames-excluduntur: infamis non excluditur *V₂* — ^{bj} minoribus *R₁* — ^{bk} ut om. *V₁ V₂ R₁ E S R₂* — ^{bl} de hiis-stipendiis: de hiis qui non implent stip. *V*; l. I-stipendiis: C. de his qui non impl. stip. l. I *V₂ S*; C. de hiis quod non implent stipendia l. I *R₁*; C. de hiis non implent stipendia lege prima *E*; C. de hiis qui non impl. *R₂* — ^{bm} ut l. I et om. *R* — ^{bn} C. om. *S* — ^{bo} eodem libro om. *R₂*; lege-libro: l. I in fine C. qui mo. non pos. libro X^o et l. I C. de infamibus *L*; dampnatur-libro: dampnatos de elec. alias de testi. in prin. C. qui mili. non pos. libro X^o et l. I C. de infam. po. le. *F* — ^{bp} item *L R₂* — ^{bq} potest infamis *S* — ^{br} ut om. *L R₂* — ^{bs} de exceptionibus: de excusat. in *R₁*; de excu. tu. *F E S* — ^{bt} add. potest esse *R R₁ F E S L R₂* — ^{bu} preterea-arbiter: preterea infamis potest esse arbiter *V₁* — ^{bv} ut om. *R₁ L R₂*; item-ut: et *V₂* — ^{bw} ut l.: vel *R* — ^{bx} podius *S* — ^{by} potest esse om. *V₁ F E S*; item potest esse: et item potest esse arbiter (potest esse arbiter *postea expungitur*) *R₁* — ^{bz} cy. *V₁ V₂ R R₁ E S*; notat azo: notatur *L R₂* — ^{ca} summa: secunda parte *V₂ E* — ^{cb} codicis *S*; C. om. *F L R₂* — ^{cc} C. in titulo: libro X^o in fine *V₂*; summa-titulo: secunda parte trium liberorum C. in fi. *R₁* — ^{cd} add. libro X^o *L R₂*

testis, quia in testimonium quis vocatur ab una parte, alia invita, sed nos loquimur in contractu, qui celebratur utraque parte mandante'. — (10) Gl. 'si quis-dominio servi' ad C. 12, 33, 7: 'Haec lex facit liberum, ut supra lege proxima, cum similibus. Sed contra, supra, de tabulariis, l. generali (C. 10, 71, 3). Solutio: illa trahitur ad istam, imo ibi munus, hic dignitas'. — (11) C. 10, 55, 1. — (12) C. 10, 59, 1. — (13) Inst. 4, 13, 11. — (14) D. 4, 8, 7. — (15) Azo, *Summa* *Summa trium librorum Codicis*, lib. X, tit. *De infamibus* (LIX), post medium [ed. anast. Torino 1966 ex ed. Papie 1506, p. 422, col. 1]: 'Namque postulandi, testificandi, assidendi, iudicandi honor infamibus interdictus est, ut ff. de postulando, l. I, § removet (D. 3, 1, 1, 6) et ff. de testibus, l. III, § penultimo (D. 22, 5, 3, 5) et ff. de officio adsectorum, l. II (D. 1, 22, 2) et ff. de iudiciis, l. cum pretor, § cum (recte non) autem (D. 5, 1, 12, 2), licet dicatur quod arbiter possit esse infamis, et procurator et tutor forte vel curator, ut ff. de arbitris, l. Pedius (D. 4, 8, 7) et insti. de exceptionibus, § ultimo (Inst. 4, 13, 11) et ff. de postulando, l. I, § removet (D. 3, 1, 1, 6), unde colligitur quod predicta officia potius onera quam honores sunt

sus^{ca} in l. I, § 'Sed est equissimum'^{ca}, ff. 'De postulando' (16), igitur et cet.^{ca}. Nec^{ch} obstat, secundum eum, | l. I^{ca}, C.^{ca} 'De mandatis principum' (17), quia loquitur de^{ck} notario principis assumpto^{cl} ad scribendum negocia^{cm} principis^{cn}; | nam illud^{co} of- 35 ficiū, ad quod^{cp} eligitur^{ca} per principem, est dignitas, ut ibi notatur^{cr} (18), et^{ca} ideo infamis non | posset illud officium exercere, per^{cl} l. II, C. 'De dignitatibus', libro XII^{co} (19). Item non obstat^{cv} quod notat glosa | in^{cw} l. II, § 'Miles', ff. ^{cx} 'De infamibus' (20), quia^{cz} loquitur in^{da} notario^{db}, qui habet aliquod officium^{dc} iniun- tum^{dd} de publico^{de}, | ut quod^{df} sit^{dg} notarius ad banchum^{dh} stipendiariorum^{di} vel^{ds} symile^{dk}; sed nos loquimur de^{dl} notario, qui | assumitur^{dm} a^{dn} partibus volentibus, ut faciat publicum instrumen- tum^{do}, ad quod officium potest etiam^{dp} infamis assumi^{dq}; | sicut 40 dicimus^{dr} de^{ds} iudice; nam si infamis sit delegatus^{dt} partibus vo-

^{ca} in titulo-casus : de infamibus eodem libro casus est R — ^{ca} § equissi- mum V₁; § est equissimum R₁; in l. I-equissimum : in l. prima § sed equis- simum V₁; § sed est equissimum in l. I S; in l. III § est equissimum L R₂ — ^{ca} et cet. om. V; igitur cet. : ergo et cet. V₁ R F E S; § et cet. R₁; igitur cet. om. V₂ L R₂; — ^{ch} nam R₁; nec : item nec L R₂ — ^{cl} l. I om. R₁ E — ^{cl} ff. V₁; C. om. L R₂; l. I C. : li. I in principio R — ^{ck} in V₂ R₁ F E S L R₂ — ^{cl} adsumpto et semper 'adsum- mere' R; assumpto R₁ F — ^{cm} add. ipsius V₁ V₂ R R₁ F E S — ^{cn} ipsius L R₂ — ^{co} istud V₂; illud om. R — ^{cp} ad quod : tamen S; illud-quod : ad illud officium F — ^{ca} ad-eligitur : per quod eligimus R₁ — ^{cr} notatur om. V₁ V₂ R₁ F E; ibi notatur : infra R — ^{ca} notatur et om. L R₂; ut ibi-et om. S — ^{ca} non posset-per : non potest exercere illud per dictam V₁ V₂ R₁ F E S; exercere non potest illud per dictam R; non potest illud exercere per dictam regulam L R₂ — ^{cw} libro XII^{co} om. V₁ V₂ R R₁ F E S L R₂ — ^{ca} add. secundum eum V₁ V₂ R R₁ F E S L R₂ — ^{cw} add. dicta V₂ R₁ F E S — ^{ca} ff. om. R L R₂ — ^{cv} de infra. L; ff. de infamibus om. V₂ — ^{ca} et S — ^{ca} de V₁ V₂ R R₁ F E — ^{ch} add. principis et postea expungit L — ^{ca} add. sibi L R₂ — ^{ca} iniuntum V₂; in iunctum R₁ — ^{ca} iniuntum-publico : in instrumento publico V₁; iniunctum publicum F; iniunctum ex publico R — ^{cl} quia V₂ R E — ^{ca} quod sit : quia scit R₁; quia sic S; quia L R₂; ut- sit : quia sic V₁ — ^{ch} banchum S L R₂ — ^{cl} instipendiurum V₁; stipendiurum V₂; stipendiariurum L; notarius-stipendiariurum : ad banchum stipendiurum R — ^{cl} add. saltem (?) S — ^{ck} simile V₁ V₂ R E S L R₂; stipendiariurum-simile : notariurum stipendiando vel similiter R₁ — ^{cl} in V₂ — ^{cm} assummitur et semper 'assumere' V₂; sumitur R E S; sumit R₁; qui assumitur : sumpto L R₂ — ^{cn} assumitur a : sumitur de V₁ — ^{ca} volentibus-instrumentum : ut faciat instrumentum publicum V₁ R; ut confi- ciat instrumentum publicum V₂ R₁ E; ut faciant instrumentum publicum S; ad facien- dum publicum instrumentum L R₂; ut quod-instrumentum om. F — ^{cp} etiam om. V₁ V₂ R R₁ E S L R₂ — ^{cl} assummi R₁ E; assumi F — ^{cl} dicius (?) S — ^{ca} in R L R₂ — ^{cl} electus R E; datus F S; delegatus : electus a V₁; sit delegatus : est et si sit datus L R₂; dicimus-delegatus : de iudice dicimus nam infamis sit debitus a V₁

(16) D. 3, 1, 1, nunc § 6 ante finem. — (17) C. 1, 15, 1. — (18) C. 1, 15, 1. — (19) C. 12, 1, 2. — (20) Gl. 'sacramento' ad D. 3, 2, 2, 3 (v. supra, p. 135, n. 4).

lentibus ^{du} et non | opponentibus ^{dv}, valet eius ^{dw} iudicium et ^{dx} sententia, ut ^{dv} notat Innocentius in c. 'Cum ^{dx} super', Extra ^{ea}, 'De officio | <judicis> delegati' ^{eb} (21). Idem ^{ec} Bartolus in l. 'Quidam consulebat' ^{ed}, ff. ^{ee} 'De re judicata' ^{ef} (22) et notatur ^{eg} in Speculatore ^{eh}, 'De iudice delegato', | § 'Excipi' ^{ei}, ver. 'Item quod est ^{ej} periurus et infamis' ^{ek} et versiculo ^{el} sequenti ^{em} (23). Item non obstat,

^{du} delegatus-volentibus : electus a partibus volentibus R_1 — ^{dv} add. de infamia R_2 — ^{dw} valet eius : de infamia licet falcet (?) eius cuius V_1 ; de infamia licet valeat eius $V_2 R F S$; de infamia licet valet eius R_1 ; de infamia vel eius L ; opponentibus-eius : ponentibus de infamia licet valeat eius E — ^{dx} vel $V_1 V_2 R_1 F E S L R_2$ — ^{dv} et R — ^{dx} cum om. V_1 — ^{ea} extra om. $V_2 L R_2$ — ^{eb} de off. lege. V_1 — ^{ec} item $V_1 R_2 S$; et $R L R_2$; idem om. R — ^{ed} consulebant $L R_2$ — ^{ee} ff. om. $V_2 R E L R_2$ — ^{ef} in l. judicata : ff. de re judicata l. quidam consulebat R_1 — ^{eg} notatur om. $V_1 V_2 R_1$; et notatur om. $E S$ — ^{eh} notatur-speculatore : speculator in titulo $R L R_2$ — ^{ei} excipitur $V V_2 R L R_2$; excipit R_1 ; exceptus S — ^{ej} quod est : numquid $V R$ — ^{ek} item-infamis : numquid pronum V_2 ; numquid promitt. R_1 ; numquid periurus E ; item numquid perius (?) S ; item numquit L ; item numquid R_2 — ^{el} § R_1 — ^{em} extra-sequenti : extra de of. deleg. § exceptus versy. item numquid perius (?) et versy. se. F

(21) INNOCENTIUS IV, *Op. cit.*, *Super primo Decretalium* (I), tit. *De officio et potestate iudicis delegati* (XXIX), c. *Cum super* (XXIII), ante finem [ed. cit., p. 158, col. 1, nu. 6]: 'Nec obstat exceptio infamiae vel servitutis volenti iudicare, cum haec exceptio non impediatur iudicare, sed tantum iudicem fieri, ut dictum est; et ideo licitum est opponere eam contra delegatum, antequam iudex fiat, idest antequam sit in eo statu, quod iurisdictio eius elidi non possit, vel antequam partes in ipsum consentiant, ut notatur, supra, de rescriptis, c. sciscitatus (*Extra*, 1, 3, 13); sed postquam iudex fuerit, non habet locum haec exceptio infamiae vel servitutis, quae non opponitur ne iudicetur, sed ne iudex fiat'. — (22) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Prima super Digesto Novo*, lib. XLII, tit. *De re judicata* (I), l. *Quidam consulebat* (LVII), ante medium [ed. cit., f. 126r, col. 2, nu. 7]: 'Quandoque exceptio concernit personam iudicis et tunc quandoque sigillat famam seu honorem ipsius iudicis, ut quia opponitur quod est infamis vel servus, ideo non potest esse iudex sed si haec exceptio non proponitur, procedit et valet iudicium, ut l. II, C. de sententiis (C. 7, 45, 2) et notatur in dicto c. sciscitatus (*Extra* 1, 3, 13) et in Speculatore, de iudice delegato, § finali (§ excipi), vers. sed numquid infamis'. (v. n. 23) — (23) GUILIELMUS DURANDUS, *Op. cit.*, lib. I, partic. I, tit. *De iudice delegato*, § *Excipi*, vers. 'Item quod est periurus' et vers. 'Sed numquid infamis' [ed. cit., f. 10r, col. 1, nu. 1 post medium et nu. 2]: '<Excipi potest> Item quod est periurus vel alias infamis, C. de infamibus, lege unica, libro X^o (C. 10, 59, 1) et C. de transactionibus, <1.> si quis major, libro XII^o (recte II^o: C. 2, 4, 41) Sed numquid infamis potest procedere, si non excipiat contra eum? Respondeo sic: nec enim propter infamiam ab honoribus publicis quis excusatur, argumento C. de decurionibus, libro X^o, l. nec infamem (recte infames: C. 10, 32, 12) et argumento, ff. de officio pretorum, <1.> Barbarius (D. 1, 14, 3) ...'.

secundum eum ^{en}, quod infamis | non potest ^{eo} esse testis ^{ep}, quia ad
testimonium quis producitur ab una ^{eq} parte ^{er} tantum ^{es}, altera ^{et}
invita ^{eu}, et ideo | non admittitur ^{ev}; sed notarius, qui ^{ew} assumitur ^{ex} 45
ad scribendum instrumentum, assumitur ab utroque ^{ey} contrahen-
cium ^{ez}, ideo | valet tale ^{fa} instrumentum ^{fb}. Quid dicendum ^{fc}? Ego ^{fd}
teneo opinionem Ynocentii, pro qua ^{fe} allego quasi ^{ff} | casum in ti-
tulo 'De prohibita feudi ^{fg} alienatione per Federicum' ^{fh}, § 'Scri-
ba vero' ^{fi}, coll. X (24). Non obstant rationes ^{ff} Bartoli et primo non
obstat | cum dicit quod ^{fk} officium tabellionatus ^{fi} est ^{fm} munus ^{fn}
publicum, ut notat glosa ^{fo} in lege finali, C. ^{fp} 'Qui ^{fa} militare ^{fr} non
possunt' (25), quia ^{fs} dico illam glosam non esse veram et esse ^{ft} contra
casum ^{fu} l. 'Generali', in fine ^{fv}, C. 'De tabulariis', libro
X^o (26), ad | quam ^{fw} Bartolus non posset respondere ^{fx}; nam ibi ex- 50
presse dicitur ^{fu} quod est ^{fx} officium publicum ^{ga}, et ^{vb} quod sit offi-
cium publicum tenet Ynocentius || in c. I ^{gc}, Extra ^{gd}, 'De fide in-
strumentorum' (27). Quod autem non sit ^{ge} munus publicum ^{gf}, patet

^{en} item-eum : item secundum eum non obstat *L R₂* — ^{eo} possit *F* — ^{ev} non potest-
testis *om. S*; § excipi-testis : § excipitur item numquid infamis potest esse testis *V₁* —
^{eq} quis-una : producitur ab altera *V₂*; producitur is ab altera *F S* — ^{er} quis-parte :
is producitur ab altera partium *V₁*; producitur is a parte altera *E*; ad-parte : testi-
monium producitur ab altera partium *R L R₂*; a testimonium producitur a parte altera
R₁ — ^{ea} tamen *V₁ R₁* — ^{et} altera *om. L R₂* — ^{eu} invicta *E* — ^{ev} admittitur
R R₁ E S L R₂ — ^{ew} add. admittitur sive *E*; qui *om. V₂ R₁* — ^{ex} sumit *V₁* — ^{ey}
instrumentum-utroque : sumitur ab utraque parte *V₁*; ystrumenta adsumit ab
utraque parte *R* — ^{ez} assumitur-contrahencium : ab utroque contrahente *V₂ S* —
^{fa} tale *om. R₁ F E S L R₂* — ^{fb} ideo-instrumentum : ydeo ystrumentum valet *V₂*
— ^{fc} quid dicendum *om. V₁ V₂ R R₁ F E S L R₂* — ^{fd} add. autem *L R₂* — ^{fe} quo
F — ^{ff} quasi *om. E L R₂* — ^{fg} pheudi *V₂*; add. in sinistro margine contra bar. *R*
— ^{fh} phedericum *V₂*; per federicum *om. F*; de-federicum : de prohiben. aciū (?)
prosit *V₁*; de prohi. aliera. pro f. *R₁*; de prohi. pro fe. *E*; de prohi. alie. feudi *S*;
— ^{fi} de-vero : de prohibi. alie. feu. § scribit *R*; in titulo-vero : de prohi. feu. ali.
§ scriba *L R₂* — ^{fi} regule *R₁*; jura *E* — ^{fk} primo-quod : ideo cum dicit *V₁*; primo
cum dicit *V₂ R₁ F S*; primo dum dicit quod *R*; primo dum dicit *E*; et primo-quod :
primo casu ubi dicit *R₂* — ^{fm} tabellionis *R₂* — ^{fn} et *R₁* — ^{fn} minus et sic sem-
per *R₁* — ^{fo} notat glosa : notatur *V₁* — ^{fp} C. *om. V₁ V₂ F S* — ^{fq} qui *om. R* —
^{fr} ma. *S* — ^{fs} lege-quia : l. qui ***** *R₁* — ^{ft} glosam-esse : glo-
sam esse falsam quia est *V₁ V₂ R R₁ F E S*; falsam et *R₂* — ^{fu} add. in *V₁* — ^{fv}
in fine *om. V₂* — ^{fw} quem *E S* — ^{fx} posset respondere : differt *V₁*; respondet *V₂*
R R₁ F S R₂; refert *E* — ^{fy} reffert *V₁*; dicit *V₂ R₁ F E S* — ^{fz} est *om. R₂* — ^{ga}
non obstant-publicum : non obstant rationes bartoli in primo casu ubi dicit officium
publicum *L* — ^{gb} et *om. V₁ R R₁ F E S* — ^{gc} c. et *R₁* — ^{gd} in c. I extra : c. I
V₂ — ^{ge} add. inutile *L*; add. inutilis *R₂* — ^{gf} publicum *om. F S*

(24) L. F., 2, 55, 1 in fine. — (25) Gl. 'si quis-dominio servi' ad C. 12, 33, 7 (v. *supra*, p. 138, n. 10). — (26) C. 10, 71, 3. — (27) INNOCENTIUS IV, *Op. cit.*, loc. cit. (v. *supra*, p. 104, n. 1).

evidenter ex ⁹⁹ diffinitione ^{9h}: dicitur enim ⁹ⁱ | munus publicum ^{9j},
 'quod in administranda ^{9k} re publica cum sumptu ^{9l} sine titulo digni-
 tatis subimus' ^{9m}; | hec diffinitio, seu descriptio ⁹ⁿ, habetur ^{9o} ad lit-
 teram ^{9p} in l. 'Honor' ^{9q}, § 'Munus', ff. ^{9r} 'De muneribus et hono-
 ribus' ^{9s} (28). Item non | obstat, quod dicit de procuratore, tutore ^{9t}
 et ^{9u} arbitro ^{9v}, quia loquuntur in personis ^{9w}, que non habent officium
 5 publicum. Item | non obstat, quod dicitur ^{9x} de iudice, scilicet ^{9y},
 quod si non opponatur ^{9z} quod ^{9a} sit infamis, valet sententia per eum
 | lata ^{9b}, quia aliud est ^{9c} in iudice delegato ^{9d}, cuius ^{9e} sententia ^{9f}
 et iudicium ^{9g} valet ^{9h} propter auctoritatem delegantis ⁹ⁱ, si litigato-
 res ^{9j} non opponunt ^{9k} de infamia ^{9l}, que ratio cessat ^{9m} in tabel-
 lione ⁹ⁿ. |

⁹⁹ add. eius $L R_2$ — ^{9h} diffinitione : eius diffinitione quod est munus publicum $R F$;
 eius diffinitione quid est munus publicum $E S$; patet-diffinitione : satis videtur apparere
 ex eius diffinitione quid est munus publicum V_1 ; satis videre ex eius diffinitione
 quid est minus publicum R_1 — ⁹ⁱ dicitur enim : non dicit ipse F ; nam dicit ipse
 E — ^{9j} enim-publicum $om. S$; dicitur-publicum : nam dicit ipse munus publicum
 dicitur V_1 ; et dicitur R ; nam dicit ipse minus publicum dicitur R_1 ; nam dicitur ip-
 sum publicum $L R_2$ — ^{9k} administranda $L R_2$ — ^{9l} sumpto L — ^{9m} administran-
 da-subimus : administrando re publica sine titulo dignitatis scribimus V_2 ; admini-
 stranda re publica consumpta sine titulo et dignitate scribimus R ; administrand.
 non publicat. sine titulo dignitatis scribimus R_1 ; administranda re publica consumpto
 alias est sumpta sine titulo scribimus nec fuerimus (?) F ; administranda rei publice
 consuetum sine titulo dignitatis scribimus E ; administrando re publica consumpta
 alias sumpta sine titulo scribimus vel subimus S ; patet-subimus : quod in admini-
 stranda re publica consumpta sine titulo dignitatis scribimus V_1 — ⁹ⁿ hec-descrip-
 tio : quod diffinitio V_1 ; que diffinitio $R R_1 F E L R_2$ — ^{9o} habet R — ^{9p} hec-lit-
 teram : que diffinitio habetur V_2 ; que distinctio habetur S — ^{9q} l. honor : honore
 V_1 ; l. ***** R_1 — ^{9r} l. honor-ff. : l. honore $L R_2$ — ^{9s} de mu. et hone. R ;
 de min. et hon. R_1 ; de one. et hon. F — ^{9t} procuratore tutore : iudice curatore
 V_2 ; quod-tutore : de tutore et curatore $V_1 E$; de tutore curatore R_1 ; de tutore et
 procuratore $F L R_2$; de tutore procuratore S — ^{9u} vel V_1 ; et $om. E$ — ^{9v} quod-
 arbitro : de tutore curatore et procuratore R — ^{9w} loquuntur-personis : sunt per-
 sone $V_1 V_2 R R_1 F S L R_2$; quia-personis : que sunt persone E — ^{9x} quod dicitur
 $om. V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{9y} scilicet $om. V_2 R R_1 F E S L R_2$; obstat-scilicet : pro-
 bat de iudice ibi V_1 — ^{9z} opponitur $F L R_2$ — ^{9a} add. non $V_2 R_1$; opponatur quod :
 ponatur quod non E — ^{9b} licita R_1 — ^{9c} quia-est : quod est aliud $R_1 F E S$; que
 est aliud $L R_2$ — ^{9d} add. infame $V_1 V_2 F E S L R_2$; add. infamie R_1 — ^{9e} quia
 $F S$ — ^{9f} in-sententia : de iudice delegato infame sententia cuius R — ^{9g} sen-
 tentia-judicium : sententia judic. E ; cuius-judicium : quia iudicium et sententia
 $L R_2$ — ^{9h} valent $F S$ — ⁹ⁱ propter-delegantis : propterea auctoritatem delegamus
 R_1 — ^{9j} si litigatores : litigantes E — ^{9k} oponant R — ^{9l} de infamia : notam
 infamie $L R_2$ — ^{9m} vacat in R_1 — ⁹ⁿ tabellionibus $L R_2$

Decimonono quero numquid spurius possit esse tabellio; de ista questione vide in Speculatore, 'De tabellione', | § 'Sed numquid' et cet. ^a (1)

Vigesimo ^a quero ^b: tabellio ^c excommunicatus vel infamis, non obstante ex|communicatione vel infamia ^d, diu stetit in possessione ^e 10 tabellionatus et ^f bone fame, numquid ^g valeant | instrumenta per eum scripta ^h? Bartolus videtur in hoc ⁱ sibi ^j contrarius in ^k l. 'Eadem lege' ^l, § I, supra allegato ^m (1) et ⁿ tenet in|dubitanter pro ^o sic per l. 'Barbarius', ff. 'De officio pretorum' ^p (2) et per ^q l. II, C. 'De sententiis' ^r (3). Guilielmus de Cuno ^s, quem | sequitur idem

^a decimonono-cet. om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$

^a decimonono $V_1 V_2 R R_1 F E S$; add. in sinistro margine Numquid tabellio excommunicatus vel infamis qui stetit in possessione valeant eius instrumenta R ; add. in sinistro margine questio E ; add. in dextero margine questio S — ^b vigesimo quero : quero decimonono si $L R_2$ — ^c tabellio om. S — ^d excommunicatione-infamia : infamia vel excommunicatione $V_1 F$; non-infamia : excommunicatione vel infamia non obstante V_2 — ^e possessionem $V_1 R$; in possessione : in possessione et quasi possessione V_2 ; quasi in possessione R_1 ; in quasi possessione E — ^f vel $V_2 R R_1 F E S$; et om. V_2 — ^g an $V_2 R_1 F E S$; non-numquid : stetit in possessione tabellionatus vel bone fame non obstante infamia vel excommunicatione an $L R_2$ — ^h facta $V_1 F$; per-scripta : facta per eum $V_2 R R_1 E S L R_2$ — ⁱ in hoc om. $L R_2$ — ^j in hoc sibi : sibi ipsi $V_2 R_1 F E S$; videtur-sibi : in libro (?) iur. (?) sibi esse V_1 ; in hoc sibi videtur R — ^k in om. F ; add. dicta $V_2 R$ — ^l lege om. $V_1 V_2 R R_1 E S L R_2$; l. eadem (?) F — ^m preallegato $V_1 R_1 F E S$; supra allegato $V_2 R$; supra allegato : ff. ad legem juliam repetundarum $L R_2$ — ⁿ ubi $L R_2$; et om. $V_1 R R_1 E$ — ^o indubitanter pro : quod $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^p ff. pretorum : ff. de offi. pre. ur. R ; de offi. presidis $L R_2$; ff. pretorum om. $R_1 F S$ — ^q in V_1 ; per om. $V_2 R R_1 F S L R_2$; l. barbarius-per : l. barbarius in E — ^r C. de sententiis : C. de senato. V_2 ; de sena. $L R_2$ — ^s guilielmus de cuno : sed guilielmus $V_2 F E$; sed gul. (?) R ; sed guilhelmus R_1 ; sed in wil. S

(1) GUILIELMUS DURANDUS, *Op. cit.*, lib. I, partic. IV, tit. *De tabellione* [ed. cit., f. 131v, col. 1]. Nel citato brevissimo titolo manca il § *Sed numquid*. (V. *supra*, p. 46 e p. 70 n. 25).

(2) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLVIII, tit. *Ad legem Juliam repetundarum* (XI), l. *Eadem* (VI), post princ. [ed. cit., f. 187r, col. 2, nu. 2 et 3, fol. 187v, col. 1, nu. 4]; (v. *supra*, p. 136, n. 9). — (3) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Prima super Digesto Veteri*, lib. I, tit. *De officio pretorum* (XIV), l. *Barbarius* (III), circa finem [ed. cit., f. 34r, col. 1, nu. 6]; (v. *supra*, p. 101, n. 4). — (4) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Codice*, lib. VII, tit. *De sententiis [et interlocutionibus]* (XLV), l. II ('*Si arbiter*'), post princ. [ed. cit., f. 68v, col. 2, nu. 2]: 'Juxta hanc legem, quero quid in iudice excommu-

Bartolus ^t, in dicta l. 'Barbarius' ^u (4), tenet contrarium ^v, videlicet ^w quod licet diu fuerit ^x in possessione tabellionatus ^y, | tamen ^z non valent ^{aa} eius instrumenta ^{ab}, et ista ^{ac} secunda ^{ad} opinio est vera ^{ae},
 15 pro qua est casus in ^{af} l. 'Generali' ^{ag}, C. 'De | tabulariis' ^{ah}, libro X^o ^{ai} (5). Nec ^{aj} obstat l. ^{ak} 'Barbarius' ^{al} (6), quia ibi ^{am} erat peccatum ^{an} in materia tantum; nam ^{ao} ibi | intervenerat ^{ap} communis ^{aq} error et auctoritas eius ^{ar}, qui hanc ^{as} poterat dare ^{at} jurisdictionem, nisi fuisset | aliud ^{au} impedimentum ^{av} in persona ^{aw} Barbarii, qui erat servus; sed in questione nostra fuit peccatum ^{ax} in | forma et in materia ^{ay}: nam hic ^{az} non intervenit ^{ba} error et auctoritas eius, qui posset ^{bb} creare tabelliones ^{bc}, et peccatum forme ^{bd} est majus ^{bs}

^t guilielmus-bartolus: sed guil. quem bar. sequitur $L R_2$ — "quem-barbarius: in dicta l. barbarius quem ipse bar. sequitur $V_2 R_1$; in dicta l. barbarius quem ipse idem bar. sequitur $F S$; in dicta l. barbarius quam ipse bar. sequitur E — "quem-contrarium: in dicta l. barbarius quem idem bar. tenet sequitur contrarium R ; sic-contrarium: sic per l. barbarius quem bar. sequitur tamen contra V_1 — "vim (!) V_1 ; videlicet *om.* $F L R_2$ — "stetit R ; steterit E ; diu fuerit: fuerit diu F — "add. bone fame et postea expungit V_1 — "tamen *om.* R — "aa valeant $V_1 R_1 F S$ — "ab valent-instrumenta: tenent instrumenta per eum confecta $L R_2$; videlicet-instrumenta: scilicet quod non valeant V_2 — "oc sic $V_1 R$ — "ad eius V_2 ; ista secunda: sic secundum eius R_1 ; sic secunda eius $F E S$ — "ista-vera: secunda opinio vera est $L R_2$ — "af add. dicta F — "ag generaliter E — "ah tabulis E ; C. de tabulariis: est de tribulis R_1 — "ai C-X^o: supra allegata V_2 ; l. generali-X^o: dicta l. generali $L R_2$ — "aj non $R E$ — "ak lex F — "al add. sed guil. V_1 ; add. secundum guil. $V_2 R R_1 F E$; add. allegata per wil. S ; l. barbarius: dicta l. barbarius secundum guil. $L R_2$ — "am ibi *om.* $V_2 R$ — "an peccatum erat $R_1 F E L R_2$ — "ao erat-nam: peccatum tantum erat in materia quia V_1 — "ap intervenit $V_1 V_2 R_1 F E S$ — "aq omnis V_1 — "ar illius R — "as hanc *om.* $V_2 E$; qui hanc: quod R_1 ; qui in forma et in materia S — "at hanc-dare: dare poterat V_1 ; potuerat dare R ; potuit dare F — "au aliud *om.* $V_2 R_1 F E S$ — "av impedimentum $V V_1$ — "aw personam E — "ax Reliqua pars huius tractatus in manuscripto fulginati desideratur — "ay forma-materia: materia et forma $V_2 R_1 E$ — "az hoc S — "ba intervenerat R — "bb potest $V_1 S$ — "bc posset-tabelliones: poterat creare tabellionem V_2 ; potest creare tabellionem $R E$; potest citare tabellionem R_1 ; hanc-tabelliones: poterat creare tabellionem $L R_2$ — "bd add. quod V_2 — "be pejus $L R_2$; majus: pejus peccatum S

nicato, an eius sententia valeat. Respondeo: debemus distinguere ut ex hac lege colligitur: aut publice reputabatur non excommunicatus, aut erat excommunicatus publice: primo casu, valeat sententia, secundo casu non, ut extra, de <sententia et> re iudicata, c. ad probandum (*Extra*, 2, 27, 24) et idem possumus querere in iudice infame, an eius sententia valeat, et distingue: aut erat publice infamis, aut habebatur ab omnibus hominibus bone fame: primo casu non valet, secundo sic per hanc legem'. — (4) GUILLIELMUS DE CUNIO, *Lectura super Digesto Veteri*, lib. I, tit. *De officio pretorum* (XIV), l. *Barbarius* (III), post medium (v. *supra*, p. 101 n. 4). — (5) C. 10, 71, 3. — (6) D. 1, 14, 3.

quam peccatum in materia^{bf} et magis tolleratur peccatum in ma-²⁰
teria tantum^{ba}, ut^{ba} l. I, § 'Eum qui'^{bi}, ff.^{bi} 'De constituta pecu-
nia'^{bk} (7) et l. 'An^{bi} inutilis', in principio^{bm}, ff.^{bn} 'De acceptila-
tione'^{bo} (8). | Item non obstat l. II, C.^{bp} 'De sententiis'^{ba} (9), quia^{br}
loquitur in liberto, qui^{bs} poterat esse iudex^{bt} tempore quo iudicavit
licet postea fuerit^{bu} revocatus^{bv} in servitutem^{bw} ex causa ingratitu-
dinis vel alia^{bz}.

Vigesimoprimum^a | quero^b: aliquis tabellio propter delictum
privatus est officio suo^c: numquid^d instrumenta per eum confecta^e
| valeant^f; glosa^g in hoc^h titulo 'De tabellionibus', circa fi-
nem, coll. V^oⁱ (1), tenet quod non^j; tu dic quod, siquidem | tabel-²⁵
lio^k privatur^l officio tabellionatus^m omninoⁿ et in totum^o, ut quia

^{bf} in materia : materie V₁ V₂ E S L R₂; est majus-materia : quod est minus
quam materie peccatum R₁ — ^{ba} et magis-tantum om. V₁ V₂ R R₁ E S L R₂ — ^{ba} ut
om. V₂ R₁ L R₂ — ^{bi} § causa V₁; § cum qui R₁; § eius qui S; § eius L R₂ — ^{bi} ff.
om. V₂ L R₂ — ^{bk} de consa. pecm. R₁ — ^{bi} nam V₂ R₁ — ^{bm} in principio om. E —
^{bn} l. an-ff. : l. cum utilis in principio L R₂ — ^{bo} acceptilla. V₂; l. an-acceptilatione :
l. an inutilis accep. in principio V₁; l. an inutilis ff. de acceptilla. in principio R
— ^{bp} C. om. R S — ^{ba} de sententiis : de statut. de sen. V₁; de senato. V₂; de sena.
L R₂ — ^{br} add. ibi V₁ — ^{bs} liberto qui : liberto quod R₁ — ^{bt} add. eo V₂ R₁ E S
L R₂ — ^{bu} fuit L R₂ — ^{bv} vocatus R₁; fuerit revocatus : vocatus fuerit V₂ — ^{bw} ser-
vitude R — ^{bz} add. causa V₁ R S L R₂; add. de causa V₂ E; add. de causa et cet. R₁

^a vigesimo V₁ V₂ R R₁ E S L; add. in sinistro margine 20^o quero et in dextero
margine Numquid notarius delinquens conficiat instrumenta R; add. in sinistro
margine questio E; add. in dextero margine questio S — ^b quero XX^o R₂ — ^c privatus-
suo : perdidit officium suum V₁ V₂ S; perdit officium suum R R₁ E — ^d an V₂ — ^e per-
confecta : facta V₂ E; facta per eum R₁ — ^f per-valeant : facta V₁; valeant R; postea
facta et in dextero margine per talem tabellionem valeant S; aliquis-valeant : an tabellio
propter delictum perdat officium et an instrumenta teneant per eum confecta L; an ta-
bellio propter delictum perdat officium et an instrumenta teneant per eum facta R₂ —
^g guil. V₁ V₂ E L R₂; guil. R₁; wil. S — ^h add. in R — ⁱ coll. V om. V₂ R₁ E L R₂ —
^j circa-non : tenet circa finem colla. V^o quod non V₁; tenet quod non circa finem S —
^k tabellio om. R — ^l tabellio privatur : privatus est S; tu-privatur : dic siquidem
privatur V₁; tu dic siquidem privatus R₁ E — ^m dic-tabellionatus : dic siquidem
privatus est tabellionatus officio V₂ — ⁿ omnino : in partem sive (?) S — ^o om-
nino-totum : in totum et in omnino V₁

(7) D. 13, 5, 1, 4. — (8) D. 46, 4, 8 — (9) C. 7, 45, 2.

(1) Gl. 'documentis' ad Nov. 44, I: '... Item nota hic aliud optimum
argumentum, quod ubicumque tabellio perdit officium suum, quod est propter
multas causas, ut quia ministraverit scripturam alienationi (!) rei sacrae
quod non ideo debent vitari sua instrumenta et facit ff. de officio praeto-
rum, l. Barbarius (D. I, 14, 3) et hoc est verum; argumentum contra tamen
est, C. de sententiam passis, lege finali (C. 9, 51, 13). (v. *supra*, p. 75, n. 30).

dampnatur^o de falso vel de|portatur², et sic³ efficitur⁴ servus pene⁵, isto casu instrumenta postea facta⁶ viciantur, ut⁷ lege | finali⁸, C. 'De sententiam passis'⁹ (2) et¹⁰ l. 'Si aliquid'¹¹, C. 'De susceptoribus et archariis'¹², libro X^o (3). Antea¹³ vero facta¹⁴ remanent¹⁵ valida¹⁶, argumento¹⁷ l. 'Si ex falsis'¹⁸, C. 'De transactionibus'¹⁹ (4) et notatur in²⁰ l. 'Si quis ex argentariis'²¹, § I²², ff. 'De edendo'²³ (5). Sed si²⁴ privatur²⁵ aliquo²⁶ officio²⁷, ad quod erat deputatus, et sic²⁸ secundum quid²⁹ | tantum³⁰ privatur³¹, tunc etiam³² instrumenta postea facta³³ valent³⁴, ut³⁵ Auth. 'De tabellionibus', § finali³⁶ (6) et C. 'De numerariis³⁷ | et actuariis'³⁸, libro XII^o (7).

^o damnatus $V_2 R_1 E$; dampnatus $R S$ — ² deportatus $V_3 R_1 E S$; siquidem-deportatur: aut in totum privatur officio tabellionatus aut non in totum ut quia de falso dampnatur vel deportatur $L R_2$ — ³ sic om. V_2 — ⁴ efficitur ex correctione a eligitur E ; efficitur $L R_2$ — ⁵ add. in S ; add. et $L R_2$; efficitur-pene: effectus servus bene R — ⁶ facta postea $R_1 E$ — ⁷ ut om. R_2 — ⁸ II S ; ut lege finali om. R — ⁹ ut lege-passis: C. de sen. et pas. l. finali L — ¹⁰ et om. $R_1 E$; add. in R — ¹¹ aliquis $R S$ — ¹² C. om. $E S$ — ¹³ archy. E ; archi. S ; et archariis: et ***** R_1 ; archi. $L R_2$; ut lege-archariis: l. fi. C. de sen. post. la. si aliquod de subsor. et archa. V_1 — ¹⁴ ante $V_1 S$ — ¹⁵ antea-facta: ante non facta R_1 ; facta vero ante $L R_2$ — ¹⁶ remanerent R ; remaneant R_2 — ¹⁷ vallida V_1 — ¹⁸ ut E ; argumento om. $V_2 R_1$; add. in S — ¹⁹ argumento-falsis: argumento quod sic in l. ex falsis $L R_2$ — ²⁰ add. Jacobus Butrigarius ibi (C. 2, 4, 42) concludit, quod si prius fecit id de quo queritur, quod illud, cuius occasione deportatus est, tunc nulla suspicio redditur; in precedenti autem casu, fecit id de quo queritur, postquam fecit illud de quo deportatus est; nunc tunc aequaliter redditur suspectus (recte suspectum) id de quo queritur, l. si cui, § huiusdem, ff. de accusationibus (D. 48, 2, 7, 2) et de re militari, l. non omnis (recte omnes), § a barbaris (D. 49, 16, 5, 6). Si vero, postquam convictus de falso, conficit instrumenta, illa redduntur suspecta, ut l. si aliquid, C. de susceptoribus et archariis, libro X^o (C. 10, 72, 12). Hoc verum, ubi sententia fuerit lata contra tabellionem; si vero contra producentem, et tunc in aliis instrumentis postea fabricatis inducitur quedam presumpcio falsi, multo forcius in eodem; et in aliis antefactis notatur (recte puto non) in dicta l. si cui, § huiusdem (D. 48, 2, 7, 2). Idem concludit Innocentius in dicto c. fraternitatis, extra, de hereticis (Extra 5, 7, 4). R — ²¹ notatur in: ibi notatur et $L R_2$ — ²² argentarius R_1 — ²³ § I om. $L R_2$ — ²⁴ § I edendo: ff. de edendo in § fi. V_3 — ²⁵ add. tabellio $V_1 V_3 S$ — ²⁶ privatur: tabellio privatus E ; sed-privatur: et si tabellio privatus R_1 — ²⁷ privatur-officio: tabellio privatur officio aliquo R ; tabellio aliquo officio privatur $L R_2$ — ²⁸ sic om. $L R_2$ — ²⁹ quod $V_1 R R_1 E S L R_2$ — ³⁰ tantum om. $R L R_2$ — ³¹ privatur om. V_1 ; tantum privatur: privac. tantum R_1 ; privatur tantum E ; privatus tantum S ; et sic-privatur: ***** facto quod privatus tantum V_2 — ³² etiam om. $L R_2$ — ³³ facta om. E — ³⁴ valeant V_1 — ³⁵ add. in $V_1 V_2 R R_1 E S L R_2$ — ³⁶ § finali: etiam (postea expungitur) § etiam R — ³⁷ numerarii V — ³⁸ add. l. II $R_1 S$; de smu. et ho. l. II V_1 ; de mino. et acti. l. II V_2 ; de mune. et actu. l. III R ; de munu. et actiariis l. II E — ³⁹ et C. XII: C. de mu. et actu. libro X in l. II $L R_2$

(2) C. 9, 51, 13. — (3) C. 10, 72, 12. — (4) C. 2, 4, 42. — (5) D. 2, 13, 6. — (6) Nov. 44, 1, 4 ante finem. — (7) C. 12, 49.

Vigesimosecundo ^a quero numquid tabellio de facto suo ^b proprio possit scribere ^c instrumentum ^d; | et videtur quod sic ^e, ut ^f l. 'Si consul' et lege ^g sequenti, ff. ^h 'De adopcionibus' ⁱ (1) et l. II, ff. 'De officio presidis' (2), in quibus probatur | quod quis potest substinere vicem persone publice et persone private. Preterea nonne tabellio tamquam | privatus stipuletur et de hoc, tamquam publica persona, conficiat instrumentum, ut l. 'Non aliter enim' et lege sequenti, | ff. 'De adopcionibus' (3)? Igitur de facto suo debet posse ³⁵ scribere instrumentum ^j. Guilielmus de Cuno ^k format istam | questionem ^l in dicta l. 'Si ^m consul' (4), et ibi ⁿ determinat contrarium,

^a sexto $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$; add. in dextero margine 6^o questio. Utrum tabellio possit de facto proprio facere instrumentum R ; add. in dextero margine questio E ^b suo om. $V_1 V_2 R F S L R_2$ — ^c facere $V_1 V_2$; conficere $R F S L R_2$ — ^d de-instrumentum : possit conficere instrumenta de facto proprio R_1 ; possit conficere instrumentum de facto proprio E — ^e add. in dextero margine adde hic notatur per bartolum in l. ex sententia, ff. de testamentaria tutela (D. 26, 2, 29) et per baldum in l. iudices, C. de fide ystrumentorum (C. 4, 21, 18), et limita istam materiam nisi notarius conficiat ystrumentum in his, que dependent a propria voluntate notarii, ut est facere testamentum suum; nam ipse idem potest de hoc conficere ystrumentum. Item in ystrumento procuratorio procuratoris ipsius notarii et symile, ut dixi, notat bartolus in l. II, ff. de stipulatione servorum (D. 45, 3, 2) V_2 — ^f in $V_2 R L R_2$; ut om. $V_1 R_1$ — ^g lege om. $V_1 V_2 R F S$ — ^h ff. om. $L R_2$ — ⁱ de adi. V_1 — ^j et l. II-instrumentum : ergo de facto suo potest scribere $V_1 F E$; ergo de suo facto potest scribere $V_2 R$; ergo de facto potest scribere R ; et l. II-instrumentum om. $L R_2$ — ^k guill. de cu. V_1 ; gui. de ea. R_1 ; guiel. de cu. E — ^l guilielmus-questionem : hanc questionem format guil. de cu. $L R_2$ — ^m si om. V_1 — ⁿ ibi om. $V_1 V_2 R R_1 F E S$; et ibi : ubi $L R_2$

(1) D. 1, 7, 3 et 4. — (2) D. 1, 18, 2. — (3) D. 1, 7, 18 et 19. — (4) GUILLIELMUS DE CUNIO, *Lectura Super Digesto Veteri*, lib. I, tit. *De adopcionibus* (VII), l. *Si consul* (III), ante finem [ms. Bibl. Capitolare Feliniana, Lucca, n^o 373, f. 8v, col. 2, circa medium]: 'Sed quero an tabellio de contractu proprio, possit recipere instrumentum; videtur quod sic, argumento huius legis (D. 1, 7, 3) et infra, lege proxima (D. 1, 7, 4) et infra, de officio pretorum, l. I (D. 1, 14, 1). Item numquid dicitur quod notarius stipulatur alteri in persona(m) sua(m) et tamen ipse scribit, infra, <l.> non aliter et l. hiis verbis (D. 1, 7, 18 et 19)? Iste enim notarius recepit instrumentum, non ut contrahens, sed ut notarius privatus, et ideo videtur sic bene se compacitur (?) dupliciter consideretur, argumento, infra, quod cuius(cum)-que universitatis, <l.> item eorum, § I (D. 3, 4, 6, 1), ad quod, infra, eodem, <l.> si pater, § qui duos (D. 1, 7, 15, 1); sed dico contra, quia hic vertitur commodum pecuniarium, et ideo non potest esse auctor in re sua, de auctoritate tutorum, <l.> quod dicimus (D. 26, 8, 7), infra, ad Turpillianum (recte Trebellianum), l. I, § fuit quesitum (D. 36, 1, 1, 13). Est iste leges locuntur, cum non vertitur commodum pecuniarium, et inter hoc est differentia <de legatis I, l. plane II, § finali (D. 30, 94, 3), infra, de testamentis, l. qui testamento,

videlicet quod non possit conficere instrumentum de facto | suo^o: movetur hiis rationibus^p: quando^q tractatur^r de commodo^s pecuniario^t, quis non potest^u esse autor^v | in suo^w facto proprio^x, ut^y l. 'Quod dicimus'^z, ff. 'De auctoritate tutorum'^{aa} (5) et^{ab} l. I, § 'Fuit quesitum', ff. ^{ac} 'Ad Trebellianum' (6); | igitur^{ad}, et^{ae} per istam rationem, patet responsum^{af} ad l. 'Si consul' (7), cum sy-
 40 milibus^{ag}, quia loquuntur^{ah} quando non^{ai} tractatur | de commodo pecuniario, quo casu quis^{aj} potest^{ak} esse autor^{al} in re sua^{am}; nam hec^{an} differunt^{ao}, ut | l. 'Plane', § finali^{ap}, ff. ^{aa} 'De legatis primo'^{ar} (8) et l. 'Qui testamento'^{as}, § I, ff. ^{at} 'De testamentis'^{au} (9). Preterea tabellio^{av} habetur^{aw} loco testis, | ut^{ax} l. ^{ay} 'Domicius',

^o conficere suo om. $V_1 V_2 R R_1 F E L R_2$; et l. II suo om. S — ^p movetur rationibus: et movetur quia $V_1 F S$; et movetur quod $V_2 R$; movetur quia $R_1 E$ — ^q movetur quando: et movetur quia cum $L R_2$ — ^r tractat S — ^s comodo $V_2 R R_1 E$ et semper 'comodum' $V_2 R E$ — 'pecuniario et semper' 'pecuniarius' V_1 — ^u posit V_2 ; possit R — ^v actor $V_1 V_2 R R_1 S$; auctor $F E L R_2$ — ^w suo om. $E S L R_2$ — ^x proprio om. V_1 ; suo proprio: facto suo $V_1 R R_1 F$ — ^y ut om. $V_1 V_2 R S L R_2$ — ^z diximus $V R_1 E S$; l. qui diximus $V_2 R$ — ^{aa} ff. tutorum: de aucto. pre. S — ^{ab} et om. R_1 — ^{ac} ff. om. $R L R_2$ — ^{ad} igitur om. $R_1 F L R_2$; igitur: ergo et cet. $V_2 R$ — ^{ae} igitur et om. $V_1 E$ — ^{af} per-responsum: per hoc patet responsio $V_1 V_2 R$; pro hoc respondeo R_1 ; per hoc respondet F ; per hoc respondeo E ; per hoc respondetur $L R_2$ — ^{ag} se. R ; similibus $L R_2$ — ^{ah} loquitur $V_2 R R_1 E$ — ^{ai} non om. F — ^{aj} add. non $V_2 R$ — ^{ak} et l. I. potest: quo casu potest quis S — ^{al} auctor $V_1 R_1 F L R_2$; actor $R S$ — ^{am} re sua: rem suam $V_1 V_2 R_1 E S$; facto proprio $L R_2$ — ^{an} hec om. $V_1 R_1 F S L R_2$ — ^{ao} nam-differunt: nam deferunt E ; nam-differunt om. $V_2 R$ — ^{ap} l. plane. finali: l. II $V_1 V_2 R$; l. I $R_1 F$; l. I § ***** E ; ut in l. I S — ^{ar} ff. om. $V_1 V_2 R F E$ — ^{as} primo om. S ; ut l. plane-primo: l. I C. de testi. $L R_2$ — ^{at} testamentum R_1 ; testamenta $L R_2$ — ^{au} ff. om. $V_2 F$ — ^{av} de testis V_1 ; l. qui-testamentis: C. de falsis, l. si quis decurio et l. qui testamento § I, ff. eodem S — ^{aw} notarius $R_1 E$ — ^{ax} habet R — ^{ay} ut om. $V_1 V_2 R R_1$ — ^{az} ut l.: lege S

§ I (D. 28, 1, 20, nunc princ.). Item hoc probatur, quia tabellio habetur pro teste in testamento, infra, de testamentis, (1.) Domicius (D. 28, 1, 27) et requiritur (recte recurritur) ad eum, si sit dubium in instrumento, C. de falsis, l. si quis decurio, in fine (C. 9, 22, 21). Cum ergo sit testis, non potest esse testis in re sua, C. de testa. (recte testibus), l. (in) omnibus (C. 4, 20, 10), infra, de testibus, l. nullus (D. 22, 5, 10) et ideo dicitur alibi, quod si ascribo mihi in testamento alicuius, teneor pena falsi, C. de hiis qui sibi ascribunt, per totum (C. 9, 23), infra, de falsis, l. divus, § I (D. 48, 10, 15, 1) et l. si quis legatum (D. 48, 10, 6). Tamen dico quod si scripsit instrumentum, stabitur instrumento in his, que faciunt contra ipsum, non in aliis, ut infra, de (bonorum possessione) contra tabulas, l. non putavit, § si quis (D. 37, 4, 8, 6), de liberatione legata, l. Aurelius, § iste idem quesit (D. 34, 3, 28, 12).....' — (5) D. 26, 8, 7. — (6) D. 36, 1, 1, 13. — (7) D. 1, 7, 3. — (8) D. 30, 94, 3. — (9) D. 28, 1, 20, nunc princ.

ff. ^{az} 'De testamentis' ^{ba} (10), et ad eum recurritur, si sit ^{bb} dubium de contentis in instrumento ^{bc}, | ut ^{bd} l. 'Si quis decurio', C. ^{be} 'De falsis' ^{bf} (11); sed quis non potest esse testis in re propria ^{bg}, ut ^{bh} l. 'Omnibus' ^{bi}, C. | 'De testibus' (12) et l. 'Nullus', ff. 'De testibus' ^{bj} (13), igitur et cet. ^{bk} Item hoc videtur expressum in l. I et per totum ^{bl} C. ^{bm} 'De | hiis qui sibi ascribunt ^{bn} in testamento' ^{bo} (14), in ^{bp} l. 45 'Divus', § I et l. ^{ba} 'Si quis legatum', ff. 'De falsis' (15), ubi dicitur ^{br} quod | tabellio, qui ascribit in testamento legatum vel aliquod aliud commodum pecuniarium ^{bs}, punitur | pena falsi ^{bt}; pro ista ^{bu} opynione ^{bv} est casus quasi expressus in l. 'Rationes' et l. 'Exemplo' ^{bw}, C. 'De probacionibus' (16). Dicit | tamen ^{bx} idem ^{by} Guilielmus ^{bz}, quod tali instrumento staretur ^{ca}, in quantum faceret ^{cb} contra scribentem ^{cc}, sed, in quantum faceret | pro se, non staretur ^{cd}, ut ^{ce} l. 'Non putavit' ^{cf}, § 'Si quis' ^{cg}, ff. ^{ch} 'De <bonorum possessione> contra tabulas' ^{ci} (17) et ^{cj} l. 'Aurelius', § 'Idem quesivit' ^{ck},

^{az} ut l. domicius ff. : l. domicius labeo $L R_2$ — ^{ba} de testi. V_1 — ^{bb} est $L R_2$; si sit : et sic V_1 — ^{bc} de-instrumento : de fide instrumentorum $V_1 R_1 E L R_2$; de fide ynstrumenti $V_2 R$ — ^{bd} et E ; ut om. $V_1 V_2 R R_1 L R_2$ — ^{be} C. om. $R E$ — ^{bf} C. de falsis : de falsis C. V_1 ; l. si-falsis : de falsis l. si quis decurio C. V_2 ; de contentis-falsis : l. si quis decurio C. de falsis et in aut. ^{ca} de fide instrumentorum S — ^{bc} sua $V_1 R_1 E S L R_2$ — ^{bh} ut om. $V_1 R S L R_2$ — ^{bi} l. in-omnibus S — ^{bj} de testibus : eodem $V_1 V_2 R E S$; eodem titulo R_1 ; de testibus-testibus : de testa. et l. nullum ff. eodem titulo $L R_2$ — ^{bh} et cet. V ; igitur-cet. om. $V_1 V_2 R R_1 E S L R_2$ — ^{bl} in-totum : per totum titulum $V_2 R$; in toto titulo $R_1 S$; expressum-totum : esse expressum in toto titulo E ; hoc-totum : videtur expresse hoc per totum titulum V_1 — ^{bm} ff. R ; C. om. $V_1 V_2 R_1 E S$ — ^{bn} ascrip. S — ^{bo} sibi-testamento : in testamento ascribunt V_2 ; in testamento aliquid sibi ascribunt R ; item-testamento : et hoc videtur expresse de his qui se ascribunt $L R_2$ — ^{bp} et $R_1 E$; in om. $V_1 V_2 R L R_2$; in : et in S — ^{bq} § I et l. : et § I V_1 — ^{br} dicit $L R_2$; preterea-dicitur : et ad eum recurritur si sit dubium de fide instrumentorum, ut l. si quis decurio, C. de falsis ubi dicitur F — ^{bs} ascribit-pecuniarium : ascribit falsum (falsum *postea expungitur*) falsum in testamento V_1 ; scribit testamentum et sibi legatum ascribit $V_2 R$; scribit falsum instrumentum $R_1 F E S L R_2$ — ^{bt} pena falsi : falsi V_1 ; de falso $R_1 F E S L R_2$ — ^{bu} hac $V_2 R$ — ^{bv} ista opynione : hiis oppinionibus V_1 ; hoc $R_1 F E S$ — ^{bw} quasi-exemplo : in l. rationes $V_1 V_2 R R_1 F E S$; pro-exemplo : casus est in l. rationes $L R_2$ — ^{bz} tantum R_1 — ^{bx} idem om. $V_1 V_2 R R_1 F E S L R_2$ — ^{ca} guill. V_1 ; gul. R ; guls E — ^{cb} steretur V_1 ; staremus $V_2 R$; credetur R_1 ; creditur $F E S L R_2$ — ^{cc} faciat $V_2 R$ — ^{cd} ipsum $R_1 F E S$ — ^{cd} sed-staretur : sed pro eo non $V_1 V_2 R F E S$; faceret-staretur : facit contra ipsum sed pro ipso non $L R_2$ — ^{ce} in V_2 ; ut om. $V_1 R F S L R_2$ — ^{cf} putabit F ; putavi $L R_2$; sed-putavit : sed pro eo non putavit R_1 — ^{cg} add. sua manu $V_2 R$ — ^{ch} ff. om. $L R_2$ — ^{ci} de-tabulas : de contra V_1 ; de contractalibus R_1 — ^{cj} et om. R_1 ; add. in R — ^{ck} l. aurelius-quesivit : l. ajullio (?) § idem V_1 ; l. aurelio § idem $V_2 F E S R_2$; l. aurelio § idem quesit R ; l. aurelio § ulter. R_1 ; l. aurelie § idem L

(10) D. 28, 1, 27. — (11) C. 9, 22, 21. — (12) C. 4, 20, 10. — (13) D. 22, 5, 10. — (14) C. 9, 23, 1. — (15) D. 48, 10, 15, 1 et l. 6. — (16) C. 4, 19, 6 et 7. — (17) D. 37, 4, 8, 6.

50 | ff. ^{ci} 'De liberatione legata' (18). Idem ^{cm} tenet Dynus ^{cn} et Bartolus ^{co} in l. 'Impuberem' ^{cp} in ^{ca} § finali, ff. 'De falsis' (19) et allegant ^{cr} l. || 'Publia' ^{cs}, ff. 'Depositi' ^{ct} (20); sed ibi est ^{cu} quedam glossa parva (21), que facit contra istud dictum ^{cv}: dicit enim ^{cw} quod ^{cx} adversarius | debet in totum approbare scripturam ^{cy}; non ^{cz} enim ^{da} potest ^{ab}, in quantum facit ^{de} contra scribentem ^{dd}, approbare ^{de} et in

^{ci} ff. *om.* $V_1 R F S L R_2$ — ^{cm} item V_1 ; iddem V_2 — ^{cn} *cy.* S — ^{co} et Bartolus *om.* $V_1 V_2 R R_1 F E S$ — ^{cp} impuberes R_1 — ^{ca} in *om.* $V_1 V_2 R R_1 F E S$ — ^{cr} dynus-allegant: dy. in l. impuberes § fi. de falsis et $L R_2$ — ^{cs} allegant l. publia: l. publia § finali $V_1 V_2 R_1 F E S$; in l. publia § finali R — ^{ct} depositi: de ser. (?) V_1 — ^{cu} est: tenet contra $V_2 R R_1 E$; ibi est: tenet contra F ; tenet contrarium S ; contrarium tenet $L R_2$; sed-est: ubi tenent contrarium V_1 — ^{cv} istud dictum: hoc $V_2 R R_1 F E S$; istud dictum *om.* V_1 — ^{cw} enim *om.* R_1 ; que-enim: que dicit $L R_2$ — ^{cx} et V_1 — ^{cy} debet-scripturam: in totum approbat utrumque V_1 ; in totum approbat instrumentum $V_2 R R_1 E$; qui non totum approbat instrumentum F ; non totum probat instrumentum S — ^{cz} vero R_1 — ^{da} enim *om.* F — ^{ab} potest enim V_2 — ^{de} faciat $V_2 R F$; faciant S ; quantum facit: partem fac. (?) E — ^{dd} producentes R_1 ; producentem $F E S$ — ^{de} approbare $V_1 R_1$

(18) D. 34, 3, 28, 12. — (19) D. 48, 10, 22 12. — Secondo il Savigny (*Op. cit.*, V, p. 453 [= trad. it. BOLLATI cit., II, p. 462]) le *lecturae* di Dino dal Mugello sulle varie parti del Digesto sarebbero da ritenere perdute. È stato tuttavia recentemente affermato che in un ms. vaticano (ottoboniano 1307) sarebbe conservato « uno squarcio della *Lectura Dig. Vet.* di Dino, finora ritenuta smarrita » (Cfr. E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Milano 1962 [= *Jus nostrum. Studi e testi pubblicati dall'Istituto di Storia del Diritto Italiano dell'Università di Roma*, 6, 1], pp. 149-150, n. 113). Di Dino rimangono poi le *additiones* alla Glossa di Accursio al Digesto, di cui quelle al *Digestum Novum* si trovano, oltre che nel citato ms. ottoboniano 1307, fo. 43r-87v, anche nel ms. borghesiano 274, fol. 95v-124v ed altresì in una edizione, insieme con le *additiones* dello stesso Dino all'Inforziato (*Dyni de Muzello apostille super infortiato et ff. novo cum additionibus ... Celsi Hugonis Dissuti*, Lugduni 1513). I testi mi sono sembrati però spesso discordanti. BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLVIII, tit. *Ad legem Corneliam de falsis* (X), l. *Impuberem* (XXII), § *Qui autem* (XII), in fine [ed. cit., f. 184v, col. 2, nu. 2]: 'Ultimo nota: ex hoc textu, Dynus dicit quod notarius possit instrumentum scribere, quo ipse obligetur alteri, non quo alter obligetur sibi; facit l. uxori, § I, supra, eodem (D. 48, 10, 18, 1) et l. non putavit, § si quis sua manu, de <bonorum possessione> contra tabulas (D. 37, 4, 8, 6) et quia contra se est adhibenda fides, ut l. Publia, § finali, supra, depositi (D. 16, 3, 26, nunc § 2 in fine)'. — (20) D. 16, 3, 26, 2. — (21) Gl. 'aestimaturum' ad D. 16, 3, 26: 'Ut si ille consentit his, quae erant etiam contra se, stetur epistolae in totum, alias non'.

| quantum facit pro eo reprobare ^{af}. Sed ^{ag} Bartolus, in dicta l. 'Si consul' (²²), dicit quod illa ^{ah} glosa loquitur in privata | scriptura, hic autem ^{ai} loquitur ^{aj} in publica; pro quo ^{ak} facit quod notat Cynus ^{al}

^{af} improbare V_1 ; approbare S ; facit-reprobare : faciat pro scribente improbare $V_2 R$; debet-reprobare : non potest approbare instrumentum in quantum solum facit pro se et reprobare in quantum facit contra se $L R_2$ — ^{ag} et $R_1 E$ — ^{ah} ista $V_1 V_2 R$; dicta $L R_2$ — ^{ai} autem om. $V_1 V_2 R R_1 F E S$ — ^{aj} autem loquitur om. $L R_2$ — ^{ak} pro quo om. $V_1 V_2 R R_1 F E L R_2$ — ^{al} pro-cynus : facit nō. cy. S

(²²) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Prima super Digesto Veteri*, lib. I, tit. *De adoptionibus* (VII), l. *Si consul* (III), post medium [ed. cit., f. 26r, col. 2, nu. 4]: 'Quero numquid tabellio de facto suo pro se possit conficere instrumentum, et videtur quod sic, ut hic (*D. 1, 7, 3*), quia est tamquam officialis, et eius vicem sustinet. Item est tamquam privata persona, unde posset vicem duorum sustinere, ut hic et lege sequenti (*D. 1, 7, 3 et 4*). In contrarium tenet Guilielmus: nam tabellio equiparatur testi, ut l. domicius, infra, de testamentis (*D. 28, 1, 27*), sed in facto proprio nullus potest esse testis, ut l. omnibus, C. de testibus (*C. 4, 20, 10*) et l. nullus, infra, de testibus (*D. 22, 5, 10*). Item dicitur autor in re propria, quod (*recte* quis) esse non potest, ut infra, de auctoritate tutorum, l. quod dicimus (*D. 26, 8, 7*), cum sit ad eius utilitatem, maxime cum ad eum recurratur pro fide sui instrumenti, ut l. si quis decurio, C. de falsis (*C. 9, 22, 21*); nam in quantum facit instrumentum pro se, ei non statur, si autem contra se, statur, ut infra, de <bonorum possessione> contra tabulas, l. non putavit, § si quis sua (*D. 37, 4, 8, 6*). Idem tenet Dynus in l. I, § I, ad legem Corneliam de falsis (*D. 48, 10, 1, 1*). Hoc tenet Petrus <de Bellapertica> in l. Publia, in fine, infra, depositi (*D. 16, 3, 26, 2*). Tamen glosa in fine facit contra opinionem Dyni et Guilielmi, in glosa parva (Gl. 'aestimaturum' ad *D. 16, 3, 26*); nam ibi dicitur, quod in totum debet approbari; non autem potest approbari, in quantum facit pro se, et in quantum facit contra se non, nisi velles opinionem istorum defendere; quod aliud fit in tabellione officium gerente, quam in aliis personis, cum ei major fides adhibeatur, quam privatis. Nam, cum adversarius non habeat aliam probationem pro se, nisi aliam adversarii confessionem, sicut eam pro se approbat, ita et contra se; facit ad predicta quod notatur in l. II, et quod ibi notatur per Cynum, C. de donationibus ante nuptias (*C. 5, 3, 2*) et, per eundem, in l. I, in XII (*recte* XIII) questione, C. de confessis (*C. 7, 59, 1*) et ibi plene'.

in l. II, C. 'De donationibus ante nuptias' ⁽²³⁾ | et l. I, in XII (recte XIII) questione, C. 'De confexis' ^{dm} ⁽²⁴⁾.

Vigesimotertio ^a quero ^b numquid pater ^c tabellio ^d possit conficere | instrumentum ^e pro filio ^f, et videtur quod non, quia tabellio est

^{dm} in l. II-confexis : C. de donationibus ante nuptias l. II in questione XII C. de confexis l. I V_2 ; C. de donacionibus ante nupcias l. I in questione XII C. de confexis R ; de donacionibus ante nupcias l. II et l. I C. de confexis R_1 ; in l. ***** C. de donationibus ante nuptias et l. I de confexis F ; C. de donacionibus ante nupcias l. II et C. de confexis l. I E ; C. de donacionibus ante nupcias l. I et l. I de confexis S ; cynus-confexis : C. de donacionibus ante nupcias l. II et l. una C. de confe. V_1 ; C. de donacionibus ante nupcias l. I et l. II de confexis $L R_2$

^a vicesimoprimum $V_1 V_2 R R_1 E S$; add. in sinistro margine questio E ; add. in dextero margine questio S — ^b quero vicesimoprimum $L R_2$ — ^c numquid pater : an V_2 — ^d tabellionis $V_1 R$; pater tabellio : tabellio pater $R_1 E S$ — ^e instrumentum $R R_1 E$; conficere instrumentum : instrumenta conficere $L R_2$ — ^f conficere-filio : pro filio instrumentum conficere S

⁽²³⁾ CYNUS PISTORIENSIS, *In Codicem et aliquot titulos... Digesti Veteris... Commentaria, In librum quintum Codicis* (V), tit. *De donationibus ante nuptias* (III), l. *Si presidi* (II), circa medium, [ed. anast. Augustae Taurinorum 1964 ex ed. Francoforti 1578, f. 289r, col. 1, nu. 5]: 'Aliquis confitetur duo, quorum unum est pro se, aliud contra se. Dicit pars adversa: confessionem tuam ego habeo ratam, in eo quod pro me est, non autem in eo quod pro te. Dicit confessus: imo, vel in totum approba, vel in totum reproba. Hoc modo, aut illa duo contenta in confessione sunt dissepata, verbi gratia, quia confitetur, quod debet decem et non plus, et tunc confessioni de 10 stabitur, si vult adversarius. Sed confessioni de non plus stabitur, ut ff. depositi, l. Publia, in fine (*D. 16, 3, 26, 2*). Aut sunt connexa, quia petebat adversarius 10, conventus confitetur se promississe 10, ut daret librum. Dicit petitor: confessionem de 10 approbo, sed de libro dando non. Quid juris? Certe dicendum est, quod isto casu, ex quo confessio continet connexa, non potest pro parte confessioni stare et pro parte recedere.....'. — ⁽²⁴⁾ CYNUS PISTORIENSIS, *In Codicem et aliquot titulos... Digesti Veteris... Commentaria, In librum septimum Codicis* (VII), tit. *De confexis* (LIX), l. *Confessos* (I), circa medium [ed. cit., f. 467r, col. 2, nu. 17]: 'Decimotertio quaeritur: ponamus quod quidam repetit a scholari(s) pecuniam numeratam, scholaris bene confitetur sibi numeratam, ut repeteret lectiones, et sic dicit unum pro se et aliud contra se. Adversarius vult approbare illam partem, quae est pro se, aliud, quod est contra se, reprobatur: numquid potest? Ista quaestio, de facto contingens ultra montes, determinata fuit, quod prejudicet, quatenus contra se facit, non pro se, per (l.) ff. depositi, l. Publia, ad finem (*D. 16, 3, 26, 2*), ut refert Jacobus de Ravanis, quae determinatio non placet ei nec Petro <de Bellapertica>: imo distinguunt: aut partim confitetur pro se, partim contra se, in uno capitulo, ut est in proposito, ubi confitetur se recepisse, ut repeteret lectiones; nam unum est capitulum, et tunc

loco testis⁹, ut^h l. 'Domicius'ⁱ, ff.^j 'De testamentis'^k (1); sed | parentes non possunt testificari pro filiisⁱ, ut^m l. 'Parentes', C.ⁿ 'De testibus'^o (2), igitur^p nec^q instrumentum^r conficere; | doctores in l. 'Si^s pater'^t, ff. 'De falsis'^u (3), dicunt quod pater^u potest conficere instrumentum^v pro filio^w emancipato, per illam^x l.^y | 'Si pater'^z (4). Item posset^{aa} conficere^{ab} pro filio in potestate de pertinentibus ad castrense peculium^{ac}, per | dictam^{ad} l. 'Si pater', circa 10 principium^{ae} (5). Nec^{af} obstat l. 'Parentes', C. 'De testibus'^{ag} (6), quia^{ah} licet pater^{ai} non possit pro filio | testificari^{aj}, potest^{ak} tamen^{al} tamquam notarius instrumentum filii scribere^{am}; ratio est, quia hoc^{an} instrumentum fit de mandato^{ao} | patris, et sic^{ap} partes, consensiendo^{aq}, possunt patrem in iudicem et^{ar} arbitrum eli-

⁹ est-testis : iste loco testis habetur V_1 — ^h ut *om.* $V_1 R S L R_2$; *add.* dicta V_2 — 'domicius L —' ff. *om.* $V_2 R$ — ^k ff. de testamentis : preall. R_1 ; ff. de testamentis *om.* $V_1 E$ — 'parentes-filiis : pater non potest testificari pro filio $V_2 R R_1 F E S L R_2$ —' ^m ut *om.* $R R_1 E S L R_2$ — ⁿ ff. $S L R_2$ — ^o de testa. E — ^p ergo $V_2 R R_1 E L R_2$ — ^q igitur nec : ergo nec potest S — ^r instrumenta R ; instrumentum : instrumenta pro filio $L R_2$ — ^s si *om.* $R E S$ — 'doctores-pater : in l. si ipsi R_1 —' ^t pater *om.* $V_2 R R_1 E S$ — ^u ystrumenta R — ^v sed parentes-filio : sed pater non potest testificari pro filio V_1 — ^w per illam : pro hoc allegat illam $V_1 V_2 E$; pro hoc allegant illam R ; pro hoc allegant S — ^x per illam l. : per hoc allegant l. illam R_1 — ^y doctores-pater : pro hoc allego dictam l. si parentes $L R_2$ — ^z potest R — ^{aa} posset conficere : pater V_1 ; potest $R_1 E$ — ^{ab} de-peculium : de castrensi peculio $V_1 R_1 E$; de causa peculii R — ^{ac} preallegatam $V_1 R_1 E$; item-dictam : item pater pro filio in potestate conficere potest instrumentum de castrensi peculio per allegatam S ; preterea pater pro filio etiam in potestate conficere potest de castrensi peculio per dictam $L R_2$; emancipato-dictam : in potestate in castrensi peculio, dicta l. si pater, item potest pro filio emancipato, pro hoc allegant dictam V_2 — ^{ad} in principio $R_1 E S$; circa principium *om.* V_2 ; l. si pater circa principium : l. si parentes in principio $L R_2$ — ^{ae} non $R L$ — ^{af} C. de testibus *om.* $V_1 R$; l. parentes-testibus : dicta l. parentes $V_2 S$; preallegata l. parentes $R_1 E$ — ^{ag} l. parentes-quia : dicta l. si pater quod $L R_2$ — ^{ah} ipse V_2 — ^{ai} pro-testificari : testificari pro filio $V_2 R_1 E S L R_2$ — ^{aj} pater non-potest : pater pro filio non posset testificari pater V_1 — ^{ak} *add.* pro eo $L R_2$ — ^{al} filii scribere : conficere potest V_1 ; conficere $V_2 R_1 E S L R_2$; instrumentum-scribere : instrumenta conficere R — ^{am} ratio-hoc : ratio quia $V_1 R$; quia $V_2 R_1 E S L R_2$ — ^{an} voluntate E ; vacat in R_1 — ^{ao} sicut S ; sic *om.* V_2 — ^{ap} constituendo R ; consonan. R_1 — ^{aq} vel V_1

oportet in totum approbare aut in totum reprobare, quia non debet eadem res diverso jure censi, argumento, ff. de usucapionibus, l. eum qui (D. 41, 3, 23); aut in diversis capitulis, et tunc, aut sunt connexa, et idem, aut sunt separata, et tunc in uno capitulo potest approbari et in alio reprobati. Sic loquitur dicta l. Publia Maevia, § ultimo (D. 16, 3, 26, 2). Ista quaestio videtur tangi per glosam, supra, de donationibus ante nuptias, l. II (C. 5, 3, 2) et ibi dixi.

(1) D. 28, 1, 27. — (2) C. 4, 20, 6. — (3) D. 48, 10, 11. — (4) D. 48, 10, 11. — (5) D. 48, 10, 11. — (6) C. 4, 20, 6.

gere ^{aa}, ut ^{at} l. | 'Quin ^{au} etiam' ^{av}, ff. ^{aw} 'De arbitris' ^{az} (?); ita possunt ^{ay} eum ^{az} eligere in ^{ba} notarium. Sed an possit ^{bb} conficere | instrumentum pro filio in potestate ^{bc} de pertinentibus ^{bd} ad peculium adventitium, Bartolus in l. 'Impuberem', ^{be} | § I ^{bf}, ff. ^{bg} 'De falsis' (⁸), tenet ^{bh} quod, si pater simpliciter ^{bi} conficiat ^{bj} instrumentum filii, in nichilo valeat instrumentum, | quia respectu filii quasi falsum subducitur ^{bk}, ut l. ^{bi} 'Filius', § 'Sequens' ^{bm}, ff. 'De falsis' (⁹). Sed

^{aa} patrem-eligere : in iudicem eligere et arbitrum V_2 ; patrem iudicem constituere et eligere vel arbitrum R ; in indicem. (?) eligere arbitrium R_1 ; patrem in iudicem eligere arbitrum E ; patrem in arbitrum eligere $L R_2$; possunt-eligere : in arbitrum possunt eligere eum S — ^{at} ut *om.* $V_1 R R_1 E L R_2$ — ^{au} quoniam V_1 ; quid R — ^{av} l. qui rem V_1 ; l. qui non $R_1 E$; l. qui eum $L R_2$ — ^{aw} ff. *om.* R — ^{az} *add.* et $L R_2$ — ^{ay} posset R_1 ; possent S — ^{az} eum *om.* V_1 — ^{ba} in *om.* $V_1 R_2$ — ^{bb} posset $V_1 S$; an possit : posset R — ^{bc} *add.* de adventicio videlicet $V_2 R_1 E$ — ^{bd} *add.* et V_1 — ^{be} in l. impuberem : in l. in iudicem V_2 ; impuberem R ; in l. in ***** R_1 — ^{bf} I *ex correctione a* fi. S — ^{bg} ff. *om.* R_1 — ^{bh} *add.* et bene $V_1 V_2 E L R_2$; *add.* bene $R S$; tenet : ***** et bene R_1 — ^{bi} simpliciter *om.* $E L R_2$ — ^{bj} conficit V_2 — ^{bk} filii-subducitur : quia tunc respectu filii falsum subducitur de instrumento et ideo nec valet respectu proprietatis nec respectu usufructus V_1 ; quod tunc respectu filii quasi falsum subducitur de instrumento et ideo nec valet respectu proprietatis nec respectu usufructus $V_2 E$; quod tunc respectu filii quasi falsum subducitur de instrumento et ideo nec valet respectu proprietatis nec respectu usufructus R — ^{bl} *add.* si S ; ut l. : l. si $L R_2$ — ^{bm} l. filius-sequens : l. si filius § si quis E ; ut-sequens : argumento l. si filius § si quis V_2 ; tu. l. si filius § si quis R_1

(⁷) D. 4, 8, 6. — (⁸) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLVIII, tit. *Ad legem Corneliam de falsis* (X), l. *Impuberem* (XXII), § *Si ei filio* (I), circa medium [ed. cit., f. 184v, col. 1, nu. 1]: 'Quero utrum hodie possit <pater> ascribere filio in potestate constituto in adventitiis, cum patri non queratur proprietas; quidam quod sic, glosa quod non, quia saltem patri queritur usufructus, quam glosa signa. Contra hanc glosam videtur quod non, supra, de auctoritate tutorum, l. I (D. 26, 8, 1), ubi videtur dici quod valeat quoad proprietatem, non quoad usumfructum, quod quidam dicunt; sed non puto hoc verum, cum enim nomen filii quasi falsum subducatur, ut l. filius, § sequens, supra, eodem (D. 48, 10, 14, 1); nihil ex illo legato potest deberi alicui, ut ibi; pro hoc facit textus, infra, eodem, § si dominus (D. 48, 10, 22, 5), ubi ille, qui ascribit, nullo modo debet suum commodum aspicere. Fateor tamen, quod si pater ascribendo filio dixisset, ita quod ipsi patri non queratur usufructus, tunc excusatur pater, quia esset eadem ratio que in emancipato'. — (⁹) D. 48, 10, 14, 1.

si pater conficiens ^{ba} | instrumentum dixisset hec verba ^{bo}, quod ^{bp} ipsi ^{ba} patri ^{br} scribenti non queratur usufructus ^{bs}, tunc instrumentum valeret ^{be}. |

Vigesimoquarto ^a quero numquid ^b e contra ^c, filius ^d tabellio ^e possit scribere ^f instrumentum ^g pro patre. Dynus tractat | istam ^h questionem in l. 'Quod dicimus' ⁱ, ff. ^j 'De auctoritate tutorum' ^k (1)

^{ba} conficiens *S* ^{bo} add. videlicet ita *V₂ R R₁ E S* — ^{bp} dixisset-quod : hec verba dixisset videlicet quod ita *V₁* — ^{ba} quod ipsi : ita quod *L R₂* — ^{br} pater *V₁* — ^{bs} ipsi-usufructus : ipsi ***** non queratur et suf. *R₁* — ^{bi} valet *V₁ V₂ R E L R₂* ; valeret : valet et cet. *R₁* ; instrumentum valeret : valet instrumentum *S*

^a vigesimosecundo *V₁ V₂ R R₁ E S* ; add. in dextero margine Utrum filius tabellio possit conficere instrumenta pro patre *R* ; add. in sinistro margine questio *E* ; add. in dextero margine questio *S* — ^b add. et *R* — ^c contrario *R₁* ; converso *E* ; numquid-contra : an *V₂* ; vigesimoquarto-contra : quero vicesimosecundo quid e contra an *L R₂* — ^d filius e contra *V₁* — ^e tabellionis *S* ; tabellio om. *V₂* — ^f conficere *V₁ E L R₂* ; facere *V₂ R₁* — ^g scribere instrumentum : conficere instrumenta *R* — ^h hanc *V₂ R₁ E S L R₂* — ⁱ diximus *V* ; l. si jur. *R* ; l. si unus *R₁ E* — ^j l. quod-ff. : l. si unus (?) sunt *V₁* — ^k de admi. tu. *V* ; l. quod-tutorum : l. si unus ff. de auct. tuto. et in l. quod dicitur (?) § finali eodem titulo *S* ; l. si uno ff. de auct. tu. et l. quod dicimus § I eodem titulo *L R₂*

(1) D. 26, 8, 7 — Anche il commento di Dino dal Mugello all'Inforziato è forse da considerare perduto (cfr. SAVIGNY, *Op. cit.*, Vo, 453 [= trad. it. BOLLATI cit., II, p. 462]; v. *supra*, p. 150, n. 19) mentre del mugellano rimangono le *additiones* alla Glossa di Accursio all'Inforziato, che, p. es., si trovano nei citati mss. vaticani (ottoboniano 1307, fol. 13r-40r e ms. borghesiano 274, fol. 19r-78v) oltre che nella citata edizione Lugduni 1513. Anche presso la Biblioteca Comunale di Forlì si trova un manoscritto (Ms. VII/1) in cui a fol. 150r si legge: *Explicit lectura domini Dyni cum additionibus glosarum super prima parte infortiati*. Ho dedicato al passo in questione una ricerca particolare, con i seguenti risultati: nel ms. ottoboniano e nella edizione, al titolo *De auctoritate tutorum* non vi è alcun accenno alla l. *Quod dicimus*. Un breve richiamo, in forma di *additio*, si trova invece nel ms. borghesiano (fol. 32r: « in l. *quod dicimus*, in § si suo, in glosa 'quod est' in fine, immo dic ut notatur supra, eodem, l. etiam; in § si et pater, in glosa etiam e contra in fine fo. ut supra, de arbitris, l. quin etiam. »). Nel manoscritto di Forlì vi è qualcosa di più (f. 114r, col. 1 in fine): « (1.) *Quod dicimus*. « § si duo, in glosa 'quod est semper' in fine, adde ymmo dic, ut notatur, supra, eodem, l. etiam; § si pater fuerit, scilicet testamentarii vel dativi vel legitimi filii essent, non posset pater et filius, quia pater filium precedit in gradu et ideo non deferitur patri tutela »; e questo potrebbe sembrare un argomento a sostegno della citata opinione di Dino. Ma poichè nel nostro caso si dice che Dino tractat istam questionem, si deve ritenere che Baldo intendesse riferirsi alla perduta *Lectura* e non alla *additio* sopra riportata.

et¹ Bartolus in dicta^m l. ⁿ 'Si pater'^o, ff. ^p 'De falsis'^a (2) et^r tangit^s | in l. 'Qui^t testamento'^u, § I, ff. ^v 'De testamentis'^w (3). Veritas^x est quod filius emancipatus potest scribere^y instrumentum | pro patre^z, ut^{aa} l. ^{ab} 'Filius emancipatus'^{ac}, in principio, ff. 'De falsis' (4). Sed filius^{ad} in potestate^{ae} non potest^{af}, eodem titulo^{ag}, l. | 'De eo'^{ah}, in principio^{ai} (5).

¹ et om. $V_2 R L R_2$ — ^m preallegata V_1 ; dicta om. $V_2 E S L R_2$ — ⁿ l. om. R — ^o dicta-pater: in l. pater R_1 — ^p ff. om. $L R_2$ — ^a de falsis ff. V_1 — ^r et om. $R_1 E$ — ^s tangit om. V_2 ; et tangit: tangit etiam $V_1 R S$ — ^t quod R_1 — ^u testamenta R ; testamentum E ; tangit-testamento: l. qui testamenta $L R_2$ — ^v ff. om. $R L R_2$ — ^w de testi. V_1 — ^x verum V_1 — ^y conficere $V_2 E$ — ^z scribere-patre: conficere pro instrumentum pro parte R_1 — ^{aa} argumento $V_1 V_2 R R_1 E$; scribere instrumentum pro patre ut om. $L R_2$ — ^{ab} add. si R — ^{ac} ut-emancipatus: argumento in l. filius S — ^{ad} sed filius: filius autem $L R_2$ — ^{ae} add. patris et postea expungit V_1 — ^{af} add. ut $V_2 R R_1 E$ — ^{ag} eodem titulo om. V_1 — ^{ah} eodem-eo: l. de eo eodem titulo V_2 — ^{ai} eodem-principio: l. de eo in principio eodem titulo S ; l. de eo in principio ff. eodem $L R_2$

(2) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, lib. XLVIII, tit. *Ad legem Corneliam de falsis* (X), l. *Si pater* (XI), circa medium [ed. cit., f. 183r, col. 1]: 'Quero an e converso, filius possit esse notarius et instrumentum scribere de contractu patris; textus videtur quod non, supra, lege proxima, in principio (*D. 48, 10, 10*), quod est verum in filio in potestate, ut ibi vidistis; de quo, per Dynum in l. quod dicimus, § finali, supra, de auctoritate tutorum (*D. 26, 8, 7*)'. — (3) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Prima super Digesto Infortiatio*, lib. XXVIII, tit. *De testamentis* (I), l. *Qui testamento* (XX), [§ *Quecumque* circa medium, ed. cit., f. 97r, col. 1, nu. 2]: 'Quero an hoc [an filius possit esse testis patri] sit verum, tam in filio in potestate posito, quam in filio emancipato. Et videtur quod non procedit in filio emancipato, ut l. impuberem, § I, de falsis (*D. 48, 10, 22, 1*) et l. de eo (*D. 48, 10, 10*), et hic non loquitur nisi de hiis filiis, qui sunt in potestate. Item facit quod notat Dynus in l. quod dicimus, supra, de auctoritate tutorum (*D. 26, 8, 7*), ubi filius emancipatus potest scribere testamentum patris. Contrarium credo verum, et ita nota glosa in l. parentes, C. de testibus Preterea probatur quod emancipatus debet reverentiam patri, ut l. liberto, infra, de obsequiis (*D. 37, 15, 9*). Ad contrarium responde, quia ibi loquitur in notario scribente, et aliud est scribere et aliud est testificari, ut infra, eodem, l. Domitius (*D. 28, 1, 27*); ratio: notarius, quando scribit, adhibetur ut persona publica ad scribendum, de voluntate utriusque partis, ideo cessat suspicio. Nam etiam si utraque pars vellet quod filius testificaretur, valerét testimonium eius, ut l. si quis testibus, C. de testibus (*C. 4, 20, 17*). Item, propter auctoritatem publicam, quam habet ab eo, qui concessit ei notarius officium, videtur eius persona approbata in hoc, ut l. I, supra, de officio prefectorum pretorio (*D. 1, 11, lege unica*); testis vero testificatur ut privatus'. — (4) *D. 48, 10, 14*. — (5) *D. 48, 10, 10*.

Ultimo ^a quero ^b numquid ^c frater ^d possit ^e conficere instrumentum pro facto fratris ^f. Respondeo: si | sunt ambo in potestate ^g eiusdem ^h, non potest de re, que patri queratur ⁱ, ut dicta ^j l. 'De eo' ^k, in principio ^l, | ff. 'De falsis' ^m (1); sed si sunt emancipati, potest ⁿ, argumento l. 'Impuberem', § I, eodem titulo ^o (2). Deo gratias. Amen ^p |.

^a ultimo: XXIII et ultimo V_2 ; *add. in sinistro margine questio E; add. in dextero margine questio S* — ^b quero ultimo $L R_2$ — ^c an V_2 — ^d pater V_1 — ^e potest S — ^f facto fratris: fratre $V_1 V_2 R_1 E S L R_2$; instrumentum-fratris: instrumenta pro fratre R — ^g potestatem $V R_1$ — ^h *add. patris S L R_2* — ⁱ queritur $V_1 R S L R_2$; re-queratur: eo quod patri queritur $V_2 R_1 E$ — ^j pre-allegata $V_1 E$; dicta *om.* S — ^k ut-eo: l. de proprio $L R_2$ — ^l *add. in principio R_1* — ^m ff. de falsis *om.* V_2 — ⁿ possunt V_2 — ^o *add. et cet. R_1*; eodem titulo: e. c. V_1 ; ff. de falsis R ; de falsis $L R_2$ — ^p *add. explicit tractatus de tabellionibus secundum dominum baldum de perusio V_2; deo-amen: bar. V_1; explicit tractatus de tabellionibus editus per famosissimum utriusque juris doctorem dominum baldum de perusio. Deo gratias amen et cet. R_1; explicit tractatus de tabellionibus editus per famosissimum utriusque juris doctorem dominum baldum de perusio. Deo gratias E; explicit tractatus de tabellionibus editus per famosissimum utriusque juris doctorem dominum baldum de perusio S; tractatus de tabellionibus finit L R_2 deo-amen om. R*

(1) D. 48, 10, 10. — (2) D. 48, 10, 22, 1.

INDICE

- ABBAS PANORMITANUS: v. NICHOLAUS DE TUDESCHIS**
 agere: 107, 111, 112
 — (contra notarium): 62, 64, 107, 112.
 — (contra contrahentes): 111
ALESSANDRO TARTAGNI: v. ALEXANDER TARTAGNUS
ALEXANDER TARTAGNUS: 11, 72, 73
 — *Consilia, Consiliorum volumen primum* ed. Venetiis 1570: 73
ALIDOSI G.N., Li dottori bolognesi di legge canonica e civile, Bologna 1620: 41, 42
Andrea da Palazago: v. Andreas de Palazago, medicus
Andreas, medicus: v. Andreas de Palazago, medicus
Andreas de Palazago, medicus: 8, 9, 42
ANGELUS DE PERUSIO (o BALDUS DE UBALDIS?), repetitio sulla l. Imperator, de statu hominum: 65
ANTOLÍN G., Catálogo de los Códices latinos de la Real Biblioteca del Escorial, I, Madrid 1910: 14
ANTONIUS FRANCISCUS A DOCTORIBUS, Additiones a ABBAS PANORMITANUS, Commentaria in libros Decretalium, lib. II, ed. Venetiis 1569: 51
Ars notariatus: 6, 18, 23, 24, 27, 37, 52
Arsenio, monaco: v. Arsenius monachus
Arsenius monachus: 8, 9, 42
Audiffredi: 81
Azo: 137, 138
 — *Summa trium librorum Codicis*, ed. anast. Torino 1966 ex ed. Papie 1506: 138
BALDO DEGLI UBALDI: v. BALDUS DE UBALDIS
BALDUS DE PERUSIO: v. BALDUS DE UBALDIS
BALDUS DE UBALDIS: 4, 7, 10, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 25, 30, 36, 37, 38, 40, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 67, 72, 73, 74, 77, 78, 79, 80, 81, 155
 —, *In Decretalium Commentaria*, ed. Venetiis 1595: 54
 —, *Lectura super Codice*, ed. Venetiis 1586: 55
 —, *lectura sulla l. Cunctos populos: 54, 55*
 —, *repetitio sulla l. Cunctos populos: 54*
 —, *repetitio sulla l. Barbarius: 72, 73*
 —, *tractatus de fide instrumentorum (?)*: 65
 — *tractatus de tabellionibus: 7, 10, 13, 14, 15, 17, 19, 25, 30, 43, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 74*
 — (o ANGELUS DE PERUSIO ?), *repetitio sulla l. Imperator, de statu hominum: 65*
BARTOLO DA SASSOFERRATO: v. BARTOLUS DE SAXOFERRATO
**BARTOLUS DE SAXOFERRATO: 3, 4, 7, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 25, 28, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 39, 40, 43, 47, 48, 49, 52, 53, 55, 56, 57, 60, 62, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 78, 79, 80, 81, 88, 101, 110, 111, 113, 116, 118, 120, 126, 127, 129, 132, 134, 136, 140, 141, 143, 144, 150, 151, 154, 156
 —, *Prima super Digesto Veteri*, ed. Lugduni 1533: 89, 102, 110-111, 143, 151**

- , *Prima super Digesto Infortiato*, ed. cit.: 156
- , *Prima super Digesto Novo*, ed. cit.: 113-114, 129-130, 132, 140
- , *Secunda super Digesto Novo*, ed. cit.: 37, 66, 68, 105-106, 111, 116-117, 119, 120, 126, 127, 129, 134, 136-138, 143, 150, 154, 156
- , *Secunda super Codice*, ed. cit.: 143-144
- , *Consilia, quaestiones et tractatus*, ed. Lugduni 1547: 69
- , *tractatus de tabellionibus*: 7, 9, 11, 15, 16, 17, 19, 20, 25, 36, 38
- , *rationes*: 69.
- , *stilus*: 11, 37, 38, 40, 55, 56
- Bernardus (de Parma): 121
- glosa: 121
- BERTACCHINI GIOVANNI: v. JOHANNES BERTACHINUS
- BESTA E., *Fonti: Legislazione e scienza giuridica dalla caduta dell'Impero Romano al secolo decimoquinto*, Milano 1923-1925 [= *Storia del diritto italiano pubblicata sotto la direzione di P. DEL GIUDICE*]: 19
- Bibliothecae Apostolicae Vaticanae Codices manu scripti ... Codice Vaticanici latini...* 10701-10875, rec. J.B. BORINO, In Biblioteca Vaticana 1947: 10
- Billanovich Guido: 23
- BINI V., *Memorie storiche della Perugia Università degli Studi e dei suoi Professori*, Perugia 1816: 81
- BMC = *Catalogue of books printed in the XVth century now in the British Museum* (v.)
- BORINO J.B.: v. *Bibliothecae Apostolicae Vaticanae Codices manu scripti...*
- BRANDI B., *Vita e dottrine di Ranieri da Forlì*, Torino 1885: 103, 114
- Bulle Johann (tipografo): 18
- BUTTRIGARI JACOPO: v. JACOBUS BUTTRIGARIUS
- CALASSO F., *Bartolo da Sassoferrato*, in *Dizionario biografico degli italiani*, VI, Roma 1964: 78
- Campana Augusto: 13
- CAMPITELLI A., *Il «tractatus de cicatricibus» di Francesco Alberghotti attribuito a Bartolo da Sassoferrato*, in *Annali di storia del diritto - Rassegna internazionale*, VIII (1964), pp. 269-288: 3
- CANE GIOVANNI: v. JOHANNES JACOBUS CANIS
- CASAMASSIMA E., *Note sui manoscritti di Bartolo nelle Biblioteche tedesche in Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.*, 79, Weimar 1962: 16
- Catalogue Général des manuscrits des bibliothèques publiques des Départements*, III, Paris 1861: 15
- Catalogue of books printed in the XVth century now in the British Museum*, I-IX, London 1908-1962: 18, 19, 20, 21
- CIACONIUS A., *Vitae et res gestae Pontificum Romanorum et S.R.E. Cardinalium ab initio nascentis Ecclesiae usque ad Clementem IX P.O.M. ab A. OLDENIUS S.J., recognitae*, Romae 1677: 9
- CINO DA PISTOIA: v. CYNUS PISTORIENSIS
- citatio (partium in traditione instrumenti): 67-68, 129-132
- Cominus de Tridino Montisferrati (tipografo): 23
- concedere auctoritatem condendi instrumenta: 85
- conficere (facere) instrumentum, instrumenta: 98, 99, 100, 101, 102, 106, 115, 116, 119, 128, 134, 135, 136, 137, 139, 148, 151, 152, 153, 154, 157
- contencio (inter notarium et partes): 130, 131, 132
- COPINGER W.A., *Supplement to Hain's Repertorium bibliographicum*, I-II, London 1895-1902: 18, 19
- corrigen errorcm (in instrumento): 65-67, 115-129
- corrigen (instrumentum defectivum): 64, 112, 113, 115

- CORTESE E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I-II, Milano 1962 [= *Ius nostrum. Studi e testi pubblicati dall'Istituto di Storia del diritto italiano dell'Università di Roma*, 6, 1]: 150
- CR = COPINGER-REICHLING (v.)
- creare tabellionem, tabelliones: 56-59, 85-99
- — infra tempora pubertatis: 68, 134
- credere instrumentis (scripturis): 86, 105
- CYNUS PISTORIENSIS: 45, 52, 64, 66, 74, 76, 112, 129, 151
- , *additiones* al *Digestum Vetus*: 52, 130
- , *In Codicem et aliquot titulos... Digesti Veteris Commentaria*, ed. anast. Augustae Taurinorum ex ed. Francofurti 1578: 112-113, 152-153
- , *Lectura super Digesto Veteri*: 74
- DALLARI U.: v. *I Rotuli dei lettori legisti e artisti ...*, pubbl. da U. DALLARI
- dare instrumentum contrahentibus: 62-63, 108, 110
- Denisio: 81
- Deutscher Gesamtkatalog*, I-XIV [I voll. I-VIII con il titolo di *Gesamtkatalog der Preussischen Bibliotheken*], Berlin 1931-1939: 23
- DE VERGOTTINI G.: v. VERGOTTINI (DE) G.
- DI DONATO G., *Quaedam de thesauris juris lugdunensibus et venetianis*, tesi di laurea discussa nell'anno accademico 1965-66, presso la Facoltà di Giurisprudenza della Università di Urbino, manoscritto presso l'Istituto di Storia del Diritto della Università di Urbino: 25
- DINO DAL MUGELLO: v. DYNUS DE MUXELLO
- DIPLOVATIUS TH.: 38, 43, 47, 48, 52, 53, 54, 73, 77, 79, 81
- DIPLOVATIZIO TOMMASO: v. DIPLOVATIUS THOMAS
- DISSUTI UGO CELSO: v. HUGO CELSUS DISSUTUS
- DOCTORI (DE') ANTONIO FRANCESCO: v. ANTONIUS FRANCISCUS A DOCTORIBUS
- Drach Peter (tipografo): 21, 25
- DYNUS DE MUXELLO: 20, 36, 37, 44, 47, 52, 72, 74, 102, 120, 121, 150, 151, 155, 156
- 52, 72, 74, 102, 120, 121, 150, 151,
- , *additiones* alla Glossa di Accursio: 150, 155
- , *Apostille super infortiato et ff. novo cum additionibus... Celsi Hugonis Dissuti*, ed. Lugduni 1513: 150, 155
- , *Consilia*, ed. Venetiis 1574: 121-122
- , *Lecturae*: 120, 150, 155
- , *Tractatus praescriptionum*: 20
- Egenolphus Christianus (tipografo): 23
- ERA A., *Due trattati attribuiti a Bartolo: « De tabellionibus » e « Contrarietates juris civilis Romanorum et juris Langobardorum »* in *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, II, Milano 1962, pagine 217-225: 4, 23, 24, 36, 37, 40, 64, 71, 80.
- ERCOLE F., *Impero e Papato nella tradizione giuridica bolognese e nel diritto pubblico italiano del Rinascimento (sec. XIV-XV)*, Bologna 1911: 58
- error (in instrumento): 65-67, 115-129
- circa incongruam latinitatem: 66, 117, 127
- circa obscuritatem verborum: 66, 117-126
- circa ordinem tenoris instrumenti: 66, 117, 123
- circa scripturam instrumenti: 66, 117, 126
- circa sollemnitatem formalem instrumenti: 66, 117, 118
- circa sollemnitatem intrinsecam formalem contractus: 66, 117, 123
- circa sollemnitatem intrinsecam essenziale contractus: 66, 117, 124
- circa sollemnitatem extrinsecam contractus: 66, 117, 125
- etas (tabellionis): 68, 133, 134
- Eugenio IV, papa: 8, 9, 42
- excommunicatio (tabellionis): v. tabellio excommunicatus

- exercere officium tabellionatus: 101, 134, 135, 137, 139
- exhibere instrumentum contrahentibus: 62, 107
- extensio (instrumenti): 109, 111
- facere instrumentum, instrumenta: v. conficere instrumentum, instrumenta
- facere tabellionem, tabelliones: v. creare tabellionem, tabelliones
- FALOCI PULIGNANI D.M.: v. *Inventari dei manoscritti ...*, vol. XLI...
- FANTUZZI G., *Notizie degli scrittori bolognesi*, t. IV, Bologna 1784: 41, 42
- FEENSTRA R., *Bartole dans les Pays-Bas (anciens et modernes) in Bartolo da Sassoferrato*, cit., I, pp. 173-281: 4, 15, 22, 27, 39, 44
- : v. MEJERS E.M., *Etudes d'histoire du droit...*
- FELINO SANDEO: v. FELINUS SANDEUS
- FELINUS SANDEUS: 23, 37, 51, 52, 55
- , *In Decretalium libros V Commentaria*, ed. Basileae 1567: 51
- Fichard Giovanni: 23, 37
- Firmani, cardinale: 11, 12
- FISCHER H.F.W.: v. MEJERS E.M., *Etudes d'histoire du droit...*
- FIUMI F., *Alcune ricerche sui manoscritti delle opere di Baldo degli Ubaldi nelle principali biblioteche d'Italia*, in *L'opera di Baldo*, a cura della Univ. di Perugia, nel *V Centenario della morte...*, pp. 397-406: 14
- FONTANA A.: 80
- *Amphiteatrum legale*, pars V, Parmae 1688: 81
- Formularium florentinum*: 24
- Formularium romanum*: 24
- GALVANUS DE BONONIA: 20
- (*Tractatus*) *Differentie legum et canonum*: 20
- gerere se pro tabellione: 102
- Gesamtkatalog der Preussischen Bibliotheken*: v. *Deutscher Gesamtkatalog*
- Gesamtkatalog der Wiegendrucke*, I-VIII, Leipzig 1905-1940: 18, 19, 49
- GHIRARDACCI C., *Della Historia di Bologna, parte terza*, a cura di A. SORBELLI, Città di Castello s.a. [= *Raccolta degli Storici Italiani dal cinquecento al millecinquecento, ordinata da L.A. Muratori*]: 43
- GIASON DEL MAJNO: v. JASON MAYNI
- GIOVANNI MONACO: v. JOHANNES MONACHUS
- glosa: 107, 108, 110, 112, 114, 118, 119, 120, 122, 125-126, 135-136, 137, 138, 139, 141, 145, 150, 151
- GOFF F.R., *Incunabula in American Libraries, Third Census...*, New York 1964: 19, 21
- GOFFREDO DA TRANI: v. GOFFREDUS DE TRANO
- GOFFREDUS DE TRANO: 19, 48
- *Summa super titulos Decretalium*: 19, 48
- GOZADINUS DE GOZADINIS: 4, 7, 8, 35, 41, 42, 43, 44, 46, 77
- *Liber recordationum*: 43
- *tractatus excussionis*: 8, 42, 43
- *tractatus de tabellionibus*: 7, 8, 41, 42, 43
- Gozzadini Giovanni: 41
- Gozzadini Lorenzo: 41, 42
- Gozzadini Simolino: 41, 42
- GOZZADINO DE' GOZZADINI: v. GOZADINUS DE GOZADINIS
- Gran Henricus (tipografo): 22
- GUGLIELMO DA CUNIO: v. GUILIELMUS DE CUNIO
- GUIDO DA SUZZARA: 57
- GUILIELMUS DE CUNIO: 6, 28, 29, 30, 31, 46, 52, 56, 57, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 71, 72, 74, 75, 76, 88, 89, 99, 101, 102, 108, 109, 115, 117, 143, 147, 149, 151
- , *Lectura super Codice*: 75
- , *Lectura super Digesto Veteri*, MS Lucca, Bibl. Capitolare Feliniana n° 373: 6, 63, 88-89, 99-100, 101-102, 115-116, 144, 147-148
- , id., MS Forlì, Bibl. Comunale VII/1: 6, 63
- , id., MS Wien, Österreichische Nationalbibliothek 2257: 6, 63

- GUILIELMUS DURANDUS: 24, 52, 60, 61, 70, 104, 106, 115, 117, 119, 137, 140, 143
 —, *Speculum juris*, ed. Lugduni 1541: 104, 106, 116, 140, 143
 Guizard Louis: 12
 GW = *Gesamtkatalog der Wiegendrucke* (v.)
 H = HAIN L., *Repertorium bibliographicum* (v.)
 haberi pro tabellione: 60, 103
 HAIN L., *Repertorium bibliographicum*, ed. anast. Milano 1948: 18, 19, 20, 21, 36
 HELSSIG R., *Katalog der Handschriften der Universitätsbibliothek zu Leipzig. Die lateinischen und deutschen Handschriften*, III (Die juristischen Handschriften), Leipzig 1905: 15
 Herolt Georg (tipografo): 18
 HUGO CELSUS DISSUTUS: 35, 50, 150
 —, *Additiones a BALDUS DE UBALDIS, Commentaria in Codicem*, ed. Venetiis 1577: 50
 —, *Additiones a DYNUS DE MUXELLO, Apostille super infortiato et ff. novo*, ed. Lugduni 1513: 150
 I *Rotuli dei lettori legisti e artisti dal 1348 al 1799*, pubbl. da U. DALLARI, Bologna 1888-1924: 41, 42
 IGI = *Indice generale degli incunaboli delle biblioteche italiane* (v.)
 imbreviatura: 62, 108, 109, 114
Indice generale degli incunaboli delle biblioteche d'Italia a cura del Centro Nazionale di informazioni bibliografiche, I-IV, Roma 1943-1965: 18, 19, 20, 21
 infamia (tabellionis): v. tabellio infamis
 INFESSURA S., *Diario della città di Roma*, a cura di O. TOMMASINI, Roma 1890 [= *Fonti della Storia d'Italia, pubblicate dall'Istituto Storico Italiano*]: 9
 INNOCENTIUS IV, papa: 20, 49, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 86, 88, 94, 96, 97, 99, 100, 101, 104, 105, 119, 136, 140, 141
 —, *In quinque libros Decretalium Commentaria*, ed. Venetiis 1570: 86-87, 94-95, 99, 100, 104, 105, 136, 140, 141
 —, *Tractatus exceptionum*: 20
 INNOCENZO IV^o: v. INNOCENTIUS IV
 instrumentum, instrumenta: *passim*
 — confectum extra iudicium: 61, 63, 105
 — confectum in iudicium: 61, 63, 105
 — defectivum: 64, 65, 112, 113, 114
 — pertinens ad actus inter vivos: 107
 — pertinens ad ultimam voluntatem: 107
 v. conficere instrumentum, instrumenta
 v. corrigere errorem (in istrumento)
 v. corrigere (instrumentum defectivum)
 v. credere instrumentis
 v. dare instrumentum contrahentibus
 v. error in istrumento
 v. exhibere instrumentum contrahentibus
 v. extensio (instrumenti)
 v. tradere instrumentum
Inventari dei manoscritti delle biblioteche d'Italia, vol. XLI (*Biblioteca Jacobilli di Foligno*, a cura di D.M. FALOCI PULIGNANI), Firenze 1930: 13
 JACOBILLA LUDOVICO: 14
 —, *Bibliotheca Umbrae sive de scriptoribus Provinciae Umbrae, Fulginae* 1658: 14
 —, *Inventario dei libri del Seminario di Foligno fatto di marzo et april 1662*, manoscritto C-V-13 della Biblioteca del Seminario Vescovile di Foligno: 14
 —, *Inventario dei libri di me Ludovico Jacobilli che tengo in casa mia, fatto di febbraio 1654, con l'aggiunta del 1657*, manoscritto A-VIII-21 della Biblioteca del Seminario Vescovile di Foligno: 14
 Jacobilli Vincenzo: 14
 JACOBUS BUTRICARIUS: 12, 68, 126, 131
 —, *Lectura super Codice*, ed. Parisii 1516: 12, 126, 132
 JACOBUS DE ARENA: 10, 52
 — *questiones*: 10, 52

- JACOBUS DE BELVISO: 6, 29, 52, 57, 75, 88, 101, 128
 —, *Summa Authenticorum*, ed. Lugduni 1511: 6, 88, 101, 128
- JACOBUS DE BUTRIGARIUS: v. JACOBUS BUTRIGARIUS
- JACOBUS DE RAVANIS: 72, 74, 102, 108, 152
- JACOPO BUTTRIGARI: v. JACOBUS BUTRIGARIUS
- JACOPO DA ARENA: v. JACOBUS DE ARENA
- JACOPO DA BELVISO: v. JACOBUS DE BELVISO
- JASON MAYNI: 11, 23, 37, 52, 73
 — *In secundam Digesti Novi commentaria*, ed. Venetiis 1590: 11
- JOHANNES BERTACHINUS: 28, 29, 31, 35, 49, 57
 — *Repertorium utriusque juris*, ed. Romae 1481: 28, 31, 49, 57
- JOHANNES JACOBUS CANIS (o DE CANIBUS), *De tabellionibus*, ed. Bononiae 1482: 49, 52, 80, 81
- JOHANNES MONACHUS: 19, 20
 — *Defensorium juris*: 19, 20
- Koberger Anton (tipografo): 21
- Lanfrancus de Oriano: 23, 37, 52
- LEGENDRE P., *Une oeuvre fausement attribuée à Bartole*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 4e série, XLII (1964), p. 704: 3
- Liber plurimorum tractatum*: 19, 20, 22, 25
- Lilius Dominicus (tipografo): 23
- LITTA P., *Le famiglie celebri d'Italia*, fascicolo «Gozzadini di Bologna», Milano 1839: 41, 42, 44
- MAFFEI D., *Il «tractatus percussionum» pseudo-bartoliano e la sua dipendenza da Odofredo*, in *Studi Senesi*, LXXVIII [= III serie, XV] (1966), pp. 7-18: 3
- , *La «Lectura super Digesto Veteri» di Cino da Pistoia. Studio sui MSS Savigny 22 e Urb. lat. 172*, in *Quaderni di «Studi Senesi»*, 10, Milano 1963: 52, 73, 74
- manoscritti:
 BOLOGNA, BIBLIOTECA DELL'ARCHIGINNASIO Gozz. 415-422: 41, 42
- EL ESCORIAL, BIBLIOTECA d-II-7: 7, 14-15, 46
- FOLIGNO, BIBLIOTECA DEL SEMINARIO VESCOVILE A-VI-17: 7, 13-14, 46 A-VIII-21: 14 C-V-13: 14
- FORLÌ, BIBLIOTECA COMUNALE VII/1: 6, 63, 155
- LEIPZIG, UNIVERSITÄTSLIBLIOTHEK 942: 7, 15-16, 36, 40
- LUCCA, BIBLIOTECA CAPITOLARE FELINIANA 373: 6, 63, 88, 99, 101, 115, 147
- SAINT-OMER, BIBLIOTHEQUE DE LA VILLE 539: 7, 15, 27, 46
- VATICANO (CITTÀ DEL —) BIBLIOTECA APOSTOLICA VATICANA Borghes. 274: 150, 155 Ottobon. 1307: 150, 155 Ross. 1058: 7, 11-12, 27, 36, 37, 38, 39, 40, 55, 56, 78 Ross. 1061: 7, 12-13, 15, 27, 46, 65 Vat. lat. 2289: 7, 9-10, 36 Vat. lat. 2656: 65 Vat. lat. 2660: 5, 7, 8-9, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 64, 70, 71, 75 Vat. lat. 10726: 7, 10, 27, 29, 46, 52
- WIEN, ÖSTERREICHISCHE NATIONALBIBLIOTHEK 2257: 6, 63
- Marcillettus Stephanus: 24
- MARINI G., *Degli architetti pontifici*, I-II, Roma 1784: 8, 9
- MARTINO DA FANO: v. MARTINUS DE FANO
- MARTINUS DE FANO: 26, 52
 — *additiones al tractatus de tabellionibus*: 26, 52
- Masochius (tipografo): 23
- Massimiliano I^o, imperatore: 24
- Materiali per la storia della famiglia Gozzadini*, manoscritto nella Biblioteca dell'Archiginnasio di Bologna (Segn.: Gozz. 415-422): 41, 42
- Mattaire: 81

- MAZZATINTI G. - SORBELLI A.: v. *Inventari dei manoscritti delle biblioteche d'Italia*
- MAZZETTI S., *Repertorio di tutti i professori antichi e moderni della famosa Università e del celebre Istituto delle Scienze di Bologna*, Bologna 1848: 41, 42
- MAZZUCHELLI G.M., *Gli scrittori d'Italia*, II, Brescia 1758: 81
- MEIJERS E.M., *Etudes d'histoire du droit*, publiées par les soins de R. FEENSTRA et H.F.W. FISCHER, III (*Le droit Roman au Moyen Age*), Comptes-rendu de J.L.J. VAN DE KAMP, *Bartolus de Saxoferrato. 1313-1357.*, Leyde 1959: 39
- , *Tractatus duo de vi et potestate statutorum*, ed. E.M. MEIJERS (v.)
- MERCATI A.: v. PASTOR L., *Storia dei Papi...*
- merces (tabellionis): v. *salarium*
- MITTARELLI J.B., *Bibliotheca codicum manuscriptorum monasterii S. Michaelis Venetiarum prope Murianum...., Appendix librorum seculi XV*, Venetiis 1779: 16
- Modus legendi abbreviaturas in utroque iure*: 20, 22
- NICOLAUS DE TUBESCHIS (ABBAS PANORMITANUS): 20, 51
- *Commentaria in libros Decretalium*: 51
- *Repetitiones*: 20
- notarius: v. *tabellio*
- OLDONINUS A.: v. CIACONIUS A., *Vitae et res gestae Pontificum Romanorum....*
- ORLANDELLI G.: v. SALATIELE, *Ars notariae...*
- Palazago (de), Andreas: v. Andreas de Palazago, *medicus*
- PARADISI B., *La diffusione europea del pensiero di Bartolo*, in *Bartolo da Sassoferrato* cit., I, pp. 395-472: 15
- PASTOR L., *Storia dei Papi dalla fine del Medio Evo*, traduz. it. ANG. MERCATI, I, Roma 1931: 9
- PASTORELLO E., *Tipografi, editori, librai a Venezia nel sec. XVI*, Firenze 1924 [= *Biblioteca di bibliografia italiana diretta da C. FRATI (supplemento periodico a «La bibliofilia» diretta da L. ŐLSCHKI)*, V]: 23
- Paulus de Castro: 54
- pecunia: v. *salarium*
- Petrus (de Bellapertica): 72, 74, 102, 151, 152
- PETRUS JACOBUS DE MONTE PESSULANO: 20
- *Tractatus de arbitris et arbitratoribus*: 20
- Planck Stephan (tipografo): 18
- PLATINA B., *Historia... de vitis Pontificum Romanorum a D.N. Jesu Christo usque ad Paulum II...*, Coloniae Ubiorum 1593: 9
- potestas conficiendi publica instrumenta: 93, 106
- potestas creandi tabelliones: 56, 57, 58, 59, 61, 89, 92, 96
- privare tabellionem privilegio tabellionatus: 93, 94
- privilegium tabellionatus: 91, 93, 94, 101, 102
- Prosdocius (de Comitibus): 49
- protocollum*: 111, 114
- punire tabellionem, tabelliones: 89, 99
- quasi possessio (officii) tabellionatus: 60, 101, 102, 103
- RABOTTI G.: v. *Thomae Diplovatati liber de claris iuris consultis....*
- RANIERI DA FORLÌ: v. RAYNERIUS DE FORLIVO
- RAYNERIUS DE FORLIVO: 47, 52, 102, 103, 113, 114
- , *Lectura super Digesto Veteri*: 47
- REICHLING D., *Appendices ad Hainii-Copingeri 'Repertorium bibliographicum'. Additiones et emendationes*, Monachii 1905-1910: 18
- reputari pro tabellione: 60, 103
- ROLANDINO: v. ROLANDINUS DE PASSAGERIIS
- ROLANDINUS DE PASSAGERIIS: 19, 24, 25, 26, 46, 48, 49, 52

- *Summa totius artis notariae*: 19, 25, 26, 46, 48, 49, 52
- ROSSI G.: 3
- , *La « Bartoli vita » di Tommaso Diplovataccio secondo il codice Oliveriano 203*, in *Bartolo da Sassoferrato cit.*, II, 441-502: 47, 73
- salarium (tabellionis): 62, 108, 109, 110, 111
- dare: 110, 111
- recipere: 62, 103, 109
- SALATELE: *Ars notariae a cura di G. ORLANDELLI*, I, Milano 1961: 5
- SAVIGNY F.C. (VON), *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, I-VII, rist. anast. Darmstadt 1961 [= traduz. it. BOLLATI, I-III, Torino 1857]: 4, 11, 22, 36, 39, 47, 49, 77, 81, 103, 114, 130, 150, 155
- SCHULTE J.F. (VON), *Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, t. II (*Von Papst Gregor IX. bis zum Concil von Trient*), ed. anast. Graz 1956: 51
- SCHULZ F.: v. *Thomae Diplovatati liber de claris iuris consultis...*
- signum tabellionis: 60, 104
- Silber Eucharius (tipografo): 13
- solvere tabellioni (pro confectione instrumenti): 63-64, 112
- SORBELLI A.: v. GHIRARDACCI C., *Della Historia di Bologna ...*
- SPECULATOR: v. GUILIELMUS DURANDUS
- stare (esse) in possessione tabellionatus: 143-144
- STINTZING R., *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts am Ende des 15. und im Anfang des 16. Jahrhunderts*, Leipzig 1867: 4, 19, 20, 21, 36, 37, 39, 51
- tabellio, tabelliones (notarius, notarii): passim
- conficiens instrumentum de facto proprio: 75-76, 147-152
- creatus ab imperatore: 61, 106
- creatus a papa: 61, 106
- excommunicatus: 69, 134-135
- excommunicatus vel infamis in possessione tabellionatus: 71-72, 143-145
- filius: 76-77, 155-156
- frater: 76-77, 157
- infamis: 69-70, 135-142
- pater: 76-77, 152-155
- privatus officio propter delictum: 73-75, 145-146
- spurius: 70, 143
- Thomae Diplovatati liber de claris iuris consultis curantibus* F. SCHULZ-G. RABOTTI, Bononiae 1968 (« *Studia Gratiana*, X): 47, 53, 54
- TIRABOSCHI G., *Storia della Letteratura italiana*, tomo V, Modena 1789: 81
- TOMMASINI O., v. INFESSURA S., *Diario della città di Roma*
- TORELLI P., *Studi e ricerche di storia giuridica e diplomatica comunale*, II, Mantova 1915 [= *Accademia Virgiliana di Mantova*, Serie Miscellanea, vol. I]: 68
- Tractatus duo de vi et potestate statutorum* ed. E.M. MEIJERS, *Insunt*, I. Baldi repetitio super lege 'Cunctos populos' (C. 1, 1, 1); 2. Van der Keessel praelectiones juris hodierni ad H. Grotii introductionem... Haarlem 1939 [= *Rechtshistorisch Instituut - Institut historique de droit*, Leiden, serie II, 9]: 48, 54
- Tractatus ex variis juris interpretibus collecti*, tom. XI, Lugduni 1549: 25, 26
- Tractatus universi juris*, tom. III, Venetiis 1584: 26, 30, 44
- tradere instrumentum: 67-68, 112, 113, 114, 129
- — defectivum: 64-65, 112, 113, 114
- Trattato delle azioni di Testa Gozzadini ed altri della famiglia*, manoscritto del 1590, già nella Biblioteca Gozzadini: 41, 44
- VAN DE KAMP J.L.J., *Bartolo da Sassoferrato*, in *Studi Urbinati*, IX (1935), pp. 1-165 e *Bartolus de Saxoferrato*.

- 1313-1357, Amsterdam 1936: 4, 10, 12, 16, 18, 39
- VERCOTTINI (DE) G.: 3
- *Il diritto pubblico italiano nei secoli XII-XV*, I, Milano 1960: 58
- VERMICIOLI G.B., *Biografia degli scrittori perugini*, I, Perugia 1829: 16, 81
- Vocabularius juris*: 22
- Vulterris (de) Antonius et Raphael (tipografi): 5, 18
- ZULETTUS J.B., *Index librorum omnium juris tam pontificii quam caesarei*, Venetiis 1566: 80, 81

FRANCA DE MARINI AVONZO

**LA GIUSTIZIA NELLE PROVINCE
AGLI INIZI DEL BASSO IMPERO**

II

L'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA DI COSTANTINO

SOMMARIO: I. *Gli editti del 331*: 1. Premessa. — 2. Proposta di palingenesi. — II. *La distribuzione della competenza*: 3. Gli arbitri agrimensori nei giudizi di confine. — 4. Gli arbitri esecutori nei giudizi divisorii. — 5. Gli arbitri esecutori nel *iudicium tutelae*. — 6. Sottoposizione gerarchica dell'arbitrator al preside. — 7. Momento determinante della competenza del giudice ordinario. — 8. L'appellabilità della sentenza dei giudici *vice sacra*. — 9. L'appello *more consultationis*. — 10. *Appellatio non recepta*. — 11. *Supplicatio* e appello. — III. *Tendenze della legislazione processuale di Costantino*: 12. La pubblicizzazione del processo. — 13. Diritto « sostanziale » e diritto « processuale »: critica ad una lettura privatistica. — 14. Organicità e coerenza degli editti del 331.

1. Già da qualche tempo ho intrapreso l'analisi delle strutture organizzative del processo dell'età di Costantino, esaminando un editto in cui, il 1° novembre 331, egli dettava le direttive fondamentali cui dovevano conformarsi i presidi ed i loro collaboratori nello svolgere l'attività giudiziaria ⁽¹⁾. In un'altra occasione ho poi tentato la ricostruzione di alcune parti di un altro editto dello stesso anno che, riunite, sono apparse ispirate alla esigenza di regolare varie difficoltà sorte in seguito alla introduzione della *litis denuntiatio* ufficiale ⁽²⁾.

Intendo qui portare a termine l'esegesi di tale editto, del 1° agosto 331, e proporre una palingenesi, dalla quale potrà risultare l'ampiezza e l'organicità dell'intervento legislativo costantiniano.

L'analisi fin qui condotta, infatti, ha già dato qualche risultato che permetterà di completare l'indagine seguendo un'ipotesi, che si presenta spontanea in base a quella dimostrazione

⁽¹⁾ *La giustizia nelle province agli inizi del basso impero. I. I principi generali del processo in un editto di Costantino*, in *Studi Urbinati* 31, 1962-63, 293 ss. = *Syntelesia Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, II, 1037 ss.

⁽²⁾ *I limiti alla disponibilità della « res litigiosa » nel diritto romano*, Milano 1967, 331 ss.

parziale. Mentre le diverse costituzioni, lette singolarmente dalla secolare tradizione romanistica, sono state interpretate come « momenti legislativi » a sè stanti, e in qualche caso come regole sostanziali di diritto privato, la loro riunione, invece, ha permesso di vederne la direzione unitaria e di classificarle tra le norme processuali ⁽³⁾.

Le parti dell'editto del I agosto che restano da esaminare regolano anzitutto i criteri di distribuzione delle competenze di primo grado; in secondo luogo forniscono una disciplina — per la prima volta organica, e praticamente definitiva fino a Giustiniano — delle istanze appellabili; infine definiscono i rapporti dell'appello in senso stretto con il rimedio straordinario della *supplicatio*. La semplice lettura di queste norme sarà quindi sufficiente ad illustrare la tendenza legislativa dell'intero editto, la cui principale caratteristica apparirà, in questa prospettiva, l'imposizione di una disciplina gerarchica all'organizzazione giudiziaria.

Per permettere questa lettura unitaria delle norme del I agosto 331, ne riporto subito i diversi brani, ricollocati in quello che a me sembra il più probabile ordine originario, anche se una giustificazione della proposta palingenesi potrà, ovviamente, aversi solo attraverso l'analisi delle singole regole.

Riporto inoltre qui di seguito anche le disposizioni già da me esaminate negli altri studi richiamati: e cioè non solo i passi in tema di *denuntiatio* della stessa legge, ma anche i due brani del I novembre. Ciò mi sembra opportuno per due motivi.

In primo luogo, ricordo che la vicinanza delle date di emissione e l'uguale destinazione *ad universos provinciales*, insieme all'indubbia affinità dei contenuti, possono far pensare che anche questi ultimi due brani in origine facessero parte della legge

(³) Per qualche considerazione conclusiva sulle tendenze della legislazione processuale di Costantino, ed in particolare per una critica alla lettura « privatistica » di vari brani dell'editto, v. oltre, n. 13.

del I agosto: la diversità delle date di pubblicazione potrebbe trovare qualche spiegazione, poichè esse sono state spesso alterate dai compilatori del Teodosiano ⁽⁴⁾.

In secondo luogo, anche a prescindere dalla possibile originaria unità dei due editti, può essere opportuno vedere insieme tutte le disposizioni processuali del 331 perchè esse mi sembrano spiegarsi a vicenda in qualche punto, su cui intendo ritornare ⁽⁵⁾.

Preferisco avvertire subito, tuttavia, che l'unicità originaria delle norme costantiniane dovrebbe essere dimostrata su una base testuale attualmente irreperibile ⁽⁶⁾. In particolare, non credo possa vedersi un argomento a favore nel fatto che l'editto del I agosto, per come noi lo conosciamo, non contenga alcuna indicazione sulla specifica attività giudiziaria del preside e dei suoi ausiliari: poichè tale attività risulta indirettamente, da cinque tra i passi a noi noti ⁽⁷⁾, come un centrale punto di

⁽⁴⁾ V. in *Studi Urbinati* cit., 295, l'indicazione degli autori che hanno sostenuto o respinto l'ipotesi dell'unicità di tutte le disposizioni processuali del 331. Si noti tuttavia che sarebbe qui impossibile pensare all'utilizzazione di diversi archivi come causa della divergenza nelle date di pubblicazione (su questo motivo ha insistito O. SEECK, *Die Zeitfolge der Gesetze Constantins*, in ZSS. 10, 1889, 26 s., in polemica con T. MOMMSEN, *Ostgotische Studien. I. Die Consulardatierung des getheilten Reiches* (1889), in *Gesammelte Schriften*, VI, Berlino 1910, 362 ss.; si v. ancora la replica di MOMMSEN, *Die Benennungen der Constitutionensammlungen*, in ZSS. 10, 1889, 350 s., e l'ultima esposizione del pensiero di SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste* ecc., Stoccarda 1919, 11 ss.), poichè come luogo di pubblicazione, nei brani che lo recano, appare sempre Costantinopoli.

⁽⁵⁾ V. oltre, note 88 e 166; n. 14.

⁽⁶⁾ Soltanto da ulteriori approfondimenti degli aspetti formali della legislazione costantiniana e della compilazione teodosiana si potrà ottenere qualche certezza su questo punto: si pensi da un lato alla diversità di stile tra CTh. 1. 16. 6 e 7 (da me segnalata in *Studi Urbinati* cit., 296 e nt. 16), che tuttora mi rende incomprensibile che siano state scritte dalla stessa mano, per quanto ciò sia indiscusso; e d'altro lato al fatto che, alla fine di un'esperienza di studio sulla compilazione teodosiana di cui era indubbiamente il più profondo conoscitore, Seeck abbia rinunciato a sostenere l'ipotesi dell'unicità dell'editto del 331 (cfr. l.c., 295 nt. 9). Per questi motivi, l'affinità di contenuto, pur essendo ovviamente un valido criterio di lavoro, non può essere assunta come elemento definitivo nella valutazione delle leggi costantiniane: sappiamo bene quanto spesso questo imperatore sia tornato a regolare gli stessi argomenti a poca distanza di tempo.

⁽⁷⁾ Quelli conservati in CI. 3. 19. 2 + CTh. 3. 30. 4 + 4. 5. 1 + 2. 26. 3 + CI. 3. 13. 4, cui si deve aggiungere *Lex Rom. Burg.* 30. 3: v. nt. 8.

riferimento dell'intera legge, e poichè essa si trova disciplinata nei brani datati al I novembre, tale insieme di circostanze potrebbe forse essere visto come prova di un più preciso collegamento tra i due gruppi di disposizioni. Ma questo argomento non è decisivo: esso può avere altre spiegazioni, che inducono a valutarlo con estrema prudenza.

Anzitutto, l'editto del I agosto non ci è giunto completo: ho dimostrato la mancanza, nel Teodosiano, di un suo passo relativo agli obblighi del compossessore convenuto in rivendica, individuandone un'epitome nella *Lex Romana Burgundionum* ⁽⁸⁾; inoltre mi par certo che la legge dovesse avere un preambolo di cui non è rimasta traccia ⁽⁹⁾. Allo stesso modo, si può pensare che essa contenesse almeno un richiamo generale all'attività giudiziaria dei *praesides*, perdutosi al momento della compilazione del Codice ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Cfr. *Limiti cit.*, 339 ss.

⁽⁹⁾ Che il testo originale della costituzioni imperiali fosse molto più ampio e prolisso di quello conservatoci nei codici è stato dimostrato da E. VOLTERRA, *Intorno ad alcune costituzioni di Costantino*, in *Rend. Acc. Lincei*, VIII s. 13, 1958, 61 ss.; *Quelques remarques sur le style des constitutions de Constantin*, in *Mélanges Lévy-Bruhl*, Parigi 1959 (ma precedente l'altro, più completo studio), 325 ss., con particolare riferimento all'esposizione iniziale delle motivazioni che avevano indotto l'imperatore all'emanazione di date norme. Tra i confronti testuali suggeriti dall'a. è in questo senso esemplare quello tra le Novelle giustiniane e l'*Epitome Iuliani*: cfr. 63 s., 71 ss. Che un intervento legislativo tanto ampio come quello del 331 dovesse avere un'introduzione è, del resto, di per sé evidente; allo stesso modo come si può dire ovvio che nella composizione del codice i compilatori abbiano omesso parti di collegamento tra i vari argomenti, che anch'essi dovevano essere introdotti con richiami di carattere generale.

⁽¹⁰⁾ Esso avrebbe dovuto trovarsi immediatamente dopo il preambolo, e potrebbe essere stato omesso insieme a questo. Meno facile mi sembra invece pensare, su questo punto, ad una lacuna del Teodosiano, analoga a quelle dimostrabili per CI. 3. 13. 4 e 3. 19. 2 e per *Lex Rom. Burg.* 30. 3, perchè mentre in questi ultimi casi i titoli corrispondenti del Teodosiano ci sono noti solo attraverso il *Breviarium*, ciò che spiega agevolmente le lacune, il tit. 1. 16 *De officio rectoris provinciae* ci è giunto attraverso un ottimo codice del Teodosiano integro (cfr. MOMMSEN, *Theodosiani libri XVI*, Berlino 1905, I, 1, LXXXIV; G. SCHE- RILLO, *Un manoscritto del Codice Teodosiano: Cod. Ambros. C. 29 inf.*, in *SDHI.* 6, 1940, 408 ss.), che lo contiene fino alla c. 6, brano dell'editto del I novembre: ciò significa evidentemente che non vi era alcuna legge datata al I agosto.

Si deve poi tener conto di un'altra, opposta possibilità: ho detto che l'editto del I agosto si presenta con caratteristiche di organicità e sistematicità, ma ciò non significa che dovesse necessariamente essere completo. Così la stessa *denuntiatio*, che offre lo spunto all'emanazione di alcune regole, già richiamate, non appare esplicitamente presa in considerazione nel 331: ma anzichè pensare ad un brano mancante, mi sembra qui più probabile che Costantino intendesse implicitamente rinviare alle apposite costituzioni degli anni precedenti con cui l'istituto era stato introdotto ⁽¹¹⁾, senza ribadire norme ormai pacifiche, ma regolandone solo alcune conseguenze che si erano manifestate negativamente nella prassi ⁽¹²⁾. Allo stesso modo, si può dunque pensare che la mancanza di una regola generale riaffermante la competenza dei presidi come istanza di primo grado si spieghi semplicemente perchè questo era ormai un criterio generalmente noto, dopo le riforme dioclezianee ⁽¹³⁾.

Per tutti questi motivi, mi sembra attualmente impossibile dare una risposta definitiva al dubbio sull'unità originaria delle norme dirette ai provinciali nel 331.

2. Riproduco in principio i due passi datati al I novembre che, nel caso fossero uniti agli altri, dovevano certamente precederli nel testo originario ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ La legge costantiniana fondamentale sull'argomento è CTh. 2. 4. 2, a. 322; cfr. già CTh. 2. 4. 1, a. 319; 2. 6. 1, a. 316; 2. a. 319; 3. a. 321 (?).

⁽¹²⁾ Cfr. *Limiti* cit., 346 ss.

⁽¹³⁾ In generale sulle riforme amministrative e giudiziarie di Diocleziano v. A.H.M. JONES, *The later Roman Empire*, Oxford 1964, I, 45 s.; sulla competenza dei presidi, fondamentale è un editto del 294, di cui indico le diverse parti a nt. 86.

⁽¹⁴⁾ Indico soltanto, per ogni testo del Teodosiano, le eventuali corrispondenze con il *Breviarium* e con il Codice Giustiniano, per offrire un più comodo quadro delle provenienze e dell'ultima sistemazione delle materie; per i testi dell'ultimo codice indico la corrispondenza con l'ediz. di P. KRÜGER, *Codex Theodosianus*, Berlino 1923-26; dato il carattere di questo studio, ometto peraltro la citazione delle modifiche dei testi paralleli, così come le *Interpretationes*, cui sarà fatto riferimento nel testo solo qualora offrano indicazioni utili a chiarire il

(CTh. 1. 16. 6 = Cl. 1. 40. 3):

Praesides publicas notiones exerceant frequentatis per examina tribunalibus, nec civiles controversias audituri secretariis sese abscondant, ut iurgaturus conveniendi eos nisi pretio facultatem impetrare non possit, et cum negotiis omnibus, quae ad se delata fuerint, exhibuerint audientiam et frequens praeconis, ut adsolet fieri, inclamatio nullum, qui postulare voluerit, deprehenderit, expletis omnibus actibus publicis privatisque sese recipiant. Iustissimos autem et vigilantissimos iudices publicis adclamationibus conlaudandi damus omnibus potestatem, ut honoris eis auctiores proferamus processus, e contrario iniustis et maleficis querellarum vocibus accusandis, ut censurae nostrae vigor eos absumat; nam si verae voces sunt nec ad libidinem per clientelas effusae, diligenter investigabimus, praefectis praetorio et comitibus, qui per provincias constituti sunt, provincialium nostrorum voces ad nostram scientiam referentibus ⁽¹⁵⁾.

(CTh. 1. 16. 7 = Brev. 1. 6. 1):

Cessent iam nunc rapaces officialium manus, cessent, inquam: nam nisi moniti cessaverint, gladiis praecedentur. Non sit venale iudicis velum, non ingressus redempti, non infame licitationibus secretarium, non visio ipsa praesidis cum pretio. Aequae aures iudicantis

pensiero di Costantino. Sulle formule *post alia - et cetera*, abitualmente usate dai compilatori teodosiani all'inizio ed alla fine delle singole parti di una costituzione frazionata in più brani, ma che nel nostro editto non si riscontrano sempre, v. la giusta osservazione di M. AMELOTTI, *Per la ricostruzione di una legge di Teodosto II*, in *Studi De Francisci*, Milano 1956, II, 298 s. nt. 5, secondo cui non si può attribuire troppa importanza al fatto che, in certi passi, esse siano presenti o mancanti.

⁽¹⁵⁾ *Inscriptio: ad provinciales; subscriptio: pp. k. Nov. Constantinopoli Basso et Ablavio consul.*

pauperrimis ac divitibus reserentur. Absit ab inducendo eius qui officii princeps dicitur depraeditio; nullas litigatoribus adiutores eorundem officii principum concusiones adhibeant; centurionum aliorumque officialium parva magnaue poscentium intolerandi inpetus oblidantur eorumque, qui iurgantibus acta restituunt, inexplata aviditas temperetur. Semper invigilet industria praesidalis, ne quicquam a praedictis generibus hominum de litigatore sumatur. Qui si de civilibus causis quidquam putaverint esse poscendum, aderit armata censura, quae nefariorum capita cervicesque detruncet, data copia universis qui concussi fuerint, ut praesidium instruant notionem. Qui si dissimulaverint, super eodem conquerendi vocem omnibus aperimus apud comites provinciarum, aut apud praefectos praetorio, si magis fuerint in vicino, ut his referentibus edocti super talibus latrociniis supplicia proferamus ⁽¹⁶⁾.

(CI. 3. 19. 2 = KRÜGER, CTh. 2. 5. 1a):

Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in iudicio dominum nominare, ut, sive in eadem civitate degat sive in agro sive in alia provincia sit, certo dierum spatio ab iudice finiendo eoque ad notionem eius perducendo, vel ipse in locis in quibus praedium situm est perveniens vel procuratorem mittens actoris intentiones excipiat. Si vero post huiusmodi indultum tempus minime hoc quod dispositum est facere maluerit, tamquam lite quae ei ingeritur ex die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata iudex, utpote

⁽¹⁶⁾ *Inscriptio* e *subscriptio* come la precedente, salvo l'alterazione di *proposita* in *dat.*

domino possessionis nec post huiusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare curabit et tunc in eadem voluntate eo permanente negotium summatim discutiens in possessionem rerum actorem mitti non differet, omni adlegatione absenti de principali quaestione servata ⁽¹⁷⁾.

(*Lex Rom. Burg.* 30. 3):

Hii vero, qui conveniuntur, quos consortes habent, et in principio litis nominare debebunt, ut et ipsi conventi audientie tempore deesse non possint ⁽¹⁸⁾.

(CTh. 3. 30. 4):

Post alia: Minorum defensores, [hoc es]t tutores vel curatores, si participes rei, quae lite posci[tur, it]a, ut iussum est, edere detractaverint eosdemque contra ve[rum] nominaverint, quoniam pupillo nihil vel adulto perire opor[tet, in] quolibet litis eventu tantum de proprio pecuniae fisco infe[rant, q] quantum aestimatione habita ex tertia parte colligitur. Quod [si pau]peres sint, capitis deminutione plectantur et desinant cives [esse R]omani, ita ut ius integrum ipsis minoribus reservetur. Et ce[tera] ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ *Inscriptio: ad universos provinciales; subscriptio: D. x k. Aug. Basso et Ablabio cons.* Il giorno (23 luglio anziché 1 agosto) deve ritenersi alterato per errore, dato il contrasto con tutti gli altri brani.

⁽¹⁸⁾ Riporto questo passo in corsivo, poichè si tratta di un semplice estratto della disposizione di Costantino in tema di *consortes*: un richiamo ad essa, con l'indicazione di un altro elemento del contenuto originale, si trova in IUL., CTh. 2. 5. 2, a. 362; v. *Limiti cit.*, 339 ss.

⁽¹⁹⁾ *Inscriptio: ad universos provinciales; subscriptio: dat. k. Aug. Basso et Ablabio cons.* Per qualche indicazione sul manoscritto che ha conservato questo passo, v. *Limiti cit.*, 338, nt. 17; le lacune sono integrate secondo l'ed. MOMMSEN, che nello studio citato avevo tralasciato per l'integrazione della seconda lacuna (*posci[tur it]a*), preferendo la proposta *posci[tur ad act]a, ut iussum est, edere*, la quale sottolinea il parallelismo testuale e sostanziale con le espressioni di CL. 3. 19. 2 e *Lex Rom. Burg.* 30. 3: *in iudicio nominare; in principio litis nominare*.

(CTh. 4. 5. 1 pr. = *Brev.* 4. 5. 1 = CI. 8. 36. 2):

Post alia: Lite pendente illud, quod in controversiam devocatur, in coniunctam personam vel extraneam donationibus vel emptionibus vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri oportet, tamquam nihil factum sit lite nihilominus peragenda ⁽²⁰⁾.

(CTh. 2. 26. 3 = *Grom.*):

Post alia: Si finalis controversia fuerit, tum demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum, de quo agitur apud praesidem, esse constiterit; cum de maiore spatio causa, quoniam non finalis, sed proprietatis est, apud ipsum praesidem debeat terminari. Et si socius quid petat a socio, ante praeses iudicet, an praestari aliquid oporteat et tunc demum illud per arbitros restituatur, quod constiterit esse solvendum ⁽²¹⁾.

(CTh. 4. 5. 1. 1 = *Brev.* 4. 5. 1):

Quod si tutelae causa vertitur, post examen iudicis in supplementum pronuntiationis dentur arbitri, qui non iam arbitri, sed executores putandi sunt. *Et cetera* ⁽²²⁾.

(CI. 3. 13. 4 = KRÜGER, CTh. 2. 1. 1b):

Nemo post litem contestatam ordinariae sedis declinet examen, nec prius praefecti praetorio aut comitis

Colgo l'occasione per correggermi: proprio perchè l'obbligo di nominare i *consortes* (o il titolare, nel caso di CI. 3. 19. 2), al momento dell'accettazione della difesa, era già stabilito nelle disposizioni che precedevano il passo conservato in CTh. 3. 30. 4, in questo punto Costantino si limitava a richiamarle con la frase *ita ut iussum est*. Tale restituzione, del resto, paleograficamente risponde meglio all'ampiezza della lacuna.

⁽²⁰⁾ *Inscriptio*: ad provinciales; *scriptio* come la precedente. Per i motivi in base ai quali propongo di separare gli attuali due paragrafi di questo brano, inserendo tra essi CTh. 2. 26. 3, v. oltre, n. 5 e nt. 72.

⁽²¹⁾ *Inscriptio* e *scriptio* come a nt. 19. Sul passo v. nn. 3 e 4.

⁽²²⁾ V. nt. 20.

Orientis vel alterius spectabilis iudicis imploret auxilium, sed appellatione legibus facta ad sacrum auditorium veniat ⁽²³⁾.

(CTh. 11. 30. 16 = Cl. 7. 62. 19):

A proconsulibus et comitibus et his qui vice praefectorum cognoscunt, sive ex appellatione sive ex delegato sive ex ordine iudicaverint, provocari permittimus, ita ut appellanti iudex praebeat opinionis exemplum et acta cum refutatoriis partium suisque litteris ad nos dirigat. A praefectis autem praetorio, qui soli vice sacra cognoscere vere dicendi sunt, provocari non sinimus, ne iam nostra contingi veneratio videatur. Quod si victus oblatam nec receptam a iudice appellationem adfirmet, praefectos adeat, ut apud eos de integro litiget tamquam appellatione suscepta. Superatus enim si iniuste appellasset videbitur, lite perdita notatus abscedet, aut, si vicerit, contra eum iudicem, qui appellationem non receperat, ad nos referri necesse est, ut digno supplicio puniatur ⁽²⁴⁾.

(CTh. 11. 34. 1):

In insulam deportandi sunt cum amissione omnium facultatum, quae fisco addicendae sunt, ii, qui provocatione omissa litem reparare temptaverint contra comitum ceterorumque sententias qui vice nostra iudicaverint, firmanes se per metum appellationis omisisse auxilium. In qua re vel nostrum vel praefectorum praetorio ex nostra erit iussione iudicium ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ *Inscriptio: ad universos provinciales; subscriptio: pp. k. Oct. Basso et Ablabio cons.* Il mese è da correggere in *Sept.*, per il confronto con i tre brani successivi. Sul passo v. n. 7.

⁽²⁴⁾ *Inscriptio come la precedente; subscriptio: dat. kal. Aug.; pp. kal. Sept. Constanp. Basso et Ablabio cons.* Sul passo v. nn. 8-10.

⁽²⁵⁾ *Inscriptio e subscriptio come a nt. 24, salvo l'omissione del luogo.* Sul passo v. n. 11.

(CTh. 11. 30. 17 = CI. 1. 21. 3):

Qui licitam provocationem omiserit, perpetuo silere
debebit nec a nobis inprudens petere per supplicationem
auxilium. Quod si fecerit, deportationis poena plecten-
dus est ⁽²⁶⁾.

3. Nella ricostruzione dell'editto, ho proposto la riunificazione di CTh. 2. 26. 3 con 4. 5. 1. 1, poichè in ambedue i passi vengono risolti problemi riguardanti le funzioni di « arbitri ».

Nel primo di essi si dispone che, in tema di *controversiae finales*, l'arbitro possa decidere cause relative ad uno spazio non eccedente il confine di *quinque pedes*: il preside deve decidere le cause relative ad uno spazio maggiore. Nella seconda parte della stessa c. 3 si dispone che nei giudizi tra soci il preside deve giudicare personalmente sull'esistenza di un credito, e poi far liquidare la pretesa dagli arbitri. In 4. 5. 1. 1 ritorna questa stessa regola, in relazione al *iudicium tutelae*: che deve essere deciso dal preside, la cui sentenza sarà eseguita dagli arbitri, in questo caso designati *exsecutores*.

Secondo la prospettiva processualistica già individuata come utile schema d'indagine, il problema d'interpretazione di questi brani legislativi conduce a chiedersi anzitutto cosa siano, per Costantino, un *arbiter* ed un *exsecutor*.

La spontanea identificazione dell'*arbiter* di CTh. 2. 26. 3 ⁽²⁷⁾ con l'agrimensore, suggerita dalla trasmissione della costituzione attraverso il *Corpus Gromaticorum*, sembra dover es-

⁽²⁶⁾ *Inscriptio e subscriptio* come a nt. 25. Sul passo v. n. 11.

⁽²⁷⁾ Nella legislazione di Costantino ho trovato un unico richiamo all'impiego classico di *arbiter* come scelto dalle parti (in CTh. 8. 18. 2, a. 319: *faciendae divisionis arbitrium ... bonorum virorum*). In un'altra costituzione dello stesso imperatore, *arbiter* significa testimone (*Fragm. Vat.* 249, 6 = CTh. 8. 12. 1. 2, a. 316). Per la progressiva identificazione di *arbiter* con giudice minore delegato dal preside, è interessante la riduzione dell'*arbiter familiae herciscundae* di *Paul. Sent.* 1. 18. 1 nella *Int.*: *deputatus a iudice arbiter*.

sere confermata dalle altre due leggi di Costantino conservate nello stesso titolo (cc. 1 e 2), mediante la stessa fonte. È opportuno leggerle, poichè un esame complessivo delle tre costituzioni sarà utile anche in altro senso: la vicinanza delle date di emissione consente, infatti, di approfondire la valutazione degli interessi del legislatore attraverso un'analisi contenutistica dei tre provvedimenti ⁽²⁸⁾.

CTh. 2. 26. 1, *CONSTANTINUS ad Tertullianum v.p. comitem dioeceseos Asianae*. Si quis super invasis sui iuris locis prior detulerit quaerimoniam, quae finali cohaeret cum proprietate controversiae, prius super possessione quaestio finiatur et tunc agrimensor ire praeci piatur ad loca, ut patefacta veritate huiusmodi litigium terminetur. Quod si altera pars locorum adepta dominium subterfugiendo moras attulerit, ne possit controversia definiri locorum ordine, electus agrimensor dirigatur ad loca, ut si fidelis inspectio tenentis locum esse probaverit, petitor victus abscedat; at si controversia eius claruerit, qui primo iudiciis detulerit causam, ut invasor ille poena teneatur edicti, si tamen vi ea loca eundem invasisse constiterit. Nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, ipsis solis cedere debent (22 Febr. 330).

CTh. 2. 26. 2, *IDEM ad Bassum p.u.* Si constiterit eum, qui finalem detulerit quaestionem, priusquam ali-

(28) Non interessa invece, qui, una elaborazione dommatica del rapporto tra le tre disposizioni: le difficoltà praticamente insuperabili che esse pongono in questo senso (per le quali v. i commenti di J. Godefroy e di W. Goesius, in *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis J. Gothofredi ecc.*, ed. J.D. Ritter, Mantova 1740, I, 221 ss., con il richiamo delle accese discussioni che le leggi del titolo *Finium regundorum*, già note attraverso la pubblicazione degli scritti degli agrimensori da parte di Boezio, avevano suscitato fin dai tempi preaccursiani) dovrebbero essere di per sè sufficienti a far comprendere l'inutilità di tale tipo di analisi. Tuttavia v. ancora, recentemente, i tentativi di E. Levy, M. Sargenti, A. Biscardi, citati a nt. 48.

quid sententia determinetur, rem sibi alienam usurpare voluisse, non solum id quod male petebat amittat, sed quo magis unusquisque contentus suo rem non expetat iuris alieni, is, qui inreptor agrorum fuerit, in lite superatus tantum agri modum, quantum diripere temptavit, amittat (20 Iun. 330) ⁽²⁹⁾.

La lingua della c. 1 è veramente scoraggiante: espressioni come *quaerimoniam*, *quae finali cohaeret cum proprietate controversiae*; *loca ... ipsis solis cedere debent*; *controversia eius claruerit* ⁽³⁰⁾ sembrano sfidare ogni tentativo d'interpretazione razionale, anche tenendo presente che l'*usus scribendi* della cancelleria costantiniana è abitualmente stravagante ⁽³¹⁾. Da questi brani, comunque, risulta che Costantino aveva nel 330 dato disposizioni sulle violazioni di confini, connesse in qualche modo con una lite intorno alla situazione dominicale ⁽³²⁾. Se una persona il cui fondo fosse stato occupato ⁽³³⁾ denunciava l'inva-

⁽²⁹⁾ Secondo SEECK, *Regesten* cit., 180, le cc. 1 e 2 sarebbero parti di un unico editto, del 22 febbraio: tuttavia questa ipotesi richiederebbe di essere dimostrata con una plausibile spiegazione del fatto che la c. 1 risulta data a Bessarapa il 22 febbraio, e indirizzata al *comes* della diocesi Asiana, mentre la c. 2 è *lecta apud acta* il 20 giugno, e come destinatario vi appare Basso, prefetto del pretorio. (Che così vada corretto il *pu.* del testo è dimostrato dallo stesso SEECK, *op. cit.*, 115, contro MOMMSEN, *C. Th. ad h. l.*, che identificando Basso con il *pr. urbi* del 317 modificava invece il consolato).

⁽³⁰⁾ Tali espressioni sono uniche; v. anche la pittoresca espressione del GOESIUS, *op. cit.*, 222, secondo cui chi, come Gotofredo, ritenesse di poter dare un senso a queste frasi, doveva soffrire di allucinazioni.

⁽³¹⁾ Cfr. R. MAC MULLEN, *Roman bureaucratise*, in *Traditio* 18, 1962, 364 ss.

⁽³²⁾ Uso questa terminologia generica per tener conto — più che delle rilevate difficoltà di traduzione — delle variazioni subite nel basso impero dalle nozioni di proprietà e possesso (illustrate in particolare da C. A. CANNATA, « *Possessio* » « *possessor* » « *possidere* » nelle *fonti giuridiche del basso impero rom.*, Milano 1962) e di cui proprio nel nostro testo si trova un'ulteriore documentazione: le parole *si altera pars locorum adepti dominium* dovrebbero infatti significare che l'invasore del fondo ne ha acquistato la proprietà; ma poichè sembra impossibile attribuire a Costantino un simile pensiero bisognerà intendere *dominium* come semplice appropriazione, in senso atecnico.

⁽³³⁾ Sui problemi, socialmente molto rilevanti, sollevati dalle occupazioni

sione, che si collegava ad una controversia di confini ed insieme di proprietà ⁽³⁴⁾, si doveva risolvere anzitutto la situazione possessoria ⁽³⁵⁾, e poi l'agrimensore, recandosi sul luogo, avrebbe terminato la lite, anche nel caso di contumacia dell'invasore. Se quest'ultimo risultava dall'*inspectio* come proprietario dei luoghi invasi, l'attore vinto doveva ritirarsi; se invece aveva ragione il primo querelante, e se l'avversario aveva occupato i luoghi con la violenza, l'invasore sarebbe stato punito con la pena stabilita nell'editto ⁽³⁶⁾. La c. 2 permette di confermare che i *loca invasa* sono esclusivamente i confini, come risulta dalle espressioni *finalem quaestionem; tantum agri modum* ⁽³⁷⁾.

L'attività dell'*agrimensor*, come è delineata nella c. 1, appare retta da due principi: egli è scelto non dalle parti ma dal-

di terre nell'età costantiniana, la cui soluzione appare come una delle maggiori preoccupazioni della legislazione dell'epoca, v. E. LEVY, *West Roman vulgar law. The law of property*, Philadelphia 1951, 243 ss.

⁽³⁴⁾ È questa, come ho detto, una delle frasi più folli del brano: v. la riduzione fattane da Giustiniano in CI. 3. 39. 3: *si quis ... prior de finibus detulerit quaerimoniam, quae proprietatis controversiae cohaeret...*; si può forse accettare che questo più comprensibile pensiero fosse anche quello di Costantino, e cioè che egli pensasse ad una invasione del confine tale da richiedere un accertamento del diritto di proprietà: questa distinzione torna, come vedremo, nella c. 3.

⁽³⁵⁾ La questione possessoria, e cioè l'accertamento dell'occupazione abusiva, doveva avvenire attraverso l'esperimento dell'*actio momentariae possessionis*: cfr. LEVY, l.c., che ritiene documentata da questo testo la persistenza dei criteri classici di distinzione tra interdetti e azioni. Sul passo v. anche J. de MALAFOSSE, *L'interdit momentariae possessionis. Contribution à l'histoire de la protection possessoire en droit rom.*, Thèse Toulouse 1947, 39 ss.

⁽³⁶⁾ È oscuro tale rinvio ad una *poena edicti*, di cui non si comprende il riferimento: a seguire l'ipotesi di Seeck, richiamata a nt. 29, tale pena potrebbe essere identificata con quella parte del terreno, equivalente alla misura occupata, che nella c. 2 viene appunto indicata come pena da pagarsi dall'invasore soccombente al vincitore. Non esamino l'ultima parte del testo, anche più misteriosa, che secondo LEVY, op. cit., 259 s., introdurrebbe l'ipotesi che l'invasione del fondo fosse avvenuta ad opera di rappresentanti, ad insaputa del titolare: nemmeno tale opinione, tuttavia, rende pienamente conto dell'oscurità della frase *ipsis solis cedere debent* (o, secondo il testo tramandato, *debet*).

⁽³⁷⁾ Sul *modus agri*, e sulle controversie relative, v. A.F. RUDORFF, *Gromatische Institutionen*, in BLUME-LACHMANN-RUDORFF, *Die Schriften der röm. Feldmesser*, Berlino 1852, II, 445 ss.; B. BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori rom. comparate a quelle del Digesto*, Verona-Padova 1897, 311 ss.

l'autorità giudiziaria ⁽³⁸⁾, per ordine della quale svolgerà i suoi compiti ⁽³⁹⁾; tali compiti comprendono la decisione della controversia: *ut litigium terminetur; si fidelis inspectio* ⁽⁴⁰⁾ ... *probaverit, petitor victus abscedat*. Anche nella c. 2, dove l'agrimensore non è esplicitamente nominato, si può individuare un rinvio alla sua attività nella necessità di accertare il *modus agri*, equivalente alla parte di terra invasa, che il soccombente dovrà cedere a titolo di pena ⁽⁴¹⁾; tuttavia qui non è determinabile il rapporto del suo ruolo processuale nei confronti della decisione della causa.

Come accennavo, l'elemento di maggior interesse nelle due costituzioni del 330 — oltre alla conferma dell'identificazione dell'*arbiter* di c. 3 con l'agrimensore — è offerto dai loro aspetti processuali, da valutare in relazione alle regole stabilite nel 331. Anche in quest'ultimo editto si tratta di arbitro dato e non scelto dalle parti; ciò mi sembra dimostrato dalle frasi ... *locum, de quo agitur apud praesidem; causa ... apud ipsum praesidem debeat terminari*, che indicano come il processo fosse già instaurato davanti al preside, ed escludono quindi che si tratti di arbitrato *ex compromisso* ⁽⁴²⁾. Ma per quanto riguarda la deci-

⁽³⁸⁾ Tale autorità risulta essere il governatore della provincia nella versione giustiniana di Cl. 3. 39. 3, mentre nel Teodosiano il punto non è chiarito: le espressioni *ire praecipiat ad loca; electus agrimensor dirigatur* implicano comunque una nomina autoritativa.

⁽³⁹⁾ Si ricordi che il *comes dioeceseos* ha le normali funzioni del vicario del prefetto del pretorio, istituito da Diocleziano (cfr. JONES, op. cit., I, 47, 105): il fatto che la c. 1 sia diretta a lui, e cioè ad un grado di giurisdizione superiore alla ordinaria, indica che già c'erano state complicazioni nell'accertamento della competenza a risolvere queste controversie.

⁽⁴⁰⁾ *Inspectio artificis* è la più frequente qualifica delle funzioni dell'agrimensore, in tutti i tipi di fonti, qualunque ne fosse la portata decisoria: cfr. il frammento *Agrorum quae sit inspectio*, in BLUME-LACHMANN-RUDORFF, op. cit., I, 281 ss. In genere sull'*inspectio* v. RUDORFF, *Grom. Institutionen* cit., 429; BRUGI, op. cit., 209 ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. nt. 36. LEVY, op. cit., 252, rileva come questa sia una delle prime manifestazioni del taglione, reintrodotto nella legislazione romana da Costantino.

⁽⁴²⁾ Su questo istituto nel diritto postclassico v. M. KASER, *Das röm. Zivilprozessrecht*, Monaco 1966, 440, 526.

sione della causa, nella c. 3 abbiamo letto che le *controversiae finales* possono esser decise da un arbitro solo qualora il confine disputato non superi lo spazio di *quinque pedes* ⁽⁴³⁾; negli altri casi, anche se relativi a rapporti di confine, la controversia è qualificata *non finalis sed proprietatis*, e come tale affidata per la decisione al preside stesso.

Abitualmente nessuno si stupisce che le costituzioni del Teodosiano siano contraddittorie, a causa della nota regola data da Teodosio in CTh. 1. 1. 6 ⁽⁴⁴⁾; ma che, in realtà, questo argomento possa essere addotto per spiegare leggi dello stesso imperatore, emanate a pochi mesi di distanza una dall'altra, non sembra da accettare come criterio generale, senza prova della volontà di modificare il diritto preesistente, oppure almeno d'imporre un diverso « accento legislativo » ⁽⁴⁵⁾.

Ora in questo caso, la contraddizione non è stata rilevata: il titolo *de finium regundorum* è stato studiato unitariamente, cercando di conciliarne le varie disposizioni in una lettura coerente, o parziale. In particolare, è stato suggerito — partendo dalla c. 3 che introduce la distinzione tra *controversiae de proprietate* e *controversiae finales*, demandate agli agrimensori in veste di arbitri — che questi davano un giudizio tecnico, autonomo o inserito nel più ampio svolgimento del processo avanti ai giudici statali, come conseguenza cioè della decisione sulle questioni giuridiche *de proprietate* ⁽⁴⁶⁾. In realtà, da nessuna

⁽⁴³⁾ Si tratta, come è noto, dell'antica misura già riconosciuta dalle XII Tavole come *iter limitare* inusucapibile: v. ancora CTh. 2. 26. 4, a. 385, dove viene abolito il divieto di usucapione, poi ripreso da Giustiniano con l'interpolazione di CTh. eod. 5, a. 392: cfr. P. BONFANTE, *Corso di dir. rom. II. La proprietà*, II, Roma 1928, 228.

⁽⁴⁴⁾ È infatti appena il caso di ricordare che l'ordine di composizione del Teodosiano, del 20 dicembre 435, incomincia con le parole: *Omnes edictales generalesque constitutiones ... distinguantur, ita ut non solum consulum dierumque supputatione, sed etiam ordine compositionis apparere possint novissimae*. Cfr. SEECK, *Regesten* cit., II. Diversamente nel programma del 429, contenuto in CTh. 1. 1. 5.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto v. oltre, n. 14.

⁽⁴⁶⁾ Così M. SARGENTI, s.v. *Controversiae agrorum*, in *NNDI*. 4, 1959, 739 s.

parte si trova un elemento per appoggiare questa idea, che nelle *controversiae finales* il giudizio arbitrale agrimensorio sia una conseguenza della pronuncia *de proprietate*: qui si trova l'eco delle disposizioni date nella c. 1 (della quale si cerca in tal modo di comprendere l'ampia efficacia attribuita alla *fidelis inspectio*), e nell'ultima parte della c. 3, dove gli arbitri hanno la funzione di determinare il *quantum*, conseguente alla decisione sull'*an* ⁽⁴⁷⁾.

L'idea che il compito dell'agrimensore, qualunque fosse la sua estensione ed efficacia, avesse carattere di « giudizio tecnico », può essere accolta solo nel senso che dell'opera degli agrimensori il giudice aveva necessità per documentarsi sugli elementi di fatto la cui conoscenza era determinante ai fini della decisione definitiva della causa. In questo senso, che anche nelle *controversiae de proprietate* isolate nella c. 3 ⁽⁴⁸⁾ dovesse intervenire un agrimensore si può forse leggere, nonostante che il *tum demum arbiter non negetur* iniziale faccia pensare il contrario, nelle parole *debeat terminari*, con cui sembra si voglia alludere alla sentenza e non all'intera *cognitio*: questa poteva, invece, comprendere una *inspectio* dell'agrimensore, che in questo caso è proprio per il motivo « tecnico » sopra indicato, non veniva qualificato come *arbiter*.

Ma per quanto riguarda l'estensione e l'efficacia della pronuncia degli arbitri, ritengo che soltanto la c. 3 debba essere

⁽⁴⁷⁾ In questo caso tuttavia, a mio avviso, non si tratta più di *actio finium regundorum*, ma *communi dividundo*: gli arbitri non sono quindi agrimensori.

⁽⁴⁸⁾ Il superamento dell'antitesi tra *controversiae finales* e *controversiae proprietatis* è visto da una parte della dottrina come il carattere più tipico dell'intero titolo: A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del basso impero. II. Orientamenti e tendenze del legislatore nella disciplina dei rapporti reali*, in *Studi Senesi* 54, 1940, 303 ss.; LEVY, op. cit., 209; M. KASER, *Das röm. Privatrecht*, II, Monaco 1959, 196. Viceversa, per SARGENTI, l.c., quell'antitesi apparirebbe qui per la prima volta: si tratta nei due casi di letture equivocate, dovute, almeno per quanto riguarda le disposizioni costantiniane, alla mentalità « privatistica » con cui si è voluto comprenderle. Cfr. oltre, n. 13.

tenuta presente al fine di chiarire il pensiero di Costantino su questo punto, precisamente perchè non si tratta del primo intervento in materia, nè di una totale modifica del diritto preesistente: ma di una precisazione, inserita in un complesso organico di norme sulla gerarchia giudiziaria. In questa prospettiva, che ristabilisce un perfetto parallelismo con la c. 1, l'unico elemento di novità introdotto nel 331 ci appare la precisazione che in linea di massima solo la pronuncia del preside avrà efficacia decisoria definitiva, restando affidata all'agrimensore esclusivamente la tecnica attività di ristabilimento dei confini determinati nella sentenza. Quando la misura del luogo discusso non superi i 5 piedi, l'attività dell'arbitro potrà conservare quell'efficacia decisoria che aveva sempre avuto rispetto a tutti i casi di regolamento di confini.

È noto, infatti, che le vecchie *controversiae de fine*, riguardanti il confine tra due fondi, erano risolte da tre arbitri (*mensores*) che dovevano ristabilire la linea discussa sulla base dei loro strumenti, eventualmente riponendo le pietre terminali ⁽⁴⁹⁾. Se la controversia riguardava non solo i *quinque pedes*, ma qualche parte degli stessi fondi confinanti, essa si trasformava in *controversia de loco*, anch'essa da riportare al procedimento agrimensorio ⁽⁵⁰⁾. È solo su questo punto dunque che Costantino innova rispetto alle antichissime regole, decidendo che la sen-

⁽⁴⁹⁾ Si tratta di nozioni pacifiche: v. per tutti H. SIBER, *Röm. Recht in Grundzügen für die Vorlesung*. II. *Röm. Privatrecht*, Berlino 1928, 106; KASER, *Privatrecht* cit., I, Monaco 1955, 125.

⁽⁵⁰⁾ Per il chiarimento di questo punto, contro l'opinione che identificava la *controversia de loco* con la *rei vindicatio*, v. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*. II. *In tema di adiudicatio*, in *BIDR.* 33, 1922, 13 ss. nt. 2, che interpretava in maniera definitiva i due passi di FRONT., *de contr. agr.* 1, L. 43. 1 e 44. 4; e vedeva suggestivamente espresso nel primo « il presupposto pratico della *controversia de loco* come contrapposta alla *rei vindicatio* »; la prima, che si distingue dalla *controversia de fine* in quanto relativa ad uno spazio maggiore di 5 piedi, è pur sempre una « controversia sulla determinazione dei confini, cioè sull'estensione anzichè sulla titolarità del diritto: quest'ultima posizione è concepibile soltanto quando il *locus* controverso possa essere pensato come un fondo per sè stante ».

tenza *de loco* deve essere data dal preside, e cioè riportata a quello che gli agrimensori chiamavano *ius ordinarium* come contrapposto all'*ars mensoria* ⁽⁵¹⁾.

Tale innovazione, certamente non rivoluzionaria ⁽⁵²⁾, mi appare da collegare al processo evolutivo determinato dalla generalizzazione e dalla burocratizzazione della *cognitio* che in tutti i campi, unificando le procedure, consente di delegare giudici minori o speciali solo per casi di più scarsa importanza ⁽⁵³⁾.

4. Nello stesso ordine di idee, senza alcuna difficoltà, si può comprendere la seconda parte della stessa costituzione contenuta in CTh. 2. 26. 3.

Che i soci di cui vi si parla siano pensati principalmente come condomini è di per sè evidente, data l'indubbia connessione dell'intera costituzione con la materia dei giudizi divisorii. È noto che il nome *socii* è sempre stato usato ad indicare — accanto ai partecipanti ad una *societas* contrattuale — anche i condomini di una cosa: tale uso si mantiene nel basso impero ⁽⁵⁴⁾, epoca in cui è stata inoltre individuata una tendenza a confondere anche le situazioni del contratto e del condominio. Queste situazioni erano nettamente distinte dai giuristi classici, attraverso l'analisi delle differenti finalità realizzabili con le azioni *communi dividundo* e *pro socio*, rispettivamente dirette alla divisione di un bene comune (mediante *adiudicatio*) o alla liquidazione delle eventuali pretese personali tra i *socii*, dopo lo scioglimento del contratto ⁽⁵⁵⁾. Già in età classica, peraltro, la formula dell'*actio communi dividundo* consentiva di regolare le *praestationes* pendenti al momento della divisione, sorte tra i

⁽⁵¹⁾ Cfr. BRUGI, op. cit., 193 ss., e specialmente 293.

⁽⁵²⁾ Così invece sembra considerarla ARANGIO-RUIZ, i.e. in fine, che non mi sentirei di seguire su questo punto.

⁽⁵³⁾ V. oltre, n. 6.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. per tutti V. ARANGIO-RUIZ, *La società in dir. rom.*, Napoli 1950, 36.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, «*Societas re contracta*» e «*communio incidens*», in *Studi Riccobono*, Palermo 1936, IV, 370 ss.

condomini per fatti di gestione ⁽⁵⁶⁾; e lo sviluppo di queste possibilità condusse, nell'età successiva, all'accennata confusione tra azioni (e situazioni) contrattuali e condominiali ⁽⁵⁷⁾.

Nel quadro di questi svolgimenti, il testo ora in esame è stato interpretato individuandovi una doppia funzione attribuita alla pronuncia del preside: questa sarebbe una sentenza dichiarativa circa la proprietà, e insieme « constitutive award » (= *adiudicatio*) per quanto riguarda il *praestari* ⁽⁵⁸⁾. Tale indicazione è tuttavia evidentemente influenzata dalla prima parte del testo, relativa alle questioni di confine: Levy interpreta la *praestatio* come richiesta di terra o denaro, mentre la prima alternativa mi sembra esclusa dal fatto che non si parla più di terra e di confini, e che *praestari oportere* e *solvendum esse* indicano esclusivamente la richiesta di prestazioni pecuniarie ⁽⁵⁹⁾.

Inoltre non mi sembra da seguire totalmente la motivazione dell'autore sull'aspetto « sostanziale » di tale trasformazione, che sarebbe una diretta conseguenza dell'abolizione delle azioni tipiche ⁽⁶⁰⁾: perduta ogni nozione delle differenze tra *rei vindicatio* ed *actio finium regundorum*, si applicavano le stesse regole di « diritto sostanziale », il cui punto di riferimento

⁽⁵⁶⁾ V. la formula in O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Lipsia 1927, 211. Cfr. J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Parigi 1934, 309 ss., 318 ss. Anche P. FREZZA, *Actio communi dividundo*, in *RISG.* n.s. 7, 1932, 9 ss., 35 ss., pur escludendo che tale formula contenesse la clausola « *quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet eius iudex alterum alteri condemnato* », ammette tuttavia che i giuristi classici riconoscessero la possibilità di regolare le *praestationes* al momento della divisione. Sul punto mi sembra particolarmente interessante GAI., D. 10. 3. 11, su cui v. GAUDEMET, op. cit., 322 nt. 1.

⁽⁵⁷⁾ E. LEVY, *Weström. Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, 284, cita a questo proposito, oltre al nostro testo, *Int. ad Paul. Sent.* 5. 11. 2 e *CONST.*, CTh. 10. 14, l. a. 315 (?).

⁽⁵⁸⁾ LEVY, *Law of property* cit., 209.

⁽⁵⁹⁾ Queste indicazioni terminologiche sono invece del tutto trascurate dal Levy.

⁽⁶⁰⁾ LEVY, ll.cc. alle note 57 e 58.

era la questione concreta agitata tra le parti, indipendentemente dalle vecchie caratteristiche degli *iudicia divisoria*. Tutto ciò può anche essere vero: vedremo in che senso e in che misura si possa utilizzare la classificazione « sostanziale-processuale » nell'interpretazione dei testi costantiniani ⁽⁶¹⁾.

Ciò che comunque appare trascurato nell'analisi del Levy è l'aspetto che assume, in CTh. 2. 26. 3, la definizione dell'attività dell'arbitro. Infatti, se — come si è accennato — non è del tutto nuova la possibilità che gli arbitri dei giudizi divisori potessero procedere anche alla liquidazione delle *praestationes* ⁽⁶²⁾, non è invece documentata, anteriormente all'editto del 331, la pratica di affidare ad arbitri l'esecuzione della sentenza di condanna. Ciò vale anche per chi voglia vedere nei *socii* dei proprietari confinanti, secondo la già criticata lettura del Levy ⁽⁶³⁾; nemmeno per l'*actio finium regundorum* si trova documentata l'esecuzione della condanna a restituire, come compito autonomo da affidare agli arbitri agrimensori, qualora dall'opera di questi fosse esclusa l'attività decisoria ⁽⁶⁴⁾.

Questa è dunque una indubbia innovazione costantiniana, che mi sembra da mettere in relazione con la già rilevata trasformazione dei poteri del giudice nei confronti del suo *officium*: regolata restrittivamente la possibilità di dare giudici minori, viene poi ampliata — pur sempre sulla base di quelle restrizioni: si ricordi l'inizio della c. 3 — la loro funzione esecutiva in senso lato, cui si innesta l'esecuzione in senso proprio ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶¹⁾ V. oltre, n. 13.

⁽⁶²⁾ Cfr. nt. 56.

⁽⁶³⁾ Anche BISCARDI, op. cit., 304, attribuisce un'importanza eccessiva alla terminologia restitutiva, intesa in senso materiale, nell'interpretazione del pensiero costantiniano.

⁽⁶⁴⁾ La terminologia più frequente nelle fonti relative a giudizi di confine è *fines regere, terminos ponere*, che riporta all'attività decisoria. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *BIDR.* 33 cit., 11 nt. 1.

⁽⁶⁵⁾ V. oltre, n. 6. In questo senso si potrebbe correggere l'opinione di Arangio-Ruiz, criticata a nt. 52: l'innovazione di Costantino è da valutare in

Sotto il profilo testuale, inoltre, tale compito deve essere messo in relazione con CTh. 4. 5. 1. 1, che ora esamineremo. Poichè in questo testo l'attività esecutiva arbitrale si ricollega ad un *iudicium tutelae*, il notevole stacco di questa materia con quella dei giudizi divisorii permetterà di concludere che le disposizioni costantiniane sulla funzione degli arbitri dovevano avere un carattere « generale ed astratto », e che solo la nostra parziale conoscenza dell'editto del 331 non ha, finora, consentito di accertare questo punto.

5. Nella prima parte di CTh. 4. 5. 1, Costantino dettava una regola circa il proseguimento del processo iniziato, anche se una delle parti avesse trasferito il bene oggetto della lite. Con questa materia non si vede alcun possibile rapporto nel § 1 della costituzione: e mentre la prima parte del testo è conosciutissima, per avervi gli interpreti trovato l'espressione di quella nullità dell'alienazione della *res litigiosa* che ha svolto una parte di rilievo nella costruzione dei moderni sistemi di diritto processuale, la parte finale è in genere ignorata, forse per essere stata omessa così nella versione giustinianea come nella *Interpretatio* della costituzione di Costantino ⁽⁶⁶⁾.

Proprio questa omissione ha, d'altronde, recentemente fornito lo spunto ad una interpretazione del testo. Il Crifò ha studiato il divieto della *cessio actionum* stabilito nella Nov. 72. 5 a favore del pupillo, il cui tutore non può farsi cedere crediti del pupillo stesso; e per valutare la novità della norma rispetto a quelle classiche recepite nella compilazione, richiama altri casi di cessione del credito già vietati anteriormente alla Nov. 72. Tra queste ipotesi, seguendo l'interpretazione tradizionale, si men-

riferimento alla revisione dei compiti esecutivi degli arbitri, e non alla restrizione dei loro compiti decisorii.

⁽⁶⁶⁾ Tale omissione mi sembra una prova in più della sostanziale estraneità del § 1 della costituzione alla regola disposta nel suo *principium*; e quindi costituisce una conferma della ricostruzione che ho proposto, ricollegando il § 1 a CTh. 2. 26. 3.

ziona la cessione dei crediti litigiosi che sarebbe stata vietata da Costantino in CTh. 4. 5. 1, il cui § 1 viene così commentato: «Costantino si preoccupava evidentemente di richiamare gli aspetti particolari del *iudicium tutelae* anche in occasione del divieto di cedere i crediti litigiosi». L'omissione del paragrafo stesso nel testo parallelo di Cl. 8. 36. 2 e nella *Interpretatio* è poi ipoteticamente valutata come «un primo segno di quelle preoccupazioni che spingeranno Giustiniano ad emanare la Nov. 72»⁽⁶⁷⁾.

Se bene intendo, il Crifò ritiene che in CTh. 4. 5. 1. 1 la cessione del credito litigioso sarebbe stata esplicitamente vietata anche qualora la lite pendente fosse un *iudicium tutelae*, che cioè *illud quod in controversiam devocatur*, di cui si proibisce il trasferimento (*lite pendente ... minime transferri oportet*), potrebbe essere il credito, litigioso tra tutore e pupillo in un *iudicium tutelae*.

Io stessa mi ero proposta un'ipotesi quale quella introdotta dal Crifò⁽⁶⁸⁾: da un lato perchè è imbarazzante trovare una spiegazione per la riunione in CTh. 4. 5. 1 di due disposizioni tra loro completamente autonome: d'altro lato perchè nello stesso editto del 331 è inquadrato anche un ulteriore aspetto dei doveri processuali dei tutori⁽⁶⁹⁾, sicchè l'idea di ricollegarvi la c.l. si presentava come attraente. Tuttavia l'esame dei vari brani dell'editto, condotto in questa direzione, mostrava subito l'impossibilità di seguire simile ipotesi: quel gruppo di regole è invece apparso dettato allo scopo di prevedere alcune conseguenze della *litis denuntiatio* ufficiale, disposta obbligatoriamente da

⁽⁶⁷⁾ G. CRIFÒ, *Rapporti tutelari nelle Novelle Giustinianee*, Napoli 1965, 159 e nt. 101.

⁽⁶⁸⁾ Mi dolgo di non aver tenuto conto dell'opinione del Crifò in *Limiti* cit., 337 nt. 15, dove escludevo ogni comunanza d'argomento tra le due parti di CTh. 4. 5. 1.

⁽⁶⁹⁾ In CTh. 3. 30. 4.

Costantino come unico mezzo d'introduzione del processo ⁽⁷⁰⁾. In relazione a questi risultati, era anche evidente che la cosa di cui Costantino vietava il trasferimento *pendente lite* era intesa come bene di cui fosse controversa la proprietà: e in realtà, che anche i crediti fossero compresi nel divieto di trasferimento potrebbe essere eventualmente sostenuto in base alla modifica che la norma subisce nel passaggio al Codice Giustiniano, ma non è mai stato sostenuto riguardo all'originale costantiniano ⁽⁷¹⁾.

Si aggiunga ancora, contro la proposta interpretazione del Crifò, che una *causa tutelae* può — notoriamente — aversi solo dopo finita la tutela, sicchè anche per questo verso sembra confermata l'impossibilità di collegare il § 1 ad un supposto divieto di farsi *cedere actiones*, diretto ai tutori durante la tutela stessa.

Per questi motivi sembra da mantenere l'interpretazione che del § 1 dava J. Godefroy, qualificandolo come « lex fugitiva » ⁽⁷²⁾, e riportandolo al brano già studiato in CTh. 2. 26. 3, a causa dell'analogo riferimento agli arbitri che vi si trova per l'esecuzione di una sentenza del preside, che richiede come conseguenza della pronuncia la determinazione del *quantum* ⁽⁷³⁾.

⁽⁷⁰⁾ Si osservi in particolare che in CTh. 3. 30. 4 è regolato un obbligo spettante ai rappresentanti dei minori durante la tutela, mentre — come ricordo ora nel testo — *factio tutelae* può essere instaurata soltanto dopo la fine del rapporto tutelare.

⁽⁷¹⁾ L'alterazione giustiniana che ha fornito lo spunto a questa interpretazione è quella che sostituisce *illud quod in controversiam devocatur* del Teodosiano con *actiones, quae in iudicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis intendit* (CI. 8. 36. 2).

⁽⁷²⁾ *Comm. ad h.l.*, ed. cit., I, 379; sui tre significati di « *leges fugitivae* » cfr. *Prolegomena*, ed. cit., I, CCXXVI: la disposizione in esame rientra in quelle del terzo gruppo, « *quarum pars tantum titulo, sub quo positae, convenit, pars alia vero in titulos alios conjici debuit* ». Non è difficile pensare che, dopo aver tagliato la parte da collocare in CTh. 2. 26. 3, i compilatori abbiano inavvertitamente riattaccato a CTh. 4. 5. 1 la regola sull'*actio tutelae*, anzichè collocarla nel titolo relativo. Si ricordi anche che nella stessa CTh. 2. 26. 3 si trovano riunite due regole in realtà diverse, la seconda delle quali (anch'essa « *fugitiva* » secondo GODEFROY, *Comm. ad h.l.*, ed. cit., I, 226) avrebbe trovato più idonea collocazione nel tit. precedente, *De communi dividundo*.

⁽⁷³⁾ In senso analogo v. anche l'opinione di E. VON LÖHR, *Übersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen* ecc., s.l. 1811, 13: « *Bey der actio*

Si deve tuttavia chiarire un punto, che anche in questa interpretazione rischia di sfuggire: e cioè quale tipo di controversia tutelare possa avere spinto Costantino ad inquadrare specificamente l'esecuzione della sentenza nel suo editto del 331. Una risposta precisa è impossibile, forse anche per la perdita di alcuni titoli che nel Teodosiano dovevano essere dedicati all'argomento ⁽⁷⁴⁾, e che potevano contenere notizie specifiche sul tema che ci occupa. Ma naturalmente ciò non è, oggi, in alcuna maniera accertabile.

Sembra, comunque, possibile individuare la ricercata *ratio* legislativa nelle caratteristiche intrinseche al *iudicium tutelae*, in cui veniva in discussione non una singola obbligazione determinata, ma l'insieme delle questioni patrimoniali relative all'amministrazione tutelare, da valutare attraverso il rendiconto ⁽⁷⁵⁾. Dopo di ciò era ovviamente necessaria la restituzione del patrimonio del minore, confuso in quello dei tutori: se tutti sanno che fu precisamente una controversia di questo tipo ad avviare alla sua professione oratoria Demostene, indignato di aver recuperato dai tutori solo una minima parte del suo patrimonio, è anche noto (ed illustrato in particolare dalle Novelle recentemente lette dal Crifò) ⁽⁷⁶⁾ il grande numero di processi che venivano discussi tra tutori e pupilli alla conclusione del rapporto tutelare. Nella divisione dei patrimoni si può quindi individuare una delle più frequenti e costanti finalità del *iudicium tutelae*, almeno nell'età imperiale in cui una tale azione fu ammessa, *extra ordinem*, an-

tutelae soll immer der Magistratus selbst entscheiden: C. Th. 4. 5. 1 ». Per quanto ho potuto trovare, la bibliografia sul testo si riduce ai tre citati accenni di Godefroy, von Löhr e Crifò.

⁽⁷⁴⁾ Nel ms. Torinese, contenente alcune parti del Teodosiano integro, erano conservate le costituzioni del tit. 3.30, corrispondente al tit. 3.19 del *Breviarium*: questa contrazione indica che numerose costituzioni sulla tutela, prive d'interesse per i Visigoti, furono da questi omesse.

⁽⁷⁵⁾ V. per tutti KASER, *Privatrecht* cit., I, 309 ss.; II, 167.

⁽⁷⁶⁾ *Rapporti tutelari* cit. Si leggano, in particolare, le *praeefationes* alle Nov. 72, 94, 155.

che contro i tutori legittimi ⁽⁷⁷⁾; e mentre la sentenza era stata comprensibilmente riservata ai giudici di più alto grado: consoli, poi in provincia i presidi ⁽⁷⁸⁾, si capisce anche che la liquidazione delle pendenze accertate richiedesse un complesso procedimento esecutivo per l'attribuzione dei singoli cespiti, che era opportuno affidare ad arbitri esecutori (liquidatori).

6. Concluso l'esame delle situazioni che, nell'editto del 1 agosto 331, vengono regolate con la remissione della decisione all'*arbiter* o, rispettivamente, considerate esclusive della giurisdizione personale del *praeses*, si possono analizzare i principi che emergono da questo « regolamento di competenza » tra presidi ed arbitri.

Nessuna innovazione — dopo ciò che abbiamo accertato — sembra da rilevare in CTh. 2. 26. 3 per quanto riguarda la competenza degli arbitri agrimensori: la restrizione della loro attività decisoria alle questioni di confine *intra quinque pedes* ha uno scopo di semplice chiarificazione. La necessità del ricorso al loro giudizio tecnico, così come la tradizione dell'*ars mensoria*, potevano condurre nella prassi ad un ampliamento della loro competenza, che tuttavia nel 331 avrebbe urtato, più ancora che contro i principi generali, contro la decisa impostazione burocratica imposta alla loro attività con le disposizioni dell'anno precedente (cc. 1 e 2); viceversa, queste avrebbero pure potuto essere interpretate come esclusive di ogni attività decisoria degli agrimensori, anche per i terreni di confine ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. S. SOLAZZI, *Istituti tutelari*, Napoli 1929, 243 ss.

⁽⁷⁸⁾ V. ancora SOLAZZI, l.c.

⁽⁷⁹⁾ V. ad es. THEOD., ARC. et HON., CTh. 2. 1. 8, uno dei tanti testi dai quali risulta la frequenza delle invasioni di terre. Esso, per quanto regoli questioni di competenza penale, è ugualmente interessante perché mostra una prassi, respinta da Teodosio I nel 395, a portare alla conoscenza dei massimi funzionari (sul destinatario della costituzione v. SEECK, *Regesten* cit., 153) anche questioni relative a *parvulae terrae finium*, la cui decisione va invece demandata a giudici minori. In questo senso, il passo testimonia della stessa esigenza espressa da Costantino, di regolare le competenze per valori sostanziali.

Di qui la precisazione di Costantino, che ha un valore trascendente il caso specifico della competenza degli arbitri agrimensori, in quanto inserita in un complesso organico di norme ispirate ad una generale esigenza di regolare i limiti delle funzioni di giudici minori.

Ho sopra accennato ⁽⁸⁰⁾ come una tale regolamentazione possa spiegarsi alla luce della maturità raggiunta dalla *cognitio extra ordinem* nell'età tra Diocleziano e Costantino: la generalizzazione di questa procedura permetteva ormai di ridurre ai soli casi di scarsa importanza la pratica di delegare giudici minori o speciali.

È questo uno dei motivi più tipici di tutta la storia della *cognitio*, la cui progressiva articolazione in stabili strutture si accompagnò precisamente alla creazione ed alla istituzionalizzazione di una gerarchia burocratica fondata su un sistema di deleghe giurisdizionali ⁽⁸¹⁾. Ciò emerge in maniera esemplare dall'intera vicenda che storicamente precede e prepara le norme costantiniane ora studiate, e che è possibile seguire da Adriano a Diocleziano.

Gli imperatori del II secolo diressero e regolarono l'andamento della *cognitio* nelle province lasciando ai governatori la facoltà di svolgere personalmente il processo o di delegarlo ad un *iudex datus* ⁽⁸²⁾; poi, nell'età dei Severi, si introdusse la prassi che tale facoltà del preside fosse vincolata alla presenza della clausola « *is aestimabit, quid sit partium suarum* », contenuta nel rescritto di remissione al preside, omettendo la quale l'im-

⁽⁸⁰⁾ N. 3 in fine.

⁽⁸¹⁾ R. ORESTANO, *L'appello civile in dir. rom.*², Torino 1953, 196 ss.; J. BLEICKEN, *Senatsgericht und Kaisergericht. Eine Studie zur Entwicklung des Prozessrechts im frühen Prinzipat*, Göttinga 1962, 146 ss.

⁽⁸²⁾ D. 1. 18. 8, IUL. lib. 1 dig.: *Saepe audivi Caesarem nostrum dicentem hac rescriptione: 'eum qui provinciae praeest adire potes' non imponi necessitatem proconsuli vel legato eius vel praesidi provinciae suscipiendae cognitionis, sed eum aestimare debere, ipse cognoscere an iudicem dare debeat.*

peratore si riservava di stabilire quali processi dovessero essere di competenza esclusiva del preside. Tale clausola, tuttavia, non fu interpretata in modo rigido e tassativo, sicchè anche qualora essa mancasse, si ammise ugualmente una discrezionalità del preside nell'organizzare il suo lavoro giudiziario⁽⁸³⁾. Queste indicazioni sono state tratte, con una interpretazione acuta e convincente, dal confronto di IUL., D. 1. 18. 8 e CALL., D. 1. 18. 9: ed hanno permesso di concludere che già nel corso del II secolo il potere imperiale aveva avviato la fissazione di competenze esclusive, pur senza giungere a vincolarvi rigidamente l'apparato burocratico-giudiziario⁽⁸⁴⁾.

Quest'ultimo passo risulta compiuto da Diocleziano, il quale nel 294 regolò restrittivamente la facoltà del preside di *dare iudicem*, con un editto che per il suo carattere di legge generale sul processo⁽⁸⁵⁾ si presenta come il più immediato precedente dell'editto costantiniano del 331, del quale sembra anche anticipare un certo ordinamento sistematico delle materie trattate⁽⁸⁶⁾:

(83) D. 1. 18. 9, CALL. lib. 1 cogn.: *Generaliter quotiens princeps ad praesides provinciarum remittit negotia per rescriptiones, veluti 'eum qui provinciae praeest adire poteris' vel cum hac adiectione 'is aestimabit, quid sit partium suarum', non imponitur necessitas proconsuli vel legato suscipiendae cognitionis, quamvis non sit adiectum 'is aestimabit quid sit partium suarum': sed is aestimare debet, utrum ipse cognoscat an iudicem dare debeat.*

(84) R. BONINI, I « libri de cognitionibus » di Callistrato. Ricerche sulla elaborazione giurisprudenziale della « cognitio extra ordinem », I, Milano 1963, 168 ss. Nella stessa prospettiva, sarebbe interessante rileggere anche PAP. IUSR., D. 49. 1. 21 pr.-1, su cui v. ora G. FRANCIOSI, I « libri viginti constitutionum » di Papirio Giusto, Napoli 1968, 18 s.

(85) Questo carattere dell'editto di Diocleziano (di cui cito le parti a nt. 86) è stato chiarito da G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla « cognitio extra ordinem »*, Milano 1960, 254 ss. Nello stesso senso anche M. AMELLOTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, 15 nt. 21. Tale interpretazione è seguita da A. CENDERELLI, *Ricerche sul « Codex Hermogenianus »*, Milano 1965, 34 s. nt. 38; dubbioso KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 340 s. nt. 10; decisamente contrario A. DELL'ORO, « Mandata » e « litterae ». *Contributo allo studio degli atti giuridici del « princeps »*, Bologna 1960, 93.

(86) Le singole parti dell'editto sono contenute in CI. 3. 3. 2 (che riporta ora nel testo, relativo alla facoltà di *dare iudicem*); 3. 11. 1 (*de dilationibus*, rela-

CI. 3. 3. 2, *DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS dicunt*: Placet nobis praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant, notionis suae examen adhibere, ita tamen ut, si vel per occupationes publicas vel propter causarum multitudinem omnia huiusmodi negotia non potuerint cognoscere, iudices dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi convenit, ut etiam in his causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi iudices licentia permissa credatur. quod usque adeo in praesidium cognitione retinendum est, ut eorum iudicia non diminuta videantur, dum tamen de ingenuitate, super qua poterant et ante cognoscere, et de libertinitate praesides ipsi diiudicent (18 Iul. 294).

La riforma di Diocleziano è certo da mettere in relazione con la riduzione territoriale delle province da lui attuata, cui ovviamente conseguiva una diminuzione dei compiti, anche giudiziari, dei governatori⁽⁸⁷⁾. Nel passo tuttavia non è chiaro se e in quale maniera fosse controllato il margine di discrezionalità lasciato al preside: Diocleziano dice soltanto che il *iudex pedaneus* poteva essere dato qualora più urgenti compiti pubblici o l'alto numero dei processi pendenti rendesse indispensabile la delega, la quale veniva comunque esclusa per i processi di ingenuità e di libertà⁽⁸⁸⁾. La facoltà lasciata al preside di decidere se avesse

tivo all'introduzione del processo, cui pure sappiamo essere stata dedicata larga parte dell'editto costantiniano); 7. 53. 8 (*de exsecutione rei iudicatae*, relativo in particolare alla funzione dell'esecutore e per questo verso anch'esso ricollegabile a CTh. 4. 5. 1. 1: cfr. nt. 97); 7. 62. 6 (*de appellationibus*: in tema di appello sono pure i quattro brani dell'editto del 331, che analizzo ai nn. 7-11).

(87) L'osservazione è in KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 439 nt. 5.

(88) L'ordinamento provinciale di Diocleziano si coordinava alla riorganizzazione delle prefetture del pretorio e alla istituzione delle diocesi: un controllo sui presidi era quindi ovviamente esercitato da prefetti e vicari (cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, V, Napoli 1967, 252 ss., in particolare 260); tuttavia non sappiamo esattamente come ciò avvenisse in pratica. Anche su

o no troppo lavoro da sbrigare doveva portare ad inconvenienti, sul tipo di quelli che ci sono apparsi probabili nella delega agli arbitri agrimensori ⁽⁸⁹⁾: tale discrezionalità, ammessa ancora da Diocleziano, può dunque fornire una spiegazione del successivo intervento di Costantino. Opportunamente questi decide in via legislativa il punto lasciato aperto dalla precedente regolamentazione, introducendo al posto della libera scelta un criterio per materia ⁽⁹⁰⁾, e riportando alla competenza esclusiva del preside la sentenza nei giudizi divisorii: come si diceva, ciò corrisponde ad un più pieno adempimento dell'esigenza di regolare in senso gerarchico i limiti di competenza dei giudici minori.

Tale esigenza appare espressa in un'altra direzione nella fine della stessa c. 3 e in CTh. 4. 5. 1. 1, dove agli arbitri appare affidato non il giudizio, in casi che per la loro minore importanza non richiedessero una decisione personale del preside, ma l'esecuzione della sentenza emanata dal preside stesso. In questi ultimi passi emerge dunque una nuova indicazione sulla competenza dell'*arbiter*, che certamente indica una estensione di questa nozione a funzionari dell'*officium* gerarchicamente subordinati al governatore della provincia e da questi adibiti a funzioni esecutive ⁽⁹¹⁾.

questo punto una precisazione è dovuta alle disposizioni costantiniane del 331: con l'editto del 1 novembre, fu regolato un potere di controllo degli stessi provinciali, che dovevano riferire all'imperatore intorno all'attività giudiziaria svolta dai *praesides*: cfr. *Studi Urbinati* cit., 314 ss.

⁽⁸⁹⁾ V. sopra, nt. 39.

⁽⁹⁰⁾ Come tale (utilizzando le moderne classificazioni) mi sembra si possa qualificare la riserva agli agrimensori dei giudizi relativi a terreni non eccedenti i *quinque pedes*.

⁽⁹¹⁾ Il termine *executor* non è frequente nella legislazione costantiniana: l'ho trovato solo in CTh. 2. 30. 1 e 11. 36. 2 (dell'a. 315: su questi testi v. L. RACCI, op. cit. a nt. 94, 133 ss.; O. GRADENWITZ, *Weitere Interpolationen im Theodosianus*, in ZSS. 33, 1917, 39 ss.), dove certamente indica un funzionario subordinato al preside. Un'equivalenza tra *arbiter* ed *executor* (al di fuori di CTh. 4. 5. 1. 1) si può ritrovare solo attraverso il confronto del contenuto di GRAT., VAL. et THEOD., CTh. 8. 8. 3, a. 386 con la rubrica: *de executoribus et exactionibus*.

Sotto un profilo particolare ⁽⁹²⁾ i problemi dell'esecuzione della sentenza nella *cognitio extra ordinem* sono stati analizzati recentemente secondo due diverse tendenze interpretative, la cui contrapposizione può essere ulteriormente chiarita dalle fonti del periodo che ci interessa, e che è quindi opportuno richiamare.

Da un lato, il Biondi ha creduto di leggere nelle fonti sull'esecuzione della sentenza cognitoria un *iter* storico che, nell'età di Diocleziano, avrebbe trasformato l'*executor*, da semplice *apparitor* (funzionario subalterno senza alcun potere decisorio), in autonomo giudice dell'esecuzione, cui erano istituzionalmente affidate anche funzioni giurisdizionali, ad es. per quanto riguarda l'indagine sulla proprietà del *pignus in causa iudicati captum* ⁽⁹³⁾.

Di contro a questa lettura, è stato invece opportunamente messo in rilievo il fatto che già nelle fonti anteriori a Diocleziano, relative alla *cognitio extra ordinem* classica, l'espressione *executor* (*sententiam exsequi*) indichi talvolta « lo stesso magistrato incaricato dell'esecuzione o, più esattamente, che possa essere comprensiva tanto del magistrato quanto — dovendosi riferire all'*officium* del magistrato anche le attività di eventuali *apparitores* — degli ausiliari di esso » ⁽⁹⁴⁾. Rileggendo le fonti in questa prospettiva, il Raggi ha in effetti potuto dimostrare che l'esecuzione della sentenza *extra ordinem* classica è competenza specifica del magistrato, al quale vengono imputati anche gli atti materiali eventualmente compiuti da ausiliari, inquadrati ed assorbiti nel suo *officium* ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹²⁾ A proposito cioè del divieto di appellare *ab executione*, ripetuto in numerosi passi giurisprudenziali ed imperiali, dall'età classica in poi.

⁽⁹³⁾ B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile rom.*, in *Studi Bonfante*, Milano 1930, IV, 74 ss.; recentemente seguito da E. LEVY, *Rehabilitation einiger Paulussentenzen*, in *SDHI.* 31, 1965, 13 s.

⁽⁹⁴⁾ L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili in dir. rom.*, I, Milano 1961, 120 ss., 127.

⁽⁹⁵⁾ V. soprattutto la corretta interpretazione, con la confutazione dei sospetti d'interpolazione, di ULP., D. 42. 1. 15, op. cit., 128 ss.

Questa più recente tendenza dottrinale ⁽⁹⁶⁾ è certamente preferibile alla prima per quanto riguarda l'interpretazione delle fonti giurisprudenziali classiche, il cui contenuto diventa in tale lettura coerente con le strutture del procedimento esecutivo di quel periodo. La perdurante validità di questa idea, secondo cui l'esecuzione della sentenza dei giudici o arbitri delegati dal magistrato è riservata a quest'ultimo, trova conferma nell'età successiva, ed in particolare in quella di Costantino. Essa, incisivamente espressa per la prima volta in un rescritto di Antonino Pio ⁽⁹⁷⁾, si ritrova in CTh. 2. 30. 1 ⁽⁹⁸⁾ e in

CTh. 1. 2. 6 (= *Brev. 1. 2. 4*) CONSTANTINUS *ad Barbarum Pompeianum consularem Campaniae*. Etsi non cognitio, sed exsecutio mandatur, de veritate precum inquiri oportet, ut, si fraus intervenit, de omni negotio cognoscatur (11 Nov. 333).

La *exsecutio* può essere delegata alle stesse condizioni della *cognitio*: ciò indubbiamente conferma l'esistenza dello stesso rapporto di subordinazione, che conosciamo rispetto alle deleghe giurisdizionali ⁽⁹⁹⁾, anche per quanto concerne l'esecuzione.

Anche più interessante è un gruppo di testi relativi alla giurisdizione vescovile, introdotta come è noto dallo stesso Costantino ⁽¹⁰⁰⁾. Passi di questo imperatore, come di suoi successori e di autori ecclesiastici, ricordano in maniera significativa

⁽⁹⁶⁾ Essa ha trovato seguito in M. AMELOTTI, rec. in *BIDR.* III s. 4, 1962, 323 s.; KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 408 nt. 17.

⁽⁹⁷⁾ Riportato nel passo cit. a nt. 95. Particolare interesse (come accennavo a nt. 86) avrebbe un riesame di CI. 7. 53. 8, parte dell'editto processuale di Diocleziano, non considerato dal Raggi e soltanto ricordato dal BIONDI, op. cit., 81.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. nt. 91.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. nt. 81.

⁽¹⁰⁰⁾ Sul problema della *episcopalis audientia* v. da ultimo l'importante contributo di S. CALDERONE, *Costantino e il cattolicesimo*, I, Firenze 1962, 311 ss., ricco di osservazioni interessanti anche se non del tutto convincente: v. le critiche di P. DE FRANCISCI, rec. in *BIDR.* III s. 6, 1964, 263 s.

i principi regolatori dell'esecuzione delle sentenze emanate dai vescovi nell'esercizio di questa funzione. Si legga ad esempio:

C. Sirm. 1, CONSTANTINUS ad Ablabium ppo... Sive itaque inter minores sive inter maiores ab episcopis fuerit iudicatum, apud vos, qui iudiciorum summam tenetis, et apud ceteros omnes iudices ad executionem volumus pertinere (5 Mai. 333).

CTh. 1. 27. 2, ARCADIUS, HONORIUS et THEODOSIUS Theodoro ppo. ... Per publicum quoque officium, ne sit cassa cognitio, definitioni exsecutio tribuatur (13 Dec. 408).

SOZOM., *Hist. Eccl.* 1. 9. 21: εἰς ἔργον δὲ τὰ κρινόμενα (scil. τῶν ἐπισκοπῶν) ἄγειν τοὺς ἄρχοντας, καὶ τοὺς διακονομένους αὐτοῖς στρατιώτας (¹⁰¹).

Infine, è ancora lo stesso principio che viene ribadito da Arcadio, nel concedere agli ebrei la facoltà di rimettere le loro controversie ad arbitri della loro religione (¹⁰²):

CTh. 2. 1. 10 (= Brev. 2. 1. 10), ARCADIUS et HONORIUS ad Eutychianum ppo. ... Sane si qui per compromissum ad similitudinem arbitrorum apud Iudaeos vel patriarchas ex consensu partium in civili dumtaxat negotio putaverint litigandum, sorti eorum iudicium iure publico non vetentur: eorum etiam sententias provinciarum iudices exsequantur, tamquam ex sententia cognitoris arbitri fuerint adtributi (3 Febr. 398).

(¹⁰¹) L'esecuzione della sentenza del vescovo non appare invece regolata nel primo e fondamentale testo costantiniano, *CTh. 1. 27. 1* (a. 318 o 321: cfr. CALDERONE, op. cit., 311 nt. 1). Su di esso v. anche DE MARTINO, *Storia* cit., V, 442 ss.

(¹⁰²) Sul testo v. M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di « compromissum »*, Milano 1958, 141 nt. 224; A. BERGER, *CTh. 2, 1, 10 and CI. 1, 9, 8 pr. A perfect example of an interpolation through cancellation of a 'non'*, in *Iura* 10, 1959, 13 ss.; J. REINACH, *« Controverse » et « litige »: comparaison de CTh. 2. 1. 10 et de CI. 1. 9. 8*, in *Iura* 11, 1960, 184 ss.

Non si potrebbe esprimere più chiaramente l'idea che l'esecutorietà della sentenza dell'arbitro è, in linea di principio, condizionata alla delega giurisdizionale del governatore provinciale all'arbitro stesso. E forse non è azzardato aggiungere che tale idea implica — almeno come astratta possibilità — una riserva di ratifica o di controllo sulla sentenza, che il *praeses* potrà esercitare nel momento dell'esecuzione.

Tenendo conto di questi svolgimenti, si può dunque considerare pienamente confermata la nostra lettura di CTh. 2. 26. 3 e 4. 5. 1. 1, quali norme organicamente inserite in un complesso di disposizioni, giunte nel IV secolo ad un grado notevole di elaborazione, sui compiti esecutivi di appartenenti all'*officium* del preside, che dovevano svolgerli attraverso un rapporto di subordinazione gerarchica.

7. Nella stessa direzione, come una regolamentazione delle competenze d'appello, si dovranno interpretare le residue parti dell'editto del I agosto, che precisano in alcuni punti la gerarchia delle impugnazioni. In esse si trovano stabiliti i principi generali sull'ammissibilità degli appelli da tutti i tipi di governatori provinciali, insieme ai divieti di appellare dai prefetti del pretorio e di ricorrere al giudice superiore per un nuovo giudizio, al di fuori delle forme stabilite.

Ho già indicato nella ricostruzione dell'editto quale mi sembra il più probabile ordine originario delle singole regole. Che Cl. 3. 13. 4 ci restituisca l'inizio di questo gruppo di disposizioni mi sembra dimostrato da due circostanze: esso è l'unico brano in cui si ricordano i governatori *clarissimi* ⁽¹⁰³⁾, gli stessi

⁽¹⁰³⁾ Uso per chiarezza, qui ed in seguito, i titoli (nell'ordine discendente: *illustres*, *spectabiles*, *clarissimi*), che in realtà furono fissati solo da Valentiniano I, nel 372: cfr. JONES, op. cit., II, 525 ss.; DE MARTINO, *Storia* cit., V, 331 ss. Dopo questo riordinamento, ebbero la qualifica di *clarissimi* tanto i *praesides* quanto i *consulares*, mentre nell'età di Costantino il titolo spettava solo a questi ultimi, essendo i primi di rango equestre. Ciò che interessa ai nostri fini, comunque, è che ambedue queste categorie di governatori avevano la giurisdizione di primo

cioè cui erano rivolte tutte le disposizioni precedenti ⁽¹⁰⁴⁾, mentre il resto dell'editto inquadra attività di *iudices illustres* o *spectabiles*, gerarchicamente superiori ⁽¹⁰⁵⁾; inoltre, vi si ricorda la *litis contestatio*, che si deve qui identificare con l'atto introduttivo del processo, e cioè con la *litis denuntiatio*.

Quest'ultimo punto deve essere ribadito subito, in quanto non è pacifico in dottrina ⁽¹⁰⁶⁾; ma a me sembra evidente che solo la suggestione di concetti e termini classici, inutilizzabili come tali nell'esegesi dei testi del basso impero, abbia impedito una corretta interpretazione di questa terminologia, per come si trova impiegata dalla cancelleria costantiniana. In questa direzione ho già, recentemente, studiato alcuni enunciati testuali altrimenti inesplicabili ⁽¹⁰⁷⁾; vorrei ora aggiungere il richiamo di alcuni passi che (oltre a costituire una conferma della lettura proposta) possono permettere una spiegazione dell'identificazione terminologica tra *denuntiatio* e *contestatio* nel linguaggio di Costantino.

Il primo passo da richiamare è la notissima legge in tema di *restitutio in integrum*, contenuta in CTh. 2. 16. 2, dove *contestatio* appare ⁽¹⁰⁸⁾ nel significato di atto introduttivo del pro-

grado in provincia: è questo il significato dell'espressione *ordinaria sedes* del nostro testo: cfr. KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 422 nt. 36.

⁽¹⁰⁴⁾ E cioè, oltre a quelle fin qui commentate, anche tutte le parti dell'editto relative agli obblighi delle parti nella *litis denuntiatio*.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. nt. 103, ed i nn. 8-11.

⁽¹⁰⁶⁾ V. da ultimo KASER, op. cit., 482 ss., che identifica la *litis contestatio* postclassica con la *narratio* dell'attore e con la *responsio* del convenuto; e, in conseguenza, non ammette alcun effetto della *litis contestatio* anteriore alla prima udienza del processo. Ivi, anche indicazioni della numerosa e contraddittoria bibliografia sul tema.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. *Limiti* cit., 352 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Nel pr.: *Placuit post completum vicesimum et quintum annum ... ad interponendam contestationem in urbe Roma usque ad anni tricesimi extremum diem spatia prorogari.... Quo transacto tempore manifeste omnes sciant legum sibi deinceps praesidia denegari, quandoquidem contestationis necessitate depulsa finiendas integri restitutionum decidendasque causas certo genere clausurimus. Int: Iustum videtur, ut post vicesimum et quintum annum.... deposita apud iudicem contestatione petat ...*

cedimento di *restitutio* ⁽¹⁰⁹⁾; in relazione allo stesso procedimento, tale impiego si riscontra già in testi classici, relativi alla *cognitio*, e ciò potrebbe consentire qualche interessante ipotesi sul valore da attribuire alla rilevata contaminazione semantica ⁽¹¹⁰⁾. La spiegazione di essa si trova poi forse in altri due passi costantiniani, dove *contestatio* appare in enunciati relativi a situazioni non processuali: in CTh. 8. 12. 3 (*donationes ... apud actorum contestationem* ⁽¹¹¹⁾ *confectae*), e in CTh. 12. 6. 2 (*testibus adhibitis contestationem ... proponere*), il termine ha l'ovvio significato di « documentazione ». Ciò suggerisce che anche la *contestatio* nel senso di atto introduttivo del processo sia nuovamente intesa come una « testificazione », in quel senso materiale che aveva in origine, in quanto derivante dall'invito « *testes estote* » rivolto dalle parti agli astanti; senso materiale e concreto che — come tutti sanno — la *litis contestatio* aveva perduto

(109) Su questo punto concordano i recenti contributi dedicati all'argomento da E. LEVY, *Zur nachklassischen in integrum restitutio*, in ZSS. 68, 1951, 375 ss.; G. CERVENCA, *Studi vari sulla « restitutio in integrum »*, Milano 1965, 131.

(110) I testi classici in tema di *restitutio cognitioria*, in cui si ritrova l'espressione *contestatio* nel senso indicato sono richiamati da L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, 83 nt. 52. Mi sembra interessante notare che l'a., op. cit., 239 nt. 30, così come CERVENCA, op. cit., 88 nt. 67, per spiegare tale impiego affermano che esso è conforme al significato generale di *litis contestatio* nella *cognitio extra ordinem*; e citano in proposito il noto studio di S. DI PAOLA, *La « litis contestatio » nella « cognitio extra ordinem » dell'età classica*, in *Annali Catania*, n.s. 2, 1948, 235 ss., il quale tendeva invece a dimostrare che essa fosse la fase del processo in cui le parti proponevano i termini della controversia di fronte al magistrato. Ora tale inesatta interpretazione dei risultati del Di Paola può forse essere indicativa della necessità di riesaminarli globalmente, per vedere se in effetti la *litis contestatio* della *cognitio* classica non fosse, invece, proprio l'atto unilaterale di richiesta di processo. In questo senso v. i testi citati da LEVY, ZSS. cit., 375 nt. 66, cui si può aggiungere *Fragm. de iure fisci*, 8. Se questa ipotesi venisse confermata, si potrebbe ristabilire una continuità terminologica e concettuale con l'impiego del termine da parte della cancelleria costantiniana.

(111) La correzione suggerita da MOMMSEN, *CTh. ad h.l.*: « *apud acta per contestationem* » è puramente formale e non incide sul significato dell'espressione, comunque ovvio.

nelle strutture legate all'impiego della formula, quando essa era stata astrattamente elaborata con una nuova funzione.

Con questo chiarimento, il testo si lascia interpretare agevolmente. Dopo la notifica della domanda al convenuto, con la conseguente accettazione della difesa ⁽¹¹²⁾, il processo deve svolgersi nella sede ordinaria individuata attraverso questi atti, compiuti con l'intervento della cancelleria del preside ⁽¹¹³⁾. In seguito, la parte soccombente potrà appellare ai gradi superiori di giurisdizione, ma in pendenza di processo non è consentito rivolgersi ai giudici d'appello per ottenere subito il loro giudizio ⁽¹¹⁴⁾.

È qui interessante l'introduzione di alcune regole di settore durate; il momento determinante della competenza è quello della domanda ⁽¹¹⁵⁾; i criteri della competenza sono stabiliti con riguardo al giudice di primo grado, mentre la competenza dei giudici d'appello è consequenziale alla prima; l'eccezione di incompetenza deve essere proposta nel primo atto difensivo ⁽¹¹⁶⁾. Ma queste indicazioni non sono, come è ovvio, una esposizione di principi generali: esse si presentano come una conseguenza negativa della scelta della sede ordinaria, operata dall'attore ed accettata dal convenuto ⁽¹¹⁷⁾: così mi sembra da leggere l'ultima proposizione del testo: *appellatione legibus facta ad sacrum audi-*

⁽¹¹²⁾ Per l'accertamento di tale significato dell'espressione in esame, devo ancora rinviare a quanto scritto in *Limiti* cit., 354 ss.

⁽¹¹³⁾ Si deve pensare che proprio l'intervento dell'autorità alla *litis denuntiatio* (reso obbligatorio da Costantino nel 322: CTh. 2. 4. 2), abbia trasformato l'importanza dell'atto di introduzione del processo, inducendo l'imperatore a ricollegarvi nuovi effetti, coordinati alla sua formalizzazione.

⁽¹¹⁴⁾ Parzialmente diversa la lettura del testo in KASER, op. cit., 424 e nt. 58 (cfr. 484 e nt. 87), secondo cui esso regolerebbe la ricsuzione del giudice ordinario, possibile solo fino alla *litis contestatio* (nel senso richiamato a nt. 106). Sul passo v. anche P. COLLINET, *La procédure par libelle*, Parigi 1932, 199.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. ad es., nel nostro ordinamento, l'art. 5 c.p.c.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. art. 38 c.p.c.

⁽¹¹⁷⁾ Tale scelta mi sembra da valutare in relazione alla possibilità, regolata dallo stesso Costantino (cfr. note 154 e 168) di richiedere un giudizio imperiale per rescritto, anzichè aprire il processo ordinario mediante *litis denuntiatio*.

torium veniat ⁽¹¹⁸⁾. Questa seconda parte del passo è certamente da spiegare con la prima, e cioè come un richiamo alla necessità di svolgere tutto il processo di fronte al giudice di primo grado: una richiesta di *auxilium* ai giudici di secondo grado ⁽¹¹⁹⁾ potrà aver seguito solo mediante un appello proposto *legibus*, e cioè secondo le norme degli anni precedenti, che avevano escluso gli appelli *ante definitivam sententiam* ⁽¹²⁰⁾.

Un ultimo punto è da osservare sulla elencazione dei giudici d'appello di cui si esclude l'intervento, elencazione che ha probabilmente subito una modifica al momento dell'inserzione nel Codice Giustiniano: nelle altre norme del 331 si menzionano di solito i *comites*, o *comites provinciarum* ⁽¹²¹⁾, istituiti dallo stesso Costantino come magistrati straordinari, con il rango e le competenze dei vicari dei prefetti del pretorio ⁽¹²²⁾. Nell'epoca successiva, di tali commissari conosciamo solo il *comes Orientis* ⁽¹²³⁾: mi sembra dunque probabile che la menzione di quest'unico sopravvissuto sia stata sostituita da Giustiniano alla menzione plurale dei *comites* costantiniani ⁽¹²⁴⁾.

8. Il brano successivo, contenuto in CTh. 11. 30. 16, stabilisce anzitutto l'appellabilità della sentenza dei proconsoli, dei

⁽¹¹⁸⁾ *Sacrum auditorium* è qui da intendere del tribunale dei prefetti e degli altri giudici d'appello *vice sacra*; non in quello, più abituale, di tribunale imperiale: ciò risulta dal riferimento agli stessi giudici fatto nell'enunciato precedente e dal fatto che l'appello all'imperatore è poi — come vedremo — regolato *more consultationis*, escludendo cioè un diretto accesso delle parti alla corte.

⁽¹¹⁹⁾ Sulle varie categorie di giudici d'appello v. nt. 125.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. GRADENWITZ, ZSS. cit., 35 ss.; ORESTANO, *Appello* cit., 266 ss.

⁽¹²¹⁾ CTh. 11. 30. 16 (*comites*); 11. 34. 1 (*comites*); 1. 16. 6 (*comites qui per provincias constituti sunt*); 1. 16. 7 (*comites provinciarum*).

⁽¹²²⁾ JONES, op. cit., I, 105; II, 526.

⁽¹²³⁾ JONES, op. cit., I, 481; III, 135 nt. 23.

⁽¹²⁴⁾ Allo stesso modo possono essere una modifica giustiniana (per quanto non mi appaia sicura quanto l'altra) le parole *alterius spectabilis iudicis*, a causa del titolo *spectabilis* che diventa ufficiale solo nel 372 (cfr. nt. 103). In CTh. 11. 34. 1, volendo abbreviare l'encazione dei giudici d'appello, Costantino usa la formula *ceterorumque sententias qui vice nostra iudicaverint*.

comites provinciarum e dei vicari dei *praefecti praetorio* ⁽¹²⁵⁾. La sentenza dei prefetti del pretorio, *qui soli vice sacra cognoscere vere dicendi sunt*, è invece inappellabile. Intorno a queste regole si pone anzitutto il problema della loro novità, sia per quanto riguarda l'inappellabilità della sentenza del prefetto del pretorio, sia per quanto riguarda l'appellabilità delle altre: tale problema si identifica praticamente in un altro, e cioè nel significato da attribuire alle parole *vice sacra (nostra) cognoscere (iudicare)*, rispetto ai poteri giurisdizionali che tale qualifica comportava per i suoi portatori.

Su questi argomenti, inquadrati in diverse recenti ricerche, si trovano indicazioni contrastanti, che è bene qui analizzare poichè sono tutte basate, in qualche misura, sulla legge costantiniana in esame ⁽¹²⁶⁾.

La tendenza prevalente mi sembra quella ad ammettere un aspetto innovativo nella regola che stabilisce l'inappellabilità della sentenza del prefetto del pretorio ⁽¹²⁷⁾.

Tuttavia, secondo un'opinione recente, che merita di essere presa in attenta considerazione, tale regola esprimerebbe invece la conferma di una norma più antica, nel senso che in origine *vice sacra iudicans*, titolo riservato ai prefetti del pretorio, avrebbe significato « giudice alla pari dell'imperatore », e quindi inappellabile; poi il titolo si sarebbe esteso ad altri alti funzionari

⁽¹²⁵⁾ I *proconsules* erano i governatori delle province d'Asia e d'Africa, equiparati nel rango ai vicari e sottoposti direttamente all'imperatore, anzichè al prefetto del pretorio: essi avevano anche giurisdizione d'appello sui presidi delle province confinanti. Costantino istituì un *proconsul Achaeae*, con lo stesso rango ma sottoposto al *praefectus per Illyricum*. Sui *comites* v. nt. 122. I vicari risalgono alla ripartizione diocleziana delle diocesi, e conservano le competenze allora ad essi affidate. Cfr. ancora JONES, op. cit., I, 481 s.; II, 523.

⁽¹²⁶⁾ La c. 16 è soprattutto studiata in rapporto ad AUR. ARC. CHAR., D. I. II. I. 1, dove è ricordata una *sententia principalis* che avrebbe per la prima volta vietato l'appello dai prefetti del pretorio. Sui problemi posti dal confronto dei due testi v. per tutti RAGGI, *Restitutio* cit., 204 ss. con bibl.

⁽¹²⁷⁾ Essa sembrerebbe trovare conferma nel passo di Arcadio Carisio cit. a nt. 126. Tuttavia, è difficile pensare che la *sententia* ricordata dal giurista sia precisamente la c. 16: sui motivi di questo dubbio v. RAGGI, l.c.

contro cui pure, per analogia, veniva escluso l'appello, sicchè si sarebbe resa necessaria la legge di Costantino a riaffermare legislativamente sia l'appellabilità delle sentenze dei nuovi *vice sacra*, sia l'inappellabilità di quelle dei prefetti ⁽¹²⁸⁾.

Infine, si trova anche l'affermazione che la giurisdizione *vice sacra* comportasse l'appellabilità della sentenza ⁽¹²⁹⁾.

Forse, per ottenere una migliore comprensione del problema si dovrebbe ampliare la ricerca, estendendola anche ai primi secoli dell'impero ⁽¹³⁰⁾; per tutto questo periodo si dovrebbe tener conto delle numerose fonti epigrafiche che menzionano la giurisdizione *vice sacra* e studiare le testimonianze di deleghe imperiali di giurisdizione senza appello, anche a prescindere dai titoli attribuiti ai funzionari che la esercitavano.

Questo programma trascende ovviamente i limiti dell'esegesi della c. 16; ne indico soltanto le possibili direzioni, insieme ad alcuni spunti testuali che possano giustificare la lettura, a mio avviso più probabile, della regolamentazione costantiniana.

Un punto di partenza abbastanza stimolante mi sembra poter essere costituito dalla domanda se corrisponda alla logica dell'istituto dell'appello, per come si era formalizzato nell'ordinamento processuale del II e del III secolo, che le deleghe di *cognitiones* da parte dell'imperatore prescindessero abitualmente da un controllo dell'imperatore stesso: e sarei per una risposta negativa, legata alla considerazione che in tanto il nuovo strumento della *cognitio extra ordinem* ci appare rapidamente diffuso in Roma e nelle province, in quanto sia le parti sia i funzionari che

⁽¹²⁸⁾ In questo senso v. JONES, op. cit., III, 3 nt. 1; 134 nt. 123.

⁽¹²⁹⁾ Così DE MARTINO, *Storia* cit., 270: « Dalle loro » (dei vicari) « sentenze si poteva però appellare all'imperatore. La loro giurisdizione era infatti *vice sacra*, cioè esercitata in luogo di quella imperiale ».

⁽¹³⁰⁾ E ciò da un lato per tener conto dell'ipotesi del Jones; dall'altro per non limitare lo studio del tema al confronto della c. 16 con D. 1. 11. 1. 1: esso si rivela infatti abbastanza ozioso, data l'impossibilità di conoscere i limiti cronologici dell'attività di Arcadio Carisio.

lo applicavano quotidianamente avevano la fiducia di un giudizio imperiale diretto e la consapevolezza di poterlo ottenere ⁽¹³¹⁾.

Questa risposta negativa trova una duplice conferma nelle fonti: anzitutto abbiamo diversi esempi di giudizi d'appello, dati da giudici di grado elevato ⁽¹³²⁾, che vengono poi ancora impugnati davanti all'imperatore ⁽¹³³⁾. Nello stesso senso, se il giudizio dei proconsoli ⁽¹³⁴⁾ fosse stato sempre inappellabile, non vedo come il mancato accoglimento della *provocatio* da parte loro avrebbe potuto configurare un'ipotesi repressa *ex lege Iulia de vi* ⁽¹³⁵⁾.

In secondo luogo, un'altra serie di testimonianze sembra indicativa del fatto che, volendo sancire l'inappellabilità delle sentenze di tribunali delegati, gli imperatori usavano esprimerla esplicitamente. Si leggano:

SUET., *Cai.* 16: magistratibus liberam iurisdictionem et sine sui appellatione concessit ⁽¹³⁶⁾;

ULP., D. 49. 2. 1. 2-4: Sciendum est appellari a senatu non posse principem, idque oratione divi Hadriani effectum ⁽¹³⁷⁾; ... Interdum imperator solet iudicem dare, ne liceret ab eo provocare, ut scio saepissime a divo Marco iudices datos ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³¹⁾ V. in questo senso le osservazioni di BLEICKEN, *Senatsgericht* cit., 135.

⁽¹³²⁾ Consoli e *praefectus urbi*: questi era *iudex vice sacra* alla pari dei prefetti del pretorio (cfr. A. CHASTAGNOL, *La préfecture urbaine à Rome sous les bas empire*, Parigi 1960, 131 ss.); per questo motivo le testimonianze relative all'appellabilità delle sue sentenze possono essere utilmente addotte qui, anche se la c. 16, trattando esclusivamente del processo provinciale, ovviamente non lo menziona.

⁽¹³³⁾ SCAEV., D. 45. 1. 122. 5; ULP., D. 4. 4. 18 e 38 pr.

⁽¹³⁴⁾ Anche i *proconsules* hanno spesso, nelle iscrizioni, il titolo di *vice sacra iudicantes*.

⁽¹³⁵⁾ ULP., D. 48. 6. 7.

⁽¹³⁶⁾ Sul testo v. ORESTANO, *Appello* cit., 204 s.

⁽¹³⁷⁾ Sul problema dell'appellabilità della sentenza senatoria v. da ultimo BLEICKEN, *Senatsgericht* cit., 117 ss., e la mia rec. in *Labeo* 12, 1966, 265.

⁽¹³⁸⁾ V. ORESTANO, *Appello* cit., 219, 236 s.

Nella stessa prospettiva si colloca oggi la bella epigrafe contenente il cursus completo di Cesonio Basso Rufiniano, recentemente pubblicata dal Barbieri (¹³⁹) (l. 6 ss.): *iudici sacrarum cognitio/num vice Caesaris sine appel/latione cognoscendi inter / fiscum et privatos, item inter / privatos Roma et in provinc(ia) / Africa.*

Queste indicazioni mi sembrano sufficienti a proporre una ipotesi che colga le linee storiche dell'istituto della *cognitio vice sacra*: tale espressione in tutte le epoche indica solo una delega imperiale della giurisdizione, che può essere con o senza appello (¹⁴⁰). La delega *sine provocatione* doveva comunque essere espressa, tanto che si trattasse di giudici singolarmente dati (¹⁴¹), quanto se erano funzionari incaricati stabilmente (¹⁴²). Generalizzandosi le cariche giurisdizionali imperiali, è facile pensare che si siano stabilizzate, come inerenti ad alcune di esse, certe funzioni e certi criteri relativi all'appellabilità della sentenza, divenendo cioè sempre inappellabili quelle dei funzionari ad un dato grado della gerarchia: una prova in questo senso è nella tendenza, indubbia ed accertata (¹⁴³), a limitare gli appelli diretti all'imperatore, al fine di non appesantire oltre certi limiti il lavoro della sua cancelleria. Ma si tratta di prova logica e non testuale: se ciò può essere successo per i prefetti del pretorio (¹⁴⁴), non significa che tutti i *vice sacra iudicantes* avessero

(¹³⁹) G. BARBIERI, *Nuove iscrizioni campane*, in *Akte des IV. internat. Kongresses für griechische und lateinische Epigraphik*, Vienna 1964, 40 ss.

(¹⁴⁰) Così già E. DE RUGGIERO, s.v. *cognitio*, in *DE*, II, 1, 1900, 321 s.

(¹⁴¹) Come i giudici di Marco Aurelio, ricordati da Ulpiano.

(¹⁴²) In questo senso si devono interpretare le notizie relative alla delega giurisdizionale di Caligola, e all'inappellabilità della sentenza senatoria; funzione stabile, per quanto non permanente, è anche quella che appare attribuita a Cesonio Basso Rufiniano.

(¹⁴³) Cfr. ancora ORESTANO, *Appello* cit., 366.

(¹⁴⁴) Eventualmente, solo per questi: contro l'inappellabilità della sentenza dei prefetti di città stanno i passi citati a nt. 133. Ma si dovrebbe conoscere meglio la politica dei singoli imperatori: un'altra delle cariche di Cesonio Basso (l. 11 s.: *electo a divo Probo ad presidendum iudicio magno*, che il BARBIERI,

lo stesso privilegio, abolito da Costantino con la c. 16. In particolare, che nulla sull'argomento si possa trarre dal titolo *vice sacra* ⁽¹⁴⁵⁾ risulta chiarissimo dal fatto che nello stesso editto del 331, dopo avere collegato tale qualifica all'inappellabilità della sentenza dei prefetti del pretorio (*qui soli vice sacra cognoscere vere dicendi sunt, provocari non sinimus*), Costantino continua poi ad usarla per indicare la giurisdizione degli altri *iudices* superiori (CTh. 11. 34. 1: *contra comitum ceterorumque sententias qui vice nostra iudicaverint*), contro cui aveva concesso e regolato l'appello.

9. Possiamo così tornare alla c. 16, che nella prospettiva chiarita attraverso questa digressione assume un valore confermativo, chiarificatore, piuttosto che innovatore, trovando così riscontro nel già rilevato carattere di tutto l'editto.

Per concludere l'esame del suo contenuto in questa parte, si possono fissare i seguenti punti. Si è già visto che esso consente l'appello dalla sentenza di tutti i giudici *spectabiles*: a prescindere dal problema della novità degli appelli così consentiti, si ricordi che l'appello dalle sentenze dei governatori provinciali *clarissimi* (*praesides*) era sempre stato consentito al loro superiore gerarchico ⁽¹⁴⁶⁾: questo punto, che non risulta preso

op. cit., 44 ss., mette opportunamente in relazione con SHA., *Prob.* 13. 1, traendone un elemento favorevole all'attendibilità del passo, riguardo alle concessioni accordate da Probo al senato; ma ora v. R. SYME, *Ammianus and the Historia Augusta*, Oxford 1968, 102, 179) ricorda la creazione di un tribunale straordinario (*iudicium magnum*), di cui non sono rimaste tracce nell'epoca successiva. Altre notizie di cui si dovrà tener conto, mentre è impossibile farlo in questa sede, sono contenute in SOZOM., *Hist. Eccl.* 1. 9. 21 (nel passo precedente quello riportato al n. 6) e in LVD., *de mag.* 2. 15.

⁽¹⁴⁵⁾ Facendo un primo, generico spoglio delle iscrizioni contenenti la qualifica *vice sacra*, ho constatato come essa non appaia vincolata ad una data carica, ma attribuita direttamente dall'imperatore. Un invito alla prudenza nel valutare tali iscrizioni si trova in CHASTAGNOL, *Préfecture* cit., 132 s.

⁽¹⁴⁶⁾ E cioè *vicarii*, *comites*, *praefecti*. Sulla particolare posizione dei *proconsules* d'Asia, Africa e Achea, v. sopra nt. 125.

in considerazione, deve intendersi regolato come già anteriormente (¹⁴⁷).

L'appello dalle sentenze dei giudici menzionati si presenta, formalmente, come *appellatio per relationem* o *more consultationis*; essi cioè, sia che avessero giudicato su appello, o su delega, o in prima istanza (¹⁴⁸), dovevano consegnare all'appellante una copia della sentenza, e spedire gli atti del processo con le confutazioni delle parti e le *litterae dimissoriae* all'imperatore (¹⁴⁹): questo avrebbe deciso in base agli atti, mediante un rescritto che valeva come sentenza definitiva (¹⁵⁰).

(¹⁴⁷) Secondo i principi già stabiliti da Diocleziano: v. KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 425 ss. Un generico riconoscimento di tali regole è, del resto, implicito nella seconda parte di CI. 3. 13. 4: sopra, n. 7.

(¹⁴⁸) In questo senso mi sembra chiara l'espressione *sive ex appellatione sive ex delegato sive ex ordine iudicaverint*; e non capisco perchè KASER, op. cit., 428 e nt. 28, ne deduca che prefetti e vicari giudicavano solo in seconda istanza.

(¹⁴⁹) Questo mi sembra il corretto significato da attribuire all'enunciato in esame. Ma si deve osservare che è oggi indispensabile uno studio più approfondito di tale forma di impugnazione, nei suoi rapporti con il generale procedimento *per relationem*. Questo infatti (come accenno ora nel testo) è abitualmente studiato in quanto richiesto dal giudice, in pendenza di processo: la *relatio* (*opinio, consultatio*), si presenta in questo caso come una relazione del giudice stesso all'imperatore, sull'intera questione litigiosa. Di tale relazione è più difficile cogliere il contenuto, qualora essa venisse, come appare nella c. 16, utilizzata in funzione di impugnazione; ed è comune l'osservazione di tale ambiguità del termine *relatio* e dei suoi sinonimi, usati in contesti disparati. Osservo inoltre che, contrariamente a questa corrente interpretazione della procedura *per relationem* del basso impero come derivante dalle richieste di consultazioni che i funzionari indirizzavano al principe già nei primi secoli dell'impero, la prima regolamentazione generale dell'obbligo imposto al *iudex a quo* di rinviare al giudice superiore *opiniones suas ... exemplo appellatoribus edito* si ha proprio in tema di appello, in DIOCL., CI. 7. 62. 6. 3, e cioè in quello stesso editto processuale di cui ho riportato le singole parti a nt. 86. Anche questo argomento meriterebbe quindi un riesame globale: io mi limito qui ad esporre l'interpretazione della c. 16 che mi sembra più adeguata, alla luce di tutte le costituzioni di Costantino sul tema, ma prescindendo in generale da un'analisi critica della scarsa letteratura: di essa è sempre fondamentale GODFREY, *Comm. ad tit.* 29-30, ed. cit., IV, 1748, 183 ss.; inoltre E. ANDT, *La procédure par rescrit*, Parigi 1920, 10 ss.; J. GAUDEMET, *L'empereur, interprète du droit*, in *Festschrift Rabel*, Tubinga 1954, II, 185 ss.; KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 501; 509 ss.

(¹⁵⁰) ANDT, op. cit., 12.

Tale procedimento non è nuovo: secondo Macro⁽¹⁵¹⁾ esso era già stato introdotto in età classica da non identificati mandati imperiali⁽¹⁵²⁾, come obbligo del *iudex a quo* che avesse rifiutato di *recipere appellationem*, qualora l'appellante presentasse ricorso al *iudex ad quem* contro tale rifiuto⁽¹⁵³⁾.

Ma una compiuta regolamentazione del procedimento *per relationem* appare nella legislazione costantiniana riguardo ad ipotesi in cui, in pendenza di processo, il giudice esitasse sulla decisione: in questi casi egli poteva interrompere la causa, dopo averla istruita completamente, e riferirne all'imperatore, che ugualmente avrebbe pronunciato la sentenza mediante un rescritto⁽¹⁵⁴⁾.

Ora, è proprio il rapporto tra questo più noto procedimento *per relationem* chiesto dal giudice e l'*appellatio more consultationis*, che assume una nuova colorazione attraverso la normativa delle impugnazioni all'imperatore stabilita nella c. 16: qui l'utilizzazione in funzione di appello del procedimento *per relationem* è del tutto esplicita. Ciò permette di ritenere che le due diverse applicazioni di tale procedimento formassero un'unica realtà almeno nel periodo finale della legislazione di Costantino, anche se qualche sua costituzione precedente teneva distinte le due possibilità: l'una, per il giudice, di interrompere il pro-

(151) D. 49. 5. 6, MACER *lib. 2 app.*: *Sciendum est, cum appellatio non recipitur... eum(que) qui appellationem non receperit, opinionem suam confestim per relationem manifestare et causam, pro qua non recepit appellationem, eiusque exemplum litigatori edere debere mandatis cavetur.*

(152) Contro l'eccessiva limitazione del contenuto dei *mandata* imperiali sostenuta da A. DELL'ORO, « *Mandata* » cit. (sul nostro passo, 56) cfr. R. ORESTANO, *rec. in Iura* 12, 1961, 451 ss.

(153) Cfr. ORESTANO, *Appello* cit., 389 ss.

(154) Da questi rescritti, ottenuti mediante *consultatio* del giudice, che terminano una lite, bisogna distinguere quelli richiesti dalla parte con una *supplicatio* tendente ad aprire il c.d. processo per rescritto, alternativo al processo ordinario: cfr. ANDT, *op. cit.*, 13 ss.; A. FLINIAUX, *Contribution à l'histoire des modes de citation au bas-empire*, in *RHD.* IV s. 9, 1930, 193 ss. La prima e fondamentale normativa del procedimento *per relationem* si trova in CONST., CTh. 11. 29. 1 e 11. 30. 1 (a. 313).

cesso devolvendolo all'imperatore; l'altra, per le parti, di appellare una sentenza finale ⁽¹⁵⁵⁾.

Nella c. 16 troviamo dunque la prima normativa uniforme della procedura *per relationem*, che dal 331 in poi sarà regolata come utilizzabile dal *iudex a quo* di rango superiore, *vel appellatione interposita vel ipse dubitans* ⁽¹⁵⁶⁾. Del resto, una volta ammessa questa doppia possibilità di giungere al giudizio imperiale, sembra che non dovesse avere molta importanza pratica distinguere quali fossero i precedenti giudiziari della richiesta: sia che il giudice non sapesse decidere, sia che le parti avessero impugnato la sua sentenza, il rescritto imperiale aveva la stessa identica efficacia, di giudizio ormai assoluto ed esclusivo di ogni ulteriore richiesta o possibilità di riesame.

Non mi sembra quindi esatto parlare di una progressiva « Angleichung » delle due forme di *relatio*, a seconda che si trattasse di consultazione richiesta dal giudice, o di appello all'imperatore ⁽¹⁵⁷⁾, ma di un unico procedimento *per relationem*, che regola un'unica forma di accesso alla corte.

10. L'ultima regola stabilita nella c. 16 mi sembra interessante, pur senza essere nuova, né molto significativa sotto il profilo tecnico. Vi si dispone che l'appellante la cui impugnazione non sia stata ricevuta dal *iudex a quo* (nella maniera prevista all'inizio del testo) può rivolgersi ai prefetti del pretorio,

⁽¹⁵⁵⁾ La distinzione tra procedimento *per relationem* chiesto dal giudice, ed appello presentato dalle parti, è ancora presente in CTh. 11. 30. 5 e 6 (a. 316); 13 (a. 326?); 18 (a. 329?); ma nemmeno qui essa è sempre chiara; e inoltre si dovrebbero distinguere queste norme in relazione ai loro destinatari, essendo l'*appellatio more consultationis* regolata esclusivamente per le impugnazioni dai giudici di rango superiore.

⁽¹⁵⁶⁾ L'espressione si trova in CTh. 11. 29. 5, con cui nel 374 Valentiniano I ribadisce alcuni specifici punti del procedimento, rinviando alla regolamentazione costantiniana. Per l'epoca successiva, si vedano le rubriche di CTh. 11. 30: *de appellationibus ... et consultationibus*; e di Cl. 7. 62: *de appellationibus et consultationibus*.

⁽¹⁵⁷⁾ Così invece KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 501; cfr. 509 s.

presso i quali si svolgerà il processo d'appello, come se l'impugnazione fosse stata ricevuta: se la prima sentenza sarà confermata, *lite perditā notatus abscedet* ⁽¹⁵⁸⁾; altrimenti contro il giudice che non aveva ricevuto l'appello si dovrà riferire all'imperatore, che provvederà a punirlo.

La norma non lascia alcuno spazio alla possibilità di *non recipere appellationem*. Ciò, che già risultava dalla generica ammissione di tutti gli appelli stabilita nel principio, è qui confermato dalla frase *si victus oblatam nec receptam a iudice appellationem adfirmet*, che si deve leggere nel senso che il ricevimento e la trasmissione di tutte le impugnazioni fosse un dovere giuridico dei *iudices spectabiles*.

Anche questa regola si presenta come una precisazione: già nel 315 Costantino aveva stabilito *omnes omnino appellationes, quaecumque fuerint interpositae, sollemniter curet accipere* ⁽¹⁵⁹⁾. Diretta al *praefectus annonae* d'Africa, la legge del 315 non era forse una norma di generale applicazione; tuttavia è indicativa di una salda tendenza a dar corso a tutti gli appelli, purchè (ovviamente) proposti nei termini, e contro provvedimenti appellabili.

Tale tendenza è stata analizzata e spiegata come una ricerca di soluzione del problema sempre pressante di ridurre gli appelli manifestamente infondati: in senso nuovo e contrastante rispetto al criterio classico, basato sulla discrezionalità del *iudex a quo* nel *recipere appellationem vel non*, il diritto post-classico ⁽¹⁶⁰⁾ limita le funzioni del giudice *a quo* alla semplice

⁽¹⁵⁸⁾ In questa *notatio* si deve individuare una sanzione d'ignominia: cfr. GRADENWITZ, ZSS. cit., 52; C. DUPONT, *Le droit criminel dans les constitutions de Constantin. Les peines*, Lilla 1955, 57. Si noti anche l'uso assoluto di *abscedere* (ricorrente anche in CTh. 2. 26. 1, sopra n. 3), che sembra tipico del linguaggio costantiniano.

⁽¹⁵⁹⁾ CTh. 11. 30. 4 (1 Jun. 314, secondo SEECK, *Regesten* cit., 162).

⁽¹⁶⁰⁾ Questa nuova tendenza si trova già in un papiro del 267: cfr. A. BOYÉ, *Pap. Oxyr. XVII 2130*, in *Studi Bonfante* cit., IV, 183 ss.

trasmissione burocratica dell'appello, ma nello stesso tempo limita anche i gradi di giurisdizione (¹⁶¹).

Probabilmente nello stesso ordine di idee è da comprendere anche il fatto che, mentre l'*appellatio recepta* dai *iudices spectabiles* va direttamente all'imperatore, su quella *non recepta* dovrà pronunciarsi il *praefectus praetorio*, riservandosi l'imperatore solo gli ulteriori eventuali provvedimenti contro il giudice che avesse ingiustamente rifiutato l'accoglimento dell'appello del litigante poi risultato vincitore presso il prefetto. Non trovo altre espressioni di tale distinzione, ciò che rende difficile valutarla con sicurezza: mi sembra tuttavia possibile ipotizzare che essa sia stata dettata dal desiderio di riservare il più possibile il giudizio imperiale; pur ammettendo che il mancato accoglimento dell'appello potesse essere dettato da motivi personali, e quindi decidendo di accoglierli tutti, nel delegare al prefetto quelli respinti dal *iudex a quo* si volle tener conto della possibilità (anch'essa ben reale) che essi avessero una finalità soltanto moratoria (¹⁶²), che non era opportuno assecondare concedendo il giudizio imperiale, più lento e più costoso, e quindi più gravoso per il vincitore in prima istanza.

Nemmeno il *dignum supplicium* previsto a carico del giudice qui *appellationem non receperat* è totalmente nuovo. Sanzioni contro la negligenza e l'ostruzionismo del *iudex a quo* esistevano già nell'età dei Severi, e un papiro del 267 ce ne

(¹⁶¹) In questo senso v. in generale ORESTANO, *Appello* cit., 365 ss.: tali indicazioni trovano conferma, nel nostro editto, nell'esclusione dell'appello contro le sentenze dei *praefecti praetorio*; nelle pene stabilite a carico dell'appellante perdente; nel divieto di *supplicare* l'imperatore una volta omissa l'appello. RACCI, *Impugnazioni* cit., 156 s., vede invece la causa della limitazione dei poteri del giudice *a quo* nell'imposizione di sanzioni a carico di quest'ultimo (su cui v. ora nel testo): ma tali sanzioni a me appaiono piuttosto uno strumento che non la causa della politica costantiniana.

(¹⁶²) La possibile finalità moratoria dell'appello, collegata al suo effetto sospensivo, è sottolineata da RACCI, *Impugnazioni* cit., 112 ss. Per l'età di Costantino, una testimonianza interessante se ne trova in CTh. 11. 30. 14, a. 327.

conferma l'applicazione ⁽¹⁶³⁾. Esse si appesantiscono, nell'età di Costantino e successiva, in una serie di costituzioni sulle quali è stata di recente richiamata l'attenzione, con l'osservazione che tali gravi sanzioni indubbiamente indicano una realtà in cui i giudici troppo spesso rifiutavano di ricevere gli appelli, considerati come un'offesa ⁽¹⁶⁴⁾.

Aggiungerei che forse la situazione era ancora peggiore di quanto i testi non dicano, nel senso che mi sembra difficile imputare il mancato accoglimento delle impugnazioni soltanto alla suscettibilità dei giudici: nelle fonti non giuridiche il comportamento prevalentemente addebitato a questa classe non sembra tanto la vanità quanto la venalità ⁽¹⁶⁵⁾. Ora, se pensiamo a tale possibilità di sentenze pagate, il mancato ricevimento dell'appello verrà facilmente a spiegarsi come strumento per assicurare l'esecuzione della sentenza favorevole al litigante corruttore, e nello stesso tempo l'impunità al giudice, attraverso l'esclusione di ogni controllo ⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶³⁾ ORESTANO, *Appello* cit., 391 s.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne*³, Napoli 1967, 328; RAGGI, *Restitutio* cit., 325 s. e nt. 107.

⁽¹⁶⁵⁾ Sulla corruzione dei giudici, quale risulta dalle fonti letterarie, v. il materiale in gran parte nuovo raccolto ed utilizzato da JONES, op. cit., I, 396 ss., 479 ss. L'opinione corrente, secondo cui la ragione del mancato ricevimento degli appelli sarebbe da vedere nel fatto che i giudici li consideravano offensivi (cfr. già CODEFROY, *Comm. ad Il. 30. 16*, ed. cit., IV, 204: «adversus fastuosum iudicium supercilium») trova spunto testuale nelle stesse costituzioni imperiali: v. ad es. CONST., CTh., II. 30. 11. 1: ... *Quid enim acerbius indigniusque est, quam indulta quempiam potestate ita per iactantiam inolescere, ut despiciatur utilitas provocationis, opinionis editio denegetur, refutandi copia respuatur? Quasi vero appellatio ad contumeliam iudicis, non ad privilegium iurgantis inventa sit...* (a. 321). Ma le fonti letterarie sono, su questo argomento, indubbiamente più sincere: nella legislazione (dove tuttavia non sono assenti le testimonianze della corruzione dei giudici: cfr. nt. 166) vi è anche un aspetto propagandistico (v. oltre, n. 14), che può aver contribuito a mascherare la realtà, o quanto meno i suoi aspetti più negativi.

⁽¹⁶⁶⁾ In questo senso, il *dignum supplicium* della c. 16 può essere confrontato con le severe sanzioni minacciate contro i presidi venali e contro il loro *officium* nell'editto del I novembre: v. *Studi Urbinati* cit., 312 ss.

11. Gli ultimi due brani, in sè di agevole interpretazione, pongono il problema dei loro reciproci rapporti. Non c'è dubbio che, in generale, vi si tratti dei limiti della *supplicatio* all'imperatore nei suoi rapporti con l'appello: vi si stabiliscono pene per coloro che, vinti in giudizio e non avendo presentato la *licita provocatio* nel senso regolato dalla c. 16⁽¹⁶⁷⁾, tentassero di riaprire una lite attraverso una supplica diretta all'imperatore.

Da un punto di vista tecnico quindi, queste norme sembrano inquadrarsi in una più organica regolamentazione della nuova possibilità offerta ai litiganti con l'introduzione della procedura per rescritto⁽¹⁶⁸⁾: questa, che precisamente prendeva inizio da una preghiera rivolta al sovrano affinchè assumesse la *cognitio* diretta di una causa, portava in sè implicita, insieme al desiderio di mantenere nei sudditi la confidenza nel vertice dell'autorità giudiziaria assolutistica, la necessità di conciliarne l'intervento con la gerarchia dei tribunali subordinati. Di qui gli indispensabili limiti posti alle *supplicationes*: tra questi appunto la proibizione di presentare una supplica riguardante una causa già decisa, quando l'appello era stato volontariamente tralasciato⁽¹⁶⁹⁾.

Alla luce di questa tendenza che mi sembra di poter cogliere in CTh. 11. 30. 17 e 11. 34. 1, si deve comprendere anche l'elemento differenziatore tra i due brani. Esso non è, in realtà, molto evidente: mentre la c. 17 prevede la condanna alla deportazione per chi, omesso l'appello, presenti una supplica⁽¹⁷⁰⁾, la c. 1 aggiunge la confisca dei beni⁽¹⁷¹⁾ per lo stesso

(167) Per il chiarimento di questo punto v. ANDT, op. cit., 26.

(168) Su di essa v., oltre alla citata monografia di Andt, G. WESENER, s.v. *Reskriptprozess*, in *PW.* Suppl. X, 1965, 865 ss.; KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 520 ss.

(169) Anteriormente alla c. 17, la *supplicatio* era possibile anche in relazione a cause eventualmente già delibate attraverso uno o più gradi di giurisdizione: cfr. l'osservazione di RAGGI, *Impugnazioni* cit., 104 ss. nt. 123.

(170) Cfr. GRADENWITZ, *ZSS.* cit., 51 ss.

(171) Su queste pene cfr. M. KASER, *Infamia und ignominia in der röm. Rechtsquellen.* in *ZSS.* 73, 1956, 275 nt. 267; DUPONT, op. cit., 59.

comportamento, quando esso sia giustificato dal *metus iudicis*. È questo aggravamento che a prima vista non sembra comprensibile: abbiamo visto qual'era la prassi dei giudici *a quo*, e quali ne erano i probabili motivi.

Ma proprio questo elemento è, invece, quello che permette di collegare la c. 1 alla c. 16, della quale si presenta come un necessario complemento. Infatti, dopo aver disposto che l'*appellatio non recepta* doveva aver corso ugualmente, di fronte al prefetto del pretorio, per Costantino non esisteva più alcun motivo per giustificare validamente l'omissione dell'appello stesso (¹⁷²).

Il collegamento tra questi brani spiega anche perchè la c. 17, che doveva seguire nell'originale alla c. 1, sia divenuta una costituzione a sè: non si giustificerebbe altrimenti, se essa fosse stata originariamente successiva alla c. 16, la divisione in due passi distinti.

Pur con queste precisazioni, tuttavia, un dubbio sulla reale autonomia della c. 17 può portare a proporsi l'ipotesi se non si sia di fronte ad un caso di geminazione (¹⁷³): essa potrebbe in effetti essere un'epitome del brano collocato in CTh. 11. 34. 1, di cui ripete il motivo essenziale, relativo al divieto di supplicare dopo l'omissione dell'appello (¹⁷⁴). Ma tale ipotesi mi sembra da scartare. In un caso come questo, bisognerebbe

(¹⁷²) E ciò mi sembra escludere ogni indagine sull'eventuale fondatezza dell'affermazione: diversamente KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 503 nt. 7.

(¹⁷³) L'oscurità del rapporto tra le due costituzioni è segnalata anche da GRADENWITZ, ZSS. cit., 53, che l'attribuisce all'intervento dei compilatori del Teodosiano.

(¹⁷⁴) Si osservi che non si potrebbe trarre alcun serio elemento differenziatore tra i due brani dal fatto che la c. 1 usa l'espressione *litem reparare*, e la c. 17 parla invece di *petere per supplicationem auxilium*. La *reparatio appellationis* è un istituto, probabilmente un po' più tardo di Costantino, che presuppone la presentazione dell'appello ed il suo ricevimento da parte del *iudex a quo* (cfr. H. LEGOHÉREL, *Reparatio temporum*, in *Iura* 16, 1965, 93 ss.; KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 508); poichè il verbo *reparare* è in c. 1 certamente da collegare a *provocatione omitta*, non si può pensare che sia qui prevista una semplice richiesta di restituzione dei termini dell'appello.

pensare che la geminazione provenisse dalla stessa commissione del Teodosiano che, tagliato il brano relativo all'omissione dell'appello dovuta a *metus iudicis*, avrebbe sentito l'opportunità di ripeterne il contenuto essenziale per tutti i casi di *appellatio omissa* ⁽¹⁷⁵⁾. Ora però, questo motivo di opportunità, che è necessario supporre per spiegare la ripetizione da parte dei compilatori, può più agevolmente essere attribuito allo stesso Costantino che, nella prospettiva sopra chiarita, alla fine dell'editto, volle ribadire per tutti i casi, prescindendo da ogni motivazione dell'omissione dell'appello, la formazione della cosa giudicata dopo trascorsi i termini per la sua presentazione ⁽¹⁷⁶⁾.

12. L'analisi delle regole contenute nelle parti dell'editto qui esaminate conferma pienamente quella prima impressione della loro lettura, che all'inizio avevo indicato: si tratta di norme organizzatorie del processo, destinate ad accentuare la disciplina gerarchica della burocrazia giudiziaria. Infatti:

1) la distribuzione della competenza tra i presidi ed i giudici minori dovrà basarsi su criteri per materia;

2) la subordinazione gerarchica degli arbitri liquidatori limita la loro funzione esecutiva alla quantificazione del contenuto della sentenza del preside;

3) l'atto introduttivo del processo fissa il momento determinante della competenza, con la conseguente impossibilità di rivolgersi al giudice superiore in pendenza di processo;

4) tutte le sentenze dei giudici *vice sacra* (ad eccezione dei *praefecti praetorio*) sono appellabili: essi non possono rifiutare di ricevere l'appello, a pena di severe sanzioni;

⁽¹⁷⁵⁾ Data la provenienza dei due passi da uno stesso codice (*Vaticanus Reginae* 886, composto su un buon esemplare del Teodosiano integro ed uno del *Breviarium*: cfr. MOMMSEN, *Theodosiani libri cit.*, I, 1, XLIV ss.) è invece da escludere la più normale fonte delle geminazioni, e cioè la ripetizione da parte dei compilatori di uno stesso testo, già utilizzato attraverso altra fonte.

⁽¹⁷⁶⁾ Un'espressione interessante della funzione che mi sembra di poter così individuare nell'autonomia della regola contenuta nella c. 17, può leggersi in CASS., *Var.* I. 5.

5) esauriti o omessi gli appelli leciti, non è più possibile chiedere un riesame della causa da parte dell'imperatore.

Su questi punti non è più il caso di fermarsi, come è inutile insistere sul fatto che ciascuno di essi implichi un compiuto riconoscimento dell'autonomia, nei limiti fissati legislativamente, dei tribunali subordinati.

Può invece essere utile trarre qualche considerazione più generale dall'analisi di tutte le regole processuali dettate da Costantino nel 331: sintetizzando cioè, nei loro risultati complessivi, le conclusioni che emergono non solo dall'indagine qui condotta, ma anche dalle precedenti, relative alle prime parti dell'editto del I agosto e all'editto del I novembre.

Anzitutto mi sembra importante sottolineare il rapporto, ormai evidente ed esplicito, tra la formazione di una stabile gerarchia e la raggiunta consapevolezza del carattere pubblico della funzione giurisdizionale, anche relativa a rapporti privati. Questa presa di coscienza (intrinsecamente connessa alla subordinazione di tutta la scala dei giudici all'*Imperator Dominus*, ormai raffigurabile come sovrano assoluto) porta a superare per sempre le concezioni arcaiche e repubblicane, secondo cui tutto lo svolgimento del processo, e in particolare la sentenza, veniva considerato come una somma di attività e valutazioni soggettive, delle parti e del giudice (¹⁷⁷).

Particolarmente indicativa di tale superamento è la nuova normativa dell'atto introduttivo del processo. Ora la *litis denuntiatio*, compiuta con l'intervento dell'autorità giudiziaria, ha effetti giuridici che condizionano la volontà dei giudici e delle parti, mediante l'imposizione dell'obbligo di proseguire il processo fino al suo termine, anche in vari casi di inattività o ostruzionismo delle parti (¹⁷⁸).

(¹⁷⁷) Sul punto cfr. ORESTANO, *Appello* cit., 437 ss.; in generale sulla pubblicizzazione del processo *Id.*, s.v. *Azione (Storia del problema)*, in *Enc. dir.* IV, 1959, 789 ss., e ora M. CAPPELLETTI, *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Giur. it.* 120, 1968, IV, 1 ss.

(¹⁷⁸) Cfr. *Limiti* cit., 346 ss.

Un altro elemento significativo della nuova concezione pubblicistica del processo privato è il richiamo alle leggi anteriori, regolatrici dell'appello ⁽¹⁷⁹⁾. Di fronte all'importanza prevalente che la prassi aveva sempre avuto (e in parte continuerà ad avere) nella formazione degli istituti processuali, tale richiamo ad una regolamentazione legislativa non è casuale, ma si deve interpretare come manifestazione consapevole di una nuova concezione della produzione normativa, sempre più esclusivamente determinata dall'intervento della volontà imperiale.

13. Il rilevato carattere dell'editto, come espressivo di un nuovo regime processuale, consente di meglio definire un motivo critico che in diversi luoghi mi è accaduto di accennare, contro una lettura « sostanziale » e « privatistica » di alcune delle regole costantiniane.

Esemplare mi sembra qui l'interpretazione di CTh. 4. 5. 1 pr., in cui è sempre stato visto un divieto di alienazione della *res litigiosa* a pena di nullità del contratto. Aver potuto chiarire la ragione della norma, inserendola nelle direttive tendenti ad imporre un carattere pubblicistico allo svolgimento di tutto il processo, è stato il primo passo per una corretta valutazione storica, che però non sarebbe stata completa senza il contemporaneo accertamento dei motivi che hanno condotto a quella divergente interpretazione da parte di romanisti e processualisti moderni. Essi sono del resto facilmente individuabili nella ormai nota vicenda delle concezioni ottocentesche del diritto: la costruzione di un sistema privatistico (inteso come sistema dei diritti soggettivi), contrapposto ad un sistema del diritto pubblico (inteso come sistema dei poteri originari dello stato e della sovranità), portò a concepire come separate le regole di diritto privato « sostanziale » da quelle « processuali », relative all'at-

⁽¹⁷⁹⁾ CI. 3. 13. 4: *appellatione legibus facta*; cfr. analoga espressione in CTh. 1. 5. 3, dello stesso a. 331; e già CTh. 11. 30. 3 (a. 313); 5 (a. 316); 8 (a. 319); ecc.

tuazione giudiziaria del diritto stesso. In questo clima concettuale, il divieto di trasferire l'oggetto litigioso, imposto da Costantino al fine di evitare un'interruzione del processo, veniva inteso, invece, come una limitazione del potere dispositivo delle parti ⁽¹⁸⁰⁾.

La ricostruzione di questa vicenda rimette al loro posto sia la regola costantiniana, sia la sua elaborazione pandettistica, basata sull'idea dei diritti soggettivi esistenti come tali prima e fuori del processo; ma non sarà inutile ricordare che un tale equivoco scambio ha trovato una base testuale nella ripartizione dell'editto di Costantino in diversi titoli del Teodosiano, in seguito alla quale si era perso il collegamento del cosiddetto divieto di alienazione con gli obblighi imposti al giudice e alle parti, come effetto dell'atto introduttivo del processo ⁽¹⁸¹⁾.

Lo stesso discorso (pur con un diverso riferimento storiografico) si deve ripetere per l'interpretazione di CTh. 2. 26. 3 come norma espressiva di nuove concezioni di « diritto sostanziale volgare » in tema di proprietà, di condominio e di società ⁽¹⁸²⁾. Anche questo equivoco si poteva evitare, tenendo conto della direzione unitaria delle regole dettate da Costantino, che permette di meglio cogliere la finalità della norma nel nuovo carattere di un regime processuale ispirato al principio di gerarchia. In questo caso, la ragione dell'inesatta lettura può trovarsi nella recente tendenza a vedere dappertutto delle « vulgäre Rechtsanschauungen » ⁽¹⁸³⁾; essa ha avuto il merito di

⁽¹⁸⁰⁾ Anche per la storia del cosiddetto divieto di alienazione v. *Limiti* cit., 174 ss. (per le interpretazioni tradizionali e per le loro motivazioni); 331 ss. (per la ricostruzione della regola contenuta in CTh. 4. 5. 1).

⁽¹⁸¹⁾ Una prova di ciò si ha in *Int.*, CTh. 4. 5. 1, dove già si può notare come non fosse più compresa l'originaria funzione della norma.

⁽¹⁸²⁾ V. sopra, n. 4.

⁽¹⁸³⁾ Per gli ultimi svolgimenti di tale tendenza, certo ben presente a tutti i romanisti, v. G. STÜHFF, *Vulgarrecht im Kaiserrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung Konstantins des Grossen*, Weimar 1966, con le osservazioni di C. A. CANNATA, rec. in *SDHI*, 32, 1966, 391 ss.

creare uno schema d'indagine certamente utile a chiarire alcuni dati della realtà storica, che ricevono in tal modo una più comprensibile spiegazione; ma questo schema non può essere generalizzato senza il rischio di dimenticare altri, non meno importanti, elementi di quella realtà.

Nel caso specifico, ciò che l'interpretazione «volgaristica» porta a trascurare è appunto, ancora una volta, la concezione unitaria del diritto processuale e dei diritti privati che il primo serve a tutelare. Ritrovare la stessa concezione presente in un intervento legislativo che, come quello del I agosto 331, ha tutti i caratteri di una legge generale sul processo del basso impero, riconferma dunque che quella visione unitaria non è soltanto da mettere in relazione alla tipicità delle azioni del diritto classico, insieme alle quali sarebbe scomparsa⁽¹⁸⁴⁾, ma è molto più intrinsecamente da collegare con tutta una cultura giuridica, i cui modelli schematici erano (necessariamente ed ovviamente) ben lontani da quelli elaborati dai pandettisti.

14. Infine, il rilevato carattere dell'editto fornisce un argomento critico contro un'altra recente e pericolosa tendenza nella valutazione di Costantino legislatore.

È stato detto che egli abbia svolto un'opera generalmente sovvertitrice, introducendo nuovi principi processuali, e che i motivi ispiratori di questa attività rivoluzionaria non abbiano relazione con i mutamenti dell'organizzazione politico-sociale: le sue leggi risponderebbero a finalità contingenti, e sarebbero «arbitrarie» e «occasional».

Queste affermazioni sono state dimostrate, in qualche caso; ma poi da più parti sono state ripetute, ed applicate ai più diversi argomenti, rischiando così di diventare un comodo e meccanico, ma erroneo, canone di valutazione⁽¹⁸⁵⁾.

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. LEVY, *Law of property* cit., 202 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ Le prime manifestazioni di questa tendenza si trovano in scritti di M. Amelotti e di G. G. Archi (già da me richiamati in *Studi Urbinati* cit., 294

A me pare certo che l'editto del I agosto non è particolarmente innovatore, nè rivoluzionario, nè occasionale. Si ricordi che quasi ciascuna regola ha dei precedenti: nella stessa legislazione costantiniana, o in quella dioclezianea, o nelle costituzioni imperiali dei primi secoli. Per questo motivo, esso si deve interpretare, piuttosto che come una radicale riforma del processo, come un programma di « codificazione » di principi già esistenti.

Ovviamente, uso questa parola nel senso di esposizione uniforme ed organica, e non in quello di legislazione sistematica e completa: mentre il primo carattere non può essere negato all'editto, di fronte alla coerenza che risulta dall'esame delle sue singole parti, il secondo gli manca certamente. Basti pensare che esso concerne soltanto il processo privato delle province, escludendo ogni regolamentazione della giustizia penale e dei tribunali di Roma e Costantinopoli ⁽¹⁸⁶⁾.

nt. 5), relativamente ad argomenti in cui la necessità di un rinnovamento legislativo era particolarmente sentita e rispetto ai quali — per tale motivo — una certa casualità delle norme introdotte da Costantino poteva essere dovuta all'esigenza di procedere alla ricerca di nuovi principi regolatori. Ma la valutazione è poi andata diffondendosi al di là di queste accettabili manifestazioni, fino ad essere utilizzata (con formulazioni veramente criticabili) per l'intera legislazione di Costantino: M. BRETON, *Volgarismo e proprietà postclassica*, in *Labeo* 11, 1965, 206; o addirittura per tutte le riforme postclassiche: U. ZILLETI, *Sul valore probatorio della testimonianza nella « cognitio extra ordinem »*, in *SDHI.* 29, 1963, 149. Cfr. anche l'osservazione di CANNATA, *Possessio* cit., 94, che (indipendentemente da questi autori, riprendendo invece MALAFOSSE, *L'interdit* cit., 149 ss.) afferma come non solo il Teodosiano, ma tutte le fonti postclassiche contengano soltanto disposizioni stabilite in funzione di casi concreti.

⁽¹⁸⁶⁾ È questo un aspetto non trascurabile dell'editto, che meriterebbe di essere approfondito in quanto mostra come il termine processo provinciale continui ad avere un suo significato specifico anche dopo la parificazione di tutti i territori e di tutti gli abitanti dell'impero. Ma ormai, ciò che ad esso si contrappone non è più il processo praticato in Roma, che siamo abituati a qualificare come ordinario: con un completo rovesciamento di posizioni, il processo ordinario è ora quello praticato nelle province, cui si contrappongono i vari tribunali privilegiati di categoria (su questi v. JONES, *op. cit.*, I, 484 ss.) e, al vertice, quello personale dell'imperatore.

Inoltre, anche per una considerazione filologica è opportuno ribadire la non completezza dell'editto: non vorrei sembrare caduta nell'illusione di aver potuto veramente ricostruire l'originale del testo. Tutti sappiamo, in realtà, che ciò è impossibile: l'intervento dei compilatori dei due codici e del *Breviarium* sulle disposizioni da essi utilizzate si è indiscutibilmente esplicato in misura ben maggiore a quella dimostrabile per qualche punto ⁽¹⁸⁷⁾.

Ma pur con queste riserve, si può parlare di una coerenza e di una organicità dell'editto nel suo contenuto processuale, contenuto che proprio attraverso l'accertamento dell'opera frantumatrice svolta dai compilatori viene confermato come appartenente all'originale costantiniano. In questa conclusione è implicita la replica ad una generica definizione della legislazione costantiniana come occasionale ed arbitraria: tali caratteri sono inconciliabili con quella tendenza alla « codificazione » che è palese nell'editto del I agosto 331.

In un altro senso piuttosto si potrà parlare di « occasionalità »: se invece di applicare tale qualificazione, indiscriminatamente, all'attività normativa di Costantino, la si utilizza per comprenderne un aspetto particolare.

La legislazione imperiale, soprattutto quella giustiniana, è stata recentemente studiata anche come un efficace strumento di propaganda ufficiale ⁽¹⁸⁸⁾. Seguendo queste indicazioni, che la coerenza espressa nelle norme processuali del 331 si presenti come un programma di propaganda dell'ideologia del basso impero, mi sembra risultare da un lato dal rilievo dato alla concessione del giudizio personale dell'imperatore, e d'altro lato, dalla fiduciosa (anche se implicita) affermazione della bontà dell'apparato le cui funzioni vengono regolate. In modo anche più

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. specialmente gli studi del Volterra, citati a nt. 9.

⁽¹⁸⁸⁾ B. RUBIN, *Das Zeitalter Justinians*, I, Berlino 1960, 139 ss., ricco di osservazioni molto utili, anche se talvolta metodologicamente criticabili: cfr. S. MAZZARINO, rec. in *Studi Medievali*, III s. 2, 1961, 609.

appariscente, un elemento propagandistico risulta poi dal confronto di queste affermazioni con quelle contenute nell'editto dato al I novembre: i principi dell'oralità e della pubblicità del processo, che in esso vengono imposti all'attività giudiziaria dei presidi, sono strutturalmente incompatibili con il procedimento *per relationem*, che userà l'imperatore nel giudicare personalmente. E ancora, la funzione di controllo sull'opera dei governatori attribuita ai provinciali nel novembre, appare contraddittoria rispetto al principio di gerarchia sottolineato nell'agosto. Tali affermazioni di principio si rivelano dunque in effetti soltanto come « occasionali » strumenti di propaganda ideologica: e ciò è confermato dalla storia successiva delle norme del I novembre, che doveva dimostrare l'impossibilità di applicarle in concreto ⁽¹⁸⁹⁾.

Forse, proprio in queste contraddizioni, per le quali si può parlare di una falsa « democrazia » presente nell'ideologia imperiale dello stato ⁽¹⁹⁰⁾, sta il motivo dell'inefficacia della legislazione di Costantino, in quanto specificamente impegnata nella lotta contro gli abusi di potere da parte dell'autorità giudiziaria. Ma nonostante il fallimento di questa parte della politica legislativa costantiniana, una storia plurisecolare ha dimostrato ampiamente l'efficienza della sua riorganizzazione strutturale nel campo del processo.

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. *Studi Urbinati* cit., 298 nt. 17 e 328.

⁽¹⁹⁰⁾ Utilizzo così gli interessanti spunti offerti da S. MAZZARINO, *La democratizzazione della cultura nel « basso impero »*, in *XI^e Congrès Internat. des Sciences Historiques. Rapports, II. Antiquité*, Uppsala 1960, 35 ss., in particolare 46 ss.

ENRICO ZANELLI

RAPPRESENTANZA E GESTIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. Lineamenti fondamentali del rapporto tra rappresentanza e gestione. — 2. Le matrici concettuali del sistema: dall'*actio institoria* alla gestione rappresentativa moderna. — 3. La revisione critica dell'idea di rappresentanza; un vuoto giuridico da colmare: l'idea di gestione. — 4. Gli spunti testuali verso l'idea di gestione. — 5. Le manifestazioni gestorie o rappresentative in senso lato: A) la responsabilità vicaria per l'illecito in *contrahendo*; B) la c.d. rappresentanza apparente e la ricostruzione della nozione di gestione; precisazioni terminologiche; C) l'incidenza della procura e della pubblicità: α) il rilievo della conoscenza da parte del terzo dell'esistenza del rapporto gestorio e del conferimento dei poteri rappresentativi; β) la rappresentanza civile e l'art. 1396 cod. civ.; γ) le forme di rappresentanza nell'impresa e il sistema di pubblicità; δ) sistema e antisistema nel diritto vivente; un'esperienza paralogistica concreta: gli *agency powers* in *common law*. — 6. Conclusioni.

1. Se ci domandiamo attraverso quale sviluppo concettuale si siano venute creando le nozioni giuridiche che attengono alle varie forme di cooperazione, e in particolare alla gestione di interessi, o affari, o (con termine latissimo) situazioni altrui, siamo portati a ritenere, come prima impressione, che si tratti di un settore composto di istituti complessi ed elaborati, facenti capo ad ardue sistemazioni e classificazioni, nel cui ambito è occorso, o si è voluto, distinguere tra sostituzione e partecipazione, surrogazione ed assistenza, vicarietà ed ausiliarietà, autorizzazione ed ordine, gestione, interposizione, procura, rappresentanza (per non parlare delle situazioni di base su cui quei meccanismi si innestano: capacità, legittimazione, facoltà, potestà ecc.) ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ La letteratura su queste nozioni è vastissima, e ad essa occorre riferirsi di volta in volta. Mentre come primi punti di riferimento mi limito a indicare BETTI, *Teoria gener. del negozio giuridico*², in *Trattato Vassalli*, Torino, 1960, pp. 554 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine gener. del diritto civile*³, Napoli, 1966, pp. 266 ss.; PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 483; BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*⁴, Bologna, 1958, pp. 20 ss., 25 ss., 65 ss.; rimando inoltre, per una più ampia bibliografia, ai miei *Studi sull'agenzia* (in corso di pubblicazione), p. 111, nota 2.

In realtà, un riesame in prospettiva consente di riportare questa fioritura all'*humus* di serra della dogmatica recente, e di constatare che, nella natura delle cose, tutta la fenomenologia in questione ha sempre ruotato (prima, e in un certo senso anche dopo affinamenti e ibridazioni) intorno ad un filone in cui si ritrovano, distribuiti in un arco di secoli, due o al massimo tre concetti giuridici fondamentali: il lavoro o l'opera, il mandato, la rappresentanza.

Sarebbe inutile accennare qui ai termini, ossia agli istituti, sostanzialmente corrispondenti nei sistemi giuridici più affini al nostro. Vale la pena di rilevare invece fin d'ora che la sistematica di *common law* in materia è, se possibile, ancora più semplificata, riducendosi ad operare su due soli punti di riferimento, dotati però di grande flessibilità: *service* o *employment*, ed *agency*; gli spezzettamenti ulteriori (allora numerosissimi) non hanno carattere di concettualizzazione, ma piuttosto di normativa casistica, inquadrata direttamente nei grandi settori di operatività del diritto anglosassone, ossia *contracts* o *torts*, attraverso il meccanismo integrato dell'*agency* e della *vicarious liability*, in funzione di disciplina dei rapporti (interni ed esterni) *master-servant*, *employer-independent contractor*, *principal-agent* ⁽²⁾.

Nella nostra storia giuridica la funzione dei concetti risalenti, quali sono la *locatio operis* od *operarum* e il mandato, è a tutt'oggi confusa, o appena in via di decantazione; e quella del concetto più recente, la rappresentanza, è per troppi versi

(²) È vero peraltro che nell'*equity* è anche utilizzato il meccanismo del *trust*; ma esso si inquadra nell'ultimo grande settore dell'ordinamento anglosassone, la *property*; cfr. FRANCESCHELLI, *Il « trust » nel diritto inglese*, Padova, 1935, pp. 138-9; LAWSON, *Introduction to the Law of Property*, Oxford, 1958, p. 43. È superfluo tuttavia sottolineare la vicinanza fra rappresentanza e fiducia, e in particolare la flessibilità ed adattabilità a scopi di vario genere del *trust*, considerato « elastico e generale » come il contratto (lo ricorda lo stesso FRANCESCHELLI, *ibid.*) da MAYTLAND, *Equity. A course of Lectures*², Cambridge, rist. 1949, p. 23. Sui rapporti fra *trust* e *agency* cfr. da ultimo STOLJAR, *The Law of Agency. Its History and Present Principles*, London, 1961, pp. 10-11.

incompleta ed inadeguata. Il discorso vale anzitutto per il diritto civile, ma in un certo senso ancor più, sul piano sistematico, per il diritto commerciale, nonostante il più frequente adattamento alle esigenze pratiche che caratterizza quest'ultimo, con disposizioni peraltro disorganiche ed a loro volta coinvolgenti una serie diversa di difficoltà, tipiche d'altronde di ogni tentativo di privilegiare, contro una logica concettuale consolidata e di tutto riposo, la *Verkehrssicherheit* a scapito della *Rechtssicherheit*.

Queste note si propongono di verificare, soprattutto alla luce delle situazioni di traffico concrete, la teorica della rappresentanza, considerandone sia le stratificazioni dogmatiche che i riscontri di diritto positivo; e di porre in rilievo la sottostante, anzi — come si vedrà — la *sovrastante* collocazione di una serie di situazioni rappresentative in senso lato, rispetto alle quali il concetto di gestione non verrà proposto volta a volta come punto di riferimento interno o come dato antinomico della rappresentanza stessa (secondo le impostazioni tradizionali), bensì come presenza operativa riassuntiva alla quale ricondurre i diversi piani di efficacia dell'agire alieno in capo all'interessato.

L'occasione del presente lavoro si ritrova in un più vasto disegno di studi che vado conducendo in tema di agenzia e rappresentanza commerciale: nel corso dei quali, affrontando il passo obbligato dell'inquadramento di tali istituti nel sistema delle imprese ausiliarie, e così puntando alla definizione dell'ausiliarietà, nei suoi profili storici ed in quelli attuali, ho dovuto constatare precisamente la carenza di un modulo concettuale idoneo (a mio avviso) a ricomprendere i vari aspetti, la natura giuridica e gli effetti dell'attività ausiliaria, sul piano dei rapporti contrattuali o negoziali, o comunque su quello dei meccanismi di imputazione dei risultati delle operazioni compiute.

Se questa origine della ricerca si risente in talune sottolineature, o per le limitazioni stesse nel cui ambito è racchiuso lo studio dei profili che ci sono parsi più significativi, la concretezza del punto di riferimento da cui sono prese le mosse può

comportare d'altronde una proficua possibilità di controllo (che si è sempre cercato di utilizzare) della validità di molti dei risultati ottenuti, esposti già in questa sede o ripresi negli altri studi in corso.

Per quanto posso sin d'ora rilevare, lo svolgimento dell'indagine ha soprattutto posto in luce, come fattore essenziale dell'analisi attuale anche di uno solo degli istituti di natura ausiliaria, la necessità di allargare il discorso a tutto il territorio su cui si estende, nel suo sviluppo storico e nelle sue varie manifestazioni, la gestione rappresentativa.

2. Naturalmente è anzitutto con riferimento al diritto romano che il problema dei rapporti tra i vari fenomeni attinenti alla cooperazione materiale e giuridica (organizzazione familiare, mandato, *locatio-conductio*, rappresentanza) presenta non lievi incertezze e difficoltà, anche di individuazione dell'effettiva situazione caratterizzante le varie epoche, dalla preclassica alla giustinianea. Utilizzando peraltro i punti salienti, e sostanzialmente incontrovertibili, delle ricerche anche recenti in materia⁽³⁾, si può tuttavia delineare un sistema sufficientemente coerente nella sua evoluzione, che mi pare doversi schematicamente ricostruire come segue:

a) l'organizzazione familiare dei sottoposti è adeguata, per un certo periodo e per atti usuali nell'ambito domestico, a soddi-

(3) Per il ragguaglio più aggiornato in argomento cfr. ORESTANO, voce « Rappresentanza (Diritto romano) », in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, pp. 795 ss. Per gli sviluppi delineati nel testo mi limito a ricordare, fra le indagini pubblicate negli ultimi decenni, quelle che ho avuto occasione di utilizzare più frequentemente: RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, in *Annali Semin. giur. Univ. Palermo*, XIV, (1930), pp. 389 s.; DE ROBERTIS, « *Invitus procurator* ». *Appunti sul procuratore nel diritto classico romano*, in *Annali Semin. giur. econ. Univ. Bari*, 1934, I, pp. 188 ss.; SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947; ARANCIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949; DÜLL, *Über Ansätze direkter Stellvertretung im früh republikanischen römischen Recht*, in *ZSS*, LXVII (1950), pp. 162 ss.; WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961; QUADRATO, *Dal procurator al mandatario*, in *Annali Fac. Giurisprud. Univ. Bari*, XVIII (1963), estr.

sfare le necessità del *pater* o *dominus* anche per ciò che concerne i rapporti con i terzi ⁽⁴⁾.

(⁴) Per tutti ARANCIO-RUIZ, *Il mandato ecc.*, cit., pp. 3-8; ORESTANO, *Op. ult. cit.* In base alle considerazioni esposte nelle pagine immediatamente successive, la questione dell'assimilabilità o meno dei fenomeni in esame alla moderna nozione di rappresentanza diretta è per molti aspetti oziosa; sta di fatto che in tutto il periodo intercorrente fra le origini e l'epoca classica si ha una costante evoluzione verso una applicazione sempre più estesa di fattispecie operanti a guisa di rappresentanza diretta, se con ciò deve intendersi il riferimento immediato alla sfera giuridica del *dominus* dell'attività dell'interposto: questi effetti, assolutamente normali per gli acquisti dei sottoposti, si dilatano man mano nel duplice senso di produrre anche il vincolo obbligatorio del *pater*, e di realizzarsi inoltre per il tramite di *domestici*, che non si trovino più in stato di soggezione assoluta, quali i liberti (RICCOBONO, *Lineam. della dottrina della rappresentanza diretta ecc.*, cit., a pp. 394 ss.; ARANCIO-RUIZ, *Op. ult. cit.*, pp. 8-9; QUADRATO, *Dal procurator al mandatario*, cit., a pp. 36-7 dell'estr.).

Naturalmente la regola *per extraneam personam adquiri non potest* non è minime intaccata da questi sviluppi; oltre questi limiti, invece, si crea una casistica minuziosa, nell'intento di mantenere, formalmente e in linea di principio, la validità della regola stessa, senza scalfirla se non marginalmente, ad es. sul piano delle situazioni di fatto produttive di effetti giuridici, quali l'acquisto del possesso (ARANCIO-RUIZ, *Op. ult. cit.*, pp. 49 ss.; cfr. SERRAO, *Il procurator*, cit., pp. 95 ss., e BERNEISEN, *Per Liberam Personam*, in *RIDA*, serie 3a, VI (1959), pp. 249 ss.).

Circa la qualificazione di tutte queste fattispecie di operatività rappresentativa, le posizioni più esplicite (peraltro isolate) sono quelle del DÜLL, *Über Ansätze direkter Stellvertretung ecc.*, cit., che non esita a definire esempi di rappresentanza diretta già in epoca repubblicana numerose manifestazioni di attività svolte tramite *procurator*, e che inoltre argomenta analogamente sulla figura arcaica del *nuntius*, inteso come una anticipazione *ante litteram* del *procurator unius rei*: ma con riguardo al *nuntius* la questione (su cui dovremo ritornare) è indubbiamente più complessa, investendo più in generale il problema stesso dei limiti concettuali della rappresentanza nell'ambito delle attività materiali, da cui la tematica si estende poi agevolmente all'ambito delle attività illecite (cfr., per un'applicazione particolare, QUADRATO, *Op. ult. cit.*, pp. 10 ss.); e d'altronde proprio le attività delittuose, attraverso il regime della nossalità, ci offrono il più antico esempio di nascita di responsabilità patrimoniale a carico del *dominus* per atti del sottoposto, sia pure come conseguenza non già diretta degli atti stessi, bensì, indirettamente, come corollario del rapporto di appartenenza del *servus* al *dominus*: tanto è vero che, se tale rapporto si è nel frattempo modificato, risponde il padrone attuale del servo, e in ogni caso è facoltà sostanziale e processuale del *dominus* stesso di liberarsi dalla responsabilità mediante l'abbandono del colpevole, o *noxae deditio* (su cui si può vedere BRONDI, *Actiones noxales*, Cortona, 1925, e Id., *Istituz. di dir. rom.*, Milano, 1965; ma più utilmente DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947, in cui l'evoluzione dal fenomeno della vendetta collettiva a quello della responsabilità patrimoniale di gruppo, attraverso il filtro della responsabilità individuale, è perspicuamente e significativamente tracciata; e in particolare PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *Scritti giurid. in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950,

b) ampliandosi le esigenze di traffico giuridico, soprattutto nel campo dell'attività commerciale, si precisano le figure dell'*institor* e del *magister navis*, con la possibilità di renderne vincolante per il *dominus* l'operato attraverso le relative *actiones*, *institoria* e *exercitoria* ⁽⁵⁾, e si estende la sfera della coopera-

pp. 113 ss., a pp. 143-5 e 155-6, dal quale è specificamente sottolineata — in parziale contrapposizione al DE VISSCHER — la obbligazione diretta in capo al *dominus* derivante dallo stato di soggezione dello schiavo).

La *nox* costituisce, ovviamente, un caso limite e di derivazione composita, ma tutto ciò mi sembra sottolinei molto bene la concezione rigidamente e oggettivamente « organizzativa » da cui prende le mosse, e alla quale resta fondamentalmente ispirato pur negli sviluppi successivi, il nucleo del sistema romano di attribuzione riflessa degli effetti giuridici di una vicenda, negoziale o non, a un soggetto diverso da quello agente.

Un accenno alla « rappresentanza diretta » che si attuerebbe ad opera di persone giuridicamente incapaci è in GUARINO, voce « *Actiones adiecticiae qualitatis* », in *Noviss. Dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, pp. 270-1.

Sull'argomento si vedano da ultimo le indicazioni di SERRAO, *La responsabilità per fatto altrui in diritto romano*, in *BIDR.*, 66 (1964), pp. 19 ss.

⁽⁵⁾ Superfluo richiamare lo sviluppo delle *actiones adiecticiae qualitatis*, se non per sottolineare gli elementi salienti ai fini del nostro discorso: 1) trascurando l'a. *de peculio*, *tributoria*, ed anche *de in rem verso* — conseguenti in genere ad un'attività patrimoniale autonoma del sottoposto (salve le trasformazioni dell'epoca imperiale: ORESTANO, *Op. ult. cit.*) — e muovendo forse dall'a. *quod iussu*, operante in virtù di un'autorizzazione del *dominus* al negozio singolo, l'a. *exercitoria* e *institoria* tengono il *dominus* obbligato per tutto il complesso dell'attività commerciale marittima o terrestre esercitata per suo conto da un suo sottoposto, od anche — successivamente — da un suo preposto persona libera: si tratta dell'esempio più vasto di sistematica rappresentanza passiva, che si trasforma presto con azioni utili in rappresentanza attiva (quando gli acquisti al preponente non possono più avvenire automaticamente attraverso un preposto in sua *potestas*); ed è un esempio che, a mio avviso, illustra chiaramente come per i romani all'organizzazione familiare potesse equipararsi, a partire da un certo momento, un altro tipo di organizzazione, nella specie commerciale, che ancora una volta fonda un fenomeno rappresentativo su basi concrete e oggettive; (naturalmente, trattandosi di *actiones adiecticiae*, la rappresentanza opera solo parzialmente, nel senso che l'interposto resta pur sempre parte del rapporto); 2) base oggettiva di questa rappresentanza sono, come è noto, l'ambito del commercio e la *praepositio* ad esso, ancora per molto tempo indipendente dal rapporto bilaterale specifico di mandato, e costituita invece dal *dominus* con atti o fatti conclusivi cui il terzo possa far riferimento (anche quando svincolata dal rapporto di *potestas*: su questa evoluzione si può ancora vedere utilmente COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, Parma, 1891, pp. 39 ss.; cfr. anche QUADRATO, *Op. ult. cit.*, p. 12, per il quale la *praepositio* è superflua per il liberto, al-

zione, richiesta ormai soprattutto ai liberti, capaci di attività

meno nel caso di amministrazione generale); 3) il meccanismo delle due azioni si presenta come un complesso coerente e dalle caratteristiche uniformi, nonostante apparenti divergenze, che mi sembrano dovute più alla frammentarietà, occasionalità e manipolazione delle fonti che a effettive disparità di disciplina; esulano ovviamente dalle possibilità di trattazione in questa sede entrambi i problemi più grossi, tuttora irrisolti, concernenti le due azioni (e cioè quello dell'ordine cronologico della loro origine, e quello della estensione di doppio grado dell'*a. exercitoria*, dal *magister navis* all'*exercitor* preponente, e da questi al *dominus* quando l'*exercitor* sia a sua volta un preposto, duplicazione che potrebbe rendere parzialmente ragione della anomalia del nome dell'azione, rispetto all'*a. institoria*). Oserei peraltro azzardare una considerazione che, mettendo in rilievo una frequente coincidenza, anziché una contrapposizione, fra le due forme di rappresentanza commerciale, semplificherebbe i termini delle due questioni accennate: non mi sembra improbabile, infatti, che l'*exercitor*, preponente dei *magistri*, anziché la qualità di *dominus* rivestisse invece (almeno altrettanto frequentemente) la qualifica di preposto della più complessa azienda commerciale (del *dominus* o *pater*) cui le singole navi, e quindi i singoli *magistri*, facevano capo. Si sarebbe avuto cioè, nel caso di aziende operanti nel traffico marittimo, una frequente, per non dire normale, duplicità di ordini di preposti: l'*exercitor* preposto all'azienda (da un lato); il quale (dall'altro lato) in quanto tale era a sua volta preponente del *magister navis*, o più comunemente dei *magistri*; questa necessità non si sarebbe riprodotta, ovviamente, nel commercio terrestre (se non in una fase di sviluppo piuttosto avanzata, quando, significativamente, l'*a. institoria* « non sanziona più la responsabilità del *dominus* per l'attività dell'*institor*, bensì quella dello *institor* per l'opera dei suoi sottoposti »: ORESTANO, *Op. ult. cit.*, e citaz. *ivi*).

Ancorché nelle fonti tutto ciò non apparisca se non sotto forma di fattispecie particolari (D. 14.1.1.20; 22), ed anzi nella sistemazione si accrediti naturalmente il parallelismo tra *magister* e *institor*, e non tra *exercitor* e *institor* (D. 14.1.1.pr.), appare plausibile la congettura che, soprattutto tenendo conto del complesso sviluppo nel tempo dei fenomeni in esame, l'*a. exercitoria* assuma alcune delle caratteristiche che la contraddistinguono precisamente in funzione della frequente coincidenza nella stessa persona delle qualità di *institor* (o quanto meno di sottoposto) e di *exercitor* (o, se si vuole, di rappresentante del *dominus*, *exercitor* in senso lato), e in funzione della necessità di chiamare in ultima analisi a rispondere del fatto dei *magistri* (preposti) il *dominus* al quale l'*exercitor* (preponente dei *magistri*) è a sua volta sottoposto. Questo atteggiarsi del fenomeno non è stato sottolineato, fra gli studiosi dell'*exercitoria*, né da coloro che ne sostengono la priorità cronologica (COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria ecc.*, cit., pp. 29 ss.; HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929, pp. 160 ss.; SOLAZZI, *L'età dell'« actio exercitoria »*, in *Riv. dir. navigaz.*, 1941, I, 183) e l'operatività di doppio grado (PUGLIESE, *In tema di « actio exercitoria »*, in *Labeo*, 3 (1957), 308), né da coloro che negano tale operatività (DE MARTINO, voce « *Exercitor* », in *Noviss. Digesto it.*, VI, Torino, 1960, pp. 1088 ss., che peraltro è disposto ad ammettere, al di fuori dell'*a. exercitoria*, una ipotesi analoga a quella da noi postulata, « per i negozi compiuti dal sottoposto nell'ambito delle funzioni di *exercitor* »: *Id.*, *Ancora sull'« actio exercitoria »*, in *Labeo*, 4 (1958), 274, 300)

(quali quelle processuali) precluse ai servi ⁽⁶⁾; quanto agli estranei alla *familia*, la loro collaborazione *ex officio atque amicitia* si attua in base al mandato, al quale solo eccezionalmente ineriscono forme graziose di remunerazione, mentre le attività compiute dai terzi a titolo oneroso (peraltro di modesto rilievo nella loro materialità) ricadono ovviamente nello schema della *locatio* ⁽⁷⁾; in relazione a tutte queste forme di cooperazione si sviluppano regole e azioni variamente tendenti, nelle diverse fattispecie particolari, a ricondurre gli effetti dell'operato alieno, e il correlativo sorgere di responsabilità, nella sfera giuridica del *dominus* dell'affare, quasi a costituire, come si esprimeva JHERING,

o vedono nell'*institoria* il modello anche cronologicamente anteriore (GANDOLFO, *La priorità nei rapporti cronologici ecc.*, in *Arch. giur.*, 5 (1900), 45; BAUDANA-VACCOLINI, *Il mandato commerciale nel diritto romano*, in *Arch. giur.*, 55 (1895), 399). Quanto alle fonti, oggetto di una tarda e tormentata sistemazione, la normale occorrenza di quanto qui postulato non è da esse direttamente desumibile; tuttavia i testi, di per sé, non sono neppure tali da far escludere l'ipotesi del verificarsi di fatto del fenomeno, ed anzi è chiaro che potrebbero da esso ricevere spiegazioni proprio in ordine ai loro aspetti apparentemente più anomali.

Cfr. d'altronde, per significativi riconoscimenti della estensione del fenomeno stesso, GUARINO, voce « *Actiones adiecticiae qualitatis* », cit., e soprattutto l'ampia e persuasiva trattazione che ai frammenti ad esso collegati dedica il PUGLIESE, *In tema di « actio exercitoria »*, cit., a pp. 321 ss.

Aggiungerei infine, che, a render ragione della molteplicità dei livelli rappresentativi che sono caratteristici del traffico marittimo, si può pensare, come riprova, a quello che anche attualmente è il regime dei limiti della rappresentanza del comandante della nave rispetto all'area di poteri riservati all'armatore (o altro) suo rappresentante: cfr. artt. 306-7 cod. nav.

⁽⁶⁾ Cfr. SERRAO, *Il procurator*, cit., pp. 2, 91; QUADRATO, *Del procurator al mandatario*, cit., pp. 8 ss. (che sottolinea la distinzione fra la figura del *servus actor* e quella, denegata, del *servus procurator*).

⁽⁷⁾ Mi sembra evidente, per la sua peculiare natura, che la funzione sociale del mandato esuli essenzialmente (nella sua genesi; e salvo sporadiche estensioni) dall'ambito del commercio (naturalmente finché il mandato conserva le sue caratteristiche originarie e resta distinto dalle altre forme di preposizione alla gestione di affari); del tutto persuasive al riguardo sono le acute considerazioni del WATSON, *Contract of Mandate etc.*, cit., pp. 16-23, (« This is further emphasized when we realize that *mandatum* is a purely Roman conception and is the only one of the Roman consensual contracts which has left little trace in modern systems »: *ibid.*, p. 21). Contra ARANGIO-RUIZ, *Il mandato ecc.*, cit., pp. 14 ss.

il « punto di irruzione storica » (*historischer Durchbruchspunkt*) del fenomeno rappresentativo ⁽⁸⁾.

c) a tali sviluppi non si coordina tuttavia (salve le precisazioni che dovremo subito fare) la formazione e l'evoluzione di un « autonomo » concetto di rappresentanza ⁽⁹⁾; ogni apparente passo in tale direzione si risolve in realtà soltanto, come si è detto, in una serie sempre più ampia di regole, o mezzi indiretti ⁽¹⁰⁾, tendenti a conseguire gli effetti proprii della rappresentanza (mediante il dosaggio dei due elementi chiave: rapporto di subordinazione o gestorio, e *contemplatio domini*) senza peraltro fissare ad essa contorni e limiti univoci, e soprattutto senza farne quello strumento di sdoppiamento della volontà, e degli effetti negoziali ⁽¹¹⁾, utilizzabile astrattamente in ogni circostanza (come

⁽⁸⁾ *Geist des röm. Rechts*, II, 2⁶⁻⁷, Leipzig, 1923, par. 39, pp. 338-9. In questo senso poi tutta la letteratura in argomento, almeno a partire dallo scritto del RICCOBONO, cit. sopra. La frammentarietà del sistema ne costituisce peraltro la caratteristica principale; gli stessi testi dedicati all'*a. institoria* sono un campionario di situazioni, spesso riferite ad umili cooperatori anche materiali (*circitores, muliones, fullonum et sarcinatorum praepositi, stabularii, pollinctores*, ecc.: D. 14.3.5, Ulp. lib. 28 ad Ed.), solo accomunate dal criterio di fissare la responsabilità del *dominus* o riportare al-cunché nella sua sfera giuridica « *si modo aliter rem suam servare non potest* » (D. 14.3.2, Gai. lib. 9 ad Ed.). E così si comprendono altresì talune analogie funzionali con l'*a. institoria* e *exercitoria* di altre azioni anche civili, che fondano su basi oggettive la responsabilità per il fatto dei preposti: *receptum, actio furti adversus nautas*, ecc.: cfr. PUGLIESE, *In tema di « actio exercitoria »*, cit., a pp. 333 ss.; e le considerazioni più generali di SERRAO, *La responsabilità per fatto altrui ecc.*, cit.

⁽⁹⁾ Così, sostanzialmente, ORESTANO, *Op. ult. cit.*, nonostante la perdurante tendenza a seguire sino in fondo RICCOBONO nel riconoscimento dell'emergenza della rappresentanza diretta in diritto giustiniano (che d'altronde, a ben guardare, è discorso che può presentare diverse sfumature, proprio perché possono aversi manifestazioni in tal senso senza lo sviluppo del relativo concetto).

Ricisamente nel senso del testo WATSON, *Op. ult. cit.*, pp. 73-84, e alcune finissime pagine del POWELL, *Contractual Agency in Roman Law and English Law*, in *Buttersworth South African Law Review*, 3 (1956), 41 (che offre inoltre una caratteristica giustificazione della facilità con cui l'idea di rappresentanza diretta è stata accolta invece dalla giurisprudenza inglese: « The reason is probably that English law, instead of devising special subsidiary remedies as the Romans did, made do with the existing contractual remedies. It was an obvious economy of time and money to allow P[ri]ncipal and T[hird Party] to sue each other directly ... »: *ibid.*, p. 49).

⁽¹⁰⁾ Per tutti, ORESTANO, *Op. ult. cit.*

⁽¹¹⁾ O più genericamente dell'atto giuridico: così la nota costruzione di JHERING, *Geist des röm. Recht*, III, 2⁶⁻⁷, Leipzig, 1924, par. 63. Di sdoppiamento tra atti-

conseguenza di determinate manifestazioni esterne, e prescindendo invece normalmente dalla considerazione del rapporto gestorio) che è la c.d. « rappresentanza diretta » in senso moderno: quest'ultima è costruzione meramente pandettistica (alla quale, beninteso, si sono largamente uniformate le codificazioni contemporanee).

È evidente allora l'equivoco che affiora ogni volta che si afferma l'inesistenza della rappresentanza diretta presso i romani, implicando un impossibile confronto fra sostrati non omogenei. Per tutto l'arco del diritto romano la rappresentanza in ogni sua manifestazione è *conseguenza* di una determinata situazione gestoria; e si ha di fatto — almeno quanto agli effetti — *anche* la rappresentanza diretta (pur a prescindere dai sempre più labili rapporti di soggezione dei servi e dei liberti), ove questa si intenda, prima che come istituto riportabile sul modulo concettuale attuale, anzitutto come semplice variante o modo di essere del rapporto gestorio isolato, qualificato in funzione di una sempre più sentita esigenza di esplicitazione di fronte ai terzi, correlativa appunto al venir meno dell'evidenza rappresentativa intrinseca al rapporto di soggezione durevole ⁽¹²⁾ (così che fonte e limite del potere rappresentativo conferito al *procurator* finisce per diventare nella maggioranza dei casi una specifica formula inserita nel mandato, che viene ad aggiungersi agli altri espedienti elaborati in epoca antecedente, quali l'autorizzazione al terzo a trattare col preposto ecc.) ⁽¹³⁾.

vità e effetti parla il SANTORO PASSARELLI, *Dottrine gener. del dir. civ.*³, Napoli, 1966, p. 274.

⁽¹²⁾ La più limpida ricostruzione dell'alternanza, sia funzionale che formale, dei rapporti di *potestas* e di rappresentanza volontaria resta probabilmente quella di V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di dir. rom. nell'Univ. di Roma nell'anno acc. 1892-1893*, Roma, 1933, pp. 216-32.

⁽¹³⁾ ORESTANO, *Op. cit.* I rapporti tra mandato e procura, nei vari successivi sviluppi, dai più antichi (cfr. DÜLL, *Über Ansätze direkter Stellvertretung etc.*, cit.) ai più tardi, restano estremamente controversi: per tutti cfr. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato ecc.*, cit., pp. 44 ss.; SERRAO, *Il procurator*, cit., pp. 93 ss.; WATSON, *Op. cit.*, pp. 36 ss.; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrechts. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, pp. 66 ss.

A proposito di queste vicende e della loro portata sistematica non posso evitare di aprire una breve parentesi: un punto chiave nell'evoluzione della complessa materia, sul quale è infatti opportuno qualche chiarimento, è costituito dal rilievo della regola « *per extraneam personam non acquiritur* » che, come è noto, risulta ancora accolta nel *Corpus juris* (il che vale, inoltre, anche per la regola « *alteri stipulari nemo potest* »). È pacifico, da un lato, che la regola si volle formalmente rispettata dai compilatori; dall'altro lato, che essa appare contraddetta, o quantomeno svuotata, dal contemporaneo riconoscimento di tutta una serie di fattispecie francamente rappresentative. Sembrerebbe agevole concludere con il KASER: « Nach alldem hat Justinian das Recht der Stellvertretung in ungefähr dem gleichen unabgeklärten Zustand der Nachwelt hinterlassen, den es schon am Ende der Klassik erreicht hatte » (¹⁴). Peraltro, se non si dubita che la regola « *per extraneam personam* » avesse ormai solo valore « formale », si può anche forse attribuire a tale « formalismo » qualche limitato rilievo sistematico, nel senso che la residua validità del principio (intaccato dalla possibilità in concreto di agire a mezzo di cooperatori giuridici) dovette operare così da tendere pur sempre ad ostacolare l'utilizzazione di formule pienamente rappresentative, tali cioè da rendere il rappresentato parte del negozio in quanto compiuto in suo nome: infatti, anche nei casi in cui nella terminologia adottata si sarebbe tentati di individuare (secondo la accezione corrente) manifestazioni di attività *alieno nomine* (¹⁵), non pare si vada, in realtà, al di là di attività *per conto altrui*, in cui la menzione del nome dell'interessato opera

(¹⁴) *Das römische Privatrecht*, II, München, 1959, p. 71, e nota 43 *ibid.*

(¹⁵) Sull'ambiguità di questa espressione cfr. già SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach röm. u. heut. Rechte*, Leipzig, 1881, pp. 23 ss., 31 ss., 151 ss.; ID., *Die Lehre von der Stellvertretung etc.*, I, Leipzig, 1900, pp. 115 ss.; LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht*, in *Jher. Jahr.*, 36 (1896) 1, a p. 87; ID., *Handeln in fremdem Namen etc.*, *ivi*, p. 127, a pp. 131 ss.; e lo stesso JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *Jahrbücher f.d. Dogmatik*, 1 (1857) 273, 2 (1858) 67, a pp. 68, 86, 94 ss.

come semplice punto di riferimento dell'interesse, a quegli effetti rappresentativi che siano di volta in volta concretamente ammessi sul piano delle fattispecie contemplate dalle singole regole, e ciò sia nei rapporti sostanziali che nel processo ⁽¹⁶⁾ (quando in questo non soccorrevano per altro verso schemi particolari: ad es., nel processo formulare, la nota trasposizione nella *condemnatio*, ecc.).

In ogni caso, la varietà delle fattispecie riconducibili a schemi non univoci sotto il profilo dell'operatività rappresentativa può servire solo a dimostrare, se ve ne fosse bisogno, il sostanziale disinteresse che pervade tutto l'ordinamento romano nei confronti di ogni possibile contrapposizione concettuale tra rappresentanza diretta e indiretta.

Occorre soprattutto tenere presente, a mio avviso, che in origine la regola « *per extraneam personam* » doveva solo mettere in evidenza che, per aversi l'acquisto da parte del *dominus*, l'intervento di una persona libera non poteva sortire lo stesso effetto che derivava direttamente dal compimento dell'atto da parte del sottoposto: a fronte dell'evidenza del rapporto di *potestas*, e della

⁽¹⁶⁾ Singolarmente adatte a descrivere la sostanza del fenomeno mi sembrano, anche se riferite alla fattispecie della rappresentanza legale (secondo una visione particolare di questa) le seguenti parole di SANTORO PASSARELLI: « Per regola generale, nella sfera giuridica di una persona possono prodursi gli effetti dell'attività giuridica di questa stessa persona o di quella cui tale persona ne abbia conferito il potere: la persona investita del potere agisce allora *in nome* della persona interessata, nel senso che deve, come si suol dire, *spendere* il nome di questa per essere in grado d'influire sulla sfera giuridica della medesima. Dove invece la legge, per diverse esigenze, conferisce a una persona il potere di agire per un'altra persona, la persona investita del potere agisce in nome dell'altra persona, *non più* nel senso che debba *spendere* il nome di questa, quasi *prendendone* il posto ..., ma solo nel senso ben diverso, che, dovendo prodursi gli effetti dell'attività in una sfera giuridica diversa da quella dell'agente, è pur necessario *indicare il nome* della persona per cui gli *effetti* si debbono produrre » (*Dottrine gener.*, cit., pp. 276-7).

Alcuni atti processuali pervenutici sono tipici nel senso di riferire soltanto gli effetti del processo all'interessato, mentre nel procedimento stesso resta come parte il procuratore, ancorché agli effetti suddetti vi sia il riferimento al nome del *dominus*: cfr. ad es. le formule di mandato rintracciabili in BGU. I. 300 (pap. a. 148 p.C. = ARANCIO RUIZ, *Negotia*, n. 159, p. 488) e in P. Lond. II, 233 (pap. a. 345 p.C. = *ibid.*, n. 160, p. 491).

cogenza automatica delle conseguenze legate all'incapacità delle persone *alieni iuris*, è logico che qualsiasi altra forma di cooperazione sul piano della volontà negoziale, sia pure su incarico specifico, dovesse sembrare equivoca, e quindi da respingere.

Quando (come si accennava più sopra) quegli stessi atti, a cominciare da quelli materiali (per i quali l'automatismo permanente, come riflesso dell'assenza di ogni dichiarazione), vennero ad essere compiuti da procuratori libertini (anziché da servi), ed inoltre la soggezione dei libertini si andò attenuando, risultò inevitabile da un lato andare verso una progressiva parificazione dell'attività libera a quella servile, dall'altro esplicitare maggiormente il rapporto gestorio, non più desumibile immediatamente dalla soggezione del rappresentante. Insomma, è in relazione all'originaria incapacità giuridica delle persone *alieni iuris* che si spiegano agevolmente sia la logica dell'automatismo nell'attribuire al *dominus* gli effetti (dapprima solo favorevoli) dei negozi giuridici attuati tramite i sottoposti, sia la formulazione del principio « *per extraneam personam* », sia infine le persistenti limitazioni (in omaggio al principio stesso) della rilevanza giuridica di quanto compiuto dai rappresentanti (*rectius*: cooperatori), quando questi non sono più servi, ma liberi procuratori o liberi dotati di una propria autonomia e capacità patrimoniale e negoziale⁽¹⁷⁾.

Concludo questi cenni segnalando un incipiente e, per i giuristi romani, inconsueto riflesso decisamente dogmatico, in cui è rintracciabile indirettamente il delinearsi in diritto classico del concetto autonomo di rappresentanza, beninteso con il risultato di rifiutarne l'applicazione in via normale: la trasformazione della

(17) Una tematica che va appena ricordata è quella dell'analogo svolgimento del divieto dei contratti a favore di terzi, anch'esso accompagnato in parallelo da espedienti sostitutivi affini, anche nei punti di contatto con la rappresentanza (PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi. Studio di dir. rom., civ. e commerc.*³, Padova, 1933, p. 81), soprattutto sul piano delle *res facti* (*adiectio solutionis causa, iussum delegatorio*, ecc.: cfr. RICCOBONO, *Lineam. della dottr. della rappresent. ecc.*, cit.; ampiamente BIGIARI, *La delegazione*, Padova, 1940, oltre che a p. 100, nei capp. V e VII).

figura del *nuncius* da vero e proprio rappresentante (naturalmente per atti singoli e con poteri circoscritti) quale esso risultava essere in epoca antica ⁽¹⁸⁾, a mero strumento di trasmissione della volontà altrui, in tutto simile ad un mezzo materiale quale l'*epistula*; in questa costruzione si può forse rinvenire non solo l'origine dell'artificiosa distinzione concettuale che, ancorché ripresa nella trattatistica contemporanea, continua a non convincere (come abbiamo già avuto modo di rilevare in vari luoghi), ma anche un immediato e singolare tentativo, più o meno consapevole, di « razionalizzazione » delle caratteristiche storiche del sistema romano della rappresentanza ⁽¹⁹⁾.

Riprendendo, dopo questa parentesi, il filo del discorso, è agevole osservare che naturalmente, in base all'evoluzione delle fattispecie rappresentative quali esse erano venute in concreto assestandosi nel diritto postclassico e nella compilazione, erano bensì presenti a questo punto tutte le premesse per l'elaborazione di una nozione « piena » di rappresentanza diretta astrattamente fondata sulla necessaria (e correlativamente sufficiente) spendita (autorizzata) del nome del rappresentato: ma ciò non toglie che lo svolgimento di tali premesse (di per sé estraneo al diritto

⁽¹⁸⁾ DÜLL, *Über Ansätze direkt. Stellvertret. etc.*, cit., a pp. 163 ss.; cfr. ORNSTANO, *Op. cit.*

⁽¹⁹⁾ È noto che il SAVIGNY (cfr. *Obbligaz.*, cit. alla nota seguente, pag. 59) considerava un'arbitraria interpretazione dei moderni la separazione del *nuncius* dalla categoria della rappresentanza; e non vi è dubbio che avesse ragione, ove si consideri tale concettualizzazione nel momento del suo perfezionamento; tuttavia è vero che nelle fonti era presente la tendenza ad isolare la figura del *nuncius*, in ragione delle circostanze delineate nel testo. La costruzione ora dominante (già avversata peraltro, oltre che, come è noto, da HOLMES, nella sua polemica con il THÖL, anche da HELLMANN, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften*, München, 1882, pp. 14 ss.; SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., pp. 217-8, CHIRONI, *Istituz. di dir. civ. it.*, I, Torino, 1912, p. 189) è accolta alquanto acriticamente in tutta la manualistica anche più vigile rispetto alla problematica del sistema (e ciò a dispetto della ben diversa graduazione di sfumature che sarebbe ricavabile dagli artt. 1390, 1391, 1395, anche indipendentemente dall'art. 1433 cod. civ.): cfr. per tutti, SANTORO PASSARELLI, *Dottr. gener.*, cit., p. 275; BARBERO, *Sist. istituz. del dir. priv. it.*, I^a, Torino, 1958, pp. 375-6.

antico ed anche intermedio, come vedremo) non si sia avuto che con l'opera dogmatica del secolo scorso.

Donde, in relazione a tale genesi storica ed alla identificazione fra mandato e procura — intesa questa come rapporto gestorio — in diritto giustiniano, l'equivoco iniziale del collegamento inscindibile della rappresentanza con il mandato ⁽²⁰⁾, ossia con la forma più autonoma, già nota, di incarico non necessariamente inquadrato in strutture organizzative ⁽²¹⁾; il successivo approfondimento della tematica della rappresentanza sotto il profilo operativo della volontà ⁽²²⁾; la concomitante enucleazione dell'autonomia della procura — intesa questa volta come *Vollmacht* o, più specificamente, *Bevollmächtigung* — in un arco che va da LABAND al recentissimo FLUME, passando da HUPKA e dai §§ 167 ss. *BGB* ⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ Oltre che nel *code Nap.* (art. 1894), nelle codificazioni degli stati tedeschi (cfr. l'*A.L.R.* prussiano del 1794, p. I, tit. XII) e nella dottrina dell'epoca (per tutti BUCHKA, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, Rostock u. Schwering, 1852, specie a pp. 230 ss.; PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1853, n. 323, p. 475; ma presso di noi ancora CHIRONI, *Istituz. di dir. civ.*, II, Torino, 1912, n. 344, pp. 183-5) sino alla decisiva distinzione tra mandato e rappresentanza posta dal LABAND, *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. HGB*, in *ZHR*, 10, (1866), 183. Tuttavia nelle pagine di SAVIGNY, che pure rispecchiano la situazione dottrinale e legislativa antecedente, l'individuazione dei vari aspetti del fenomeno è nettissima (cfr. *Le obbligazioni*, (trad. it. di Pacchioni), II, Torino, 1915, pp. 79 ss.).

⁽²¹⁾ Il mandato è perspicuamente definito « il negozio di gestione storico e ancora oggi tipico » da SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del dir. civ.*, cit., p. 272.

⁽²²⁾ È la ricostruzione dogmatica dominante, e coerente con le linee di fondo del pensiero giuridico dell'ultimo secolo, a partire da JHERING, *Op. ult. cit.*, e negli svolgimenti successivi di MITTELS, *Die Lehre von der Stellvertretung nach röm. Recht*, Wien, 1885; LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht*, cit.; WINDSCHEID, *Dir. delle pandette*, (trad. it. di Fadda e Bensa), I, Torino, 1925, pp. 218-234; dei commercialisti THÖL, *Trattato di dir. commerc.* (trad. it. di Marghieri), I, Napoli, 1881, pp. 199 ss. (in diretta polemica col SAVIGNY) e WENDT, in ENDEMANN, *Manuale di dir. commerc. ecc.*, (trad. it. di Betocchi e Vighi), I, Napoli, 1897, pp. 240 ss., 277 ss.; e del nostro TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti ecc.*, Torino, 1892, pp. 335 ss., 482 ss.; (cfr. anche SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., pp. 227-229).

⁽²³⁾ Cfr. da ultimo FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, in *Enz. d. Rechts- u. Staatswiss. (Abt. Rechtswissenschaft)*, *Allg. Teil d. bürgerl. Recht*, II, Berlin-Heidelberg, 1965, pp. 749 ss., 822 ss.

Lo sviluppo in questo senso, che aveva trovato naturalmente la sua espressione

È altrettanto chiaro che questo svolgimento non era tuttavia intrinsecamente necessario, e rispecchiava piuttosto le nuove esigenze sistematiche di un'epoca in cui il diritto si veniva costruendo esclusivamente su schemi individualistici; tanto meno poi si giustificava e si giustifica quella « riduzione » assoluta al solo tipo della rappresentanza diretta e astratta — o, come mi sembra più giusto dire, al concetto « autonomo » di rappresentanza ⁽²⁴⁾ —

più decisa in HUPKA, *Die Vollmacht*, Leipzig, 1900, (e su questa linea, oltre a NATTINI, *La dottrina della procura. La rappresentanza*, Roma, Milano, Napoli, 1910, cfr. GRAZIANI, *La rappresentanza senza procura*, Perugia, 1927 e *Negoziato di gestione e procura*, Roma, 1931, ora entrambi in *Studi di dir. civ. e commerc.*, Napoli, 1953, a pp. 1 ss. — specie a p. 25 —, e 61 ss.) costituisce tuttora l'opinione prevalente, accolta e meditatamente rielaborata da scrittori quali (salvo quanto diremo subito) MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino, 1952, p. 10 ss., e CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, pp. 149 ss.; nonché, non senza ambiguità e riserve, BETTI, *Teoria gen. del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, rist. 1960, pp. 576 ss. Il MINERVINI, peraltro, ha esplicitamente mutato opinione quando si è, per così dire, accostato in concreto ad un fenomeno rappresentativo tipicamente organizzativo, quale quello dell'amministrazione delle società (*Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, pp. 4 ss.), con riguardo al quale ha ammesso l'esistenza di ipotesi « in cui la rappresentanza volontaria discende dal negozio di gestione » (*ivi*, p. 7).

⁽²⁴⁾ Circa le tendenze a rompere con la teoria generale « autonoma » della rappresentanza, è stata di recente ricordata la presa di posizione di chi le considerava eversive (MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Milano, 1962, p. 144); e lo stesso a. che richiama quel giudizio si dà pena di verificare se quelle stesse tendenze non siano invece, come apparirebbero a prima vista, reazionarie: cfr. BELVISO, *L'istituto*, I, Napoli, 1966, p. 75. All'una e all'altra connotazione si può certo restare indifferenti; non senza rilevare, tuttavia, la singolare coincidenza per cui la valutazione delle teorie giuridiche della rappresentanza sembra avvalersi costantemente e drasticamente di termini del linguaggio, o gergo, politico!

Vale la pena di aggiungere (perché ciò porterà ad un chiarimento, come si vedrà subito, di notevole importanza) che, nella preoccupazione di razionalizzare e conciliare diversi indirizzi dogmatici, con riferimento agli aspetti più ardui del fenomeno rappresentativo, il BELVISO, *Op. cit.*, p. 91 (nota 146), giunge a scrivere che da parte di MIRTEIS, LENEL e GRAZIANI (di cui sono noti i vari atteggiamenti sul concorso di volontà del rappresentato e del rappresentante) si negava la possibilità di considerare la procura come negozio a sé stante. Non si vede tuttavia donde una simile conclusione sia stata ricavata: quando, per limitarci all'ultimo fra gli a. chiamati in causa, se ne possono ricordare ripetute riaffermazioni del concetto di procura come di negozio autonomo, ancorché rivolto alla formazione (e in questo senso parte) del negozio di gestione rappresentativa, che è appunto negozio a formazione successiva (cfr. GRAZIANI, *La rappresentanza senza procura*, in *Studi cit.*, p. 25, nota 47; *Negoziato di gestione*

alla quale si è voluto sottoporre un fenomeno che, nella sua essenza, si presentava e soprattutto si presenta come assai più articolato, per varietà di presupposti e manifestazioni, sia nel quadro del modello organizzativo romano, sia nel quadro di modelli organizzativi moderni e industrializzati ⁽²⁵⁾.

3. Tuttavia, anche la reazione critica al prevalente atteggiamento dogmatico ha una sua posizione di rilievo ⁽²⁶⁾, ed indub-

e procura, *ivi*, pp. 61 ss.); il tutto, fra l'altro, coerentemente all'individuazione della rappresentanza come tipica zona di esplicazione dell'autonomia della volontà (*ibid.*, p. 71).

Ma ciò che preme rilevare è che la convinzione del B. deriva probabilmente dalla tendenza (che affiora d'altronde sovente negli scritti sulla delicata materia) a confondere, da un lato, il problema dell'autonomia o del collegamento della procura (conferimento del potere rappresentativo) rispetto al rapporto di gestione sottostante — ossia il profilo della genesi e funzione della rappresentanza —, e, dall'altro lato, il problema, ben diverso, dell'autonomia o del collegamento della procura (conferimento del potere rappresentativo e potere rappresentativo stesso) rispetto all'atto rappresentativo o negozio di gestione rappresentativa — ossia il profilo dell'attuazione e funzionamento della rappresentanza. Gli artt. 1387 ss. cod. civ., ad es., non risolvono univocamente né l'uno né l'altro dei due problemi; ma, mentre possono essere utilizzati nella ricerca di una soluzione al secondo (cfr. MANDRIOLI, *Premesse gener. allo studio della rappresentanza nel proc. civ.*, Milano, 1957, p. 195), sembrano restare del tutto estranei ad una qualsiasi chiarificazione del primo, che può essere ricavata eventualmente solo *aliunde*, dal sistema.

⁽²⁵⁾ Le distinzioni c.d. tecnico-giuridiche tenacemente perseguite ancora dal MANDRIOLI, *Op. cit.*, pp. 41-45, hanno, in un sistema implicitamente misto come l'attuale, per unico risultato (oltre a quello, indubbio, di stimolare l'approfondimento della tematica) quello di condurre ad un isterilimento — realizzato estrinsecamente, cioè come portato di una certa interpretazione — della sorgente effettuale della normativa. Il noto ammonimento sul valore delle tendenze concrete ai fini della progressiva revisione degli schemi classificatori (MÜLLER-ERZBACH, *Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien*, in *Jher. Jahr.*, 53 (1908), 331) dovrebbe dunque restare inascoltato?

⁽²⁶⁾ Non si dice nulla di nuovo quando si richiamano al riguardo i contributi di SCHLOSSMANN, *Die Lehre von der Stellvertretung*, cit., (spec. vol. 2°); MÜLLER-ERZBACH, *Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung*, Berlin, 1905 e *Der Durchbruch des Interessenrechts etc.*, cit.; SEELER, *Vollmacht und Scheinvollmacht*, in *Arch. f. d. bürgerl. Recht*, 23 (1906), 1; H.J. WOLFF, *Theorie der Vertretung. (Stellvertretung, Organshaft und Repräsentation als soziale und juristische Vertretungsformen)*, Berlin, 1934; PACCHIONI, *Le teorie moderne sulla rappresentanza*, in BAUDRY-LACANTINIERE-WAHL, *Trattato, Del mandato ecc.*, Milano, s.d., a pp. 755 ss.; CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, pp. 62 ss.; SOTGIA, *Apparenza giuridica e dichiarazioni*

biamente ha avuto altresì un'influenza dialettica sul continuo processo di assestamento delle teoriche della rappresentanza.

Ed è precisamente ad un'ampia disamina di questo grosso nodo sistematico che sono dedicati i paragrafi successivi.

Non vi è spiegazione adeguata e completa del diritto attuale, ammoniva testualmente HOLMES, se non in termini di sopravvi-

alla generalità, Roma, 1930, pp. 89 ss., 107 ss.; PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, cit.; ma deve qui aggiungersi un richiamo alla impostazione problematica della rappresentanza indiretta sulla quale si sofferma il BIGIAVI nei suoi lavori sull'imprenditore occulto, e su cui dovremo ora ritornare ripetutamente; (nonostante l'ampio riesame critico di tutta la materia, invece, le argomentazioni del MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1955, contro il dogma dell'autonomia della procura, si svolgono tutte sul terreno dei rapporti tra la fattispecie negoziale di costituzione della rappresentanza e la fattispecie negoziale complessa di gestione rappresentativa: emerge qui in tutto il suo rilievo la distinzione ricordata *supra*, alla nota 24, restando quindi l'apporto del M.-F. al di fuori del presente, diverso, discorso).

In tutte queste ormai classiche trattazioni della nozione di rappresentanza in senso lato viene sostanzialmente sottolineata l'esistenza di una gamma di fenomeni non indipendenti da un rapporto sostanziale sottostante (anche se non esplicitato), che possono poi trovare, sul piano normativo e su quello scientifico, diverse sistemazioni giuridiche, compresa, se si vuole, quella derivante dalla teoria dominante (che, naturalmente, è tale proprio perché più aderente, per condizionamento reciproco, ad un certo momento legislativo ... magari antecedente!); con la differenza che un'impostazione teorica rigidamente legata al dogma dell'autonomia tende a negare certe conseguenze, anche sul piano interpretativo, per ragioni essenzialmente schematiche (e basti pensare alla riluttanza con cui è utilizzato l'art. 147 l.f., ad es. nei suoi riflessi sull'art. 2208 cod. civ.), mentre le posizioni degli autori sopra richiamati sono sensibilizzate nel senso di rinvenire ogni possibile traccia di effetti delle situazioni sostanziali, nonché dei loro limiti o meglio delle loro graduazioni concretamente riscontrabili nelle norme, e sono quindi più idonee ad essere utilizzate nel quadro di un tentativo di ricostruzione della vicenda della cooperazione ed ausiliarietà, se è vero che « the life of law has not been logic: it has been experience » (HOLMES, *The Common Law*, [Boston, 1881], Cambridge, Mass., 1963, p. 5), e se si intende veramente, anche in casa nostra e senza ritardo, prescindere « dalla tendenza a soddisfarsi della mera 'logicità' del ragionamento e della statuizione, caratteristica del giurista e del legislatore di civil law » (BIGIAVI, *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962, p. 189).

Né si dimentichi che, fra l'altro, gli artifici logico-dialettici in tema di rappresentanza (istituto *abnorme*, diceva BINDER) sono sempre possibili: basta, ad es., ritenere tutte le forme di rappresentanza indiretta, cui non si possa non riconoscere efficacia, come espressioni di un conferimento implicito di poteri e di implicita spendita del nome, per riportare il fenomeno giuridico reale nell'alveo della schematizzazione prediletta. Il rilievo era già in PACCHIONI, *Op. ult. cit.*, p. 775, ... ma la tecnica è ancora largamente sfruttata dal FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., in tema di rappresentanza d'impresa (p. 764), *Duldungsvollmacht* (p. 828), *Scheinvollmacht* (p. 832) ecc.

venza, nel sistema, di regole che hanno perso il loro vero significato.

Nonostante gli inevitabili momenti di rottura o di sfida rispetto agli istituti consolidati, nella misura del possibile si procederà tuttavia, per così dire, con il metodo non della contestazione, ma della constatazione.

L'impegno è di sciogliere le riserve e sviluppare le anticipazioni che, frutto di meditazione anche ove prive di svolgimento, sono già state avanzate in precedenza, o nello studio già apparso a suo tempo in tema di agenzia, tanto più che rispetto a quest'ultimo tema la presente indagine assume in parte carattere strumentale.

Per meglio seguire il filo dell'argomentazione, è bene precisare che non interesserà qui, ad es., tanto la crisi della rappresentanza in sé, quanto ciò che essa rivela agli occhi di chi studia fenomeni di cooperazione giuridica e materiale organizzata; non interesseranno tanto le comparazioni, le contrapposizioni, le rispettive insufficienze rilevabili raffrontando i diversi ordinamenti giuridici, o le diverse costruzioni all'interno di essi, quanto il significato di talune difficoltà comuni, e di taluni realizzati o mancati punti di incontro; e, ancora, i risultati ultimi, cui si perverrà o ci si avvicinerà, potranno interessare non solo per il loro valore autonomo nell'ambito della teoria della gestione, ma anche per la verifica che potrà esserne fatta in campi di applicazione specifici.

Con tali finalità, questa trattazione in cui si è voluto introdurre il binomio rappresentanza e gestione dovrà ora rendere ragione di uno sforzo unitario di commistione, che tende ad attraversare quelle barriere terminologiche e concettuali e quelle distinzioni, mediante le quali si è ritenuto talvolta di misurare delle distanze, e si è finito invece per creare dei vuoti giuridici.

4. È noto che, se da un lato il nostro codice vigente accoglie dalla dogmatica e riporta sul terreno legislativo, negli artt. 1387

ss., e 1703 ss., la nozione autonoma di rappresentanza, naturalmente diretta ⁽²⁷⁾, non mancano d'altronde norme problematiche

(27) Un ulteriore fattore di meditazione si rinviene sul terreno terminologico, sempre fertile di equivoci, e sul quale mi pare di poter notare che, nell'opporre a quella di *rappresentanza diretta* la nozione o (secondo taluni) pseudo-nozione di *rappresentanza indiretta*, quest'ultima espressione è stata volta a volta utilizzata in realtà in almeno due diversi significati: 1) per indicare la mancanza di un qualsiasi effetto rappresentativo « immediato » (preferisco qui usare un termine che non impegni la natura stessa della figura in discussione, come sarebbe il termine « diretto »), ossia l'irrelevanza esterna dell'attività gestoria, e la conseguente necessità di un rapporto trilaterale, con inserimento di un passaggio in capo all'interposto (citazioni superflue; per tutti, energicamente, MINERVINI, *Il mandato ecc.*, cit., pp. 11-12); 2) per indicare, all'opposto, il verificarsi di talun effetto « immediato » in capo al principale per l'operato dell'interposto, pur in assenza del presupposto della spendita del nome dell'interessato, assenza correlativa a quella di un autonomo negozio costitutivo di potere rappresentativo nell'interposto, con conseguente impossibilità di *contemplatio domini*, nel senso in cui questa si ritiene, normalmente, convalidata appunto da un'apposita fattispecie negoziale (procura o ratifica) (SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 270; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, pp. 201 ss., specie a p. 333; ID., *Studi sulla rappresentanza*, cit., pp. 395 ss., 451 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel dir. priv. it.*, Napoli, s.d., pp. 700 ss.). Mentre l'utilizzazione sub 1) è quella cosciente, ossia corrisponde a quella generalmente e correntemente voluta quando si istituisce la contrapposizione tra rappresentanza diretta e indiretta, è però sostanzialmente l'utilizzazione sub 2) che talvolta, se non erro, più o meno inconsapevolmente prevale, quando ad es. si crede di riassumere nell'espressione *rappresentanza indiretta* il nocciolo tipico dell'esperienza giuridica romana in materia (cfr. per tutti, riassuntivamente, GUARINO, *Diritto privato romano*², Napoli, 1963, p. 634).

Evidentissima è l'ambivalenza qui denunciata in un passo del BICIAGLI, *Difesa ecc.*, cit., p. 154, nota 1, che stupisce rilevando come lo SCOGNAMIGLIO, nell'aderire alla tesi dell'imprenditore occulto, la inquadri nell'ambito della rappresentanza indiretta: ovviamente il B. pensa in termini di rappresentanza indiretta « irrilevante », come sarebbe ricavabile dalle attuali norme più esplicite in materia (che d'altronde dovrebbero allora far escludere l'uso stesso dell'espressione *rappresentanza*), laddove lo S., a fronte delle regole ordinarie in tema di mandato senza rappresentanza, attribuisce alla nozione di rappresentanza indiretta, precisamente sulla base degli effetti ricollegabili, fra l'altro, all'attività institoria segreta, una sua « rilevanza », e così quella più ampia portata che vi si riallaccia quando eccezionalmente ne derivino conseguenze giuridiche riconosciute dall'ordinamento.

Ma a sua volta, per motivi non dissimili (legati al diverso rilievo attribuito nelle varie teoriche al requisito della spendita, sia implicita che esplicita, del nome altrui: cfr. *supra*, alla nota 15), un'analoga duplicità di significati è riscontrabile nell'uso dell'espressione *contemplatio domini* (significativamente quasi del tutto ignorata dai romanisti), talvolta nel senso di imputazione (formale) dell'agire al rappresentato (ampiamente, anche sul piano della distinzione fra dichiarazioni e attuazioni, MANICK, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften f.d. Rechtsgeschäfte*, Breslau, 1901, pp. 313, 324 ss. e *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1939, pp. 460 ss.; BETTI, *Teoria gen. del*

che non si coordinano perfettamente a quella prospettiva: ciò può essere tranquillamente rilevato (anche a voler tacere dell'ac-

neg. giur., cit., pp. 587 ss.; SAGGESE, *La rappresentanza ecc.*, Napoli, 1933, pp. 129 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottr. gen. ecc.*, cit., pp. 285 ss.; MINERVINI, *Il mandato ecc.*, cit., p. 12) talvolta nel senso di « intenzione », o riferimento (sostanziale) alla di lui sfera giuridica, o più genericamente al suo interesse (cfr. DOMINEDÒ, voce « Mandato », in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, a p. 112, nota 3, che pur utilizzando l'espressione in senso tradizionale ne svaluta affatto il rilievo, argomentando dall'articolo 1704 cod. civ.; più esplicitamente PUGLIATTI, *Studi sulla rappres.*, cit., pp. 397 ss., 486 ss., che insiste sul valore puramente convenzionale della *contemplatio* come spendita del nome, equiparando a quest'ultima altri elementi).

Naturalmente l'una o l'altra utilizzazione si sono avute essenzialmente in funzione del favore o disfavore nei confronti dell'ammissibilità della rappresentanza indiretta, ma l'ambiguità della terminologia si è talvolta innestata sulla sostanza della controversia, soprattutto con riguardo all'analisi degli artt. 1705 ss., e in particolare ai problemi del trasferimento o doppio trasferimento dei beni oggetto di un mandato ad alienare o ad acquistare senza rappresentanza, e dell'efficacia traslativa od obbligatoria dei relativi negozi.

Per vero, da un lato il CARRARO, *Il mandato ad alienare*, cit., pp. 12 ss., 16 ss., 67-108, sostiene la necessità comunque di un doppio passaggio di proprietà in ogni ipotesi di rappresentanza indiretta nell'acquisto o alienazione di beni (il che, quanto all'alienazione, si spiegherebbe con l'efficacia traslativa collegata al mandato stesso e alla sua esecuzione; diversa la posizione del MINERVINI, *Op. ult. cit.*, pp. 117 ss., per il quale il trasferimento intermedio dipenderebbe da un ulteriore negozio astratto: ma non vedo assolutamente — con riguardo ai mobili — in quale momento concreto del rapporto di commissione tale preteso negozio di trasferimento si realizzerebbe, tanto che lo stesso M. deve ammettere restare esso comunque assorbito dalla mera devoluzione possessoria). Il PUGLIATTI, per contro, sottolineando il carattere diretto, o quanto meno automatico, dell'acquisto del mandante dal terzo (beninteso con riferimento ai beni mobili), non concorda affatto — contrariamente a quanto sembra ritenere il MINERVINI, *Op. ult. cit.*, p. 119, nota 3 — con la tesi dell'inammissibilità di un trasferimento diretto dal mandante al terzo nelle ipotesi di alienazione, bensì, distinguendo anche qui tra alienazione di beni immobili o mobili registrati e alienazione di mobili non registrati (e limitandosi per il primo caso ad affacciare la soluzione del trasferimento in capo al terzo senza il tramite dell'acquisto da parte del mandatario, subordinatamente peraltro alla vecchia tesi negatrice della figura stessa del mandato ad alienare beni registrati), si pronuncia decisamente nel secondo caso nel senso di escludere il trasferimento dal mandante al mandatario, e di porre quest'ultimo in una semplice situazione di legittimazione, fondata sul mandato e sul possesso, a trasferire al terzo il bene di proprietà del mandante (cfr. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indir.*, cit., specie a pp. 314-15). E mi preme appunto rilevare che per queste costruzioni il ricorso all'una piuttosto che all'altra accezione delle nozioni di rappresentanza indiretta e di *contemplatio domini* è di importanza non trascurabile (né manca, talvolta, il riconoscimento esplicito di ciò: Id., *Studi sulla rappres.*, cit., pp. 468-9; *Fiducia e rappres.*

cenno all'interesse del rappresentato nell'art. 1388) per gli articoli 1705-1707, e per l'art. 2208 tanto più se questo è interpretato alla luce — come viene precisato nella più approfondita indagine in materia — dell'art. 147 l.f. ⁽²⁸⁾.

Soffermandoci brevemente su di esse, non avremo difficoltà ad ammettere che, indubbiamente, anche queste norme sono su-

indir., cit., p. 286; cfr. anche TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 434).

⁽²⁸⁾ Si potrebbero anche richiamare, come ha fatto il BIGIARI, *Difesa ecc.*, cit., pp. 171 ss., gli artt. 2339 e 2615, ma sono norme che oserei dire meno significative proprio perché più esplicite nell'attribuzione di responsabilità in ipotesi quanto mai circoscritte di attività gestoria.

Profili di grande rilievo, sottolineati molto efficacemente da A. VENDITTI, *L'assicurazione di interessi altrui*, Napoli, 1961, pp. 155 ss., presenta indubbiamente l'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta, di cui all'art. 1891; mentre è legittimo anche in questo caso parlare di rappresentanza in senso lato, ed insistere sulla singolarissima distribuzione di effetti che il negozio compiuto dal contraente comporta, vorrei tuttavia osservare che la norma, contrariamente alle altre due sopra richiamate, non si colloca nel quadro di una attività e contempla invece un singolo atto; che forse in relazione a tale circostanza gli effetti sull'assicurato, cui spettano i diritti derivanti dal contratto, sono essenzialmente attivi, almeno a fronte dell'impresa assicuratrice e salvo per quegli obblighi (indubbiamente secondari) che « per loro natura » non possono essere adempiuti che dall'assicurato stesso; che, infine, ancora e significativamente in relazione al rilievo che viene dato ad un atto singolo anziché ad un'attività, l'assicurazione per conto altrui o di chi spetta è caratterizzata, seppur non da una spendita del nome in senso stretto, certo da una *contemplatio domini* (che nella trattazione del VENDITTI, resta, peraltro, in ombra) connotata al necessario riferimento all'interesse dell'assicurato.

Per l'analisi di queste situazioni vanno ora aggiunte le approfondite osservazioni di OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 109 a pp. 145 ss. e soprattutto a p. 148, in nota 116; qui l'esame si dispiega tutto, appunto, sul rilievo della produzione degli effetti attivi per l'interessato, con particolare riguardo all'ipotesi dell'art. 1890 (assicurazione in nome altrui, senza potere rappresentativo) piuttosto che a quella dell'art. 1891. Per entrambe le ipotesi l'OPPO propende per il riconoscimento dello schema del contratto a favore di terzi, anziché della rappresentanza, ma questa conclusione ha, nel contesto, carattere incidentale, e non mi pare possa pregiudicare una diversa configurazione delle fattispecie esaminate, nel quadro di un ripensamento delle nozioni più generali: tanto più che le osservazioni dell'autorevole scrittore, qui riassunte, rientrano in un più ampio discorso che ha quasi sempre attinenza proprio con ipotesi rappresentative (di chi agisce per società personificate non iscritte: art. 2331), la cui disciplina è peraltro congegnata, secondo quanto sottolinea l'O., in funzione della mancata pubblicità. Precisamente sul problema degli effetti dell'attività gestoria in relazione alla predisposizione di un'adeguata pubblicità torneremo in seguito.

scettibili di una valutazione compatibile con le premesse su cui si fonda il meccanismo tradizionale della rappresentanza diretta, al quale vengono allora affiancati come supposti adattamenti eccezionali gli effetti ugualmente predisposti dalle norme in questione pur nell'assenza di quelle premesse, con una serie di giustificazioni, più o meno lineari e convincenti, del fenomeno sul piano funzionale e su quello tecnico.

Così, per gli artt. 1705 ss. non mancano sagaci ricostruzioni sistematiche intese ad attenuarne, per così dire, la forza d'urto che minaccia l'integrità del diaframma di fronte al quale dovrebbe arrestarsi, secondo i principî, il compimento di atti di gestione non rappresentativi ⁽²⁹⁾.

Quanto all'art. 2208, essendo le implicazioni della norma notoriamente troppo controverse per consentirne un esauriente riesame in questa sede, mi limiterò a ricordare che, ancora una volta con impeccabile consequenzialità, il FERRARA ⁽³⁰⁾ colloca agevolmente la norma nel sistema, escludendo dal suo meccanismo qualsiasi efficacia rappresentativa e restringendola a semplice strumento di tutela dell'affidamento dei terzi nella responsabilità del preponente per atti compiuti peraltro dall'institore nel proprio interesse, anche se astrattamente pertinenti all'impresa.

L'interpretazione correntemente accolta riallaccia invece la responsabilità del preponente agli atti dell'institore *palese* compiuti in tale sua qualità senza *contemplatio domini*, con una deviazione, rispetto alle regole ordinarie della rappresentanza, facilmente giustificabile.

E non varrebbe la pena di prendere in considerazione la terza soluzione, per la quale l'art. 2208 implicherebbe *di per sé* la fi-

⁽²⁹⁾ Particolarmente limpida nella sua brevità e linearità la trattazione del FERRARA, *Gli imprenditori e le società*⁴, Milano, 1962, pp. 122-26; e quanto al CARRARO, *Op. ult. cit.*, e al MINERVINI, *Op. ult. cit.*, già abbiamo richiamato (*supra*, alla nota 27) i profili salienti dei loro contributi. Ma nettamente nel senso dell'immediatezza dei rapporti fra mandante e terzo cfr. da ultimo Cass. 9 novembre 1964, n. 2714, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 264, e Cass. 10 maggio 1965, n. 379, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1965, II, 349.

⁽³⁰⁾ *Gli imprenditori e le società*, cit., pp. 43, 107.

gura dell'istitutore *segreto* (dei cui atti il preponente occulto sarebbe ugualmente responsabile), visto che nessuno scrittore autorevole sostiene più questa tesi dopo che il BIGIAVI ha corretto la propria posizione, riconoscendo che tale conclusione può bensì giustificarsi, anzi si impone, ma solo alla luce dell'art. 147 l.f. Senonché di recente si è ritenuto di poter contrastare l'utilizzazione dell'art. 2208 in quest'ultimo senso con una serie di argomenti, di cui almeno due non possono non lasciare perplessi nel quadro di uno studio del fenomeno institorio, e sono d'altronde sintomatici di una certa concezione della rappresentanza.

In primo luogo si sostiene infatti ⁽³¹⁾ che se il preponente rispondesse davvero degli atti dell'istitutore *segreto*, occorrerebbe desumerne un rapporto di rappresentanza che non potrebbe non estendersi a *tutti* gli effetti, attivi e passivi, dell'attività gestoria; ma le regole della rappresentanza dovrebbero importare allora la piena titolarità dell'attività d'impresa nel *dominus*, con esclusione di analoga qualifica nel preposto (contrariamente a quanto sostenuto dalla teorica dell'imprenditore occulto, che anzi presuppone il fallimento dell'istitutore *segreto*); l'art. 2208 si concilierebbe quindi solo con l'ipotesi di un istitutore *palese*, che pur senza spenderne il nome rappresenterebbe il proprio preponente *a tutti gli effetti*. Tralascio di controbattere l'affermazione, del tutto indimostrata, che in base all'art. 2208 il preponente acquisterebbe tutti i diritti e le obbligazioni derivanti dagli atti dell'istitutore (laddove la norma versa in tema di responsabilità e, quanto meno esplicitamente, consente solo l'azione del terzo contro il preponente, e non viceversa); mi limito a constatare come, in base a tale atteggiamento, la rappresentanza debba concepirsi come pienamente corrispondente al suo schema dogmatico, completo di tutte le componenti e di tutti gli effetti, o non debba concepirsi affatto. Ma la storia dell'esperienza giuridica in questo particolare settore del fenomeno institorio abbonda invece di fat-

(31) BELVISO, *L'istitutore*, cit., pp. 131-7.

tispecie rappresentative parziali e anomale. E del resto, come si spiegherebbe allora l'indubbia (anche se rovesciata) anomalia, per cui la responsabilità del preposto si aggiungerebbe, in questa diversa prospettiva dell'art. 2208, a quella del preponente?

Il secondo argomento si articola su due postulati che solo con un certo candore possono essere assunti come indiscutibili⁽³²⁾: e cioè che i principî della rappresentanza valgono solo per l'imputazione di atti giuridici e non di un'attività; e che, anche se potesse parlarsi di rappresentanza in un'attività, non si intende perché l'esercizio di essa dovrebbe discostarsi dalle regole che disciplinano la rappresentanza nei singoli atti. Non occorre discutere il primo punto, perché anche a volerlo considerare accettabile nella sua impostazione formalistica (nel senso che la rappresentanza, pur se inquadrata in un rapporto più ampio, non potrebbe non risolversi nell'imputazione degli effetti dei singoli atti giuridici), esso lascerebbe del tutto impregiudicato il secondo problema, e cioè se non vi siano ragioni valide perché il meccanismo di imputazione non resti, appunto, modificato in funzione del suo inserimento in un'attività: queste ragioni, infatti, potranno essere discusse, ed essere ritenute insufficienti o comunque non risolutive; ma non si può certo addurre di non conoscerle, per non avere alcuno chiarito in cosa consistano⁽³³⁾: laddove sulla molteplicità degli elementi distintivi dell'institore rispetto al mandatario (es. commissionario), ed anche rispetto al mandatario generale, si sono diffuse numerose trattazioni, e si è persino imperniata la costruzione del « sistema » della rappresentanza nell'impresa⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ *Ivi*, pp. 124-5.

⁽³³⁾ Così, testualmente, BELVISO, *loc. cit.*, p. 125 i.f.

⁽³⁴⁾ BIGIAMI, *Difesa ecc.*, cit., p. 153 ss., e già in *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954, pp. 117-157 e citaz. *ivi*.

Questi svolgimenti erano già stati contrastati sulla linea specifica qui riesaminata (per non parlare dell'assai più vasta letteratura polemica sul tema) dal MINERVINI, *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, s.d. ma 1963, con argomenti che, non dissimili da quelli poi ripresi dal BELVISO, si muovevano tuttavia in una prospettiva più

Non insisto ulteriormente su questo argomento, posto che anche la presente trattazione tende precisamente, in qualche parte, a fissare la prospettiva e la disciplina della rappresentanza nell'attività; come ho già accennato, importava unicamente a questo punto richiamare l'attenzione su un certo tipo di comprensione, o piuttosto — oserei dire, senza intento polemico — di incomprendimento del fenomeno considerato, tanto più seria in quanto, anche a prescindere dalle evidenti linee tendenziali di sviluppo del fenomeno stesso, non può dirsi neppure radicata sicuramente in una convincente analisi esegetica e sistematica della normativa attuale.

Indubbiamente, dicevo, persino le norme di cui si è ora discusso si prestano comunque (al di là dei rilievi specifici che si sono dovuti muovere a talune argomentazioni) ad operazioni di « recupero » dogmatico che, persuadano o no sul piano dei risultati, possono considerarsi, al limite, legittime se non altro come prove di resistenza delle nozioni consolidate.

Ma non si può negare che la tendenza a rompere con ogni concezione rigida di un paradigma rappresentativo tipico e immodificabile poggia ormai su testimonianze testuali di non lieve consistenza, e che pertanto (a differenza di quanto non potesse avvenire con la precedente codificazione, e quasi riproducendo piuttosto il clima tipico dei dibattiti in cui oggetto di valutazione sia un diritto comune in divenire) gli spunti critici che raccolgono le istanze di un nuovo orientamento vanno maturando dall'interno del sistema, sulla linea di una ricorrente rivalutazione (che assume atteggiamenti di volta in volta aggiornati sulle esigenze pratiche rispecchiate dal diritto positivo)⁽³⁵⁾ non tanto

ampia, tenendo conto (pur attraverso accenni non sviluppati) dei diversi possibili atteggiamenti dei sistemi giuridici sul delicato problema della spendita del nome nell'interposizione gestoria (cfr. soprattutto a pp. 163-6).

⁽³⁵⁾ Per il più esplicito e meditato riconoscimento della graduale evoluzione interpretativa alla quale è necessario attenersi, al fine di produrre l'effettiva rispondenza del sistema normativo ad una concezione non meramente formalistica dell'istituto in esame, cfr. PUGLIATTI, *Studi sulla rappres.*, cit., pp. 402-3. Non si può fare a meno

della c.d. rappresentanza indiretta, o impropria, o economica, quanto piuttosto di uno schema analitico e sistematico comprensivo, tale da considerare il fenomeno rappresentativo distribuito su di una gamma senza soluzioni di continuità, e solo graduato sotto il profilo degli effetti sulla sfera giuridica dell'interessato: diretti, automatici, specificamente coercibili — secondo una realistica classificazione, offerta come prima conclusione su questa linea di ricerca, che ha fra l'altro il pregio di tentare di prescindere da pregiudiziali dogmatiche ⁽³⁶⁾; e aggiungerei che sulla stessa linea si sviluppano, a ben vedere, anche taluni recenti in-

di rilevare, piuttosto, che molte delle specifiche soluzioni accolte nella vigente normativa sono, oltre che anomale sul piano di una logica formalistica, scarsamente giustificate da un *rationale* operativo quale sarebbe quello dipendente da una matrice organizzativa, risultando esse poste (come perspicuamente osserva il FERRARA, *Op. ult. cit.*, p. 126, nota 37, con riguardo agli artt. 1705-1707) con lo scopo molto più generico di « agevolare il commercio e indirettamente il ricorso allo strumento del mandato ». Come dire che tali norme sono il portato, timido e contraddittorio, dell'emersione di una concezione del fenomeno rappresentativo ancora *in fieri*.

⁽³⁶⁾ La costruzione è contenuta nel rigoroso studio di PUGLIATTI, *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, ora in *Studi sulla rappres.*, cit., pp. 453 ss., specie a pp. 486 ss., 492 ss.

Ritengo legittimo parlare al riguardo di prime conclusioni, perché la classificazione degli effetti rappresentativi cui è pervenuto il P. non mi sembra incompatibile con ulteriori, diverse, suddivisioni ricavabili anch'esse dalla portata concreta delle norme che disciplinano, appunto, gli effetti delle diverse fattispecie di attività compiute (o che appaiono compiute) *per* altri, o conversamente *tramite* altri. Così, fondamentalmente, mi sembrano ad es. configurabili una serie di possibili distinzioni fra i casi in cui sull'interessato si producano *tutti* gli effetti, o (contrariamente a quanto ritenuto da ultimo, come si è visto, dal BELVISO, *Op. cit.*, p. 135) soltanto quelli *attivi* o quelli *passivi* (puntuale la trattazione di VENDITTI, *Op. cit.*, pp. 152 ss.; cfr. anche BIGIAVI, *Difesa ecc.*, cit., p. 175, nota 48; la questione non va confusa con quella, su cui torneremo a suo tempo, della necessaria corrispondenza, pur se con alternatività di soggetti, tra effetti attivi e passivi nei contratti a prestazioni corrispettive, su cui v. intanto OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, cit., a pp. 146-7); o fra i casi in cui la rilevanza esterna si concentri su uno solo dei soggetti del rapporto gestorio (interessato o agente) o si distribuisca invece eccezionalmente su entrambi, come avviene talvolta soprattutto dal lato della responsabilità (v. BIGIAVI, *Op. ult. cit.*, pp. 187, 299-301); o, ancora, fra i casi in cui i riflessi siano limitati al campo contrattuale, o si estendano a quello extra-contrattuale (pur se, come è noto, quest'ultimo fenomeno è stato sinora quasi unanimamente ritenuto estraneo alla sfera di applicazione del meccanismo rappresentativo; ma nel testo la necessità di una ricognizione delle connessioni esistenti, già affermata altrove, viene ulteriormente sottolineata). Cfr. *infra*, nota 190.

dirizzi in tema di rappresentanza apparente e di rappresentanza di fatto (come vorrei definirle per il momento) ⁽³⁷⁾; a quest'ultima poi, in particolare, si ricollega frequentemente, quando si versi in materia di fatto dannoso ad opera di dipendenti, il fenomeno della c.d. responsabilità vicaria.

Questi accenni consentono, a questo punto, il passaggio alle precisazioni che, per quanto riguarda questa delibazione della « gestione » nei suoi limiti specifici, saranno conclusive, e che d'altronde, in quanto contenute nel giro di una breve trattazione (per certi aspetti incidentale ad altri studi), costituirebbero indubbiamente un discorso troppo ambizioso se non fossero circoscritte all'enucleazione, dallo sfondo concettuale che veniamo delineando, di alcuni spunti costruttivi particolarmente significativi ai fini di qualsiasi analisi che, anche in altre sedi, abbia per oggetto i vari aspetti dell'evoluzione della cooperazione giuridica.

5. Per definire sinteticamente l'ambito di questa puntualizzazione, dirò che si tratta di fissare le interrelazioni tra le diverse manifestazioni atipiche di rappresentanza nelle varianti già accennate e in altre che si possono ulteriormente identificare, qualificate o meno dalla spendita del nome (autorizzata o no): e così le forme di rappresentanza segreta, apparente, tacita, di tolleranza, organizzativa o di fatto da un lato; dall'altro, le forme di responsabilità vicaria derivante da fatto degli ausiliari (per illecito contrattuale) o dei dipendenti (per illecito extracontrattuale o per *culpa in contrahendo*).

Il denominatore comune si ravvisa in termini di rilevanza dell'« interposizione », o (come anche è stato detto) « esercizio indiretto del potere », o « esercizio per altri », in quanto vi si innesti una « legittimazione » ⁽³⁸⁾ che può anche, eccezional-

⁽³⁷⁾ Si tratta di espressioni di comodo e del tutto provvisorie, rispetto alle quali il successivo svolgimento comporterà tutta una serie di precisazioni e di ristrutturazioni anche terminologiche.

⁽³⁸⁾ Per il riscontro sistematico più recente si veda FRANC. ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, Napoli, 1964, *passim*, spec. a pp. 148 ss., 189 ss.

mente, non ridursi ad essere attuazione immediata di una volontà privata in cui si inverino condizioni di assoluta autonomia, bensì porsi come conseguenza di un comportamento o di una situazione.

Se si osserva che le ipotesi sopra elencate (pur diverse fra loro, e in qualche caso non perfettamente descritte dalle formule provvisoriamente usate) sono quelle in cui manca un atto di assenso, esplicito e comunicato ai terzi, del *dominus* a che la propria sfera giuridica venga intaccata ad opera di un interposto, e che d'altronde l'efficacia in tale direzione dell'attività di quest'ultimo può essere riconosciuta o meno a seconda del concreto atteggiarsi, e relativa valutazione in termini di idoneità legittimante, del comportamento o della situazione considerati, si sono compiuti tutti i passi necessari per mettersi in condizione di delimitare e identificare adeguatamente le fattispecie in esame.

A) Sbarazziamoci anzitutto di quelle tentativamente suscinte nella nozione di « responsabilità vicaria ». Occorre in primo luogo tenere separato il discorso sul fondamento razionale ⁽³⁹⁾ del principio affermato dall'art. 2049 cod. civ. (in base al quale il *dominus* è responsabile di qualsiasi fatto illecito commesso dai dipendenti nell'esercizio delle incombenze), da quella che è divenuta una problematica diffusa e corrente, che si limita a considerare semplicemente — come intendiamo anzitutto fare in questa sede — l'applicabilità di tale norma all'illecito riconducibile ad un'attività rappresentativa esercitata senza potere ⁽⁴⁰⁾. La dot-

⁽³⁹⁾ Il riesame più approfondito e rigoroso di questa problematica è ora in TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; per ulteriori importanti spunti adde SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sulla responsabilità dei padroni e committenti per il fatto dei domestici e commessi* (art. 2049 cod. civ.), in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 163.

⁽⁴⁰⁾ I punti di riferimento ancora indispensabili per risalire alle origini della questione sono SANTORO-PASSARELLI, *Responsabilità del fatto altrui, mandato, contratto di lavoro gestorio*, in *Scritti giur. in mem. di Ageo Arcangeli*, II, Padova, 1937, p. 463; *Foro it.*, 1937, IV, 329 (ora in *Saggi di dir. civ.*, II, Napoli, 1961, p. 1093); GRAZIANI, *Sulla responsabilità del mandante*, in *Studi di dir. civ. e commerc.*, Napoli, 1953, p. 109. Per la letteratura più recente, richiami *infra*. Si veda peraltro, per l'inquadramento generale del tema della responsabilità per fatto altrui (anche per le ipotesi extra-contrattuali, non risultanti dal titolo), il classico studio di FRANC. FERRARA, *Respon-*

trina, avvezza a meditare sul primo aspetto del problema, non si è accorta in qualche caso di essere scivolata a discutere del secondo, come se fra i due vi fosse una connessione da teorema a corollario, del tutto inesistente ⁽⁴¹⁾; la giurisprudenza, a sua volta (e di riflesso qualche scrittore, perpetuando l'equivoco) ⁽⁴²⁾, chiamata a risolvere il secondo quesito, e sfiorando frequentemente l'inserimento dell'intera fattispecie patologica nell'alveo del meccanismo rappresentativo, si è indirizzata verso soluzioni ⁽⁴³⁾ in cui l'affermazione della responsabilità indiretta del

sabilità contrattuale per fatto altrui, in *Arch. giur.*, 70 (1903), 401 (ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, p. 2).

⁽⁴¹⁾ Cfr. i richiami contenuti in un'acuta e stimolante nota di BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 369, specie a p. 384, nota 40.

⁽⁴²⁾ V. TEDESCHI, *Profili dell'agency nel diritto nordamericano*, Milano, 1961, pp. 98, 149 ss.; DISTASO, *Responsabilità extra-contrattuale del mandante e suoi effetti rispetto alla tutela del terzo. Apparenza del diritto: applicabilità e limiti di essa*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949 (XXVIII, 2) 516.

⁽⁴³⁾ La nostra giurisprudenza non ha mai saputo distinguere chiaramente tra principio di apparenza da un lato, e responsabilità per fatto del commesso dall'altro, tanto più in quanto l'apparenza è stata considerata rilevante solo quando colposa, e in quanto il fatto dannoso di cui si tratta assuma le caratteristiche (ormai codificate) della *culpa in contrahendo*; la denuncia dello stato di confusione (ma senza adeguato superamento di tutti i dubbi inerenti alla questione) era già in SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquilina; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. commerc.*, 1951, II, 82. (Influiscono inoltre, come si vedrà, le diverse regole sulla comunicazione ai terzi e la pubblicità dei poteri, rispettivamente nella rappresentanza civile e in quella nell'impresa).

Si può rilevare, a grandi linee, una tendenza a sostituire l'utilizzazione del meccanismo della responsabilità vicaria con l'applicazione sempre più insistente del principio di apparenza, pur negandosi d'altronde frequentemente che ne ricorrano di fatto gli estremi. Una vera e propria classificazione è impossibile, data l'eterogeneità dei motivi conduttori e delle conseguenze sancite dai vari giudicati. Mi limito a ricordare, come sufficientemente indicative della tendenza prospettata: da un lato, per l'affermazione della responsabilità vicaria, Cass. 16 luglio 1946, n. 416, in *Mon. Trib.*, 1946, 209; Cass. 28 giugno 1946, n. 766, in *Foro it.*, 1947, I, 379; Cass. 17 marzo 1950, n. 722, in *Riv. dir. commerc.*, 1951, II, 82; e (al di fuori di un problema di rappresentanza, ma per l'applicabilità al mandatario in quanto tale dell'art. 2049) ancora Cass. 18 luglio 1958, n. 2627, in *Foro it.*, 1949, I, 79; dall'altro lato incondizionatamente per l'affermazione del principio di apparenza le più recenti sentenze Cass. 14 febbraio 1966, n. 471, in *Foro it.*, 1966, I, 1917, e Cass. 15 marzo 1966, n. 746, *ibid.*; con riserve di vario genere, e negandone in concreto l'applicazione, Cass. 6 ottobre 1952, n. 2934, in *Giur.*

dominus per la *culpa in contrahendo* del *preposto* finisce per confondersi in un magma in cui si ritrovano indiscriminatamente enunciate anche affermazioni di responsabilità contrattuale per creazione di apparenza colposamente indotta dal *preteso rappresentato*, ovvero di responsabilità per *culpa in contrahendo* (imputabile a lui direttamente anziché come riflesso dell'attività dello pseudo-rappresentante, anche non dipendente ossia semplice mandatario), lasciando in quest'ultimo caso impregiudicata la questione della natura contrattuale, extra-contrattuale o *sui generis* di tale illecito; con conseguenze variamente, e spesso incongruamente, ondegianti fra l'attribuzione di efficacia del negozio concluso dal *falsus procurator* in testa al titolare della situazione apparente, e l'accollo a quest'ultimo di un risarcimento danni (*ex art. 1223*, se ricollegato all'inadempimento del contratto come

compl. Cass. civ., 1953 (XXXII, 3), 5; *Cass.* 22 ottobre 1956, n. 3804, in *Giust. civ.*, 1957, I, 665; *Cass.* 14 dicembre 1957, n. 4703, in *Foro it.*, 1958, I, 390; *Cass.* 15 luglio 1963, n. 1929, in *Foro it.*, 1963, I, 2065; *Cass.* 11 novembre 1963, n. 2957, *ibid.*; *Cass.* 7 aprile 1964, n. 780, in *Riv. dir. commerc.*, 1964, II, 464; *Cass.* 12 luglio 1965, n. 1447, in *Foro it.*, 1966, I, 339.

Alcune di queste sentenze saranno richiamate nei dettagli in seguito.

Altre sentenze riguardano la posizione del creditore *preteso* mandante, a fronte del pagamento effettuato ad un *falsus procurator*; ma verranno citate più oltre, trattandosi a mio avviso di una situazione che presenta aspetti peculiari.

Infine, l'incidenza dei fenomeni di pubblicità, o di mancata pubblicità, o di pubblicità inattuabile, esige un rinvio anche dei richiami giurisprudenziali più specificamente concernenti le forme di rappresentanza e di preposizione nell'ambito delle società e delle imprese, i trasferimenti di azienda con successione nella gestione dell'impresa, e talune fattispecie rappresentative particolari nell'ambito dell'attività bancaria (cfr. art. 1835 cod. civ.). Queste ultime, tuttavia, sono in realtà all'origine della problematica qui considerata, ed avevano dato luogo ad una ricca e significativa casistica negli anni precedenti la nuova codificazione: cfr. *Cass.* 13 dicembre 1934, in *Giur. it.*, 1935, I, 1, 132, e *Cass.* 22 marzo 1935, *ivi*, 1935, I, 1, 542. In queste due sentenze, e segnatamente nella seconda, la concretezza e la delicatezza dei problemi di demarcazione tra la responsabilità negoziale e quella extra-contrattuale della banca preponente per l'attività svolta dai propri impiegati abusando della posizione loro affidata, emergono in tutto il loro rilievo pratico (effusato, invero, dagli scritti dottrinali che ne avevano tratto spunto per negare la responsabilità indiretta del mandante per il fatto illecito del mandatario; cfr. anche Trib. Napoli, 7 giugno 1935, in *Giur. it.*, 1936, I, 2, 11 con nota di SAGGESE, *In tema di responsabilità del committente per fatti illeciti del suo commesso*).

sopra convalidato; ovvero *ex artt.* 2049, 2043, ed eventualmente 1338, se ricollegato invece alla configurazione di un illecito non contrattuale) ⁽⁴⁴⁾; per la cui *misura*, inoltre, anche nelle ipotesi di derivazione extra-contrattuale o precontrattuale, si è talvolta ritenuto di poter prescindere dal limite dell'interesse negativo, giungendo a configurare una seconda impensata possibilità di riconoscimento di efficacia del negozio viziato, sotto il profilo di un'ingiustificata *restitutio* (*ex art.* 2058), operante in realtà, a ben vedere, non già come una « reintegrazione » ⁽⁴⁵⁾, bensì come

(⁴⁴) La scelta fra queste varianti non è sempre indice, per la verità, di radicali divergenze di impostazione nella soluzione di fattispecie integralmente collimanti, ma è piuttosto, almeno in qualche caso, in funzione dell'eterogeneità di taluni elementi costitutivi delle fattispecie, a seconda cioè che il preposto debba qualificarsi dipendente, mandatario, rappresentante, o ausiliario (cfr. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, pp. 7 ss., nota 100); e ancora, a seconda che la *culpa in contrahendo* debba considerarsi responsabilità extracontrattuale o contrattuale (in quest'ultimo senso BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, pp. 115 ss.); e infine, a seconda che per la *culpa in contrahendo* dell'interposto — soprattutto se ritenuta di carattere contrattuale — possa invocarsi la responsabilità indiretta del principale *ex art.* 2049 ovvero *ex art.* 1228 (cfr. variamente VISINTINI, *loc. cit.*; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. commerc.*, 1956, II, 360; SACCO, *Responsabilità del committente per culpa in contrahendo del commesso*, *ivi*, 1948, II, 1; BENATTI, *Op. cit.*, pp. 139 ss., sulle orme di BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, in *Arch. civ. Prax.* 151 (1951), 505).

Aggiungo che la questione della responsabilità indiretta per *culpa in contrahendo* importa a sua volta una distinzione, troppo spesso trascurata (o aggirata: v. BENATTI, *Contratto concluso dal « falsus procurator » e responsabilità del « dominus »*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, 335; cfr. invece SACCO, *Op. ult. cit.*), tra le due figure delle trattative condotte in malafede (art. 1337), e di quelle viziate dalla conoscenza delle cause di invalidità (art. 1338): infatti, in quest'ultimo caso, se la possibile causa di invalidità consiste precisamente nella mancanza dei poteri rappresentativi, cade appunto quel nesso tra (*falsus*) *procurator* e *dominus*, che negli altri casi potrebbe consentire invece — indipendentemente dal fatto che il rappresentante sia d'altronde un dipendente o un ausiliario (sotto l'uno o l'altro dei profili già considerati) — l'efficacia rappresentativa in capo al principale del rapporto di traffico instaurato. Ossia, per dirla con il SACCO (*Op. cit.*, p. 3), lo stesso « rapporto di traffico » in cui si risolve la responsabilità precontrattuale è meramente putativo. Ulteriori osservazioni *infra*, alle note 56 e 57.

(⁴⁵) È questa la tesi avanzata dal MONTEL, *Nota minima in tema di apparenza giuridica: la rilevanza di essa quale risarcimento in forma specifica*, in *Foro pad.*, 1965, I, 59. È sin troppo facile dimostrare (anche sulle orme della nota di BESSONE,

un'inammissibile « esecuzione » in forma specifica generante *ex novo* un contratto che — in quanto chiaramente sottratto, per il meccanismo adottato, ad un *iter* procedimentale negoziale, sia pure integrato da sanatorie legittimanti quali la ratifica ⁽⁴⁶⁾ —

Apparenza del potere di rappresentanza ecc., cit., qui a p. 386) che la reintegrazione in forma specifica ex art. 2058 cod. civ. deve eliminare, in perfetta corrispondenza con esso, un danno intervenuto, ripristinando la situazione antecedente all'evento dannoso.

Se si considera, più in generale, che anche il risarcimento per equivalente deve dal suo canto commisurarsi a un parametro (il quale è pacificamente il c.d. interesse negativo nel caso di mancato effetto di un contratto ritenuto valido, ma che tale non è), è evidente che l'attribuzione di efficacia al negozio viziato non può mai costituire una forma di risarcimento, perché questo risulterebbe eccessivo rispetto all'interesse negativo, ove si ravvisasse, come sembra giusto, nell'invalidità del contratto l'evento dannoso; che se poi il procedimento si risolvesse in una pretesa « conservazione » della validità del contratto (per cui la *restitutio* non potrebbe non corrispondere all'interesse positivo), verrebbe meno completamente il carattere di risarcimento, non essendosi neppure verificato il danno (ovvero: risultando il danno stesso evitato *a priori*). Si noti che l'*attuazione* del contratto conservato si colloca logicamente in un momento successivo, e a sua volta, in caso di inadempimento, può risolversi (dal che qualche ulteriore confusione) sul piano coattivo, e così con l'esecuzione in forma specifica (ove possibile), o con il risarcimento per equivalente. Conf. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 834.

La situazione presenta qualche analogia con quella di cui all'art. 1433 cod. civ., ma il BESSONE, *Apparenza ecc.*, cit., che la rileva (a pp. 378-80), lascia perplessi quando ammette che in questo caso la produzione degli effetti del contratto si ricollegi ad un principio di responsabilità per danno da apparenze create: danno il cui sorgere la legge si preoccuperebbe di impedire automaticamente. Gli effetti previsti dall'art. 1433 mi pare debbano piuttosto ricondursi integralmente ad una situazione negoziale reale, secondo un congegno di contrapposizioni tra situazioni reali e situazioni apparenti di cui tratterò ampiamente più avanti. In quest'ordine di idee si colloca del resto anche la tesi del MINERVINI, *Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del « dominus »*, in *Foro it.* 1947, I, 379 (e v. già SOTGIA, *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Roma, 1930, pp. 102-3), sul tema specifico della procura apparente (il rappresentante che eccede i suoi poteri sarebbe *nuncius* della procura, per cui l'errore non riconoscibile nella trasmissione di questa renderebbe responsabile il *dominus* appunto ex art. 1433): sostanzialmente si dovrebbe cioè parlare non tanto di procura apparente, quanto piuttosto di procura valida così come dichiarata. Anche questi spunti potranno trovare adeguato svolgimento solo in seguito.

⁽⁴⁶⁾ Al limite, meno assurdo del richiamo all'art. 2058 sarebbe quindi, piuttosto, un ricorso all'art. 2932, risolvendo in termini di obbligo di ratifica la responsabilità dell'apparente mandante; sottolineo tuttavia che questa soluzione, seppure più coerente (per l'uso dello strumento « esecuzione » a fronte di quello « reintegrazione »), sarebbe anch'essa del tutto infondata, per l'ovvia mancanza del presupposto dell'obbligo di concludere il contratto.

non potrebbe definirsi altro che nato dalla colpa, con una locuzione che, pur con ogni riserva sul giuoco di parole, è indubbiamente descrittiva del fenomeno.

Per motivi psicologici intuitivi, e che si chiariranno ulteriormente, la confusione sopra descritta è comprensibile; occorre nondimeno districarne il groviglio.

Come si diceva, non vi è una connessione, almeno sul piano dell'interpretazione diretta della norma, tra il problema particolare, dell'*applicabilità* dell'art. 2049 ai casi di usurpazione o abuso di poteri rappresentativi da parte di un dipendente (o, al limite, di un mandatario), e la questione più generale del *fondamento* della responsabilità per il fatto dei dipendenti, anche ove si voglia ricondurre tale fondamento ad un principio, appunto, *lato sensu* rappresentativo.

Quest'ultima tesi non trova, in genere, favorevole accoglienza presso i moderni studiosi della responsabilità oggettiva⁽⁴⁷⁾; e ciò, oltre che per una diversa impostazione teorica basata sul rilievo funzionale centrale che assume il concetto di rischio (di impresa), anche perché, innegabilmente, non sembra potersi utilmente istituire una relazione, che abbia concreta portata tecnica, tra le norme che regolano la rappresentanza e quelle attinenti le ipotesi di responsabilità indiretta e oggettiva, organizzate in un sistema approssimativo ed eterogeneo, che comunque non si esaurisce nell'art. 2049.

Ciò non toglie che, a mio avviso, sussista un ovvio parallelismo nel meccanismo di incidenza sulla sfera giuridica del *dominus* in tutti i casi in cui un'attività per altri viene compiuta in aderenza ad un principio di organizzazione globale piuttosto che di autonomia della singola fattispecie, così che ne resti giustificata l'accennata incidenza anche indipendentemente dalla presenza del fattore volontà o del fattore colpa, potendosi cioè, in

(47) Già FRANC. FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, cit., a pp. 73 ss.; e per tutti da ultimo, come già accennato, TRIMARCHI, *Op. cit.*, pp. 68, 161. Sulla posizione dello SCOGNAMIGLIO, cfr. *infra*, alla nota 52.

conclusione, alternare un criterio di collegamento « posizionalistico » ad uno « comportamentistico » ⁽⁴⁸⁾.

Sotto questo profilo, la parentela della responsabilità vicaria con la rappresentanza in senso lato continuerà ad apparire un valido *rationale*, almeno fintantoché opererà una norma come l'art. 2049, che non è applicabile se non *per relationem*, con un'identificazione *indiretta* (si badi: non esclusiva) del soggetto imputabile, che suggerisce inevitabilmente una distinzione tra criteri di propagazione e criteri di nascita della responsabilità ⁽⁴⁹⁾, anche a prescindere dall'accoglimento del principio della colpa a fondamento ultimo della responsabilità stessa. Del resto, era inevitabile che il riconoscimento (ancor tanto contrastato) della responsabilità oggettiva emergesse dal passaggio obbligato della responsabilità indiretta; e persino quando rischio e responsabilità oggettiva si saranno affermati, per così dire, in prima persona ⁽⁵⁰⁾, affrancandosi dalla mediazione facente capo ad un'attività aliena e dalle norme che tale mediazione frammentariamente rispecchiano ⁽⁵¹⁾, per riportarsi direttamente ad una posizione

⁽⁴⁸⁾ Siamo ben al di là di un semplice rimodernamento della *Werkzeugstheorie* di MAYER, in *Verhandlungen des XVII deutschen Juristentages*, I, Tübingen, 1885, pp. 125 ss. Sui criteri indicati nel testo cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 71 ss., 164 ss.

⁽⁴⁹⁾ Secondo la nota formulazione di BARBERO, *Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per fatto illecito*, in *Riv. dir. civ.* 1960, I, 572 (che peraltro postula la colpa come elemento ineliminabile all'origine della sanzione risarcitoria, ancorché questa finisca per gravare su di un soggetto incolpevole).

⁽⁵⁰⁾ Il che oggi si sostiene da taluni (BARBERO, *Op. cit.*, p. 516 e nota 13) non essere avvenuto neppure con riferimento ai danni provocati da cose in custodia (art. 2051), che pure è l'ipotesi di responsabilità più marcatamente « oggettiva » al di fuori di quelle indirette; il TRIMARCHI, *Op. cit.*, pp. 39 ss., limita il campo della responsabilità oggettiva alle attività economiche organizzate, ossia essenzialmente all'impresa (e si veda la nota successiva per la posizione di questo a. riguardo all'art. 2051); sulla stessa linea, ma accentuando la presenza attuale nel nostro sistema di ipotesi di responsabilità oggettiva diretta (e quindi particolarmente significativo nel quadro della disamina in corso) si veda MARTOBANO, *Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti dannosi*, in *Foro it.* 1966, V, 13.

⁽⁵¹⁾ Nonostante le distinzioni suggerite dal BARBERO, *Op. cit.*, tale mediazione è prospettabile (ove non vi sia colpa diretta) per tutti gli artt. 2047 ss., con la notevole eccezione, quanto meno problematica, dell'art. 2051, ritenuto dal TRIMARCHI,

di detenzione o dominicale (e più ancora, modernamente, imprenditrice), questa volta in sé considerata, persino allora, se la responsabilità « di posizione » non apparirà più operare come l'altra faccia del meccanismo della rappresentanza, risulterà d'altronde manifesto (in ragione di una parallela evoluzione subita da quest'ultima) non essere l'una e l'altra che due aspetti del medesimo principio organizzativo, messo a fuoco in primo piano come strumento regolatore della sfera di imputazione degli effetti giuridici riconducibili allo svolgimento di attività economiche ⁽⁵²⁾.

In questa prospettiva trovano una loro collocazione, pur nella varietà di atteggiamenti, le diverse soluzioni di ordinamenti che, in un senso o nell'altro, non rinvencono appoggio né condizionamento in una norma quale l'art. 2049. Così, non è senza significato che, a fronte delle carenze di un § 831 BGB, imposto sul motivo della presunzione di colpa, la giurisprudenza tedesca abbia fatto ricorso, indicando una terza direzione ancora, all'estensione (in sé arbitraria) fuori del campo contrattuale del

Op. cit., pp. 169-273, l'altra norma-chiave della responsabilità oggettiva (anch'essa preminentemente ricollegata all'esercizio dell'impresa attraverso una finissima e rigorosa analisi del limite del caso fortuito). Sull'attualità di una pluralità di criteri di imputazione della responsabilità cfr. tutta l'argomentazione felicemente svolta da ROBORÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit.

⁽⁵²⁾ L'analogia con la rappresentanza viene tuttora condannata come « un arbitrio costruttivo, scoperto quanto inammissibile » dallo SCOCNAMIGLIO, *Considerazioni sulla responsabilità ecc.*, cit., qui a p. 166: ma avendo in mente essenzialmente il tentativo di dottrine tradizionali, basate sulla colpa, di « riferire senz'altro ad un soggetto, responsabile per altri, il fatto doloso o colposo di quest'ultimo » (*ibid.*). Il discorso non risulta invece incompatibile con il nostro, anzi presenta con esso affinità, quando si allarga all'identificazione del fondamento della responsabilità indiretta (manifestazione saliente, come si è detto, della responsabilità oggettiva) nella « relazione che si instaura tra i soggetti contemplati », precisata poi come quella in cui « un soggetto assuma l'iniziativa, e sia in grado, di fare agire un altro per l'espletamento di qualche incombenza, in modo da realizzare una vera e propria espansione della sua sfera di attività » (*ivi*, pp. 167, 171). A questo punto è indubbio che l'uso del termine rappresentanza diventa una questione quasi meramente semantica, come ho già accennato; ed infatti passeremo tra poco anche attraverso una revisione terminologico-concettuale che ritengo decisiva ai fini della comprensione di tutta la presente trattazione.

§ 278 BGB, corrispondente al nostro art. 1228 cod. civ. sulla responsabilità per il fatto degli ausiliari nell'adempimento delle obbligazioni ⁽⁵³⁾. E così, potrebbe apparire persino superfluo ri-

⁽⁵³⁾ Cfr. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung (Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts)*, München u. Berlin, 1941, pp. 39 ss.

Il richiamo all'art. 1228 cod. civ. ci consente di sottolineare a questo punto un ulteriore collegamento, tra il meccanismo della rappresentanza e quello appunto della responsabilità del debitore per il fatto degli ausiliari, e ciò non solo per la circostanza che fra questi rientrano anche i rappresentanti (così MASSIMO BIANCA, cit. *infra*, a pp. 378, 385; CORTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*, Milano, 1955, pp. 320 ss.; *contra*, ma erroneamente, VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, cit., pp. 74-6), ma anche e soprattutto in quanto l'inquadramento sistematico dell'articolo 1228 può essere « utilmente prospettato riportando sia la regola in esso espressa sia la regola della rappresentanza ad un comune principio: il soggetto che crea o attua un rapporto giuridico col terzo attraverso l'attività di un cooperatore che rimane estraneo al rapporto, assume nei confronti del terzo i risultati positivi e le conseguenze dannose di tale attività »: così MASSIMO BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1967, sub art. 1228, p. 379; ed è in effetti significativo, come osserva lo stesso a. (*ivi*, p. 375), che il principio della responsabilità per il fatto degli ausiliari abbia le sue origini, nella codificazione previgente, in relazione a tipici rapporti organizzativi di impresa, ossia quello di appalto (art. 1644 cod. civ. 1865) e quello di trasporto (art. 398 cod. comm. 1882). Si mette esattamente in rilievo, per altro verso, che a differenza di quanto previsto per dipendenti e commessi (il cui illecito deve essere in rapporto con l'esercizio delle incombenze loro affidate), la responsabilità per il fatto dell'ausiliario non viene meno pur se questi ecceda i limiti dell'incarico ricevuto, o ne abusi (MASSIMO BIANCA, *Op. cit.*, pp. 387 ss.); ma questa maggiore estensione del principio di responsabilità è in funzione non già della diversa posizione dell'ausiliario, bensì della preesistente situazione debitoria di chi dell'ausiliario si avvale ai fini dell'adempimento dell'obbligazione. Questa circostanza costituisce d'altronde, sotto altro profilo, il vero limite della norma enunciata dall'art. 1228, perché è logico che il debitore risponda comunque (salva l'ipotesi di impossibilità, adeguatamente intesa) dell'inadempimento, ma solo dell'inadempimento risultante dall'operato del suo ausiliario, e non già di altri illeciti da questo compiuti in tale sua qualità. Su ciò non possono esservi dubbi, e tuttavia non si ha un'esatta percezione del fenomeno quando, inavvertitamente o in modo poco sorvegliato, si ipotizza una specifica responsabilità del debitore ove l'ausiliario, eccedendo i limiti di un incarico risultante da procura (ossia da conferimento di rappresentanza), possa apparire rappresentante a seguito di un comportamento colposo del debitore stesso (cfr. *Op. ult. cit.*, p. 388); è chiaro che l'ipotesi non rientra per nulla nell'istituto considerato: infatti, o il difetto dei poteri rappresentativi, e al tempo stesso la loro apparenza colposamente creata dal debitore, hanno per conseguenza appunto l'inadempimento dell'obbligazione già esistente (benché ciò mi sembri difficilmente prospettabile in fatto), ed allora la responsabilità del debitore è del tutto indipendente dalle circostanze de-

chiamare ancora una volta una nozione ormai risaputa, e cioè che in *common law* l'istituto della *vicarious liability*, ossia l'intero fenomeno della responsabilità per il fatto dei dipendenti, è non solo associato concettualmente, ma anche tecnicamente ricompreso nell'ambito dell'*agency*; ma è soprattutto opportuno precisare che nella più recente e autorevole formulazione sistematica delle regole che governano la materia, la responsabilità per il fatto illecito dei dipendenti è accomunata, fra gli *inherent agency powers*, proprio con la responsabilità del preponente per gli atti negoziali dell'*agent* non autorizzato: e sotto quest'ultimo profilo la costruzione degli *inherent agency powers* si sostituisce in gran parte appunto alla precedente costruzione dell'*apparent authority*, chiudendo così quel cerchio problematico in cui anche l'apparenza, come vedremo tra poco, costituisce un altro polo essenziale di riferimento ⁽⁵⁴⁾.

Ma, senza anticipare e confondere a nostra volta i termini dell'apparenza con quelli dell'illecito ⁽⁵⁵⁾ veniamo piuttosto al

scritte, e discende invece direttamente dal fatto stesso che l'ausiliario non ha adempiuto; oppure — come è in fatto più logico, e come sembra del resto trasparire dal contesto — la fattispecie dell'eccesso di rappresentanza o rappresentanza apparente non si ricollega all'adempimento della prestazione, o comunque non risulta nell'inadempimento di questa, bensì in un fatto illecito e dannoso diverso, ed allora l'art. 1228 (come quello che contempla l'adempimento tramite ausiliario) non entra minimamente in giuoco, e si potrà solo ricorrere — ove ne siano presenti gli estremi — all'art. 2049, che impone il controllo dei requisiti della qualifica di (domestico o) commesso, e dell'esercizio delle incombenze (dove il problema se rientri nella fattispecie il mandatario).

Queste precisazioni saranno risultate tutt'altro che superflue, se avranno contribuito, come spero, a rendere evidente la complessità delle interrelazioni tra i fenomeni che andiamo esaminando, e che non si elimina semplicemente tenendoli distinti (come è in genere intendimento del giurista più attento) bensì può solo essere riconosciuta e pazientemente esplorata, anche a costo di vincolare soluzioni complete e persuasive ad ulteriori approfondimenti.

⁽⁵⁴⁾ *Restatement, Second, Agency*, I, St. Paul, Minn., 1958, § 8, A, pp. 140, 161, 219 ss.; Appendix, sub § 8 A; cfr. anche SEAVEY, *Studies in Agency*, St. Paul, Minn., 1949; Id., *Handbook of the Law Agency*, St. Paul, Minn., 1964; FRASCONA, *Agency*, Englewood Cl., N.J., 1964. Diversamente STOLJAR, *The Law of Agency. Its History and Present Principles*, London, 1961, specie a pp. 41 ss.

⁽⁵⁵⁾ Una pseudo-relazione biunivoca tra apparenza e illecito (con riguardo alla presenza, o meno, di poteri rappresentativi — o meglio di gestione, secondo una

quesito specifico circa l'accollo al principale di responsabilità *ex art. 2049* per riflesso di un'attività di « rappresentanza senza potere » (come si esprime la rubrica dell'*art. 1398*) attuata dal dipendente, ossia per riflesso del fatto dannoso consistente nell'avere il dipendente stesso indotto il terzo a confidare senza propria colpa nella validità del contratto. È pacifico, dopo quanto si è detto, che la questione è del tutto indipendente dall'altra, se a fondamento dell'*art. 2049* sia un meccanismo sostanzialmente rappresentativo o altra giustificazione dogmatica e funzionale: anche accogliendo la prima tesi, la sovrapposizione rispetto al fenomeno della rappresentanza senza potere sarebbe meramente apparente, posto che la responsabilità del principale per l'attività pseudo-rappresentativa del dipendente (rilevante sotto il profilo dell'illecito come *culpa in contrahendo*) sarebbe in ogni caso una responsabilità *indiretta* derivante dall'*illecito* commesso⁽⁵⁶⁾, tale da concretarsi cioè in un risarcimento danni (limitato, come si

terminologia più appropriata in questa sede) si è manifestata a lungo in *common law*, sotto forma di alternativa tra *apparent agency* e *agency by estoppel*.

Tuttavia (mentre per l'*apparent agency* l'evoluzione recente ha eliminato ogni possibile analogia con la nozione continentale di apparenza), l'*agency by estoppel* da un lato richiede che la controparte dimostri di aver sofferto un danno (e tale ovviamente non è considerato il semplice affidamento nella validità del contratto, per cui occorre un'ulteriore dimostrazione in concreto per l'operatività del risarcimento da *estoppel*, sia pure sotto il profilo del c.d. interesse negativo), dall'altro lato presuppone la colpa o almeno un comportamento riferibile al principale, e in questo senso si distingue anche dagli *inherent agency powers*, che derivano direttamente dalla relazione gestoria tra il principale e il preposto, anche quando i singoli atti non rientrino fra quelli a cui l'*agent* è autorizzato, e d'altronde persino se i terzi ignorano l'esistenza del *principal*. Ma di ciò più avanti. Cfr. intanto SEAVEY, *Handb. of the Law of Agency*, cit., pp. 11-17.

⁽⁵⁶⁾ THIMARCHI, *Op. cit.*, p. 131: ma non è certo che fra le *culpa*e contemplate da questo a. rientri, sotto questo profilo, l'invalidità per mancanza dei poteri rappresentativi. In ogni caso, in luogo della responsabilità indiretta, non potrebbe escludersi, di per sé, un'eventuale *culpa in contrahendo* diretta del principale, ove le modalità da lui stesso poste in essere per la conduzione delle trattative tramite un interposto ne integrassero gli estremi (così BENATTI, in *Riv. dir. commerc.*, 1959, II, 335). Ma in tal caso il problema potrebbe allargarsi in realtà al tema ulteriore della c.d. rappresentanza apparente, che verrà trattato più oltre nel testo.

sa, all'interesse negativo) ⁽⁵⁷⁾, e non una responsabilità inerente ad un'inesistente obbligazione di adempiere quanto stipulato dal *falsus procurator*; così, quello che si fosse convenuto di definire meccanismo rappresentativo avrebbe in tal caso semplicemente operato il trasferimento in capo al principale delle conseguenze di un fatto illecito anziché degli effetti di un negozio. La soluzione del quesito sopra proposto, in quanto dipendente da dubbi concernenti la concreta applicabilità della norma dettata dal codice alla particolare fattispecie considerata, resterebbe, con tutto ciò, del tutto impregiudicata; ed è ovvio che ciò sarebbe vero, conversamente ed a maggior ragione, anche accogliendo una diversa tesi quanto al fondamento della propagazione di responsabilità prevista dall'art. 2049.

Ora, sembrerebbe a prima vista che non vi sia, in linea di principio, alcun motivo per cui questa particolare fattispecie di illecito (l'attività rappresentativa senza potere) non debba rientrare nella previsione dell'art. 2049, sempreché siano presenti tutti gli elementi integrativi, oltreché della *culpa in contrahendo* del dipendente da una parte, della propagazione della responsabilità al principale dall'altra. Senonché è opinione autorevolmente sostenuta che ciò, appunto, di fatto non sia possibile: invero,

⁽⁵⁷⁾ Il limite vale anche se si fa capo (alla stregua della concezione contrattuale del BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit.) all'art. 1218 anziché all'art. 2043 (ivi, pp. 115 ss., 128 ss.). Ciò che mi pare ineliminabile è comunque la mediazione dell'art. 2049 (salvo che nel caso della *culpa in contrahendo* diretta del principale, ipotizzato alla nota precedente). Sarebbe infatti assurdo (pur in base alla concezione contrattuale) supporre che un *falsus procurator* possa rappresentare il preteso principale anche solo nel rapporto di traffico o contatto sociale, se non è stato investito dei relativi poteri; come si accennava sopra (alla nota 44) colui che invece è legittimato a rappresentare il principale (per la conclusione di un negozio, o per gli atti preparatori ad essa) ben può renderlo responsabile, nella fase delle trattative, per l'efficacia rappresentativa del proprio operato, di ogni illecito precontrattuale ex art. 1337, 1338 (una volta escluso che tale illecito consista appunto nell'aver lasciato che il terzo confidasse in poteri inesistenti). Una chiara distinzione fra le due situazioni mi pare meritevole di maggior rilievo di quanto non si sia soliti darle.

secondo la nota argomentazione di SANTORO-PASSARELLI ⁽⁵⁸⁾, l'attività negoziale del dipendente sfornito del relativo potere rappresentativo non potrebbe non esorbitare, per definizione, dall'esercizio delle incombenze cui lo stesso è adibito ⁽⁵⁹⁾. Ma si tratta di argomentazione troppo fragile, nella sua apparente linearità: dottrina e giurisprudenza sono da tempo concordi, nel senso che tra compimento dell'illecito ed esercizio delle incombenze non debba (e spesso non possa, come in tutti i casi di attività dolosa, o comunque proibita dal datore di lavoro) intercorrere un rapporto di identificazione, tutto contenuto nell'ambito dell'attuazione o svolgimento del lavoro assegnato, bensì sia sufficiente un rapporto di causalità, o anche solo di occasionalità necessaria ⁽⁶⁰⁾: che è poi il quadro sistematico utilizzato anche da chi si riferisce più specificamente al principio del rischio di impresa, richiedendo che il fatto dannoso sia notevolmente agevolato dall'inserimento del dipendente nell'organizzazione ⁽⁶¹⁾. Quanto all'argomento che l'opponibilità dei limiti del potere rappresentativo è, per così dire, un fattore tecnico inoppugnabile, che rompe appunto il nesso di causalità o occasionalità, si tratta certo di una considerazione pertinente e di consistente rilievo, che tuttavia

⁽⁵⁸⁾ *Responsabilità del fatto altrui ecc.*, in *Saggi di dir. civ.*, II, cit., pp. 1093 ss..

⁽⁵⁹⁾ Tanto meno, sempre secondo il SANTORO-PASSARELLI (*ibid.*), risponde il mandante dell'attività non autorizzata (rappresentativa e non) del mandatario non sottoposto a vincolo di subordinazione. La validità di quest'ultima tesi, in funzione dei limiti risultanti dal testo dell'art. 2049 (corrispondente all'art. 1153 cod. civ. 1865), può essere più agevolmente sostenuta: ma si tratta di ipotesi circoscritte e marginali, correlative al modesto rilievo del mandato isolato e disgiunto da un rapporto di organizzazione: e quindi, sul piano sistematico, di uno pseudo problema. Cfr. anche un rapido accenno in TRIMARCHI, *Op. cit.*, p. 131.

⁽⁶⁰⁾ Da ultimo Cass. 28 febbraio 1966, n. 609, in *Resp. civ. prev.* 1966, 74.

⁽⁶¹⁾ Così TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., in due diversi luoghi (pp. 129-32 e 155-67), non sempre persuasivamente, stante una certa frammentarietà, invero sintomatica, delle ipotesi prese in considerazione, quando appunto si tratti di attività negoziali (anziché non negoziali), e possano quindi entrare in giuoco fattori non omogenei quali la frode del dipendente, la falsificazione da parte sua degli strumenti di legittimazione, la creazione colposa di apparenze rappresentative da parte del principale, ecc.

comporta l'allargamento del discorso a tutto il tema delle modalità del conferimento dei poteri e della relativa pubblicità: un tema che, se pur coordinato con quello in esame, troverà più opportuna sede di svolgimento negli ulteriori sviluppi del discorso sulla rappresentanza ⁽⁶²⁾.

In conclusione, ancorché all'applicabilità della norma sulla responsabilità vicaria facciano ostacolo, in questa materia, limitazioni e difficoltà che si collegano anche a quanto stiamo per aggiungere sugli altri aspetti dell'attività rappresentativa non autorizzata, non è affatto da escludere *a priori* che l'illecito del dipendente *in contrahendo* sia integrato da tutti gli estremi (ivi compresa la necessaria relazione con l'esercizio delle incombenze cui il dipendente stesso è adibito) idonei a far scattare la responsabilità del principale *ex art.* 2049; non senza ricordare però che, in radice, la c.d. rappresentanza senza potere rileva come fatto dannoso generatore di responsabilità solo quando il terzo contraente abbia potuto confidare *senza sua colpa* nella validità del contratto ⁽⁶³⁾.

B) È vero invece d'altronde — e in relazione soprattutto a quest'ultima circostanza — che se il terzo contraente ha potuto fare incolpevolmente affidamento sull'esistenza di poteri rappresentativi in capo al preteso rappresentante, e se al tempo stesso quest'ultimo ha potuto — in buona o in mala fede — esercitare

⁽⁶²⁾ Questa è d'altronde la linea d'indagine verso cui richiama l'attenzione, a un certo punto, anche il DE FERRA, *La responsabilità del mandante per l'illecito del mandatario*, in *Riv. dir. civ.* 1960, II, 191, a pp. 200 ss.

Che il fattore dell'opponibilità dei limiti del potere rappresentativo non possa risultare decisivo, se non venga inquadrato adeguatamente nel sistema della rappresentanza nell'impresa (come ci proponiamo di fare), è dimostrato significativamente dalla circostanza che i fenomeni da cui in concreto aveva preso le mosse lo scritto di SANTORO-PASSARELLI riguardavano un tipico settore di attività negoziali e non negoziali potenzialmente illecite, quali quelle messe in opera dagli impiegati di banca, con eccesso o abuso di potere. Il problema (solo imperfettamente affrontato oggi dall'art. 1835 cod. civ.) è, a mio avviso, illuminante circa l'inadeguatezza di una qualsiasi impostazione delle questioni in esame, che si mantenga su un piano di astrattezza e generalità.

⁽⁶³⁾ Arg. *ex art.* 1398 cod. civ.

un'attività negoziale non autorizzata senza in ipotesi intaccare il nesso di occasionalità necessaria e quindi un collegamento, sia pure ingannevole, con l'espletamento delle proprie incombenze⁽⁶⁴⁾, questa combinazione di elementi (tale da corrispondere in linea di principio ai presupposti dell'*apparentia iuris*)⁽⁶⁵⁾ potrebbe anche e piuttosto suggerire, almeno nella maggior parte dei casi, la configurabilità della fattispecie della rappresentanza apparente e il ricorso ad essa — che, in quanto ipotizzabile, comporterebbe naturalmente come conseguenza la conservazione definitiva degli effetti del negozio viziato in capo all'apparente rappresentato.

Questo è infatti ciò che è avvenuto (pur con deviazioni e imprecisioni) in un largo e significativo settore giurisprudenziale; in dottrina d'altronde, accanto alle consuete perplessità che ogni applicazione estensiva del principio dell'apparenza provoca, si registra da tempo un discorso aperto (talvolta, si direbbe, sfuggente) in diverse direzioni. Non intendo farne una rassegna; mi limiterò a indicarne (o scoprirne) i punti di riferimento, qualcuno abituale e palese, qualcuno forse latente e più nuovo, almeno nei suoi aspetti di critica e di richiamo a maggior realismo e concretezza.

Il raffronto con le situazioni reali che si rende a questo punto necessario importa anche, peraltro, che si abbia consape-

(64) Si può tralasciare senz'altro, per non complicare ulteriormente questo *excursus*, di considerare la diversa incidenza su queste ipotesi del fatto che il rapporto stesso di dipendenza sia apparente, ovvero che vi sia la mera *ragionevole apparenza* dell'incarico che consente l'abuso rispetto alle mansioni effettive del dipendente. Cenni *apud* D'AMELIO, voce « Apparenza del diritto », in *Noviss. Dig. ital.*, I, 1, Torino, 1957, pp. 714 ss., a p. 718.

(65) In astratto, occorrerebbe distinguere le ipotesi in cui l'attività illecita del dipendente (in rapporto di occasionalità necessaria con le sue incombenze) abbia i caratteri della frode, da quelle in cui si realizzi un semplice eccesso di potere; nell'uno e nell'altro caso distinguendosi inoltre a seconda che vi abbia concorso, o meno, la colpa o un comportamento rilevante del principale. In pratica, talune di queste ipotetiche situazioni non sono di fatto facilmente realizzabili, o sfuggono comunque ad una classificazione che non voglia risolversi in una minuziosa casistica, secondo il modello americano del *Restatement, Second, Agency*, cit. Per queste difficoltà cfr. anche le osservazioni già fatte alla nota 61, *supra*.

volezza dell'insufficienza terminologica, oltre che concettuale, della sistematica tradizionale. Chiarisco quindi preliminarmente la portata di alcune espressioni, di cui farò uso per la loro più immediata rispondenza a fattispecie complesse, che la nomenclatura corrente ignora o travisa, costringendole appunto in schemi concettuali angusti ⁽⁶⁶⁾. Anzitutto, a fronte del termine « rappresentanza » (tecnicamente valido solo in presenza di tutti i ben noti requisiti e solo parzialmente suscettibile di estensione con il ricorso alla discussa nozione di rappresentanza indiretta) ⁽⁶⁷⁾, occorre tener conto dell'inesistenza di un termine idoneo a ricomprendere tutte le ipotesi di « gestione efficace sulla sfera giuridica altrui », quale che ne sia la fonte di legittimazione e le modalità quanto alla spendita del nome dell'interessato. Avvertendo sin d'ora che non intendo proporre dei neologismi definitivi, ma solo dei termini con valore d'uso ai fini della presente chiarificazione, adotterò per tutte le suddette ipotesi le espressioni « gestione », o « gestione efficace », o (eventualmente) « gestione inefficace ». La rigidità dei principî quanto ai poteri di rappresentanza (artt. 1387, 1388, 1392, 1393) ha sempre posto in ombra il rilievo di quello che chiamerò appunto il « potere » di gestione efficace in sé considerato, tradizionalmente collegato invece al presupposto del suo conferimento ⁽⁶⁸⁾, e quindi identi-

⁽⁶⁶⁾ L'esigenza è adombrata anche da SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in Trattato Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1961, p. 61, richiamando tuttavia quella nozione di « interposizione gestoria » che in BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Trattato Vassalli, Torino, 1960, ha un preciso significato tecnico, limitato appunto alle ipotesi in cui non si abbia rappresentanza in senso proprio (ivi, pp. 560, 564 ss.).

⁽⁶⁷⁾ In questo senso, per tutti lo stesso BETTI, *Op. loc. cit.*

⁽⁶⁸⁾ Sintomatico di questo atteggiamento è, ad es., l'exasperato formalismo di chi si riporta ad un *Willensgeschäft* racchiuso in se stesso, e coerentemente ravvisa nella conclusione del negozio da parte del rappresentante senza poteri un vizio di dichiarazione, anziché di legittimazione, con conseguente invalidità (nullità), anziché inefficacia, del contratto: così DE MARTINI, *Esperienze pratiche e profili teorici dell'amministrazione controllata*, in *Dir. fall.* 1947, I, 5-71-125, a pp. 140 ss., con una tesi poi ripresa in diverse occasioni (Id., *Invalidità del contratto del « falsus procu-*

ficato con quest'ultimo, ed anzi con quell'atto tipico di conferimento che è la procura ⁽⁶⁹⁾; ma la necessità di distinguere tra le varie componenti, ed evitare così che problemi sostanziali aperti siano risolti pregiudizialmente sul piano meramente terminologico, induce al ricorso all'espressione « *potere* » per indicare ogni situazione di legittimazione ad una gestione efficace, comunque creatasi, ed alle espressioni « *autorizzazione* » o, più semplicemente (e senza possibilità di equivoco con altri significati tecnici di autorizzazione) ⁽⁷⁰⁾ « *conferimento* », per indicare quella particolare — ma, nelle ipotesi problematiche considerate, non unica — fonte di legittimazione che è la costituzione del potere di gestione da parte dell'interessato, generalmente attraverso una procura, ma anche, ad es., attraverso una preposizione (institoria ecc.) ⁽⁷¹⁾.

Per non obliterare del tutto il termine « rappresentanza », si può senz'altro precisare che la gestione efficace sulla sfera giuridica altrui è — se non si vuole rinunciare a tale qualificazione — con rappresentanza o senza rappresentanza, ovvero rappresentativa o non rappresentativa, *sed rectius* rappresentativa diretta o rappresentativa indiretta, a seconda che risulti speso o meno il nome del *dominus* (pur salva la precisazione dei rispettivi effetti nell'uno e nell'altro caso).

rator » e interesse contrattuale negativo, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1949 (XXVIII, 1) 295; e ancora *ivi*, a pp. 437 ss., 547 ss.), le cui ulteriori conseguenze sono ancora esplicitate dallo stesso DE MARTINI, *Apparenza di procura institoria e terzo di buona fede*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1944 (XV), 438.

⁽⁶⁹⁾ Le conseguenze derivanti dall'enfasi sulla procura, propria dei sistemi giuridici continentali, sono adeguatamente, anche se solo indirettamente, sottolineate nell'interessante studio comparatistico di MÜLLER-FREIENFELS, *Law of Agency*, in 6 *The Am. Journ. of Comp. Law* (1957), 165, a pp. 170-176.

⁽⁷⁰⁾ Sia sufficiente qui il rinvio alla posizione negativa assunta da CARRARO, *Il mandato ad alienare*, cit., pp. 25 ss.; *Id.*, *Contributo alla dottrina della autorizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1947, 282.

⁽⁷¹⁾ Secondo BELVISO, *L'istitutore*, cit., pp. 75 ss., 100 ss., di fatto la fattispecie costitutiva della preposizione institoria sarebbe sempre, appunto, solo il negozio di procura.

Tenendo conto, quindi, dei significati assegnati ai termini (a) *gestione*, (b) *potere*, (c) *autorizzazione o conferimento* ⁽⁷²⁾, apparirà chiaro che, ad es., l'ambigua espressione « rappresentanza senza potere » (del resto in sé contraddittoria, posto che,

⁽⁷²⁾ Come è noto, queste esigenze terminologiche sono soddisfatte nella sistematica tedesca (almeno nei limiti in cui la dottrina, pur muovendo dal riconoscimento della autonomia della procura, è conscia del fenomeno) mediante l'uso delle espressioni « *Dürfen* » e « *Können* »: cfr. per tutti, come punto di arrivo, MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1955, pp. 74 ss.; FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., pp. 785-7, il quale ricorda come già Grozio avesse rilevato, in un celebrato passo, la configurabilità di casi in cui le facoltà dei rappresentanti di fronte ai terzi eccedessero i poteri loro conferiti (GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, II, XI, 12, Lausannae, 1751, p. 591).

Occorre riconoscere, tuttavia, che già nelle norme del BGB (arg. ex §§ 167-180) vi è una flessibilità assai maggiore, in termini di pubblicità delle vicende della procura, rispetto a quanto si può ricavare dagli artt. 1393 e 1396 cod. civ. Il rilievo è importante, come si vedrà a suo tempo. L'ampio termine « gestione » (corrispondente, nel contesto qui delineato, all'intero territorio dell'*agency* di *common law*, salve le particolarità tecniche che dobbiamo tenere presenti per il nostro sistema) non è mai stato usato nel significato qui proposto. Ne è indicativa tuttavia l'utilizzazione per l'istituto della gestione d'affari (artt. 2028 ss.), ossia precisamente in ipotesi in cui vengono in rilievo, anche nei rapporti con i terzi, le obiettive conseguenze per il *dominus* dell'attività compiuta nel suo interesse, piuttosto che la di lui volontà come fonte di legittimazione (art. 2031).

Ciò ha portato qualche autore (FERRARI, *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milano, 1962, pp. 132-3) a sottolineare l'inscindibilità dalla gestione di risultati rappresentativi diretti o indiretti, con l'eccezione affatto marginale della cooperazione meramente materiale. Si potrebbero segnalare, in questa argomentazione, interessanti punti di contatto con la ricostruzione storica della *negotiorum gestio* compiuta da STOLJAR, *The Law of Quasi-Contract*, Sidney-Melbourne-Brisbane, 1964, che non solo rinviene nell'istituto le stesse basi del *mandatum* caratterizzato dall'assenza di poteri espressi, ma ne sottolinea appunto, nell'ambito della *common law*, l'appartenenza alla sfera dell'*agency*, staccandolo dalla tradizionale classificazione quasi-contrattuale (ivi, pp. 188 ss.).

(Sull'efficacia di una singolare fattispecie di gestione d'affari configurata con riguardo particolare all'attività di un agente di commercio senza rappresentanza cfr. le illuminanti considerazioni di MOSSA, *Trattato*, I, p. 563).

Un più tradizionale ricorso alla nozione più generale di sostituzione è in SCOGNAMICLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 63, sulle orme di SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali ecc.*, Napoli, 1966, pp. 266 ss. (il quale ultimo, tuttavia, giunge a parlare della rappresentanza come di una « gestione qualificata »: ivi, p. 270). Di un concettualistico formalismo assai pronunciato risente invece l'affermazione testuale di AURICCHIO, *Contributo alla teoria della gestione rappresentativa*, in *Studi Urbinati* 1956-57 (XXV), I, secondo il quale « le due nozioni non sono affatto corrispondenti, e forse neppure commensurabili » (ivi, pag. 39).

nel sistema, se fa difetto il potere non ha senso parlare di rappresentanza) ⁽⁷³⁾ va sostituita, alternativamente, con le espressioni « gestione (efficace) senza autorizzazione » ovvero « gestione (inefficace) senza potere », proprio a seconda che (pur in assenza di conferimento da parte dell'interessato) nella situazione in concreto sia in discussione la presenza, o meno, di un potere di gestione, la cui fonte di legittimazione prescinda da un atto di autorizzazione (o conferimento) del supposto *dominus* del negozio ⁽⁷⁴⁾.

L'estensione delle possibilità semantiche dimostra tutta la sua utilità nell'operazione di valutazione delle fattispecie per le quali si sono volta a volta avanzate o respinte le costruzioni del tipo « procura apparente », « rappresentanza apparente » ecc., senza peraltro raggiungere risultati persuasivi in un senso o nell'altro (quando non si è ripiegato sull'affermazione di responsa-

⁽⁷³⁾ Il rilievo è comune, per la letteratura italiana, al PUGLIATTI, *Sulla rappresentanza indiretta*, in *Studi cit.*, p. 398; e, per la letteratura tedesca, al MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, cit., p. 18.

Molto interessante, a questo riguardo, è invece la posizione di Franc. ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, cit., pp. 195-200, che argomenta in favore del « carattere » di *rappresentante*, in funzione dell'attività svolta anche da chi operi senza poteri, pur non verificandosi gli effetti che integrerebbero la fattispecie piena della *rappresentanza*; in senso del tutto analogo STAUBINGER, *BGB I* (RIEZLER-COING, *Allg. Teil*¹¹), Berlin, 1957, sub §§ 164 ss., n. 20, p. 945, mentre nella tradizionale concezione di REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, è la nozione stessa di *rappresentanza* che non viene meno, pur mancando il conferimento di poteri e quindi il prodursi dei relativi effetti, che possono tuttavia conseguire all'eventuale ratifica (« Die vollmachtlose Stellvertretung ist nicht minder Stellvertretung als die bevollmächtigte »: *ivi*, p. 582; conf. ENNECERUS-NIPPERDEY, in ENNECERUS, KIPP, WOLFF, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, I, 2, *Allg. Teil*¹⁵, Tübingen, 1960, p. 1094).

In relazione al nostro sistema, l'utilizzazione dell'espressione « rappresentante (o rappresentanza) senza poteri » resta a mio avviso impropria. Il rilievo di Franc. ROMANO, *Op. cit.*, p. 198, che non si tratta di una mera questione terminologica è indubbiamente esatto, ma proprio in quanto si voglia in sostanza rinvenire (al di là di formule la cui operatività sia legata alla volontà del rappresentato) uno strumento flessibile, per il quale la definizione di gestione sembra allora di gran lunga preferibile.

⁽⁷⁴⁾ Sottolineo ancora che, ovviamente, questo tentativo di chiarificazione terminologica non tende, di per sé, a forzare l'analisi o modificare la valutazione del sistema vigente, ma vuole solo consentire lo svolgimento più perspicuo del discorso intrapreso.

bilità del principale per illecito *in contrahendo* del dipendente, mantenendosi così nello schema già sopra considerato). La realtà non è mai avara di esempi, che persino negli stereotipati resoconti giudiziali conservano quell'impronta particolare che viene impressa da circostanze molto diverse tra loro.

Vi è il caso ormai classico, che presenta tuttora incertezze pur a fronte dell'art. 1835 cod. civ., dell'impiegato di banca che abusando della propria posizione di apparente addetto al servizio compie annotazioni irregolari sul libretto di deposito a risparmio del cliente: ad esempio (in genere a scopo fraudolento) operando da solo, anziché con firma congiunta a quella di altro addetto; ovvero avvalendosi di libretti non autentici o comunque non rispondenti ai requisiti fissati dalla banca ⁽⁷⁵⁾; e può accadere che il comportamento anomalo (quale l'apposizione di una firma singola anziché congiunta) sia già stato in precedenza ripetutamente tollerato e tacitamente convalidato dalla banca ⁽⁷⁶⁾, in contrasto con i limiti ai poteri di gestione rappresentativa del dipendente, risultanti dal conferimento pubblicato o comunque reso noto.

Vi è il caso della figlia che ordina al sarto di famiglia la confezione di un cappotto destinato al fidanzato (che, si ha cura di precisare, è già peraltro ritenuto virtualmente membro della famiglia stessa nella considerazione sociale): ma il padre rifiuta il pagamento della fattura che il sarto — come in tutti gli altri casi di ordinazioni effettuate dai figli — gli sottopone; e la gogoliana vicenda, negli anni difficili dell'immediato dopoguerra, arriva al giudizio della Cassazione ⁽⁷⁷⁾ e al vaglio della dottrina ⁽⁷⁸⁾, che inquadra il caso fra gli esempi di infedele trasmissione (dove l'applicabilità dell'art. 1433 cod. civ.) della dichia-

⁽⁷⁵⁾ App. L'Aquila, 22 giugno 1950, in *Riv. giur. abruzz.*, 1950, 291; e v. già in precedenza Cass. 13 dicembre 1934, e Cass. 22 marzo 1935, cit., *supra*, a nota 43.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. Trib. Napoli, 7 giugno 1935, cit.

⁽⁷⁷⁾ Cass. 28 giugno 1946, n. 766, in *Foro it.*, 1947, I, 379.

⁽⁷⁸⁾ MINERVINI, *Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del « dominus »*, *ibid.*

razione di procura, effettuata dal preteso rappresentante quale nuncio della procura stessa.

Vi è il caso dell'alto prelato, segretario della Commissione cardinalizia preposta all'Amministrazione dei beni della Santa Sede, il quale (con abuso di ufficio e per interesse privato) contrae mutui nel quadro di operazioni valutarie speculative ⁽⁷⁹⁾; nonostante fosse « opinione comune nell'ambiente finanziario » che il monsignore « agisse per conto della Santa Sede con i più ampi poteri, tanto da essere considerato il Ministro delle finanze di quello Stato » e fosse inoltre « notorio nello stesso ambiente che era possibile compiere nella Città del Vaticano e per il tramite degli affari finanziari della Santa Sede ogni sorta di operazioni valutarie, per le quali vigevano in Italia rigorose limitazioni », l'affidamento del terzo contraente viene ritenuto inescusabile, avendo questi non solo omesso (giudicandolo irriverente) di richiedere al preteso rappresentante la giustificazione dei propri poteri (art. 1393), ma non avendo neppure consultato l'Annuario pontificio, dal quale sarebbe agevolmente rilevabile la competenza dei vari organi amministrativi della Santa Sede.

Vi è il caso dell'impiegato che per anni si ritiene dipendente di un'impresa, essendo stato assunto da chi dichiara di agire in nome e per conto della stessa, e che solo all'atto della risoluzione del rapporto di lavoro, reclamando le relative indennità, si sente opporre che l'assunzione era stata effettuata non già da un preposto dell'impresa, bensì da un agente non dipendente dalla stessa e munito di un mandato non comprensivo della facoltà di assumere personale ⁽⁸⁰⁾.

Vi è il caso di chi entra in trattative, per l'acquisto di una partita di vino, anziché con il titolare dell'impresa, con un collaboratore e parente di questi, che lo riceve nei locali dell'impresa,

⁽⁷⁹⁾ App. Roma, 4 giugno 1957, in *Foro it.*, 1958, I, 99; Cass. 9 ottobre 1958, n. 3178, *ivi*, 1959, I, 399.

⁽⁸⁰⁾ Cass. 17 luglio 1946, n. 415, in *Mon. Trib.*, 1946, 209; per un caso analogo si veda già Cass. 10 luglio 1936, n. 2441, in *Foro it.*, 1936, I, 1260.

determina quantità e prezzo, accompagna l'acquirente ad effettuare un assaggio nelle cantine, gli consente di prelevare un campione, ed incassa un acconto: gestione inefficace per difetto di potere, come sostiene il titolare, preteso rappresentato, che rifiuta successivamente la prestazione dedotta in contratto? o gestione efficace, basata su un potere derivante dall'apparenza? o derivante da un conferimento implicito o tacito? E a quale tra queste soluzioni ha aderito la Cassazione, condannando in solido il preteso rappresentato e lo pseudo rappresentante al risarcimento danni per inadempienza contrattuale ⁽⁸¹⁾?

Vi è, ancora, tutta una serie di casi in cui, nel comportamento delle parti (principale, preposto, terzo contraente), la nota dominante sembra essere quella dell'ambiguità: la qualificazione giuridica dei rapporti è incerta nella sostanza, oltre che nelle manifestazioni esteriori; l'andazzo sembra porsi come l'unico, approssimativo punto di riferimento per regole di comportamento cui si ricollega allora, non del tutto a torto, un principio di affidamento; e l'imprecisione e genericità nella descrizione e valutazione di quelli che dovrebbero essere gli elementi fattuali decisivi ai fini della ricostruzione giuridica della fattispecie caratterizzano anche le decisioni degli stessi giudici di merito, al punto che sono frequenti in questa materia le sentenze di rinvio della Cassazione che lamentano l'insufficienza dell'indagine sui presupposti di fatto che giustificerebbero l'applicazione di principi di diritto, di per sé ritenuti esatti (quali, ad es., la c.d. apparenza colposa). Sono i casi — particolarmente interessanti perché contenuti nella zona grigia dell'ausiliarietà — in cui la qualifica del preposto è dubbia, e largamente indeterminati ne sono i poteri ⁽⁸²⁾, come

⁽⁸¹⁾ Cass. 20 settembre 1954, n. 3080, in *Giust. civ.*, 1954, 2115. È escluso che sia stato comunque applicato l'art. 2208 cod. civ., stante la mancanza di qualsiasi riferimento alla figura di un institore che abbia agito in proprio nome, restandone impegata la responsabilità del preponente, palese o occulto.

⁽⁸²⁾ Da segnalare, nel senso della più inestricabile ambiguità, le seguenti (fra molte sentenze del genere); Cass. 6 ottobre 1952, n. 2934, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, (XXXII, 3), 6; Cass. 22 ottobre 1956, n. 3804, in *Giust. civ.*, 1957, I, 665; Cass. 5

accade di sovente per certi agenti e titolari di agenzie di imprese di assicurazione, o per certi commessi di negozio, che nel commercio giuridico con i clienti, e soprattutto nell'emettere o nel raccogliere dichiarazioni, o nell'esigere il compimento di determinate formalità (si pensi ai questionari riempiti e sottoscritti dagli assicurati), non solo si allontanano dalle regole di condotta prescritte cautelativamente dal principale (che tuttavia talvolta tollera o addirittura incoraggia la loro inosservanza, ritenendosi comunque protetto), ma inducono il terzo contraente ad un comportamento a sua volta incurante (più o meno consapevolmente) del rispetto di quelle rigorose, e apparentemente superflue, formalità ⁽⁸³⁾.

Vi è, infine, un'altra serie di casi tipicamente caratterizzati da un'avvenuta cessione di azienda, cui non fa riscontro la conoscenza da parte dei terzi del mutamento, ossia della successione nella titolarità dell'impresa ⁽⁸⁴⁾, ciò può avvenire quando, ad es., il precedente titolare risulta tuttora intestatario dell'esercizio (ovvero di licenze ed autorizzazioni amministrative ad esso relative),

marzo 1958, n. 2716, in *Riv. dir. commerc.*, 1959, II, 335; Cass. 30 luglio 1947, *ivi*, 1948, II, 1; Cass. 17 marzo 1950, *ivi*, 1951, II, 82; Cass. 12 luglio 1965, n. 447, in *Foro it.*, 1966, I, 339; e, recentissima, Cass. 22 luglio 1966, n. 1607, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, 812.

⁽⁸³⁾ Vi è indubbiamente un margine, nelle situazioni ambigue, entro il quale l'assunzione del rischio (da parte del mandante che abbia dato istruzioni imprecise: cfr. Cass. 10 giugno 1949, n. 1440, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949 (XXVIII, 2), 516; o da parte del terzo incautamente affidantesi: cfr. Cass. 15 luglio 1963, n. 1929, in *Foro it.*, 1963, I, 2065) non è giuridicamente reversibile, ancorché in ultima analisi indotta da un comportamento socialmente coatto che dovrebbe suggerire la più larga applicazione di considerazioni equitative, sulle quali invece non sono ancora confluite in misura adeguata l'attenzione e la valutazione dei giudici; non si allude alle situazioni in cui l'estensione della tutela importerebbe il premio alla dabbenaggine, ma a quelle, frequentissime, in cui il comportamento si modella sull'ossequio alla consuetudine, sul ritegno a manifestare soverchia diffidenza, sulla semplicità delle forme, sulla signorilità, e talvolta sull'abitudinaria soggezione a forme di prevaricazione contrattuale, cui gli artt. 1341, 1342, 1362 ss. frappongono sovente troppo fragile ed illusoria difesa.

⁽⁸⁴⁾ L'ipotesi è considerata un'esemplare fattispecie di apparenza giuridica, accreditata dalla giurisprudenza, da FALZEA, voce « Apparenza », in *Enc. del. dir.*, cit., a p. 701.

ed il suo nome venga (quindi) ufficialmente speso, da solo o in ambiguo collegamento con quello del nuovo effettivo esercente dell'attività imprenditrice (che può apparire ai terzi un semplice preposto); così come può inoltre avvenire che il cedente dell'azienda continui addirittura l'esercizio di essa sul piano della gestione di fatto senza apparente soluzione di continuità, in quanto a ciò preposto dall'acquirente dell'azienda e successore nell'impresa, che peraltro può restare affatto sconosciuto ai terzi ⁽⁸⁵⁾. Si tratta di situazioni veramente paradigmatiche, e di grandissima rilevanza storica oltre che dogmatica, perché su di esse si risentono in modo particolarmente pressante l'incidenza delle forme di pubblicità ⁽⁸⁶⁾ e la portata della teorica dell'imprenditore occul-

⁽⁸⁵⁾ Anche in questi casi l'intestazione delle licenze, ed altri consimili elementi burocratici, possono collimare o contrastare con altre risultanze di fatto o dichiarazioni dell'apparente titolare o dell'apparente preposto. Né è infrequente che in queste ipotesi svolga invece un ruolo preminente la simulazione inversa, per quanto concerne lo stesso negozio di cessione di azienda, onde potrebbe in qualche caso risultare che imprenditore effettivo è pur sempre il cedente, mentre è il preteso cessionario ad essere solo apparentemente imprenditore. È superfluo rilevare, infine, che tutte le considerazioni qui svolte sono ugualmente applicabili ai trasferimenti del godimento dell'azienda (affitto, usufrutto: artt. 2556, 2561, 2562 cod. civ.), con le ulteriori conseguenze sull'affidamento dei terzi derivanti dall'applicazione delle norme sull'uso (obbligatorio, e non meramente consentito, come nel caso della ditta derivata) della ditta originaria.

Per le più recenti sentenze in materia (quasi tutte, pur con diverse sfumature, nel senso di riconoscere efficacia all'apparente rapporto di preposizione intercorrente tra imprenditore presunto e imprenditore effettivo) cfr. Cass. 4 maggio 1963 n. 1099, in *Giur. it.* 1964, I, I, 626; Cass. 27 aprile 1964, n. 1013, in *Foro pad.* 1964, I, 1375; Cass. 14 febbraio 1966, n. 471, in *Foro it.*, 1966, I, 1917; e già in precedenza, tra le più significative, App. Napoli 29 luglio 1953, in *Riv. dir. commerc.*, 1954, II, 351; App. Milano 12 luglio 1955, in *Foro pad.* 1956, I, 350; Cass. 8 ottobre 1956, n. 3389, in *Foro it.* 1957, I, 1473.

⁽⁸⁶⁾ In un puntuale scritto in argomento, il PAVONE LA ROSA, *Sulla pubblicità degli atti di trasferimento dell'azienda*, in *Foro it.* 1957, I, 1474, lamenta giustamente la mancata attuazione, da un lato, delle forme di pubblicità connesse all'istituzione del registro delle imprese, e dall'altro lato l'illusorietà o ambiguità delle forme di pubblicità di fatto (suggerite dalla giurisprudenza per eliminare l'operatività dell'apparenza), tanto più in funzione del regime della ditta cui si è fatto cenno nella nota precedente.

Lascia tuttavia perplessi l'auspicio di una pronta attuazione del registro delle imprese, che non solo non sembra realizzabile a breve scadenza, e difficilmente eliminerebbe (se non su di un piano meramente formalistico, come chiarirò in seguito) le

to⁽⁸⁷⁾, e perché d'altronde non a caso tutto un capitolo del

difficoltà denunciate, ma lascerebbe inoltre per definizione scoperta tutta la zona delle imprese non soggette a registrazione, cioè proprio quei modesti esercizi (botteghe, negozi, bar ecc.) con riguardo ai quali il fenomeno dell'ambiguità in occasione dei trapassi di proprietà o di gestione sembra proporsi con più grave incidenza, almeno sotto il profilo della sorpresa della buona fede dei terzi in ragione della limitata entità economica degli affari transatti in tale sfera di attività, e quindi dello scarso controllo che ci si può ragionevolmente attendere da parte del pubblico.

Il problema è stato affrontato in Francia da recenti leggi sotto il profilo della pubblicità specifica dei contratti di *location-gérance* dei *fonds de commerce* (cfr. decreti 22 e 30 settembre 1953, e legge 20 marzo 1956), su cui si vedano le ampie e talvolta apprezzabili considerazioni di CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Paris, 1959, pp. 21, 56, 64 ss.

(87) Contrastata anche su questo punto da BELVISO, *Op. cit.*, pp. 133-4, nel senso di escludere che possa instaurarsi un rapporto da imprenditore occulto a imprenditore palese *sub specie* di preposizione institoria, almeno in qualche caso, fra cui rientrerebbe l'ipotesi « di un soggetto che svolga attività d'impresa in nome proprio, ma non personalmente, bensì servendosi di un institore, il quale risulti poi il reale interessato all'impresa medesima » (*ibid.*). L'obiezione viene così proposta: « In un'ipotesi del genere, l'imprenditore palese dovrebbe essere institore segreto dell'imprenditore occulto, che, a sua volta, appare ai terzi come institore, bisognerebbe dire: palese. Ma ciò non sembra: in verità l'imprenditore palese non svolge nessuna attività in favore di altri limitandosi a figurare titolare di un'attività, che per ipotesi viene svolta di fatto dal reale interessato ». (Corsivo mio; basta pensare che l'attività di fatto potrebbe essere svolta da una terza, diversa persona, ad essa preposta, per comprendere — come sarà subito ulteriormente chiarito — che l'esempio ipotizzato poggia essenzialmente su forzature non necessarie). In conclusione — secondo la tesi qui riferita — sarebbe assurdo qualificare di preposizione institoria un rapporto in cui l'imprenditore palese-institore segreto si limiterebbe a fungere da prestanome, senza compiere alcuna opera gestoria (attuata invece dallo stesso interessato, ovvero — come ho appena rilevato — da una terza persona ancora). Ma questa argomentazione (benché riferita a una situazione particolarmente intricata e pertanto apparentemente vulnerabile) non è da considerarsi decisiva: la rilevanza dell'attività di qualsiasi institore è in ogni caso schiettamente giuridica, ed è indifferente sotto questo profilo che l'opera di gestione sia concretamente svolta da lui o da altro preposto o sostituto (restando fermo, per l'art. 2208, che è comunque concepibile la spendita del nome dell'institore in quanto tale, quindi anche se fatta da altri); ne consegue che anche l'attività, e quindi la qualificazione, di qualsiasi institore segreto, può risolversi in una mera funzione di copertura giuridica dell'imprenditore occulto, senza che l'esempio qui discusso sia tale da incidere sulla validità, o meno, della configurazione dell'institore segreto. Tale è, o può essere, al di là di un richiamo alle concrete prestazioni originarie (indubbiamente tuttora tipiche) dell'institore, la portata della sua attuale sistemazione giuridica.

Chiarisco ora ciò che si sarebbe potuto mettere in evidenza sin dall'inizio di questa nota, e cioè che le suddette tortuose ipotesi configurate in astratto (quasi come prova di resistenza marginale), sono in realtà tra le più frequenti e normali, risultando

pensiero giuridico anglosassone (circa le relazioni tra *undisclosed agency* e *apparent authority*) si è venuto svolgendo da quasi un secolo, ed è stato in questi ultimi anni radicalmente rimeditato, proprio attraverso l'inesausta analisi di un celebrato *case* del 1893, il *Watteau v. Fenwick*, in cui appunto il cedente dell'azienda aveva continuato ad operare quale gestore dell'esercizio, e così da institore (segreto) del cessionario⁽⁸³⁾, e dove si incontra, in ragione dell'eccesso di potere da parte dell'institore, « quella

appunto, in genere, dai veri o presunti trapassi d'azienda di cui è questione nel testo. In altre parole, tali trapassi possono porre problemi non solo di rappresentanza apparente, ma anche (seppur non necessariamente) di esercizio indiretto o occulto dell'impresa. Nel primo caso, va senz'altro tenuta presente almeno la necessità che i beni nella disponibilità dell'esercente l'azienda (pur se di proprietà del precedente titolare, ma senza che i terzi possano essere ragionevolmente a conoscenza dell'attuale titolarità dell'esercizio) non vengano sottratti alla garanzia dei creditori dell'impresa (la questione va tenuta distinta dall'obbligo di riconsegnare cose su cui altri, in condizioni normali, vantino un diritto reale o un credito di restituzione: cfr. CASANOVA, *Disciplina giuridica delle obbligazioni di restituzione nel fallimento*, Pisa, 1933, pp. 8-16): si tratta di un'applicazione particolare di un principio di affidamento non dissimile dalla regola inglese della *reputed ownership* (cfr. FERRARA, *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1948, pp. 417 ss.; BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 125, nota 18, pp. 136-41; cui adde ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956, pp. 111 ss.). Nel secondo caso, la regola della *reputed ownership* resta assorbita, ove si ammetta la teoria dell'imprenditore occulto: e ciò è già stato rilevato, ovviamente, dal BIGIAMI, *Op. ult. cit.*, p. 126, nota 18; aggiungerei tuttavia che, anche in tal caso, la regola continua a rivestire un ulteriore motivo di interesse, che può emergere solo al di fuori di un contesto fallimentare, quale era quello tenuto presente dal BIGIAMI: essa funge, infatti, come una delle spiegazioni politiche — forse la più rilevante — della stessa operatività dell'*agency* nei confronti dell'*undisclosed principal*, impegnando la responsabilità di quest'ultimo, per le obbligazioni assunte dall'*agent* institore segreto, anche al di là dei poteri internamente conferitigli, e ciò in funzione (e non necessariamente nei limiti, bensì con un collegamento globale) dell'utilizzazione del complesso dei beni dell'impresa di proprietà dell'imprenditore occulto da parte dell'imprenditore palese. Mi pare che in questo senso acquistino significato le penetranti osservazioni di STOLJAR, *The Law of Agency*, cit., pp. 55-59, a proposito del *leading case* *Watteau v. Fenwick*, di cui alla nota successiva; in conclusione, anche nel caso dell'imprenditore occulto, gli « *indicia of ownership* » che collegano l'impresa all'institore segreto mantengono rilievo sotto il profilo della rappresentanza indiretta, anche non autorizzata, ossia dei poteri di gestione di quest'ultimo.

⁽⁸³⁾ *Watteau v. Fenwick*, 1 Q. B. (1893) 346; cfr. SEAVEY, *Studies in Agency*, St. Paul, Minn., 1949, pp. 190 ss.

straordinaria anomalia, la rappresentanza apparente rispetto a un rappresentato occulto » (⁸⁹).

Quattro decisioni della nostra Cassazione (fra le più recenti pronunciate in materia) consolidano definitivamente il principio della responsabilità contrattuale del preteso rappresentato, convalidando la nozione di rappresentanza apparente, limitatamente alle situazioni di apparenza colposa creata appunto dallo stesso preteso rappresentato (⁹⁰); e le due ultime decisioni non solo affermano il principio, ma (diversamente dalle altre due, in cui la fattispecie non risulta in concreto integrata) ne riconoscono l'applicabilità alle situazioni di fatto accertate dai giudici di merito.

È noto (e lo si rilevava più sopra) che, da un lato, la teorica della rappresentanza apparente è circondata da diffidenza e riserve, di cui il rilievo stesso dato al requisito della colpa è già, intrinsecamente, una comprensibile manifestazione (⁹¹); e la cautela trova ulteriori, giustificati appigli nella disciplina della procura (⁹²) e della sua forma (⁹³), e nella molteplicità delle ipotesi in cui l'efficacia della pubblicità è (o dovrebbe essere) decisiva. Dall'altro lato, vi è la tendenza a spiegare le stesse ipotesi di gestione efficace riconosciute dalla legge — sulla base di

(⁸⁹) « In *Watteau v. Fenwick* we encounter that extraordinary anomaly, the apparent authority of the agent of an undisclosed principal »: F. R. MECHEM, *Outlines of the Law of Agency*, (ed. P. MECHEM), Chicago, 1952, p. 74.

La peculiarissima costruzione dell'*undisclosed agency in common law* sarà valutata globalmente più avanti.

(⁹⁰) Cass. 7 aprile 1964, n. 780, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 464; Cass. 12 luglio 1965, n. 147, in *Foro it.*, 1966, I, 339; Cass. 14 febbraio 1966, n. 471, *ivi*, 1966, I, 1917; Cass. 18 marzo 1966, n. 746, *ibid.*

(⁹¹) Sul ruolo della colpa cfr. più ampiamente avanti. Si noti sin d'ora, d'altronde, che lo studio della colpa, consueto nelle fattispecie invalidatorie, trova in questo caso applicazione invece a fattispecie sananti, come vedremo verificarsi anche per l'errore. Per l'inquadramento di questo tema cfr. intanto MAIORCA, voce « *Colpa civile (teoria generale)* », in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, 534, 547.

(⁹²) Il riferimento a NICOLÒ, *La c.d. procura apparente*, in *Foro d. Lomb.*, 1935, I, 559 è tuttora essenziale.

(⁹³) Su questo punto si vedano le osservazioni di TORRENTE, *In tema di procura apparente*, in *Foro it.*, 1958, I, 391.

un potere che prescinde dalla persistenza di un conferimento autorizzativo (in quanto questo sia revocato o modificato: articolo 1396 cod. civ.) — in termini di inopponibilità dei limiti intervenuti ad operare sul negozio di conferimento, finché questi non siano noti ai terzi; e dovendosi poi precisamente dar ragione della portata sistematica di tale inopponibilità (che di per sé, ovviamente, non spiega affatto la *ratio* dell'efficacia della gestione, individuandone solo il mezzo tecnico di realizzazione) si tenta di sottrarsi all'operatività di un principio di apparenza, configurando — al di là di ciò che ne costituisce un'evidente applicazione (posto che l'inopponibilità del limite è una conseguenza della sua non apparenza) ⁽⁹⁴⁾ — l'esistenza di una situazione reale ⁽⁹⁵⁾. L'argomento, nella sua singolare dialettica, resta poco perspicuo, o meglio si comprende solo attribuendo il valore di « situazione reale » a tutta una serie di elementi formali, e cioè la presenza della procura e la mancata rimozione di essa finché non sia completata (con la comunicazione ai terzi e salva la loro conoscenza acquisita *aliunde*) la formazione progressiva del negozio di revoca o di modifica ⁽⁹⁶⁾. Si può senz'altro convenire che questa è *lawyers' law* ad alto livello, racchiusa in se stessa e ricostruita dall'interno con rigore logico ⁽⁹⁷⁾; ma essa non può soddisfare, neppure dogmaticamente, le esigenze da cui muove l'indagine, ove si tratti di individuare, nella legge come sistema, il principio ordinatore di un determinato fenomeno (quale la rappresentanza, o più latamente la gestione), così da confrontarne la rispondenza — sia pure imperfetta, e condizionata da fattori tecnici — a quelle necessità e situazioni, appunto, « reali » (ma

⁽⁹⁴⁾ Così riconosce lo stesso SANTORO-PASSARELLI, *Responsabilità del fatto altrui ecc.*, in *Saggi di dir. civ.*, cit., 1903, a p. 1102, nota 14.

⁽⁹⁵⁾ NICOLÒ, *Op. loc. cit.*

⁽⁹⁶⁾ *Ibid.*

⁽⁹⁷⁾ Anche SANTORO-PASSARELLI, *Op. loc. ult. cit.*, non esita ad attribuire carattere di situazione reale alla ricostruzione tecnica configurata dal NICOLÒ, ma ammette che l'apparenza sia alla radice della norma di legge così interpretata, come *ragione politica* di essa.

non in senso meramente giuridico) che esistono al di fuori e prima della legge, e in funzione delle quali, in ultima analisi, la legge è posta. E così, quando si parla di « inopponibilità » e di « situazione reale » come risultato della combinazione di un negozio preesistente di procura (o meglio del suo effetto reale: la qualità di rappresentante dell'investito) con un negozio di revoca incompleto nel suo procedimento formativo, non si è in verità assolto il compito di fornire il *rationale* della descritta regolamentazione ⁽⁹⁸⁾.

Tuttavia, pur con le limitazioni formalistiche che probabilmente sono l'inevitabile conseguenza di un preconetto rifiuto dell'apparenza ⁽⁹⁹⁾, bisogna riconoscere che i termini essenziali del problema sono stati esattamente ed accuratamente individuati proprio accostando e contrapponendo situazione apparente e situazione reale, e indirizzandosi verso una ricognizione (peraltro

⁽⁹⁸⁾ Sempre per la verità, occorre aggiungere che questo non poteva essere nelle intenzioni della breve nota del NICOLÒ; ma, successivamente, ad essa ci si è costantemente richiamati anche in contesti di più ampio respiro. E in considerazione di ciò si potrebbe ripetere, proprio con riferimento alla soluzione indicata dall'autorevole scrittore, ciò che egli stesso rilevava a proposito di altre formule da lui giustamente criticate come inidonee a spiegare il fondamento e la stessa configurabilità del fenomeno, e di cui rilevava che, anche a voler loro « riconoscere portata costruttiva, con esse non si può individuare, con processo autonomo di ricerca, la causa dell'effetto predisposto dalla norma, ma si finisce solo col voler desumere, dalla positiva sussistenza dell'effetto, l'esistenza della causa che normalmente dà luogo a quell'effetto. Bisognerebbe invece dimostrare per lo meno due cose: a) che tra l'effetto e la causa la cui esistenza si desume dalla presenza di quello, vi sia una necessaria (e non semplicemente normale) correlazione; b) in secondo luogo quale sia la giustificazione sistematica dell'esistenza della causa, dimostrare in altri termini perché, malgrado la revoca, il rappresentante sia ancora legittimato o abbia il potere di agire validamente per il rappresentante » (NICOLÒ, *Op. cit.*, c. 564). Anche su questo piano, la dimostrazione a sua volta tentata da questo a. non è, per i motivi che illustreremo, persuasiva.

⁽⁹⁹⁾ Il momento di evoluzione del pensiero giuridico che stiamo esaminando, e che si estende agli ultimi tre o quattro decenni, è caratterizzato da una ricorrente ostilità nei confronti dell'utilizzazione sul piano tecnico del principio dell'apparenza (e basti ricordare, fra i tanti, STOLFI G., *L'apparenza del diritto*, Modena, 1934 e VERGA, *Osservazioni in tema di apparenza*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, 193), in polemica talvolta sterile anche con ogni tentativo di fissarne concretamente i connotati, la portata e i limiti, quale si ritrova precipuamente in MOSSA, *La dichiarazione cambiaria*, Pisa, 1930, e in SOTCIA, *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, cit.

tutta ancora da approfondire) dell'effettiva sussistenza di elementi riferibili precisamente a una *qualche* situazione reale nelle ipotesi problematiche in esame.

Non poteva essere diversamente, in considerazione della frequenza con cui apparenza e realtà si presentano nella speculazione giuridica in una certa posizione di alternatività che (come vedremo tra breve) sembra talvolta sfociare in una di fungibilità. Né pare che, nell'ambito che ci interessa, altre costruzioni ricorrenti (procura tacita, presunta, da comportamento concludente, di tolleranza o sopportazione; *Vertrauenshaftung*; dichiarazioni legalmente tipizzate; ecc.)⁽¹⁰⁰⁾ costituiscano in sostanza più che varianti di quell'alternativa, sul cui sfondo si colloca — secondo una terminologia ormai largamente accolta — un principio di autoreponsabilità⁽¹⁰¹⁾, intesa questa come onere all'assunzione di un determinato contegno e come fondamento dell'equipollenza, che sarebbe in questi casi riconosciuta dall'ordinamento, tra azione realizzata e azione doverosa⁽¹⁰²⁾.

Altrimenti formulata, l'essenza di tali costruzioni si risolve cioè nell'affermazione dell'autoreponsabilità del gerito, che si prospetta come conseguenza di una situazione fondata in apparenza o (secondo altri) in fatto, e che rende comunque efficace la gestione nei suoi confronti.

⁽¹⁰⁰⁾ In particolare sulle dichiarazioni legalmente tipizzate cfr. gli spunti di MENGONI, *Ancora in tema di pagamento al « falsus procurator »*, in *Riv. dir. commerc.*, 1953, II, 118, 120-1, e l'inquadramento generale di SCHLESINGER, voce « *Dichiarazione (teoria generale)* », in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, p. 371 ss., qui a p. 384; e già MANICK, *Das Rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1939, pp. 279 ss., e SCHMIDT-RIMPLER, *Grundfragen etc.*, cit., infra, alla nota 125. Sulla *Vertrauenshaftung* v. per tutti STAUDINGER, *BGB I* (RIEZLER-COING, *Allg. Teil*), cit., a p. 996. Sulle altre configurazioni della procura *infra*.

⁽¹⁰¹⁾ Per la recente precisazione del concetto v. PUGLIATTI, voce « *Autoreponsabilità* », in *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 542 ss.; ma v. già MÜLLER-ERZBACH, *Gefährdungshaftung u. Gefahrtragung*, in *Arch. f. d. Civ. Praxis*, 106 (1910), 309; *ivi*, 109 (1912), 1; MANICK, *Irrtum u. Auslegung*, Berlin, 1918, pp. 250 ss.; MOSSA, *La dichiarazione cambiaria*, cit., p. 105; SOTCIA, *Apparenza giuridica ecc.*, cit., pp. 251 ss.

⁽¹⁰²⁾ PUGLIATTI, *Op. loc. ult. cit.*, a p. 464.

Resta da soffermarsi (evitando di rimanere vincolati alla disputa circa la validità in generale del principio dell'apparenza) ⁽¹⁰³⁾ su quella singolare « fungibilità » di due termini *prima facie* così antitetici, quali « apparenza » e « realtà ». Cosa c'è alla base del loro frequente scambio, della frequente individuazione degli estremi ora dell'una, ora dell'altra, nell'ambito dello stesso ordine di fenomeni, e a seconda — si direbbe — di arbitrari criteri di preferenza dell'osservatore?

Indubbiamente, spesso si tratta semplicemente di un equivoco, di un procedimento valutativo errato, di una confusione concettuale ⁽¹⁰⁴⁾.

Ma in molti casi, invece, le possibilità di trasposizione dalla sfera del reale a quella dell'apparente hanno, anche nel campo giuridico, origini più profonde e riscontri più sostanziali nell'oggettiva complessità dei fenomeni considerati ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰³⁾ E si noti che una disputa analoga si riproduce sostanzialmente anche a proposito del principio di autoreponsabilità; cfr. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, p. 180.

⁽¹⁰⁴⁾ Il discorso potrebbe essere, su questo punto, ampio e complesso. È gioco-forza limitarsi qui a ricordare le sottilissime ma precise distinzioni ricorrenti a più riprese in BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 45, nota 9; *Id.*, *Difesa ecc.*, cit., p. 27, nota 19; *Id.*, *Società occulta, società palese, società apparente (Audizione e legittimazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, II, 528, a pp. 550 ss. Non è senza interesse rilevare che da questi scritti emergono una serie di connessioni tra società occulte, irregolari o di fatto (soprattutto con riferimento al diritto francese), e apparenti, che giustificano ampiamente le perplessità qui appena accennate. Cfr. anche, con esatte considerazioni sull'efficacia necessariamente relativa, in termini di responsabilità, delle c.d. società apparenti, o meglio della posizione dei singoli soci apparenti, BELVISO, *Società apparente o « impresa di gruppo »?*, in *Riv. dir. commerc.*, 1963, II, 238.

⁽¹⁰⁵⁾ L'interesse dell'antitesi fra apparenza e realtà, che assume necessariamente coloriture speculative, sembra modernamente concentrarsi sulla contrapposizione, per quanto riguarda il termine apparenza, tra le caratteristiche della « trasparenza » e della « opacità »: solo la prima, ovviamente, assume rilievo, in quanto l'apparenza (per distinguersi dal generico apparire, che può essere anche della realtà) deve appunto far trasparire un fenomeno attraverso un altro, laddove un fenomeno opaco, che rivela soltanto sé stesso, non conferisce alla nozione di apparenza alcun significato, in questo contesto.

Sul piano giuridico l'osservazione è già stata fatta ripetutamente, seppur con diverse formule (cfr., ad es., FALZEA, voce « Apparenza », in *Enc. del dir.*, II, Milano, 1958, pp. 682 ss., 685; Salv. ROMANO, *Osservazioni sulle qualifiche « di fatto » e*

E si osservi, anzitutto, come si presenta la situazione *alla luce del senso comune*, prescindendo per un momento dallo svolgimento del dato normativo.

È chiaro che se l'apparenza dovesse sempre essere tutelata per una sua autonoma rilevanza, assolutamente oggettiva, non avrebbe senso distinguere tra apparenza « pura » e apparenza « colposa »: ed è noto invece che le applicazioni del principio sono spesso (e in particolare proprio nel nostro caso, della c.d. rappresentanza apparente) contenute entro i limiti di situazioni caratterizzate da colpa ⁽¹⁰⁶⁾; tuttavia, questa limitazione — nel cui ambito, soprattutto da parte della giurisprudenza, si ritiene di dover circoscrivere i casi non specificamente previsti dalla legge — è di per sé arbitraria, tanto è vero che la legge, in quei casi che sono invece espressamente contemplati, ne prescinde (e dà rilievo piuttosto alla posizione contrapposta del terzo, che deve versare in stato di errore oggettivamente scusabile, se non anche, come pare, di buona fede soggettiva) ⁽¹⁰⁷⁾. Non bisogna quindi credere che l'elemento della colpa possa adottarsi come criterio di valutazione della situazione giuridica da regolare, tale da determinare — *sul piano dei principi in esame* — conseguenze in capo al titolare in funzione del suo comportamento negligente o doloso, piuttosto che in funzione dello stato di apparenza che comunque ne risulta: fra l'altro, se ciò fosse vero, e cioè se in pratica fosse la colpa a venire in rilievo come requisito autonomo

« di diritto », in *Scritti giur. in onore di Santi Romano*, IV, Padova, 1940, pp. 145-6; nonché già SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, rist. 1953, pp. 215-6).

Ma è interessante osservare che il fenomeno relazionale della trasparenza ha assunto un rilievo assai più generale, e che ad esso mettono capo sul piano filosofico studi recenti che indagano il rapporto tra l'uomo, il linguaggio e le cose (FOUCAULT, *Le parole e le cose. Una archeologia delle scienze umane*, Milano, 1967, specie a p. 327 ss.), o, sotto altro non dissimile profilo, quello tra l'uomo, la percezione e le cose (*La psicologia transazionale* [KILPATRICK, ed.], Milano, 1967).

⁽¹⁰⁶⁾ FALZEA, *Op. ult. cit.*, qui a p. 700.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, pp. 685, 694. V. anche MONACCANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, p. 150, e MENGONI, voce « *Acquisto 'a non domino'* », in *Noviss. Dig. it.*, I, I, Torino, 1957, pp. 242, 246-7.

di qualificazione della fattispecie, la conseguenza logica — *disco-standosi da quei principî* — sarebbe l'applicabilità delle norme sull'illecito (non importa se extracontrattuale o precontrattuale), insieme al declassamento del fenomeno specifico della creazione di apparenza a mera componente fattuale (*evento*), risultante dal comportamento (*azione soggettiva*) che ha in ultima analisi per effetto il *danno ingiusto*, il cui momento genetico e causale sarebbe tuttavia costituito dalla *colpa* e dalla sua *imputabilità* al soggetto ⁽¹⁰⁸⁾; e invero, abbiamo visto come chi muove appunto da tale convincimento finisca più coerentemente per risolvere il problema della tutela del terzo non già sul piano della conservazione del negozio concluso dallo pseudo legittimato, bensì sul piano del risarcimento danni a carico del supposto *dominus* in colpa (riportandosi allora su un terreno del tutto estraneo a quello qui considerato), ed eventualmente del risarcimento in forma specifica ex art. 2058 (confondendo allora i due ordini di fenomeni, in modo tanto artificioso quanto fallace) ⁽¹⁰⁹⁾.

Occorre dunque convincersi che la richiesta della presenza della colpa del titolare, per riconoscere effetti giuridici alla situazione apparente, può giustificarsi non per il rilievo immediato che la colpa normalmente assume come componente soggettiva

⁽¹⁰⁸⁾ MATORCA, voce « *Colpa civile (teoria generale)* », cit., a pp. 556 ss. Occorrerebbe peraltro risolvere nel senso di una generale validità del principio « *alterum non laedere* » (sia pure in quella sua specificazione che è lo *Schutzpflicht* o « dovere di protezione ») il problema dell'antigiuridicità del comportamento in questione. Si vedano SCHLESINGER, *La « ingiustizia » del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 336, e gli altri esaurienti richiami in BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza ecc.*, cit., a pp. 376-77.

⁽¹⁰⁹⁾ La conservazione della validità del negozio come la sanzione riparatoria più adeguata è peraltro idea ricorrente, seppure in forma non approfondita, e denuncia una imperfetta decantazione del problema. Ai richiami già fatti *supra* (nota 45), adde SACCO, *Culpa in contrahendo ecc.*, cit., a p. 82 (« L'applicazione del principio di apparenza porta con sé il risarcimento in forma specifica »); CALAIS-AULROY, *Essai sur la notion d'apparence etc.*, cit., p. 59. In MOSSA, *La dichiarazione cambiaria*, cit., gli accenni in questo senso (pp. 104 ss., 134) sono indubbiamente più meditati, rinvenendosi un tentativo di giustificazione nella considerazione che « l'interesse negativo può, infatti, raggiungere il massimo grado dell'interesse positivo » (p. 134, nota 280).

di un'azione antigiuridica, ma solo in funzione indiretta, e cioè in quanto la colpa stessa implica un comportamento, di per sé idoneo a costituire un *collegamento* tra la situazione apparente e il soggetto che, appunto in virtù di tale collegamento, può essere ragionevolmente chiamato a sopportarne le conseguenze; ma se — adottando questa prospettiva — è il criterio di collegamento che in realtà deve considerarsi decisivo ai fini dell'incidenza di determinati effetti giuridici sul soggetto ⁽¹¹⁰⁾ di una situazione c.d. apparente, dovrebbe anche concludersi in via di prima approssimazione che, oltre alla colpa (ed anzi prescindendo comunque dalla teorica dell'illecito in cui essa di solito si colloca, e così dal comportamento che essa qualifica), anche altri fattori di collegamento (sempre al di fuori delle fattispecie di apparenza legislativamente regolate) possono comportare l'operatività del particolarissimo principio di apparenza in esame, purché anch'essi idonei a giustificare il sacrificio del soggetto cui la situazione apparente fa capo, ossia del controinteressato alla protezione dell'affidamento, tanto più se questo dovesse qualificarsi « affidamento involontario » ⁽¹¹¹⁾.

In altre parole, un'eventuale ipotesi extralegislativa di tutela di una situazione apparente non potrebbe configurarsi — senza risultare eccessiva, e quindi ingiustificata nella quasi totalità dei casi — sul piano dell'apparenza « pura », e non sarebbe d'altra parte coerentemente relegabile nella sfera ambigua, o meglio ibrida, della c.d. apparenza « colposa » ⁽¹¹²⁾. Risulta chiaro da quanto precede che occorrerebbe piuttosto fare ricorso ad una nozione di apparenza « qualificata » dall'esistenza di un colle-

⁽¹¹⁰⁾ Uso qui il termine « soggetto », più generico di quello « titolare », che a proposito del preteso rappresentato potrebbe risultare equivoco, come meglio si noterà in seguito.

⁽¹¹¹⁾ Per questa terminologia, che si riferisce alla volontà non già del terzo, bensì del dichiarante che dà luogo all'affidamento, cfr. MOSSA, *Op. ult. cit.*, pp. 111, 132 ss., e SOTGIA, *Op. ult. cit.*, pp. 310 ss.

⁽¹¹²⁾ Del resto in questo senso CALAIS-AULROY, *Op. cit.*, pp. 21-59, risolvendo i problemi suscitati da SOTGIA, *Op. cit.*, p. 304, e MOSSA, *Op. loc. ult. cit.*

gamento con il soggetto cui conviene riferire gli effetti di una stipulazione altrimenti invalida ⁽¹¹³⁾.

Ora, è già sin troppo evidente che precisamente l'esistenza del « collegamento » denuncia qualcosa di concreto, quel qualcosa di concreto che, se qualifica alcune situazioni suscettibili di integrare un determinato fenomeno di apparenza, al tempo stesso le trasferisce — si potrebbe dire — sul piano del reale, sul piano dei rapporti di fatto ⁽¹¹⁴⁾. Ma questa è apparenza, appunto, o realtà giuridica? Prima di sciogliere il nodo (ammesso che valga la pena di scioglierlo... ossia di spostarlo a livello di teoria generale) ⁽¹¹⁵⁾, vorrei riportarmi al compito più modesto, ma forse più utile, che queste note si propongono, e chiarire con quali aspetti peculiari, e in quale misura, quei motivi di senso comune, e perciò stesso intuitivi, che si è cercato di svolgere sinora in termini generali, trovano riscontro quando la c.d. situazione apparente riguarda un (preteso) potere di rappresentanza, o meglio — secondo la terminologia che si è suggerita come più adeguata

⁽¹¹³⁾ Solo parzialmente analogo il ragionamento di BESSONE, *Op. cit.*, pp. 378-80, il quale, pur respingendo il principio della colpa per l'applicabilità dell'art. 1433 cod. civ., con il richiamarsi al principio sostanzialmente equivalente (sotto il profilo qui considerato, che è di contestazione del ricorso ai meccanismi dell'illecito extra-contrattuale) della responsabilità oggettiva, viene a confliggere da un lato con la conseguenza tipica prevista dalla norma (la produzione degli effetti del contratto), dall'altro con l'estensione di essa, che non pare condizionata (come sostenuto dal B.) da un comportamento del dichiarante, o dall'imputabilità allo stesso della scelta del mezzo di trasmissione della volontà.

⁽¹¹⁴⁾ Questo fenomeno era, in sostanza, presente al MOSSA, quando egli distingueva categoricamente tra « apparenza della dichiarazione » nell'ambito della teoria dell'apparenza giuridica da un lato, e il vero fondamento della propria costruzione cambiaria dall'altro, ossia la « dichiarazione di apparenza » (*Op. cit.*, p. 117).

⁽¹¹⁵⁾ Che solo situazioni di fatto possano fondare fattispecie di apparenza è osservazione intuitiva (già di WELLSPACHER, *Vertrauen auf äussere Tatbestände im b. R.*, Wien, 1906; ora in FALZEA, *Op. cit.*, p. 687); ma si tratta appunto di stabilire quando i fatti abbiano il carattere della « trasparenza », e quando quello (autonomamente rilevante) della « opacità ». (Cfr., sopra, alla nota 105).

La stessa alternativa tra procura apparente e procura tacita (così tormentata presso gli studiosi dell'apparenza: CALAIS-AULOY, *Op. cit.*, pp. 76, 82) si risolve in un senso o nell'altro a seconda degli indirizzi generali seguiti nell'ambito di quella problematica.

ai problemi in trattazione — quando la c.d. situazione apparente riguarda un conferimento di potere di gestione, o comunque l'esistenza del potere medesimo, e ne dipenda quindi l'efficacia di una gestione rappresentativa altrimenti priva di legittimazione.

C) Il fatto è che non è possibile ricostruire adeguatamente i fenomeni in esame senza soffermarsi su due componenti critiche, che li condizionano profondamente. Questi punti di riferimento, allo stato delle cose ineliminabili da qualsiasi discorso sulla rappresentanza e la gestione, sono la procura e la pubblicità: che toccheremo muovendo dal presente contesto della rappresentanza apparente.

α) Al tempo stesso, due sono anche le caratteristiche che, combinandosi, rendono a mio avviso del tutto peculiare l'ipotesi della rappresentanza apparente a fronte di altre fattispecie di apparenza:

a) In primo luogo, la rappresentanza comporta un rapporto tra due soggetti (rappresentato e rappresentante) ⁽¹¹⁶⁾ anziché una situazione unisoggettiva (o più specificamente la titolarità di un diritto soggettivo, come normalmente accade) ⁽¹¹⁷⁾: non vi è quindi un titolare apparente contrapposto a un titolare reale, e d'altro canto quest'ultimo, che sarebbe l'unico legittimato reale al negozio viziato, lo sarebbe comunque a titolo diverso rispetto al legittimato apparente, che figura essere soltanto, appunto, un rappresentante; in altre parole, se la situazione apparente fa capo a due soggetti ponendoli in una certa relazione fra loro, la situazione reale è puramente negativa, risolvendosi nell'inesistenza di quella presunta relazione. Sotto questo profilo, le

⁽¹¹⁶⁾ Ciò è stato in parte messo in ombra dalla considerazione preminente che si è dovuta dare alla procura come dichiarazione, restando incerte e non approfondite le conseguenze in termini di apparenza del fenomeno relazionale messo in rilievo nel testo. Si vedano al riguardo SOTCIA, *Op. cit.*, pp. 87 ss., e OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva nel negozio giuridico*, Bologna, 1943, pp. 149 ss. Un accenno alla distinzione tra situazione unisoggettiva e plurisoggettiva in BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, rist. 1966, a p. 315.

⁽¹¹⁷⁾ FALZEA, *Op. cit.*, p. 691.

differenze rispetto alle situazioni unisoggettive tipiche (quali quelle dell'erede apparente, del creditore apparente ecc.) sono nettissime; e altrettanto sostanziali, anche se meno evidenti, sono le differenze rispetto ad altre fattispecie relazionali (quali il matrimonio putativo, il mandato apparente ecc.) ⁽¹¹⁸⁾.

b) In secondo luogo, l'accertamento da parte dei terzi della situazione giuridica reale (di inesistenza della rappresentanza) è, astrattamente, sempre possibile, almeno nel senso che sin dall'origine i terzi sono avvertiti — dalla natura stessa dell'istituto rappresentativo — dell'esistenza di un soggetto (il preteso rappresentato) dal quale dipende l'eventuale effettiva legittimazione del rappresentante apparente, ed al quale, al limite, può in ogni caso essere richiesta (anche indipendentemente da ogni forma di pubblicità, o di documentazione esibita dal rappresentante, ossia di notificazione o pubblicazione) la diretta conferma della sussistenza o meno del potere di gestione. Anche sotto questo profilo, le differenze rispetto alle ipotesi dell'erede apparente o del creditore apparente sono senz'altro rimarchevoli, posto che in questi casi il terzo spesso non ha nessun motivo di supporre che possa esservi un titolare reale diverso da quello che si comporta e gli appare tale (art. 534 cod. civ.) in base a circostanze univoche (art. 1189), ed in genere infatti non ne sospetta neppure l'esistenza, laddove nel caso della rappresentanza il terzo necessariamente acquisisce l'informazione che esiste un titolare reale

⁽¹¹⁸⁾ Basti considerare che in queste ultime fattispecie l'efficacia — o l'ultratattività — del rapporto apparente è predisposta in favore di chi, in buona fede, è parte del rapporto stesso (salvo il regime tutto particolare stabilito per i figli in caso di matrimonio putativo: art. 128 cod. civ., la cui *ratio* è stata d'altronde ravvisata in un accentuato carattere di socialità: PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, 1, *La pubblicità in generale*, Milano, 1957, p. 30; JEMOLO, *Il matrimonio*³, in Trattato Vassalli, Torino, 1957, p. 185; e si pensi inoltre all'effetto integralmente convalidante della coabitazione rispetto alla revoca della procura ignorata dall'altro coniuge al momento della celebrazione — art. 111 cod. civ. — o rispetto al matrimonio contratto per violenza o errore — art. 122 cod. civ.). Quanto alla c.d. società apparente, si è già accennato in precedenza alla peculiarità della fattispecie, che ne rende incerta la stessa configurabilità.

del diritto oggetto del negozio gestorio, ed ha quindi per così dire un punto di riferimento esterno suscettibile di togliere giustificazione al suo affidamento, in quanto utilizzabile (pur se talvolta solo in linea teorica, come vedremo) ai fini dell'accertamento della situazione giuridica reale ⁽¹¹⁹⁾.

Da un lato, è quindi più che mai evidente che sarebbe assurdo imporre conseguenze pregiudizievoli a carico di un perfetto estraneo ⁽¹²⁰⁾, in ipotesi del tutto inconsapevole di quanto un *falsus procurator* venisse compiendo, abusando del suo nome ⁽¹²¹⁾; dall'altro lato, e conversamente, non vi sarebbe motivo

⁽¹¹⁹⁾ Queste considerazioni sarebbero da sole sufficienti a giustificare l'inapplicabilità dell'art. 1189 cod. civ. (pagamento al creditore apparente) al caso del pagamento effettuato invece al *falsus procurator*, che non può avere lo stesso effetto liberatorio e ricade quindi nella disciplina dell'art. 1188; che anche in tal caso il debitore (pur non essendo il *falsus procurator* legittimato a ricevere) possa evitare di adempiere nuovamente la prestazione è ammissibile in base a circostanze e principi del tutto diversi, non esclusi (a parte l'eventuale responsabilità extracontrattuale del creditore in colpa) quelli attinenti la rappresentanza in generale, secondo i criteri che andiamo esaminando: ma certo non in applicazione dell'art. 1189. (Cfr. Cass. 25 febbraio 1953, n. 457, in *Riv. dir. commerc.*, 1953, II, 118; MENGONI, *Ancora in tema di pagamento al falsus procurator*, cit., ivi; contra: GIORGIANNI, voce « Creditore apparente », in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, pp. 1156 ss.; SANTINI, *La vendita per filière*, Padova, 1951, p. 76, ma con specifico riguardo, se non erro, al caso di girata su titoli, sia pure impropri). E considerazioni analoghe sembrano applicabili, significativamente, ad un'altra ipotesi di legittimazione anomala. « L'acquirente a non domino » è protetto in ragione della sua qualità di terzo rispetto al *dominus*. In linea di principio, è perciò esclusa la tutela degli acquirenti di buona fede da un rappresentante senza potere del *dominus*: così MENGONI, voce « Acquisto 'a non domino' », cit., pp. 250-251. È evidente che il motivo per cui si ha legittimazione apparente del *non dominus*, ma non del *falsus procurator* del *dominus* (ovviamente con riguardo al principio qui in giuoco) è che nel primo caso può non esserci quella possibilità di controllo da parte del terzo di media diligenza, che è invece immanente nel secondo caso per la natura stessa del rapporto dichiarato.

⁽¹²⁰⁾ Tali non possono essere considerati, in relazione ai diritti menomati da uno pseudo titolare, il creditore o l'erede effettivo, rispetto a quelli apparenti: le circostanze contemplate dagli artt. 1189 (di cui si è detto sopra) e 534 cod. civ. (esaurientemente illustrate da CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, Milano, 1961, pp. 247 ss.) comportano un collegamento non meramente accidentale tra la situazione di titolarità effettiva e la possibilità di instaurarne una apparente.

⁽¹²¹⁾ È pertanto intuitivo che la salvaguardia debba valere anche nel caso, ad es., della falsità di firme su cambiali e assegni (art. 7 l. camb.; art. 10 l. ass.); e persino nel caso di firme di rappresentanti senza potere (rispettivamente, art. 11

di tutelare l'interesse del terzo contraente anteponendolo a quello del preteso rappresentato, se è vero che il terzo, stipulando con un rappresentante, è per ciò stesso in condizione non solo di sapere che il *dominus* del negozio non si identifica con l'interposto, ma anche di prospettarsi quanto meno l'eventualità che quest'ultimo agisca senza legittimazione, o con una pseudo legittimazione: dal che un indubbio onere di accertamento a carico del terzo, commisurato alla normale diligenza (arg. ex art. 1431), e rilevabile indirettamente anche dal disposto dell'art. 1398, che, per la realizzazione degli effetti ivi previsti, gli richiede di avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto (¹²²).

Salvi i correttivi che vedremo subito, questo onere di accertamento, che ha come punto di riferimento estremo ma immanente la volontà del gerito, condiziona in realtà l'atteggiamento tradizionale con riguardo a tutti gli aspetti della rappresentanza, comportando fra l'altro a livello psicologico prima ancora che sistematico un radicale disfavore nei confronti dell'ammissibilità della tutela di « apparenze » che non possano ricondursi direttamente al fatto colposo del controinteressato: quasi che, insieme all'apparenza pura, anche l'apparenza qualificata dall'esistenza di un collegamento con la sfera del preteso rappresentato dovesse in ogni caso essere neutralizzata dalla constatazione che, se il terzo ha fatto affidamento in un rappresentante senza potere (che potrà essere comunque responsabile per danni nei suoi confronti) ciò è in ultima analisi riconducibile al

e art. 14): pur se in queste ultime ipotesi, come è noto, il diritto cambiario deroghi al diritto comune comportando l'obbligazione del preteso rappresentante. E, sempre in queste ultime ipotesi, si verifica quel passaggio (che osserveremo a più riprese) alla più accentuata tendenza di protezione del traffico rilevata dal BIGIARI, *I vizi della volontà nella dichiarazione cambiaria*, Merano-Milano, 1943, pp. XI-XII (non vidi; ma ricavo il riferimento *apud* lo stesso BIGIARI, *Difesa ecc.*, cit., p. 261, nota 9).

(¹²²) E si noti che tale situazione di affidamento del terzo è richiesta in questa sede ai soli fini di rendere responsabile del risarcimento del danno il rappresentante senza potere, restando sotto questo profilo impregiudicato il problema dell'eventuale responsabilità del preteso rappresentato, vuoi attraverso l'efficacia del negozio vuoi attraverso altra sanzione.

fatto che, dopo tutto, è stato omesso da parte sua il solo procedimento di controllo che non lasci residui di dubbio, ossia proprio quello presso il presunto rappresentato ⁽¹²³⁾.

Naturalmente nessuno ignora che l'idea stessa di rappresentanza è basata sull'esigenza che taluni negozi siano compiuti da un interposto precisamente quando il rappresentato non può parteciparvi direttamente, e per lo stesso motivo non può quindi, in genere, essere neppure interpellato. Pertanto le conseguenze estreme del ragionamento sopra svolto ai limiti di una logica avulsa dalla realtà, non possono in effetti emergere ed essere prospettate in quegli stessi termini, e dovrebbero essere estranee al sistema. Dico però che, al fondo della concezione che ha ispirato il sistema stesso e che continua a tradursi nel diritto vivente, vi è un costante pur se sotterraneo riferimento non solo al volere dell'interessato, ma anche alle manifestazioni di questo volere da lui stesso provenienti ⁽¹²⁴⁾ in forma quanto più possibile esplicita, inequivoca e *diretta* ⁽¹²⁵⁾, come se solo con riluttanza, e quasi sottintendendo che si tratta di cattivi surrogati, ci si adattasse ad ammettere quei controlli necessariamente *indiretti* (cioè non effettuati presso il rappresentato, normalmente non raggiungibile) attraverso i quali l'istituto della rappresentanza può in pra-

⁽¹²³⁾ Sulle non infrequenti situazioni di dubbio, o incertezza obiettiva, dovremo tornare con ulteriori considerazioni.

⁽¹²⁴⁾ Sulla successione logica dei vari momenti costitutivi della dichiarazione di volontà, e della sua formulazione, emissione, e notificazione, v. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., pp. 367-8.

⁽¹²⁵⁾ Con ciò non si vuole alludere al problema (che prescinde anche da quello della recettività) della direzione della dichiarazione ad un destinatario (OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 66, 78), che potrebbe comunque essere il rappresentante, ma alla possibilità di (diretta) presa di conoscenza di essa da parte del terzo: e cioè all'altro problema, pure identificato da OPPO, *ibid.*, p. 81, come quello dell'esposizione o accessibilità della dichiarazione, attraverso una gradazione che va dalla mera reperibilità alla pubblicità. Né è forse senza significato che l'aspetto della « accessibilità » sia stato esaminato anche da uno studioso dell'agenzia quale lo SCHMIDT-RIMPLER, *Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrecht*, in *Arch. f. d. civ. Praxis*, 147 (1941), 130, 147-49, 173 ss., nel contesto di un'analisi dei rapporti fra fattispecie tipiche e anomale nella formazione del vincolo contrattuale.

tica assolvere veramente la sua funzione; e in conseguenza di tutto ciò escludendo, tendenzialmente, la rilevanza di manifestazioni o situazioni di carattere oggettivo ⁽¹²⁶⁾, ai fini del riconoscimento dell'esistenza di un potere di gestione rappresentativa.

β) È da questo nucleo di « intenzioni » che si svolge, con i contemperamenti che ci sono familiari, il sistema della rappresentanza nelle forme del diritto civile (artt. 1387-1399 cod. civ.). A fronte dell'implicito carattere esclusivo di fonte del potere rappresentativo attribuito alla procura (concepita normalmente come documento — cfr. artt. 1393, 1397 — talvolta vincolato a determinate forme — cfr. art. 1392) ⁽¹²⁷⁾, il sistema dischiude appena qualche spiraglio là dove si limita a richiedere al terzo contraente (attribuendogliene anzi la facoltà e non l'obbligo) di rilevare presso il rappresentante la giustificazione dei suoi poteri, contemplando altresì l'ipotesi che questi non risultino da atto scritto (art. 1393); è questa la più ovvia ed esplicita apertura nel senso di quel controllo soltanto indiretto di cui si diceva prima; ma il valore della norma resta tutto circoscritto alla parificazione, appunto, del controllo indiretto a quello diretto (improbabile ed inesigibile); essa è invece inutilizzabile per allargare la tutela dell'affidamento sul piano negoziale, tanto è vero che l'eventuale attuazione da parte del terzo del controllo richiesto — anche escludendo che si tratti di un necessario adempimento di onere cui sia rigorosamente subordinata l'assenza di colpa al limitato fine contemplato dall'art. 1398 ⁽¹²⁸⁾ — non è mai stata considerata, e certo non sarebbe di per sé, determinante per attribuire efficacia ad una gestione viziata dal mancato conferimento dei relativi poteri.

⁽¹²⁶⁾ Sullo stesso aspetto, con riguardo alle dichiarazioni in generale, SCHMIDT-RIMPLER, *Op. ult. cit.*, pp. 195-6.

⁽¹²⁷⁾ In questo caso con carattere di elemento essenziale della fattispecie legale dell'atto di conferimento: cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 368.

⁽¹²⁸⁾ In tal senso, energicamente, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, rist., 1961, pp. 200, 204.

In altre parole, il rischio dell'invalidità del negozio resterebbe, anche in caso di comportamento diligente, a carico del terzo (salve le attribuzioni risarcitorie) in un sistema che nel suo nucleo ignorasse, in quanto non proveniente dalla volontà dell'interessato, il potere rappresentativo c.d. apparente, ed al quale si potessero prestare, tutt'al più, ipotesi di rappresentanza tacita, presunta, di tolleranza, ossia varianti descrittive empiricamente utili (¹²⁹), ma inidonee per definizione ad estrarre, dalla matrice concettuale che stiamo mettendo alla prova, più di quanto non sia già contenuto nella delimitazione originaria della fattispecie (¹³⁰).

In queste ultime parole, tuttavia, è forse racchiuso il nodo problematico al di là del quale si allineano le forme di gestione che ci siamo proposti di inquadrare in un'analisi comprensiva.

Ritengo che si possa indicare nella circostanza dell'*affinità* (¹³¹) tra diversi stati di fatto, implicitamente (*rectius*: presuntivamente) o esplicitamente regolati in modo analogo dal diritto, il punto di partenza dal quale muovono ogni teorica ed ogni sistema positivo di tutela dell'affidamento, che attraverso ipotesi successive (¹³²) di riconoscimento legale o di predisposizione di

(¹²⁹) Ma tali da portare in genere ad una gradazione, o meglio ad una progressiva degradazione, dalla volontà, e quindi dall'efficacia negoziale, alla colpa, e quindi alla responsabilità extra-negoziale, secondo la fenomenologia già ripetutamente considerata: cfr. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giur. di dir. priv.*, Torino, 1949, p. 258, nota 13.

(¹³⁰) Questo punto risulterà più ampiamente illustrato ed approfondito in termini (cfr. *infra*) di equipollenza, o parziale equipollenza, delle fattispecie, su cui v. intanto PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pp. 11, 19-20; *Id.*, voce « *Autoresponsabilità* » cit., a p. 464; *Id.*, *La trascrizione*, cit., a p. 253; SACCO, *La buona fede ecc.*, cit., a pp. 56, 259; ed anche sviluppando taluni spunti dello stesso SACCO, *Op. ult. cit.*, p. 53, nota 2, sulla definizione dei fenomeni giuridici per elementi intrinseci, piuttosto che per relazione rispetto ad altri fenomeni giuridici simili, ma « giusnaturalisticamente » più tipici (*ibid.*, p. 57, nota 16). Cfr. avanti, nota 191.

(¹³¹) Così, sostanzialmente, PUGLIATTI e SACCO, cit. alla nota precedente, pur divergendo per qualche aspetto sul ruolo della buona fede, dal primo considerata assorbita del fenomeno giuridico dell'apparenza (*La trascrizione*, cit., p. 258).

(¹³²) PUGLIATTI, *Op. ult. cit.*, pp. 217 ss., *passim*.

mezzi (e così di stati di fatto) ⁽¹³³⁾ idonei a procurare, o a fare presumere, la conoscenza della realtà, o a surrogarla, finiscono talvolta per approdare (senza soluzione di continuità, o almeno senza che si possa chiaramente tracciare la linea di confine) all'equiparazione, talvolta anche sul piano del diritto positivo, della mera apparenza con l'inesistente realtà da quella illusoriamente manifestata: passando cioè da un fenomeno di identificazione o di equivalenza o persino di suddistinzione — con effetti parzialmente diversi — delle fattispecie (confuso, com'è già stato del resto rilevato, con un principio di apparenza) al ben diverso fenomeno della tutela dell'apparenza *per sè* ⁽¹³⁴⁾: quest'ultimo peraltro ristrettissimo, in quanto riscontrabile, invero, solo dove manchi appunto ogni aggancio di fatto, ossia dove nella realtà che dà luogo alla mera apparenza di una situazione giuridica (dalla quale ultima si pretende desumere la disciplina applicabile) non si rifletta in alcun modo un'affinità o legame intrinseco (non tanto tra la situazione reale e quella irreale, quanto) tra le due situazioni reali (quella effettiva ma ignota, e quella produttiva di apparenza che a sua volta ne manifesta soltanto, falsamente, una inesistente ⁽¹³⁵⁾), quando non riveli esclusivamente se stessa, come accade delle situazioni palesi ed opache) ⁽¹³⁶⁾. È

⁽¹³³⁾ Richiamo gli sforzi per ricondurre l'apparenza agli stati di fatto (da parte di MOSSA e SOTCIA) ricordati sopra, alle note 99 e 114.

⁽¹³⁴⁾ Per vero (e su posizioni più avanzate e precise di quelle rievocate alla nota precedente), il fenomeno dell'apparenza viene esattamente distinto dal « principio dei fatti equivalenti » dal FALZEA, voce « Apparenza », cit., a p. 699, che lo ricollega piuttosto, come si era già notato, ad un meccanismo di errore sanante (rovesciato rispetto a quello, più consueto e conosciuto, dell'errore invalidante).

⁽¹³⁵⁾ Fra le due situazioni vi è, al più, come si accennava *supra*, a nota 120, un legame non già intrinseco, (e quindi con aspetti di *equivalenza*), bensì estrinseco, ossia di mera possibilità di instaurazione della situazione apparente accanto a quella effettiva (e quindi con aspetti di *antitesi* rispetto ad essa).

⁽¹³⁶⁾ Si aggiunga che si è verificato talvolta un procedimento ulteriore e « di ritorno », per cui si è finito per assimilare ad una situazione tutelabile sulla *ratio* dell'apparenza una situazione reale ma non apparente (ovvero non palese, bensì occulta), intrinsecamente non suscettibile di tutela a favore dei terzi, o eventualmente suscettibile di tale tutela per motivi diversi da quelli volta a volta adottati o criticati a fondamento di essa. Tale è indubbiamente, come vedremo, la vicenda e la portata

naturale che il diritto dia rilievo solo rarissimamente a questo tipo di fenomeni ⁽¹³⁷⁾.

Ritengo altresì che la gamma di ipotesi così delineata possa trovare significativo riscontro, da un lato, proprio nelle disposizioni dell'art. 1396 e nella relativa problematica della c.d. procura apparente; dall'altro lato, nella disciplina della rappresentanza commerciale (*rectius*: delle speciali forme di rappresentanza nelle imprese, cui rinvia l'art. 1400), che considereremo nelle sue grandi linee a conclusione di questa parte del nostro discorso.

Non vi è dubbio che, sulla scorta dell'art. 1396, si introduce nel sistema un potere di gestione rappresentativo che ha cessato di far capo alla volontà attuale del gerito, avendo questi provveduto a revocarla o modificarla. Sotto questo profilo, dunque, nessuna affinità vi è tra l'una e l'altra situazione reale: quella in cui il conferimento è venuto meno, e quella (su cui si innesta la tutela) in cui lo stato di fatto di mancata conoscenza (*scil.*: conoscenza legale o effettiva) della revoca del conferimento comporta la persistenza affatto illusoria di quest'ultimo; si tratta di due situazioni diverse, anzi obiettivamente opposte e senza collegamento (salvo per la circostanza che un conferimento vi era pur stato antecedentemente; ma su ciò dovrò fare qualche commento in seguito). Tuttavia nella realtà giuridica il potere di gestione si mantiene, appunto, efficace, producendo *lo stesso tipo di conseguenze negoziali* della fattispecie perfetta (così che in questo senso non si configura una fattispecie autonoma), peraltro soltanto rispetto a quei terzi che hanno potuto confidare nella presenza di un elemento della fattispecie che è invece ormai venuto

del principio dell'*undisclosed principal*, e non dissimili, sotto questo profilo, sono le situazioni (di « agire interno ») contemplate ed esattamente inquadrare da OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, cit., a p. 145 (nonchè dagli scritti di GALGANO, richiamati, *ivi*, alla nota 104). Cfr. avanti, nota 223.

(¹³⁷) È invero difficile andare al di là degli esempi, stabiliti *per tabulas*, dell'erede e del creditore apparente, senza inoltrarsi su di un terreno irto di controversie: così per l'ultrattività del mandato e della procura; così, data la problematica accennata alla nota 118, per le questioni attinenti il vincolo matrimoniale putativo.

meno (così che in questo senso si manifesta l'azione sanante parziale dell'errore, tipica nella costruzione corrente dell'apparenza) (¹³⁸).

Se l'art. 1396 è dunque, sotto qualsiasi profilo si voglia considerarlo, una breccia in quella specie di rigida partita doppia del rapporto gestorio rappresentativo che è impostata sulle voci *conferimento* e *potere*, quando si volesse cercare di ricondurlo ad uno dei principî di giustificazione di cui abbiamo individuato un'estesa gamma, occorrerebbe riconoscere — se sono valide le considerazioni fatte — che in esso opera *non solo la ragione politica ma altresì il meccanismo tecnico dell'apparenza*, in contrapposto alla configurazione, suggerita da certa dottrina, di una « situazione reale » integrantesi in un preteso perdurante conferimento di potere (¹³⁹). Abbiamo già rilevato come la « concretezza » di quest'ultima tesi si risolva in un'impostazione esclusivamente formalistica (¹⁴⁰); possiamo ora aggiungere che essa non è compatibile con la struttura stessa della disciplina attuata dall'art. 1396 (e già, del resto, dall'art. 1759 cod. civ. 1865), incentrata sull'inopponibilità ai terzi, che non siano stati messi in condizione di conoscerle, delle modifiche intervenute nella situazione (¹⁴¹).

(¹³⁸) La costruzione è puntualmente delineata da FALZEA, *Op. cit.*, pp. 698-99.

(¹³⁹) Ed è infatti con uno scoperto artificio che il NICOLÒ, *La c.d. procura apparente*, cit., era stato costretto a rovesciare il rapporto apparenza-buona fede in un rapporto realtà-mala fede. Il SANTORO-PASSARELLI, *Responsabilità del fatto altrui ecc.*, pur avendo percepito e criticato lo scambio tra buona e mala fede, aveva rinunciato a riacusare il corrispondente scambio tra apparenza e realtà, fermandosi inspiegabilmente a mezza strada (ivi, pp. 1099, nota 10, e 1102). Eppure il REGELSBERGER aveva da tempo segnalato (seppur nel contesto di una valutazione del possesso, che nel sistema tedesco dell'acquisto della proprietà ha un rilievo sintomatico) l'assurdità di un potere che si dissolve di fronte alla mala fede altrui, o più in generale di una asserita legittimazione reale che sia tale solo di fronte all'altrui buona fede: « Kann man noch von einer Rechtsmacht sprechen, wenn sie vor dem schlechten Glauben einer anderen Person zerfließt wie die Butter an der Sonne? » (*Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten*, in *Jher. Jahr.* 47 (1904), 339, a pp. 356 ss., 363).

(¹⁴⁰) *Supra*, a p. 288.

(¹⁴¹) Fra l'altro, per togliere efficacia sul piano pratico alla procura revocata, eliminandone nella più larga misura possibile l'asserita consistenza reale, il NICOLÒ,

Che non possa trattarsi di una vera e propria situazione reale di perdurante procura (¹⁴²), ossia di ultrattività del potere conferito e poi revocato, mi sembra discendere, in altre parole, dal fatto che (salva la tutela dei soli effetti giuridici collegati all'affidamento del terzo) la validità del negozio non potrebbe certo essere invocata da nessun soggetto che non versasse in quel certo stato di errore sanante di cui si è detto; ciò è vero, in particolare, oltre che per il preteso rappresentante, per lo stesso *dominus* del negozio, che volesse in ipotesi continuare a profittare della procura da lui revocata, nei confronti dei terzi all'oscuro della revoca (¹⁴³): questa possibilità, che conseguirebbe logicamente dalla « conservazione » della situazione « reale » (¹⁴⁴) creata con il conferimento, non è invece autorizzata dal meccanismo (di semplice inopponibilità del difetto attuale di procura) contemplato dall'art. 1396. Il caso or ora prospettato è improbabile, e quindi il

Op. ult. cit., c. 568, ha dovuto sostenere la necessità del ricorso ai principi ed alle forme della notificazione pubblica (di cui né il codice civile 1865, né quello attuale, parlano; anche oggi, del resto, i « mezzi idonei » richiesti dall'art. 1396 vanno posti in relazione con le forme attraverso cui viene reso noto il conferimento della procura, a loro volta svincolate da ogni regola di pubblicità; altro discorso si deve fare, e si farà, per la rappresentanza commerciale). È vero che anche PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 320, ricollega all'art. 1396 la notificazione pubblica: ma intendendo quest'ultima in senso affatto diverso, e cioè distinguendola nettamente dalla pubblicazione (*ivi*, pp. 362, 375 ss.), ossia richiedendo (anziché la notificazione ad una pluralità) proprio quella notificazione individuale (anche se unica) a più soggetti, che il NICOLÒ ritiene invece evitabile. La costruzione può lasciare perplessi, ma si colloca comunque al di fuori di quella configurata da quest'ultimo autore. Paradossalmente, situazione reale è invece quella della c.d. *apparent authority* in *common law*, per motivi che vedremo connessi alla necessaria recettività da parte del terzo del conferimento e della revoca di tale tipo di *authority*.

(¹⁴²) Sarebbe piuttosto possibile sostenere che si tratta bensì di una situazione reale, ma nuova e diversa rispetto a quella preesistente, riportandosi cioè sul terreno delle fattispecie equivalenti (in quanto si possa rinvenire quello che avevamo definito un aggancio di fatto, identificabile nel caso specifico — secondo gli accenni già fatti, e che verranno ripresi — nel conferimento iniziale). Ma su ciò più oltre (nota 192).

(¹⁴³) Sostanzialmente conforme OPPO, *In tema di « invalidità » delle deliberazioni del consiglio di amministrazione delle società per azioni (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. società*, 1967, 921, a p. 936.

(¹⁴⁴) Secondo l'espressione usata da SANTORO-PASSARELLI, *Op. ult. cit.*, p. 1107, nota 14.

problema è rimasto in ombra per questa ragione, e forse anche perché, a mio avviso, l'esecuzione del negozio potrebbe bensì essere pur sempre richiesta dal *dominus* nei confronti del terzo ignaro (e tale, si intende, al momento della stipulazione; non necessariamente in seguito), ma l'iniziativa assumerebbe allora il valore di una ratifica della precedente gestione senza potere⁽¹⁴⁵⁾: in pendenza (e in dipendenza) di ciò, sarebbero pertanto applicabili le disposizioni dell'art. 1399, e in particolare quelle del secondo e terzo comma⁽¹⁴⁶⁾.

Ho voluto indugiare su taluni aspetti, anche di dettaglio, della disciplina ricavabile dall'art. 1396 cod. civ., perché in essa emergono a livello di regolamentazione positiva, o si precisano concettualmente, i motivi chiave che possono segnare il passaggio da una nozione ristretta di rappresentanza « derivata » dalla procura ad una più ampia (*rectius*: diversa) di potere di gestione, e ciò alla stregua di un'alternanza dialettica fra apparenza ed equivalenza delle fattispecie di cui, dopo la ricognizione effettuata del primo termine (in sede di analisi degli effetti della revoca della procura), dovremo ora sottolineare il rilievo del secondo (in sede di valutazione, limitatamente a questo profilo, delle forme di rappresentanza nell'impresa).

γ) La « rappresentanza » nell'impresa si presenta, naturalmente, come l'espressione più cospicua di una nozione di « gestione » tendente a svilupparsi al di là di quel nucleo di elementi costitutivi che opera pressoché tassativamente nella rappresentanza di diritto civile⁽¹⁴⁷⁾; nelle imprese non solo commer-

(145) E il meccanismo ricorderebbe (per il suo carattere di sanatoria preventiva, fatte salve le peculiarità dei diversi istituti) quello di convalida ex art. 1444. Considerazioni del tutto analoghe anche in SEAVEY, *Handb. of the Law of Agency*, cit., p. 15.

(146) Accenni anche in questo senso in OPPO, *Op. loc. ult. cit.*; e più in generale sul rilievo delle situazioni di pendenza cfr. FRANC. ROMANO, *La ratifica ecc.*, cit., pp. 13 ss., 32 ss., *passim*.

(147) In effetti, storicamente e cronologicamente, come abbiamo visto, è l'idea di rappresentanza isolata e autonoma rispetto ad un'organizzazione che costituisce una riduzione a fronte della multiforme realtà del fenomeno gestorio sul piano organiz-

ciali, ma anche agricole (art. 2138 cod. civ.), oltre che nelle attività tecniche e commerciali connesse all'esercizio della navigazione (artt. 287 ss., 295, 306 ss., 880 ss., 887, 892 cod. nav.), la legge ha configurato un congegno variamente articolato quanto al fenomeno del potere di gestione, e ciò sia in termini di formazione e « diffusione » del potere stesso in capo a diverse figure, e di gradazione dell'efficacia rappresentativa attiva e passiva, sia in termini di pubblicità o manifestazione in senso lato dell'esistenza, dei limiti e dell'estinzione del potere, prefissando in sostanza una serie di contrappesi intesi ad operare nel senso di precisare, delimitare ed attenuare quell'onere di accertamento da parte dei terzi che avevamo individuato essere, a tutto scapito della sicurezza dei traffici ⁽¹⁴⁸⁾, alla base del sistema della rappresentanza, come riflesso delle concezioni qui vagliate criticamente, e quindi come punto di inerzia o, al più, di partenza rispetto ai necessari svolgimenti ulteriori, di preminente rilievo appunto in sede di esercizio di impresa.

Le forme di rappresentanza nell'impresa, là dove più si discostano dalla diretta verifica di una rigida corrispondenza tra conferimento e potere, fanno capo infatti a due strumenti, entrambi tali da costituire (o da poter costituire: la realtà, invero, è diversa) una plausibile alternativa rispetto allo sfuggente rimedio dell'apparenza ai fini della tutela del traffico, fondando tale alternativa su due serie di fattispecie reali: la pubblicità del registro, e le manifestazioni di preposizione al rapporto organizzativo su cui si innesta il potere gestorio. Queste ultime, tuttavia, di fatto non possono essere sempre univoche ⁽¹⁴⁹⁾, e inoltre, piuttosto che af-

zativo, già noto al diritto romano; ma la ricostruzione concettuale pandettistica staciata nei nostri diritti positivi muove naturalmente dal nucleo civilistico, e tende piuttosto a compiere ora cautamente il cammino inverso.

⁽¹⁴⁸⁾ Tuttavia è incontestata l'opportunità (segnalata nell'ormai classico studio di EHRENBURG, *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister*, in *Jehr. Jahr.*, 47 (1904), 273) di privilegiare appunto la *Verkehrssicherheit* rispetto alla sicurezza delle situazioni di diritto.

⁽¹⁴⁹⁾ Come già preannunciato a nota 123, il discorso sulle situazioni di incertezza obiettiva dovrà essere svolto più avanti. Cfr., per vero, *infra*, alla nota 184.

fiancarsi, in certo modo si subordinano, assai più di quanto non sembri a prima vista, alle risultanze della pubblicità e questa, da parte sua, per le imprecisioni e le incertezze che ne contraddistinguono le linee ispiratrici e il meccanismo di attuazione (come subito vedremo), restandone pregiudicata la piena realizzazione del principio ⁽¹⁵⁰⁾, contribuisce a rendere ancora più inadeguato il sistema nel suo complesso, in ordine a quella tutela dell'interesse sociale alla conoscenza dei fatti di gestione, in funzione della quale i relativi strumenti di accertamento prescelti dal legislatore dovrebbero essere posti e, soprattutto, coordinati ⁽¹⁵¹⁾.

La corrispondenza alla verità, e l'incidenza sul nostro discorso di quanto ora affermato, trovano agevole riscontro alla stregua non solo dell'osservazione empirica, ma anche dell'analisi delle norme.

Poniamo anzitutto per un momento a confronto il sistema approntato in funzione della rappresentanza nell'impresa con le esigenze emergenti dalle conclusioni raggiunte in tema di revoca della procura nella rappresentanza civile. Mi ero riservato di formulare qualche commento sulla possibilità di prendere in considerazione, come elemento reale presente al fondo di una fattispecie che avevamo dovuto risolvere in termini di pura apparenza, la circostanza del preesistente conferimento del potere; si trattava di un profilo che, benché irrilevante (per quanto si è detto) sul piano tecnico, indubbiamente differenziava la fattispecie del conferimento revocato (o modificato) rispetto alle ipotesi di conferimento inesistente, e quindi di carenza assoluta di un collegamento tra la situazione effettiva e quella produttrice di apparenza ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ La constatazione è anche di PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 432.

⁽¹⁵¹⁾ *Ibid.*, p. 30.

⁽¹⁵²⁾ Ricordo che precisamente in ragione di tale carenza di collegamento, l'eventuale equivalenza di effetti fra due situazioni, nella misura consentita dalla normativa ad esse inerente, si riallaccia alla natura apparente anziché reale della surrogazione. Non dissimile nella sostanza, pur se ottenuto con altri mezzi, il quadro tracciato da SACCO, *La buona fede ecc.*, cit., pp. 53-70.

Se, nondimeno, il fenomeno restava e resta sul piano di queste ultime ipotesi — e cioè delle fattispecie apparenti ⁽¹⁵³⁾ — ciò è dovuto essenzialmente ad un motivo: per vero, non tanto rileva il fatto (pure, in sé, preclusivo della costruzione reale del fenomeno) che la revoca o la modifica non comportano necessariamente una notificazione pubblica o l'utilizzazione di un impianto pubblicitario, quanto piuttosto (già « a monte », per così dire) il fatto che, ovviamente, *lo stesso conferimento iniziale non si configura in genere come destinato alla conoscenza pubblica* attraverso un impianto pubblicitario o una manifestazione di preposizione, ossia attraverso un procedimento unico ed univoco ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵³⁾ Ma devo a questo punto sottolineare categoricamente che questa affermazione, sia con riguardo all'art. 1396, sia più in generale con riguardo a tutta la fenomenologia della c.d. apparenza giuridica, è dal punto di vista sistematico assolutamente provvisoria, legata ad un determinato momento tecnico del nostro ordinamento vigente, e condizionata ad una serie di precisazioni che dovrò fare tra poco su quella che ritengo essere la posizione di « transizione » dell'apparenza giuridica nel quadro di un'evoluzione verso una sistemazione più consapevole della varietà delle fattispecie.

Allo stato delle cose, è tuttavia chiaro che — riprendendo un'osservazione già avanzata precedentemente — mantengono carattere più formalistico le soluzioni proposte in chiave di pretese situazioni reali (in effetti trasposte nel mondo del concreto da quello della dogmatica), che non il riconoscimento della portata attribuita dall'ordinamento a talune situazioni apparenti in funzione di questa loro caratteristica. E aggiungo subito che ciò resterà vero, per la specifica situazione esaminata, finché non si prescindrà affatto, nella costruzione dell'istituto della gestione, da quell'inscindibilità tra *conferimento* (come *procura*) e potere che è oggetto precisamente della presente revisione critica. Ma le conclusioni di questo discorso sono ormai vicine.

⁽¹⁵⁴⁾ Molto significative al riguardo le considerazioni, e quasi le giustificazioni, contenute nella *Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale del libro delle obbligazioni* (1940), n. 260: « Ho aggiunto al testo dell'art. 34 del progetto del 1936, che la limitazione e la revoca della rappresentanza conferita con procura, devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei (art. 278) [l'art. 225 del Libro delle obbligazioni, e l'attuale art. 1396 cod. civ.]; in modo che, solo in mancanza di questa pubblicità, deve provarsi che i terzi conoscevano la revoca e la limitazione. Ho evitato di prevedere una pubblicità speciale, perché non è prevista per il conferimento né può prevedersene, potendo questo risultare tacitamente. Così l'idoneità dei mezzi scelti dal rappresentato per la notificazione al pubblico della limitazione e della revoca della procura deve essere liberamente apprezzata dal giudice, tenendo conto del caso concreto, e quindi valutando ogni circostanza inerente alle persone e all'oggetto della rappresentanza ». È opportuno rilevare (per taluni riflessi

Il conferimento (la procura) *non può* quindi costituire (salvo i casi eccezionali in cui si ricorra a meccanismi pubblicitari o affini) ⁽¹⁵⁵⁾ una situazione reale tale da sopravvivere ad un semplice provvedimento, anche interno, di revoca o di modifica, che sarà efficace o meno nei confronti dei terzi a seconda della conoscenza effettiva (o legale, in quanto dipendente da mezzi idonei) acquisita da ciascuno di essi, sia per quanto concerne il conferimento, sia per quanto concerne le successive vicende ⁽¹⁵⁶⁾.

Si comprende dunque l'importanza chiave che, per la rappresentanza nell'impresa, avrebbero invece dovuto avere precisamente pubblicità e preposizione.

Ma, anche a prescindere dalle insufficienze della pratica attuazione ⁽¹⁵⁷⁾, già l'analisi sistematica rivela che il coordinamento

che emergeranno in appresso) che tutto ciò esclude anche che la procura abbia carattere recettizio con riferimento alla generalità; conf., da ultimo, BELVISO, *L'insuitore*, cit., p. 367, nota 267. Resta senza rilievo in questa sede, e perciò impregiudicato, il problema della recettività con riferimento ai singoli terzi o al rappresentante. Ulteriori accenni, ma da altro diversissimo punto di vista, *infra*, alla nota 187.

Ricordo infine, per sottolineare il carattere tecnico delle differenze tra rappresentanza civile e rappresentanza nell'impresa, su cui dovremo ora intrattenerci, che tutto questo meccanismo si applica anche alla rappresentanza nella società semplice (art. 2266, che richiama espressamente l'art. 1396) in funzione della non iscrizione di tale tipo di società nel registro delle imprese; ed anche, quindi, alle società irregolari (art. 2297: peraltro con la presunzione di rappresentanza introdotta dal secondo comma di tale norma, in funzione sanzionatoria rispetto al mancato assolvimento dell'obbligo di iscrizione). Cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., pp. 320, 448.

⁽¹⁵⁵⁾ E sulla delicata classificazione di tali meccanismi cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 359.

⁽¹⁵⁶⁾ Si confronti, per la diversa situazione in *common law*, pur in totale assenza di un sistema pubblicitario, quanto accennato *supra*, a nota 141, e *infra* nel testo.

⁽¹⁵⁷⁾ La mancata costituzione del registro delle imprese comporta una più larga inosservanza delle forme sostitutive di iscrizione presso la cancelleria dei tribunali (art. 100 disp. att.), soprattutto da parte degli imprenditori individuali, che non vi sono soggetti in quanto tali, e che dovrebbero provvedervi espressamente per quanto concerne appunto le procure institorie e le nomine di procuratori. Analoga considerazione vale (sia pure senza la stessa giustificazione) per le società irregolari. Naturalmente il fenomeno della mancata iscrizione, e dell'irregolarità, non sarebbe eliminato per il solo fatto dell'attuazione e del normale funzionamento del registro delle imprese, ma sarebbe certo ridotto a proporzioni più modeste (come è forse indirettamente dimostrato dalla circostanza che, date le conseguenze amministrative che vi sono collegate, la prassi dell'iscrizione presso il c.d. registro delle ditte funzionante nelle Camere di commercio è generalizzata, così come l'utilizzazione — in una certa mi-

di tali meccanismi (in parte tradizionalmente utilizzati dal diritto commerciale, in parte perfezionati dall'ultima codificazione) non ha del tutto eliminato alcune, e fra le più serie, incertezze in ordine alla costituzione del potere di gestione con efficacia rappresentativa in capo ai preposti (¹⁵⁸).

Guardata dal lato della pubblicità, la situazione sembrerebbe per vero a prima vista indicare che, salva l'alternanza con lo stato di conoscenza effettiva (e quindi di mala fede) del terzo, e in funzione dei principî generali dell'efficacia delle iscrizioni nel registro delle imprese (art. 2193 cod. civ.), si sia pienamente realizzato in questo settore un regime di conoscibilità legale, ossia di vera e propria pubblicità di diritto (¹⁵⁹); al tempo stesso, un esame più approfondito di tale regime rivela che il suo meccanismo può concretamente operare a un livello soddisfacente di certezza e univocità solo con riferimento alle limitazioni, alle modificazioni e alla revoca del potere institorio, ma *non* con riferimento al suo conferimento, per il quale la situazione deve in realtà essere guardata dal lato della preposizione. Apparirà allora che ci troviamo non già in equilibrio (come pure sarebbe, in astratto, possibile — ove i regimi della pubblicità di diritto e della c.d. pubblicità di fatto fossero coordinabili) bensì in bilico tra due sistemi divergenti di attribuzione di efficacia alla rappresentanza nell'impresa, ossia in una potenziale e ricorrente situazione di incertezza che l'introduzione del registro delle imprese non ha sanato e, al limite, non poteva sanare.

Fermo restando, poiché così stabilisce l'art. 2206 cod. civ., che le limitazioni della procura institoria non sono opponibili ai

sura — da parte del pubblico dei dati risultanti da tale registro, nonostante questa forma di pubblicità non abbia in alcun modo valore sostitutivo rispetto a quella, anche transitoria, prevista dal codice).

(¹⁵⁸) Della difficoltà di « determinare quando vi sia conferimento di procura » fa esplicita menzione BELVISO, *Op. cit.*, p. 367, avendo tuttavia riguardo (coerentemente alla propria impostazione) essenzialmente agli aspetti formali del negozio di procura; più perspicuamente con riferimento alla preposizione cfr. FERRI, *cit. più avanti*, alla nota 160.

(¹⁵⁹) In questo senso PUGLIATTI, *La trascrizione*, *cit.*, p. 319.

terzi di buona fede in mancanza di iscrizione (e che ciò vale anche, conseguentemente, e in base all'art. 2207, per le modificazioni e la revoca susseguenti); e fermo restando, inoltre, sempre sulla base della citata normativa, che, mancando l'iscrizione della procura institoria e perciò delle sue eventuali limitazioni (ovvero in ogni caso delle modifiche e della revoca), la rappresentanza dell'istitutore si reputa generale; occorre chiedersi da cosa mai possa risultare che tale rappresentanza (reputata generale) è stata in effetti, anzitutto, conferita.

La domanda non è oziosa, anche se il relativo problema è stato impostato solo fuggevolmente e indirettamente; è pur vero che è stato scritto molto nettamente che i principî di cui sopra « si applicano in quanto i terzi contrattino con un istitutore: se si contesta la qualità di istitutore in colui che ha contrattato con il terzo, la presunzione della generalità della rappresentanza, anche in difetto della pubblicità non sussiste » ⁽¹⁶⁰⁾. Ma il dubbio insorge proprio con riguardo al duplice profilo dell'attribuzione della qualità institoria, con i relativi poteri, e della conoscibilità da parte dei terzi di tale attribuzione. È opinione corrente, anzi spesso scontata e indimostrata, che gli effetti di cui sopra derivino appunto dalla preposizione all'esercizio dell'impresa, e dalle manifestazioni concrete in cui essa inevitabilmente si estrinseca ⁽¹⁶¹⁾. La conclusione, come subito vedremo, è da accogliersi; nondimeno, è opportuno chiarire meglio i termini del problema, e le implicazioni derivanti dalla soluzione che può essere descritta in termini di « preposizione di fatto ».

⁽¹⁶⁰⁾ FERRI, *Delle imprese soggette a registrazione*², in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1963, sub art. 2207, p. 111; conf. ASCARELLI, *Corso di dir. commerc.*³, Milano, 1962, p. 304.

⁽¹⁶¹⁾ Per tutti PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Milano, 1954, p. 282; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, cit., pp. 104-6; ASCARELLI, *Corso*, cit., pp. 302-3; FANELLI, *Per una rivalutazione della preposizione institoria*, in *Riv. dir. commerc.*, 1955, I, 6; (d'altronde, sul punto, già VALERI, *Le forme della preposizione institoria*, in *Riv. dir. commerc.*, 1921, I, 293). Ma possibili spunti in altro senso, invece, apud CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, pp. 261-2, e GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*², Napoli, 1959, pp. 198-202.

Si potrebbe per vero argomentare anzitutto, collegando le disposizioni degli artt. 2193, 2196 e 2206, che anche ai fini dell'attribuzione della qualifica di instutore, e del conferimento dei relativi poteri generali, l'iscrizione nel registro delle imprese sia non soltanto obbligatoria (artt. 2194, 2206), ma anche necessaria, se non per integrare validamente la fattispecie (pubblicità costitutiva o, secondo altra terminologia, essenziale) ⁽¹⁶²⁾, almeno per produrne l'efficacia nei confronti dei terzi secondo le regole particolarmente dettate per questo tipo di pubblicità dichiarativa ⁽¹⁶³⁾. Si potrebbe in altre parole sostenere che, nonostante gli artt. 2206 e 2207 espressamente contemplino la possibilità che la procura institoria non sia pubblicata, la presunzione di rappresentanza generale si applichi d'altronde solo in quanto la preposizione institoria, e quindi il conferimento dei poteri che vi sono connessi, risulti — sul piano della pubblicità di diritto, anziché su quello della c.d. pubblicità di fatto — dalla regolare attuazione dell'iscrizione del nome dell'instutore voluta dall'articolo 2196 ⁽¹⁶⁴⁾.

In realtà tale ipotesi (che avrebbe una sua coerenza) deve respingersi per una serie di considerazioni, nonché, vorrei dire, di condizionamenti di carattere storico-sistematico, anche a prescindere dalla circostanza che gli indizi letterali (tenuto conto degli usi semantici abituali del legislatore) confortano l'interpretazione secondo cui la mancata iscrizione della procura non può

⁽¹⁶²⁾ Sulle classificazioni dei fenomeni pubblicitari cfr. per tutti PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., pp. 426 ss.

⁽¹⁶³⁾ MOSSA, *Trattato*, cit., p. 319, ed altri, per la corrente definizione di questo tipo di pubblicità come « dichiarativa »; la quale sarebbe invece « costitutiva » (in quanto distinta da quella « essenziale ») ove si adottasse la meno diffusa, ma indubbiamente coerente, terminologia suggerita dal PUGLIATTI, *Op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁴⁾ Benché non esplicitamente, questo indirizzo sembra conseguire dal rilievo esclusivo accordato al negozio di procura dal BELVISO, *Op. cit.*, pp. 361 ss., rinvenendo appunto nell'adempimento dell'obbligo previsto dell'art. 2196 l'esteriorizzazione della procura, ancorché consistente nella mera indicazione del soggetto instutore.

Diverso problema, concernente la stessa natura di obbligo del prescritto adempimento, è quello impostato dubitativamente da PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, cit., p. 93, nota 68.

significare cosa diversa dalla mancata iscrizione della preposizione (ammettendo che quest'ultima possa risolversi appunto nell'indicazione della persona e della qualità del preposto, secondo la prescrizione del n. 5 dell'art. 2196).

In primo luogo, la tradizione è nel senso che il mandato institorio possa essere espresso o tacito, come prevedeva esplicitamente l'art. 369 cod. comm. 1882; e, se tacito, debba reputarsi generale (art. 370 cod. comm.)⁽¹⁶⁵⁾. Che la disciplina del codice vigente non abbia innovato su questo punto (a parte le varianti formali) può desumersi anche dall'analisi dei vari progetti che hanno condotto alla normativa attuale, e delle relazioni illustrative dei progetti stessi⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶⁵⁾ Per la dottrina dell'epoca cfr., ampiamente, VALERI, *Le forme della preposizione institoria*, cit.

⁽¹⁶⁶⁾ La linea di sviluppo è chiara, anche se la ricostruzione non ne è del tutto agevole, date le complesse vicende che hanno portato alla codificazione del 1942. Ancora nel progetto preliminare del libro delle obbligazioni del 1940 (sostitutivo di quello, abbandonato, del 1936) l'art. 282 si limitava in sostanza a rinviare al Codice di commercio, di cui era stato contemporaneamente elaborato il progetto Asquini, mentre già si pensava alla nuova sistemazione che avrebbe portato, dopo pochi mesi, ad affiancare al libro delle obbligazioni un libro dell'impresa in cui far confluire la materia commercialistica. Gli artt. 81 ss. del progetto Asquini di Codice di commercio sono già strutturati come la disciplina attuale, e tuttavia nella *Relazione* (§§ 25 ss.) si precisa che « la regolamentazione degli ausiliari del commerciante muniti di rappresentanza rimane nella sostanza quella stessa » del cod. comm. 1882; fra le innovazioni, ci si limita anzi a segnalare l'ammissione esplicita che « la revoca della procura institoria possa essere pubblicata anche quando non fu inizialmente pubblicato l'atto di conferimento ». Singolarmente, tale disciplina fu trasferita in un primo momento (all'atto dell'abbandono del progetto di Codice di commercio) nel libro delle obbligazioni promulgato separatamente nel 1941, e nella *Relazione del Guardasigilli* (nn. 102 ss.) si legge: « Confermato il principio della pubblicità della procura (art. 231, primo comma), che va fatta mercé la sola iscrizione nel registro delle imprese, se ne è ricavata la logica conseguenza che la mancanza di pubblicità fa presumere generale la rappresentanza conferita all'istitutore (art. 231, terzo comma) »; e ancora: « Devono essere pubblicate altresì la revoca o la limitazione della procura non pubblicata, perchè la certezza dei rapporti rappresenta, specialmente in questa materia, un vantaggio di fronte a cui può sacrificarsi una deroga (se deroga c'è) al rigore del sistema ». Ovviamente, né il progetto preliminare del libro dell'impresa e del lavoro, né il libro del lavoro, promulgato separatamente sempre nel 1941, contengono alcuna norma riguardante la materia in esame, « rimessa al libro delle obbligazioni, per ragioni di connessione con la disciplina generale della rappresentanza » (cfr. *Relazione del Guardasigilli al libro del lavoro*, n. 41). Fu solo al momento dell'entrata in vigore del

In secondo luogo, tutta la disciplina dell'amministrazione e della rappresentanza delle società personali a forma commerciale (nella misura in cui contempla situazioni analoghe all'iscrizione della procura institoria: arg. ex artt. 2295, 2296, 2298 cod. civ.) è modellata sul principio della pubblicità dichiarativa, e in tale prospettiva l'art. 2297 appare risolutivo nel senso che la mancata registrazione dell'intera fattispecie, lungi dal far venir meno i poteri rappresentativi dei soci, comporta la presunzione della loro massima estensione, anche in parziale deroga alla disciplina essenzialmente civilistica della società semplice (art. 2266) richiamata dall'art. 2297 per le società in nome collettivo non registrate, ossia irregolari ⁽¹⁶⁷⁾.

cod. civ. 1942 che il coordinamento dell'intero sistema comportò il ritrasferimento della disciplina della rappresentanza nell'impresa, sostanzialmente immutata rispetto alle vicende precedenti (cfr. *Relazione al Re*, n. 907), nel libro del lavoro.

In conclusione, nonostante l'iter tormentato, non si riscontra nella codificazione attuale alcuna frattura rispetto al cod. comm. 1882 sul punto dell'efficacia del conferimento della rappresentanza institoria per fatti concludenti.

⁽¹⁶⁷⁾ Sul punto specifico PUGLIATTI, cit. *supra*, alla nota 212 i.f.

Più in generale, per il significato del riconoscimento dell'autonomia delle società irregolari, v. da ultimo BIGIARI, *Difesa ecc.*, cit., pp. 235 ss. Sulla connessione tra i due argomenti PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, cit., pp. 20 ss., 95-6, 197 ss., 308 ss. Infine, per un'analisi (perfettamente parallela a quella condotta nel testo sulle società semplici e le società irregolari) che sottolinea il diverso rilievo della mancanza di pubblicità, a seconda che lo strumento pubblicitario sia previsto o meno, con riguardo alle associazioni non riconosciute ed alle associazioni riconosciute non registrate, cfr. il recentissimo GALCANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in Comment. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1967, sub art. 36, p. 194.

È il caso di accennare brevemente, a questo punto, ad alcuni ulteriori problemi che si collegano a quello in esame, ma su cui non posso intrattenermi, dato che per l'economia del lavoro la trattazione della rappresentanza nell'impresa con riferimento al solo institore è più che sufficiente ai fini dello svolgimento dell'argomentazione sviluppata nel testo. Mi limito qui a segnalare che i profili della rappresentanza nell'impresa che vado tracciando non risulterebbero modificati (ma solo ulteriormente chiariti, anche tenendo conto delle varianti che le diverse fattispecie comportano), ove si allargasse il discorso, ad es., alla nuova e sfuggente figura dei procuratori (sulla cui ricca problematica si veda, per tutti, COSTI, voce «*Procuratore*», in *Noviss. Dig. ital.*, XIII, Torino, 1966, pp. 1237 ss.; ma cfr. anche *infra*, alla nota 170; e ASCARELLI, cit. ivi) nonché ai commessi, agli impiegati di banca addetti al servizio dei libretti di deposito e risparmio, ai dirigenti e fattori di campagna, al comandante della nave e al raccomandatario (e, su quest'ultimo, rinvio alla recente letteratura, fra cui sono da segnalare essenzialmente RICCARDELLI, *Poteri di rappresentanza e*

Infine, è ovvio che un regime in cui alla predisposizione dello strumento pubblicitario da un lato (con l'obbligo di determinate iscrizioni, e con la sanzione dell'inopponibilità di limitazioni e revoche non iscritte) fa riscontro dall'altro lato la presunzione dell'esistenza di poteri illimitati riconducibili alla semplice preposizione ed alla pubblicità di fatto delle sue manifestazioni esteriori — è ovvio, dicevo, che un tale regime sia quello effettivamente voluto dal legislatore, nel convincimento che esso realizzi il massimo di tutela del terzo nel traffico giuridico commerciale (¹⁶⁸). Ciò spiega perché il meccanismo della pubblicità si presenti *ictu oculi* come più perfezionato strutturalmente e più univoco sul piano dell'efficacia con riguardo a limitazioni, modificazioni e revoca del potere rappresentativo, piuttosto che con ri-

contemplatio domini nel negozio rappresentativo del raccomandatario, in *Riv. dir. nav.* 1959, I, 231, e RICHETTI, *Il raccomandatario marittimo*, Padova, 1965, qui a pp. 84 ss., 170 ss.).

Un'ultima connessione, su cui non mi soffermo per le stesse considerazioni, è quella con la rappresentanza nelle società, al di là degli aspetti particolari esaminati in questa stessa nota; in realtà, nel caso delle società, il fenomeno è assai più complesso, stante il duplice livello dell'attività rappresentativa implicita nella struttura societaria. La disciplina dettata dagli artt. 2266, 2297, 2298, e in genere dalle norme sugli organi delle società di capitali, è infatti in funzione dell'attività di amministrazione, che si colloca su un piano diverso rispetto alla posizione dell'istitutore, tanto è vero che la (ulteriore) presenza di quest'ultimo può aggiungersi — con la propria normativa — a quella, sia pure modellata analogamente, delle figure dei soci o amministratori; su tutto ciò si innestano infine anche le questioni particolari (concernenti, ad es., i rapporti tra la figura dell'istitutore e quella dell'amministratore, nonché del direttore generale; la possibilità per il non socio di società personali di assumere la veste dell'amministratore anziché quella dell'istitutore; e, sia pure muovendo da questo angolo visuale ad un'ulteriore problematica, la configurabilità di un rapporto institorio non collegato ad un rapporto di lavoro subordinato; ecc.). Per tutti, su questi temi, si veda l'approfondita indagine di CALCANO, *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963, *passim*.

(¹⁶⁸) Sostanzialmente la stessa situazione, e in pratica la manifestazione della stessa preoccupazione, con le relative giustificazioni, avevamo rilevato con riguardo al conferimento e alla revoca della rappresentanza civile; con la differenza che in quell'ambito la mancata organizzazione di un sistema pubblicitario comportava l'inevitabilità di una conseguenza che, per la rappresentanza nelle imprese, risulta invece da una scelta particolare in ordine alla necessità e all'efficacia delle varie iscrizioni contemplate. Il fenomeno è accennato, ma senza che ne sia sottolineato l'interesse, da PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, cit., pp. 285-6.

guardo a quel *prius* che ne è il conferimento; e ciò spiega anche perché le regole fondamentali sull'efficacia negativa e positiva delle iscrizioni nel registro delle imprese, poste dall'art. 2193, siano formulate in modo da risultare inutilizzabili ove si tentasse di riferirle ad una possibile controversia sulla sussistenza stessa del conferimento, o comunque del potere rappresentativo ⁽¹⁶⁹⁾. Ora, è proprio di una simile eventualità che ci stiamo occupando; ed il rilievo della controversia è tanto maggiore in quanto, paradossalmente e passando da un estremo all'altro, l'alternativa può risolversi soltanto o nel senso che il potere institorio non sussiste affatto, ovvero che, se sussiste, esso è generale e senza limitazioni.

In altre parole, la tutela del terzo che il legislatore ha ritenuto di attuare poggia su tre punti fermi: a) la pubblicità necessaria al fine di far valere i fattori limitativi della rappresentanza; b) la presunzione di generalità della rappresentanza ove non risulti pubblicata una procura contenente limitazioni; c) la possibilità di considerare costituita la rappresentanza institoria — necessariamente generale — sulla base della preposizione di fatto all'esercizio dell'impresa. Tuttavia l'intero sistema protettivo del terzo si rivela illusorio, ove questi non riesca a far constatare la sussistenza precisamente di quest'ultima condizione, in ipotesi negata dal preteso preponente.

Naturalmente questa difficoltà non era superabile, se non scegliendo la strada della pubblicità costitutiva della fattispecie institoria: ossia rompendo con la tradizione commercialistica di concreta aderenza alla realtà dei traffici, vincolando ad un adem-

⁽¹⁶⁹⁾ È evidente, in altre parole, che l'art. 2193 (che pure risolve alcuni quesiti fondamentali sullo stato di conoscenza presunto nei terzi, rispettivamente dei fatti non iscritti e di quelli iscritti) ignora il problema insorgente qualora il terzo voglia far valere un fatto non iscritto (ad es., la preposizione institoria), ove l'imprenditore ne contesti precisamente la sussistenza e quindi l'obbligo di iscrizione. Al terzo è invero lasciata facoltà, come sostengo nel testo, di affermare, se può, la realtà del fatto invocato, con il richiamo alle manifestazioni concludenti (per le quali si parla da taluni di pubblicità volontaria: *rectius*, in questo caso, ... involontaria). Ma, quanto all'ammissibilità di questo procedimento, i criteri fissati dall'art. 2193 non possono essere di ausilio.

pimento pubblicitario essenziale la possibilità stessa da parte dell'imprenditore di servirsi di preposti, ed al tempo stesso togliendo al terzo contraente ogni base di affidamento nell'operare dei preposti (se non previo controllo del registro) e pregiudicandone così la tutela (in funzione di una certezza formale) in modo assai più grave, almeno con riferimento alla sfera dei negozi quotidiani. Non può stupire quindi, che si sia preferito il ricorso al dato, sia pure più incerto, della preposizione di fatto ⁽¹⁷⁰⁾. E tuttavia non è forse senza significato profondo, anche in relazione a questo aspetto particolare, l'appassionata, quasi angosciata, ricerca del punto di sutura, anche al di là del dato positivo, tra verità, apparenza e *Publizitätsprinzip* perseguita dal MOSSA ⁽¹⁷¹⁾, toccando anche, e non a caso, a proposito di tale problematica, la bruciante questione (anch'essa a doppio taglio, come tutte le argomentazioni che si sono qui dovute svolgere) della diversa operatività dei registri di commercio rispetto ai registri fondiari ⁽¹⁷²⁾: questi ultimi ad accentuato carattere formalistico, e ad efficacia rigida ⁽¹⁷³⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ È quasi superfluo ricordare che una soluzione più rigorosa è stata invece adottata in diritto tedesco proprio con riguardo al *Prokurist*, per il quale la forma espressa del conferimento (ancorché non vincolata ad un determinato strumento pubblicitario) è essenziale (§ 48 HGB); il rilievo del comportamento ordinario (« gewöhnlich ») è circoscritto alla figura di qualsiasi procuratore di livello inferiore (*Bevollmächtigte*: § 54 HGB); e non a caso, quindi, le teoriche della *Duldungsvollmacht* e della *Anscheinsvollmacht*, derivate dalla rappresentanza civile (§§ 164 ss. BGB), entrano in considerazione con riferimento alla *Handlungsvollmacht* ma non alla *Prokura*: per tutti cfr. WÜRDINGER, in *Grosskomm. HGB*³, I, Berlin, 1967, sub § 54, n. 12, p. 565, e più sinteticamente su tutta la materia BAUMBACH-DUDEN, *Handelsgesetzbuch*¹⁷, Berlin, 1966, sub §§ 48 ss., pp. 146 ss.

Singolare il trattamento che, nel nostro ordinamento, l'ASCARELLI, *Corso*, cit., p. 305, riserverebbe ai procuratori, in contrapposto all'instutore, affermando, peraltro senza giustificazione alcuna ricavabile dalla normativa, che « presupposto dell'applicabilità delle norme è in questo caso il conferimento della rappresentanza, mentre nell'ipotesi dell'instutore la rappresentanza deriva dalla preposizione institoria » (*ibid.*).

⁽¹⁷¹⁾ *Trattato*, cit., pp. 319-34.

⁽¹⁷²⁾ Su questa interessantissima contrapposizione ancora MOSSA, *Op. cit.*, pp. 329, 332 nota 184. Dell'argomento è inoltre, da ultimo, tracciato un panorama, con rilievi penetranti e di acuto interesse, dall'AFFERNI, voce « *Registro delle imprese*

Non posso indugiare troppo sul grande tema del registro. I rilievi già sollevati con riguardo alle insufficienze, d'altronde praticamente ineliminabili allo stato delle cose, che per certi aspetti presenta il sistema delle iscrizioni nel registro delle imprese se correlato all'altro termine reale delle fattispecie in esame, ossia la preposizione, mi dispensano dal fare un discorso di fondo — che pure dovrebbe essere avviato, anche a costo di segnare una netta frattura proprio con un filone della più elevata dottrina commercialistica (e non solo commercialistica), che ha visto e continua a vedere nell'avvento e nel perfezionamento dello strumento pubblicitario uno dei punti di forza della moderna civiltà giuridica (¹⁷⁴). Mi sia consentito manifestare al riguardo un dissenso, che non ritengo essere mera espressione di scetticismo, bensì rispecchiamento delle effettive condizioni, realisticamente valutate, in cui si svolge la vita dei traffici. Il più efficiente ed aggiornato registro delle imprese (che non sia, cioè, una catasta di carte amuffite) non può avere che una funzione marginale, anche se talvolta importante, ai fini dell'accertamento della realtà, e cioè in quei soli casi in cui tale accertamento si compie per l'eccezionalità del negozio, o per l'emergenza di sospetti inconsueti, ovvero per soddisfare le esigenze di una controparte che operi con criteri di controllo rigorosamente, e talvolta esasperatamente burocratici, come è il caso delle amministrazioni pubbliche in genere: quest'ultima è forse l'ipotesi più diffusa nella prassi, di affidamento alle risultanze della pubblicità di diritto, e si risolve sovente, come è uggiosa esperienza di imprenditori anche modesti, nella

(*Cenni storici e di diritto comparato*) », in *Noviss. Dig. ital.*, XV, Torino, 1968, pp. 45-6 dell'estratto.

(¹⁷³) Così anche PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., pp. 432 ss., con ulteriori, più specifici suggerimenti quanto alle possibili classificazioni alternative dell'efficacia (costitutiva, essenziale, rafforzativa) descritta nel testo come « rigida », con un termine volutamente non impegnativo sul terreno dei dibattiti attinenti specificamente la pubblicità.

(¹⁷⁴) Letteratura di ricca e luminosa tradizione; rimando alla diffusa bibliografia utilizzata e raccolta dall'AFFERNI, voce « *Registro delle imprese (Cenni storici e di diritto comparato)* », cit.

necessità di fornire una serie di certificati ritenuti indispensabili dalla controparte per concludere il più esiguo acquisto o pagare una fattura di poche migliaia di lire ⁽¹⁷⁵⁾. Non si saprebbe immaginare qualcosa di più lontano dalle esigenze di speditezza oltre che di sicurezza del traffico; è vero che la pubblicità del registro mantiene intatto un valore forse insostituibile in alcune delle circostanze sopra ricordate, e che se l'affidamento del terzo, nell'esperienza quotidiana, tende a poggiare piuttosto sulle apparenze che sui registri occorre bene che il rischio relativo venga (ove non operino altri meccanismi) da lui sopportato. Ma il registro delle imprese è fatto oggetto di un mito e di un culto che, se si spiegano forse in funzione... della sua inesistenza, dovranno prima o poi trovare una nuova, più realistica, dimensione nella coscienza del giurista: sia perché non è fuori di luogo ricordare che nei prossimi decenni gli sviluppi tecnologici dei sistemi di raccolta, classificazione e comunicazione dei dati in genere comporteranno non trascurabili modificazioni nel flusso e nella reperibilità delle informazioni, e nelle consuetudini dei partecipanti al traffico, al punto che la nozione stessa di pubblicità giuridica (che ha nutrito e talvolta ispirato ad alte visioni tutto un settore della nostra scienza) giungerà forse a maturarsi ed affermarsi con forme e modalità, e quindi anche con caratteristiche sul piano tecnico della fenomenologia giuridica, assai diverse da quelle vaticinate dalla dogmatica classica anche recente ⁽¹⁷⁶⁾; sia perché vale la

⁽¹⁷⁵⁾ Si osservi, appunto, che, date le rispettive posizioni occupate in genere dai partecipanti a questi negozi, non è di solito il terzo contraente a sobbarcarsi l'onere del controllo presso i pubblici registri, ma è piuttosto il soggetto all'iscrizione nei registri stessi che si trova costretto a produrre estratti e certificati. Queste precisazioni si applicano anche alla prassi del ricorso al registro ditte delle Camere di commercio, di cui è fatta menzione *supra*, nella nota 157.

⁽¹⁷⁶⁾ Non sembrerebbe, a prima vista, del tutto infondato sostenere invece che il quadro concettuale entro cui si staglia ormai nettamente, dopo un'elaborazione d'altre secolari, la nozione della pubblicità giuridica, non dovrebbe mutare per il solo intervento di fattori tecnologici (anagrafi meccanografiche ed elettroniche), che anzi potrebbero agevolare la concreta attuazione dell'astratto principio pubblicitario. È questione di intendersi sul significato di quest'ultimo. La pubblicità, come è stata con-

pena di approfondire le possibili alternative rispetto a soluzioni che sono tali solo nella misura in cui si è disposti, o costretti, ad ammettere che le presunzioni di conoscenza, legate alla formula della conoscibilità legale derivante dalla predisposizione dello strumento pubblicitario, realizzino l'ideale della « certezza giuridica »: dove, come spesso accade, l'aggettivo è l'eufemistico indice rivelatore del contrasto con la realtà e quindi con la verità, le quali si pongono invece come obiettivo preminente negli ordinamenti giuridici moderni, quanto meno in funzione della ridotta incidenza del formalismo, e del maggiore risalto assunto dalle regole di correttezza e solidarietà, di buona fede, e di affidamento in comportamenti « normali » e « generalizzati » della comunità mercantile e del pubblico ⁽¹⁷⁷⁾.

Sta di fatto che — come si rilevava più sopra, e riprendendo il filo del discorso — l'efficacia rappresentativa della preposizione institoria può essere collegata a manifestazioni da cui è lecito desumere la legittimazione del preposto. Sia l'origine che il contenuto di tale legittimazione sono allora riferibili all'esercizio in concreto dell'impresa (artt. 2203, 2204, 2206 cod. civ.), talché a fronte del potere rappresentativo ⁽¹⁷⁸⁾ che vi inerisce, qualsiasi discorso si volesse impostare sul dato del conferimento come

cepita sinora dai giuristi che si sono assunti il compito di costruirne la consistenza e la funzione, ha rappresentato, nel bene e nel male, un diaframma tra la conoscenza e la realtà, tendente a rispecchiare la realtà, ma non necessariamente identificabile con essa, e quindi fornita di una propria autonomia, tanto più autosufficiente quanto più formalistica; su questi ultimi, fondamentali, aspetti, non potranno non incidere profondamente, innovando radicalmente sulla collocazione istituzionale della pubblicità, gli sviluppi tecnici indicati nel testo, che dovrebbero finire in ultima analisi per trasformare gli strumenti pubblicitari in una cinghia di trasmissione diretta dei dati reali ai destinatari dell'informazione.

⁽¹⁷⁷⁾ Su quest'ultima tendenza di fondo mi limito a richiamare le più recenti prospettive indicate da G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. commerc.*, 1964, I, 163; RODOTÀ, voce « *Diligenza* », in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 539 ss.; Salv. ROMANO, voce « *Buona fede (Dir. priv.)* », *ivi*, V, Milano, 1959, pp. 677 ss.

⁽¹⁷⁸⁾ Ma, ancora una volta, meglio sarebbe dire (a questo stadio) *gestorio*, così da evitare di pregiudicare in un senso o nell'altro, muovendo da un profilo particolare, gli ulteriori problemi sollevati dall'art. 2203 cod. civ.

espressione della volontà del preponente si risolverebbe in una superflua esercitazione verbale, o peggio (ove si pretendesse di ricavarne delle conseguenze) comporterebbe una frattura rispetto all'ibrido, ma non inconsapevole, sistema congegnato dalla legge per dare vita alla rappresentanza nell'impresa.

Ciò è tanto vero, ossia questa ricostruzione è tanto esatta nella sostanza (ancorché innegabilmente tendenziosa nelle formule descrittive usate), che nei casi in cui si pone il problema del limite, e cioè quando il dubbio e il contrasto riguardano, come si è già dovuto sottolineare, l'attribuzione stessa della qualifica institoria, quella frattura si manifesta appunto nella conclusione (espressa frettolosamente, e forse non senza disagio) di un importante scrittore che, dopo aver esattamente rilevato l'impossibilità del ricorso a presunzioni prefabbricate, ove i poteri rappresentativi si contestino in quanto si contesti precisamente la qualità di institore, si limita a soggiungere: « Si applicano... in questa ipotesi i principî generali in tema di rappresentanza » ⁽¹⁷⁹⁾. È evidente il distacco rispetto ad una valutazione che si commisuri effettivamente alla specifica fattispecie dell'impresa. Il tentato collegamento, o ripiegamento, verso i principî della rappresentanza civile, può tuttavia non risultare infruttuoso, ove lo si utilizzi come banco di prova delle implicazioni che il sistema descritto, peculiare alla rappresentanza nell'impresa, comporta con riguardo all'intera costruzione del fenomeno gestorio, che andiamo delineando.

Perché, insomma, il problema dell'identificazione della sussistenza del potere institorio sulla base della ricognizione (o della semplice presenza) ⁽¹⁸⁰⁾ nei fatti di una preposizione all'esercizio

⁽¹⁷⁹⁾ FERRI, *Delle imprese soggette a registrazione*, cit., p. 111. Avevo richiamato in precedenza (cfr. *supra*, nota 160) l'impostazione in base alla quale questo a. sottolineava perspicuamente l'esistenza del problema del conferimento del potere institorio. Ma lo scarto tra la premessa e le conclusioni, che deliberatamente riferisco soltanto ora, appare così in tutto il suo rilievo sistematico.

⁽¹⁸⁰⁾ L'importanza fondamentale di questo inciso apparirà chiara tra breve.

dell'impresa, anche indipendentemente dalla volontà ovvero contro la consapevolezza di colui che è giuridicamente preponente ⁽¹⁸¹⁾, è stato in una più ampia prospettiva individuato, anche se tutt'altro che risolto, attraverso una constatazione critica indubbiamente esatta: e cioè che il rilievo esteriore della preposizione ha potuto insinuare anche in questo campo l'idea di apparenza, da un lato (sotto un primo profilo *a*) comportando lo scambio, del resto frequente, « di uno dei significati del termine per l'altro: l'apparenza come manifestazione (o fenomenicità) rispetto ad una data realtà, e come (al contrario) surrogato di essa » ⁽¹⁸²⁾; dall'altro lato (sotto un secondo profilo *b*), ed eliminando quello scambio equivoco, privilegiando l'aspetto della *manifestazione esteriore*

⁽¹⁸¹⁾ È ovvio che si tratta qui appunto della situazione limite, necessariamente caratterizzata da quell'ambiguità cui ci siamo già richiamati, e sulla quale dovremo fare qualche altro breve commento.

⁽¹⁸²⁾ Così PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 323; la trattazione muove dalla considerazione delle società irregolari e della loro c.d. pubblicità di fatto o volontaria, espressione con le quali in realtà non si descrive affatto, secondo il P., un meccanismo pubblicitario, bensì un principio di « esteriorizzazione » (come riterrei preferibile dire per evitare l'equivoco con l'apparenza). Sulle insufficienze che il rilievo esclusivo accordato all'esteriorizzazione comporta tornerò fra poco (ma cfr. intanto PUGLIATTI, *Op. cit.*, p. 324, nota 407, e p. 102, nota 452). È indubbio comunque che le precisazioni principali di questo a., sopra riferite e fondamentalmente esatte, sono applicabili anche alla procura institoria non pubblicata; in tal caso, è chiaro che non si ha la c.d. pubblicità volontaria, ma piuttosto delle manifestazioni esteriori; ed è allora « facile supporre che, il più delle volte, codesti segni sono ambigui e comunque il loro valore indicativo non è sorretto da nessuna garanzia di certezza, di precisione e di completezza. Ed ecco la ragione per la quale, mentre la pubblicità legale può contare sull'attuazione del meccanismo predisposto dalla legge, che è idoneo a far conoscere la realtà, la c.d. pubblicità volontaria deve appoggiarsi sull'apparenza [*rectius*: esteriorizzazione]. Ma ciò basterebbe a far dedurre che, in ogni caso, si tratta di fenomeni del tutto differenti. Esattamente, dunque, fu rilevato che, dal punto di vista della funzione e del modo in cui essa si esplica, la c.d. pubblicità volontaria, non può sostituire la pubblicità legale ... Né si può confondere con essa » (*Op. cit.*, p. 325). Estremamente significativa, anche se insoddisfacente ai nostri fini, la conclusione che il PUGLIATTI (*ibid.*) ricava con riguardo — genericamente — a tutte le fattispecie non adeguatamente sorrette da un sistema pubblicitario legale (come abbiamo visto essere il caso, nel momento genetico, del potere institorio): « In realtà si tratta di un complesso di ipotesi anche tra loro differenti, la cui definizione va determinata volta per volta, con riferimento alle finalità concrete della legge e al tipo di protezione che ne deriva ».

della preposizione (¹⁸³) — che giustificerebbe la formula del potere rappresentativo in senso tradizionale — rispetto alla *consistenza intrinseca* dell'esercizio dell'impresa per conto altrui — che potrebbe invece giustificare l'introduzione nel nostro ordinamento della nuova fenomenologia suscettibile di essere riassunta nella formula più comprensiva del « potere gestorio ».

a) Sotto il primo profilo, lo scioglimento dell'equivoco ancora una volta insorgente tra apparenza e realtà apparente (ossia manifestata) importa la soluzione del quesito circa la sussistenza stessa della funzione, e quindi del potere, institorio, in termini — come è già emerso esplicitamente — di preposizione di fatto rilevabile attraverso manifestazioni concludenti. Di per sé, questa enunciazione non costituisce un risultato, se non accompagnata da due precisazioni sistematiche, che è opportuno svolgere con breve ma adeguata argomentazione.

La preposizione institoria di fatto, che nella normalità dei casi è sufficientemente univoca, può al limite superiore offrire un grado di certezza non dissimile da quello che risulterebbe da una procura pubblicata; al limite inferiore, invece, annullarsi in manifestazioni ingannevoli o illusorie che diano luogo ad una situazione di mera apparenza nei confronti di alcuni soggetti: per tutto quanto si è detto *una tale situazione di apparenza non è rilevante sul piano negoziale*, e potrà solo, eventualmente, integrare ipotesi di responsabilità precontrattuale, nei limiti e nei modi già esaminati a suo tempo. La zona intermedia è, ovviamente, quella in cui la fattispecie considerata assume il proprio caratteristico valore autonomo (¹⁸⁴): la situazione di potere gesto-

(¹⁸³) Quest'ultima constatazione non assume più carattere critico nell'a. sopra citato, che la sottolinea; mentre da essa si dipartono le nostre ulteriori considerazioni ricostruttive.

(¹⁸⁴) Devo peraltro avvertire (e si vedano già le note 123 e 149, *supra*) che, nell'ambito della zona intermedia contraddistinta dai fatti concludenti, onde si desume l'esistenza del rapporto institorio, un posto particolare occupano le situazioni obiettivamente ambigue, ossia di incertezza obiettiva (la *res dubia* della civilistica; la connessione con la problematica dell'errore rivela anche la vicinanza con la sfera dell'apparenza, modellata, come si è visto, sull'errore rovesciato, o errore sanante). In tali

rio e rappresentativo che ne risulta è una vera e propria *situazione reale* (che, fra l'altro, permane al di là delle limitazioni e delle modifiche non pubblicate), determinata — diversamente da quanto abbiamo rilevato con riguardo alla *situazione apparente* indotta dall'art. 1396 cod. civ. — da ovvie peculiarità che è quasi superfluo sottolineare, e cioè dalla circostanza che la preposizione ad un'*attività di impresa* ben può costituire una fattispecie equipollente sia rispetto alla procura non pubblicata (in funzione del rilievo fattuale dell'attività), sia rispetto alla mancata pubblicazione delle modifiche (in funzione della predisposizione di uno strumento pubblicitario che sarebbe stato idoneo a segnalare le variazioni della situazione reale rispecchiata dal registro stesso, o costituita come sopra).

Queste caratteristiche peculiari di un fenomeno rappresentativo a sfondo organizzativo, in cui assumono rilievo sia il dato della continuità dell'attività sia quello della permanenza della pubblicità

ipotesi, non trattandosi di semplice dubbio soggettivo, se valgono le regole sull'errore, assume d'altronde rilievo la posizione delle parti con riguardo ai fatti come da esse conosciuti e ragionevolmente apprezzati, non già con riguardo ad una possibile valutazione *a posteriori*: cfr. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, pp. 338 ss., 534 ss.

Vale la pena di sottolineare, inoltre, l'analogia che queste ipotesi presentano con altre, di legittimazione dipendente da valutazioni difficili o, al limite, impossibili da compiersi *a priori* nel singolo caso concreto: ad es., circa la pertinenza degli atti all'esercizio dell'impresa, o (il che è lo stesso) la loro conformità all'oggetto sociale. Con riguardo a queste situazioni avevo suggerito (cfr. quanto scrivevo in *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, pp. 397 ss.) che la sussistenza della legittimazione fosse accertata tenendo conto appunto dell'ambiguità obiettiva della connessione, e affidandosi quindi alla ricognizione « delle manifestazioni ed esplicazioni caratteristicamente ipotizzabili per quel tipo di impresa », con un « rinvio alla valutazione dell'ambito tipico di quell'attività imprenditrice »; conclusioni sostanzialmente identiche sviluppa ora il BELVISO, *L'istitutore*, cit., pp. 324, 330, richiedendo che « il giudizio sulla apparente pertinenza vada dato alla stregua di un criterio di *normalità*, desunto dalla valutazione sociale corrente », e tuttavia adombrando un contrasto (in realtà irrilevante quanto al risultato finale) con le mie tesi, rispetto alle quali viene sottolineato il cauto accoglimento del principio di apparenza, e trascurato invece il rilievo accordato alla necessaria elasticità della valutazione obiettiva, per cui — come puntualizzavo testualmente — « da questo lato le divergenze tra legittimazione apparente e legittimazione effettiva dovrebbero tendere a scomparire » (*La nozione di oggetto sociale*, cit., p. 399; cfr. BELVISO, *Op. loc. cit.*, nota 204).

legale del registro (ancorché, come abbiamo visto, imperfettamente coordinati), sarebbero sufficienti da sole a dar ragione del diverso inquadramento e di talune difformità di disciplina (soprattutto per quanto concerne il fondamento iniziale del potere rappresentativo) rispetto alla rappresentanza civile ed al suo regime di modificazioni ed estinzione.

Ritengo tuttavia che qualche ulteriore chiarimento sulle posizioni dalle quali, per così dire, i due ordini di fenomeni si fronteggiano sia per molti versi essenziale anzitutto perché, nonostante l'indubbia contrapposizione delineata, vale per entrambi almeno un elemento comune, e cioè quello dell'opponibilità delle limitazioni e dell'estinzione della procura, ancorché non idoneamente comunicate o pubblicate, purché comunque conosciute dai terzi; in secondo luogo perché una analisi riassuntiva, sotto questo profilo, è necessaria proprio al fine di dare a questa esplorazione del fenomeno gestorio una conclusione costruttiva, dalla quale il sistema dell'unità nella diversità che a nostro avviso caratterizza i vari aspetti della gestione riceva persuasiva conferma, consentendo altresì il passaggio agli ultimi svolgimenti relativi alla presente tematica, nonché a quelli (che ne hanno in parte costituita l'occasione) che dovranno a suo tempo innestarla sull'analisi delle relazioni che con la gestione ha l'ausiliarietà, e che integrano — come si vedrà in altra sede — un rilevante aspetto di quest'ultima, pur senza esaurire ovviamente i termini della sua qualificazione giuridica ⁽¹⁸⁵⁾.

⁽¹⁸⁵⁾ Dovrà infatti, nel quadro degli altri studi in corso, essere svolta una trattazione che colleghi precisamente alcune delle costanti delle attività ausiliarie, riferibili al profilo della cooperazione giuridica qui analizzata, con i problemi posti *ex novo* (quasi senza apparente riferimento alle precedenti stratificazioni storiche e sistematiche) dall'art. 2195 cod. civ., in una sorta di momento classificatorio delle imprese ausiliarie come imprese commerciali, costruito solo su di una descrittiva tipologica delle attività considerate, le cui possibili connessioni con la struttura giuridica dei rapporti integranti le attività stesse sono tutt'altro che evidenti, e rappresenteranno pertanto l'oggetto precipuo di una ricerca che necessariamente intaccherà, non del tutto marginalmente, anche il tema della commercialità dell'impresa, nelle articolazioni di cui la struttura dell'art. 2195 è un riflesso.

I chiarimenti cui occorre ora procedere tendono — come si è appena detto — a fornire all'argomentazione in corso alcune motivazioni specifiche, ed altre più comprensive e riassuntive. Quanto alle prime, per vero, non sarà passato inosservato che, mentre dalla formula dell'art. 1396 avevamo desunto l'emergenza di una situazione apparente in senso tecnico, abbiamo prospettato invece la rappresentanza nell'impresa come fondata in ogni caso su di una situazione reale, pur a fronte di fatti limitativi od estensivi, dato che in mancanza di pubblicazione questi restano senza efficacia (artt. 2206, 2207); ripeto che il rinvenimento di una fattispecie equivalente può senz'altro considerarsi in questo caso pienamente giustificato dal rilievo giuridico dei fatti (assenti nel caso della rappresentanza civile) di preposizione e pubblicità, sostitutivi o surrogativi della volontà del preponente, carente in ipotesi; senonché la solidità di questo schema è vulnerata dalla possibilità che, anche nell'ambito della rappresentanza commerciale, il difetto di conferimento conseguente alla limitazione o alla revoca dello stesso possa essere opposto ai terzi che ne erano a conoscenza, riproducendo (così, almeno, potrebbe sembrare a prima vista) proprio quel simulacro di pretesa legittimazione reale operante solo a fronte di uno stato soggettivo altrui di buona fede, di cui avevamo più sopra criticato in radice la configurabilità ⁽¹⁸⁶⁾. Ai nostri fini, per la verità, ci si sarebbe potuti limitare a segnalare il fenomeno (senza perseguirne le implicazioni problematiche estranee al tema in esame), presentandolo come la conseguenza — d'altronde del tutto plausibile — dell'operatività imperfetta, ossia non assoluta, del meccanismo pubblicitario, da cui deriva (e anche questo è già stato insistentemente messo in evidenza) una sorta di frammentario, sporadico, e in ogni caso non decisivo, ripiegamento sui principi della rappresentanza civile anche in talune manifestazioni della rappresentanza nell'impresa, in alternanza con quelli che ne sono indubbiamente i caratteri organizzativi tipici

⁽¹⁸⁶⁾ V. a pp. 304 ss., e in particolare la nota 139.

di preminente rilievo; ma la ragione per cui fenomeni di portata pratica analoga assumono, a nostro avviso, coloriture diverse nei due casi, è in realtà più profonda (pur innestandosi sulle accennate, parziali insufficienze del sistema pubblicitario), e soprattutto è così strettamente inerente alla tematica globale della rappresentanza e gestione, nel passaggio da una prospettiva dogmatica tradizionale ad altra più aperta e complessa, da poter essere senz'altro considerata come un aspetto particolarmente significativo ed illuminante della vicenda in esame. Enuncio quindi subito i lineamenti essenziali che questo lato della fattispecie gestoria ci presenta, pur avvertendo che una migliore comprensione, e soprattutto una visione più completa del fenomeno, potranno essere assicurate dall'analisi più penetrante che tenterò di svolgere nella sezione finale di questo paragrafo (avvalendomi di taluni punti di riferimento comparatistici, come elemento di controllo della configurabilità di un diritto vivente orientato nella direzione emergente dal presente contesto).

Quando il potere gestorio e rappresentativo si fonda, come avviene nell'ambito dell'impresa (secondo quanto abbiamo sottolineato), su manifestazioni inerenti all'attività di esercizio dell'impresa stessa, viene in sostanza a mutare — anche se ciò può essere rimasto inavvertito nelle pieghe del sistema — il punto di vista da cui l'ordinamento considera il rapporto su cui quel potere si innesta: non si ha più infatti (se non eventualmente, e con rilievo interno, ma non a livello di fattore genetico della fattispecie rappresentativa) un conferimento del potere stesso dal *dominus* al preposto (come nella rappresentanza civile), e così una situazione giuridica che, sulla base di un *unico rapporto interno*, esplica la sua efficacia nei confronti di chiunque entri in contatto col facoltizzato, nei limiti in cui tale facoltà sussiste ed è accertabile (art. 1393), o appare soggettivamente sussistere (art. 1396); nella rappresentanza d'impresa il rapporto gestorio è invece considerato obiettivamente *dall'esterno*, il che significa che è a fronte di ciascun terzo che il potere del preposto esiste o non esiste realmente, ossia che non vi

è un unico rapporto interno su cui si fondano i vari negozi gestorii, bensì si ha una *pluralità effettiva di rapporti* che si determinano tra il preponente (o, se si preferisce, il preposto) ⁽¹⁸⁷⁾ da un lato, ed ogni singolo terzo, che è controparte del negozio gestorio, dall'altro.

È perciò naturale che, se vi è un momento in cui il costituirsi di questa pluralità di rapporti tra il principale e i terzi (o, ripeto, tra il preposto e i terzi) è per quanto possibile reso uniforme, generalizzato e sostanzialmente unificato ⁽¹⁸⁸⁾ nei modi previsti dalla legge (preposizione e pubblicità) per agevolare appunto l'instaurazione dei vari rapporti rilevanti tra tali soggetti — è naturale, dicevo, che vi sia anche un momento per il quale un particolare stato

⁽¹⁸⁷⁾ La distinzione è in realtà importantissima, in quanto vi si potrebbero rintracciare ulteriori elementi di incidenza, in un senso o nell'altro, sulla teorica dell'instutore segreto. D'altronde, a prescindere da ciò, un altro aspetto di rilievo è dato dalla circostanza che, anche riportando alla figura del preponente uno dei termini del rapporto, di cui il terzo occupa il termine opposto, non viene comunque in considerazione la problematica della procura come dichiarazione o come contratto, cui ricollegare il conferimento di potere dal rappresentato al rappresentante; l'elemento del conferimento può essere del tutto estraneo al fenomeno ricostruito nel testo, e ciò è sufficiente a sottolineare quanto si sia lontani in ogni caso dalla tematica della destinazione della dichiarazione di procura, nella quale pure non mancarono, come è noto, intuizioni affini (limitatamente al ruolo giocato dal terzo come destinatario dell'esteriorizzazione del potere rappresentativo) alle descrizioni qui suggerite. Cfr. soprattutto LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht*, in *Jher. Jahr.* 36 (1896), I, qui a pp. 13 ss.; e NATTINI, *La dottrina generale della procura. La rappresentanza*, Milano, 1910, pp. 92 ss., del quale ultimo sono peraltro particolarmente significativi i richiami ai precedenti romanistici (pp. 105 ss.) e alla preposizione institoria (pp. 101 ss.). E tuttavia quegli svolgimenti, in sede di dogmatica della volontà, restano di necessità inquadrati in un clima concettuale assai diverso da quello che genera i principi emergenti nell'epoca attuale.

Vale piuttosto la pena di sottolineare che è questo indubbiamente uno degli aspetti su cui l'elasticità delle formulazioni del par. 167 BGB (di cui si parlava sopra, alla nota 72) ha maggiormente potuto incidere nel senso di un'estensione, sia pure precipuamente concettualistica, delle prospettive sistematiche utilizzabili dai giuristi tedeschi.

⁽¹⁸⁸⁾ Anche in queste circostanze, di particolare evidenza, che tendono a fornire una visione unitaria del potere institorio, vanno forse rintracciati, almeno in parte, i motivi per cui la pluralità dei punti di riferimento esterni, come caratteristica dell'attività gestoria dell'instutore, è rimasta sostanzialmente inavvertita anche alla luce delle analisi più moderne (si veda, ad es., il contributo ricordato nella nota successiva).

soggettivo dei terzi (consapevoli dell'inesistenza del conferimento di potere, in virtù di informazioni più immediate di quelle pubblicitarie, e che si provi comunque essere a loro note) comporti il venir meno nei loro confronti di quella sola situazione reale di legittimazione che sarebbe altrimenti suscettibile di operare verso ciascuno di essi, lasciando ovviamente sussistere invece tutte le altre, che si riconducono ai fattori più generali (appunto preposizione e pubblicità) di costituzione del potere, così come quest'ultimo è manifestato da quelle due caratteristiche componenti genetiche della fattispecie (¹⁸⁹).

Tralascio ora per un momento questa ricostruzione, di cui è superfluo sottolineare l'importanza nel quadro delle proposte che vado formulando, e che sarà ripresa conclusivamente e, spero, persuasivamente, nel contesto sistematico cui (come ho avvertito) mi riferirò tra poco.

E riprendo piuttosto gli spunti enunciati circa la genesi delle situazioni gestorie richiamate da ultimo, per delineare sommariamente quella che mi pare essere una valida ipotesi di fondo quanto al significato ultimo, in sede di analisi critica, del fluire — cui abbiamo assistito — dall'una all'altra zona di assestamento concettuale dei fenomeni contigui dell'imputazione di responsabilità (¹⁹⁰)

(¹⁸⁹) Profili di sviluppo per certi aspetti analoghi, pur se con conclusioni diverse e persino (da un angolo visuale più formale che sostanziale, come vedremo) opposte, ha tracciato il FANELLI, *Per una rivalutazione della preposizione institoria*, cit., a p. 25.

(¹⁹⁰) L'uso di questa formula è preferibile anche ove si dovesse avere riguardo a rapporti sinallagmatici. Anzitutto, come avevamo notato a suo tempo, indipendentemente dall'eventuale (analogamente: OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, pp. 392-3) verificarsi anche di effetti attivi (corrispondenti a quelli passivi cui il preponente è vincolato), ciò che viene in considerazione in questo tipo di problematica è, in senso più lato, l'efficacia unilaterale del vincolo, in quanto esso possa esser fatto valere solo da una parte, nei cui confronti non ne sia opponibile l'invalidità dalla controparte, mentre non sia vero l'inverso; la situazione è naturalmente prevista da numerosissime norme, e non sono necessari ulteriori chiarimenti (si vedano, d'altronde, specifiche allusioni alle ipotesi di inefficacia relativa in OPPO, *In tema di «invalidità» delle deliberazioni ecc.*, cit., a p. 936; FALZEA, voce «Apparenza», cit., a pp. 692, 699; CALAIS-AULLOY, *Essay sur la notion d'apparence etc.*, cit., p. 33; PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1962, pp. 106-7). In secondo luogo, il fenomeno ora ricordato

per colpa non contrattuale, per creazione di apparenza qualificata, e per fattispecie negoziale equivalente ad altra giusnaturalisticamente più tipica ⁽¹⁹¹⁾.

L'ipotesi a mio avviso più produttiva (sul piano dello sviluppo e del superamento di certe dispute che hanno talvolta offerto solo la dimostrazione della propria sterilità) individua in ogni mani-

si affianca, e frequentemente coincide, con quello in cui residua l'inadempimento di una sola delle prestazioni corrispettive, talché l'interesse alla produzione dell'effetto residuo (esclusivamente passivo per la parte che non possa opporre l'invalidità dell'obbligazione) si concentra nella controparte; è superfluo rilevare la particolare importanza, nella vita giuridica, delle contestazioni riguardanti appunto una situazione debitoria (in genere pecuniaria): ciò costituisce ovviamente la regola, ad es., nelle procedure fallimentari, in cui è eccezionale la situazione dei rapporti giuridici pendenti, cioè bilaterali e non esauriti (cfr. PROVINCIALI, *Manuale di dir. fallimentare*, I^a, Milano, 1962, pp. 907-9; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1959, pp. 250 ss.). Infine, e in dipendenza da quanto or ora sottolineato, è quindi la nozione stessa di *responsabilità*, sia pure come risultante di pregressi rapporti giuridici, che assume rilevanza autonoma e preminente, quando si tratti di stabilire quali siano l'efficacia e i riflessi di determinati atti negoziali compiuti direttamente o tramite preposti, soprattutto se essi si inquadrano a loro volta in un'attività (d'impresa) la quale, considerata nei suoi singoli momenti, e a maggior ragione nella sua globalità, finisce per presentare un bilancio non tanto di effetti attivi o passivi, quanto appunto di responsabilità imputabile al soggetto titolare dell'attività stessa, o ad altri soggetti che ne debbano rispondere in virtù di principi diversi (ed es., di amministrazione — o, in senso lato — di gestione; per tutti questi profili può risultare particolarmente illuminante, da ultimo, GALCANO, *Delle associazioni non riconosciute ecc.*, cit., pp. 214 ss.; e ritengo superfluo richiamare tutte le norme in cui la legge si esprime precisamente in termini di responsabilità, nel testo o nella rubrica di numerosissime disposizioni, fra cui ricordo solo a titolo esemplificativo, ed a parte tutte quelle in tema di società, gli artt. 33, 38, 41, 1218, 1228, 1337, 1715, 2208, 2740 cod. civ., e gli artt. 274, 878 cod. nav.).

Il fenomeno, e la sua connessione con la disciplina della formazione dei contratti tramite preposti, sono particolarmente evidenti in diritto inglese, in virtù della distinzione tra contratti *executory* ed *executed*; tale distinzione non incide solo sul momento genetico, determinando il tipo di *consideration* (cfr. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, pp. 345-6, 393 ss.; ATIYAH, *Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1961, pp. 59-62), ma anche sull'efficacia del potere del preposto di vincolare il principale al negozio, sia con l'attribuzione degli effetti attivi, che con l'imputazione di responsabilità (così, ampiamente, STOLJAR, *The Law of Agency*, cit., pp. 77, 183 n. 205 ss., 239-42; e per qualche parziale, unilaterale riflesso cfr. proprio gli artt. 1705-1707 del nostro codice).

Sui temi trattati in questa nota, già un fuggevole cenno sopra, alla nota 36.

⁽¹⁹¹⁾ Così, felicemente (come si ricorderà: cfr. sopra, nota 130), SACCO, *La buona fede*, cit., p. 57, nota 16.

festazione (effettiva o presunta) di operatività del principio di apparenza un fenomeno di transizione, legato ovviamente ad una strutturazione rigida delle fattispecie riconosciute, con l'ulteriore precisazione che tale rigidità deve talvolta essere riferita ad un sistema di delimitazione delle fattispecie indiscutibilmente ravvisabile nella fase presa in considerazione dell'ordinamento positivo, altre volte invece è riconducibile (pur muovendo dal momento interpretativo di una norma o di un complesso di norme, o ancora da un problema di antinomie o di lacune) ad uno specifico atteggiamento di scuole e dottrine che — anche quando svincolate, nella migliore delle ipotesi, da pregiudizi o equivoci concettuali — tendono a privilegiare taluni aspetti piuttosto che altri del momento di passaggio da una serie di nozioni consolidate a quella successiva, emergente appunto attraverso varianti parziali apportate al sistema da norme introdotte senza piena consapevolezza delle possibili implicazioni. Il risultato, come si diceva, è in ogni caso nel senso che l'individuazione di fattispecie con caratteri intrinseci di novità ne risulta ritardata, e ancor più difficoltosa è la ricostruzione di un sistema unitario inclusivo delle successive frammentazioni e stratificazioni; così avviene che il principio di apparenza nelle sue possibili applicazioni sia correttamente accolto o respinto nella nostra letteratura giuridica con facilità, e quasi con disinvoltura a seconda del tipo di definizione di fattispecie adottato, e del rilievo dato a elementi formali; sembra invece assai più difficile riconoscere il fenomeno delle fattispecie affini ed equivalenti, per sua natura riscontrabile piuttosto attraverso l'approfondimento casistico, che consente altresì una più pregnante esegesi delle norme, che non attraverso l'elaborazione di distinzioni concettuali, anche le più accuratamente formulate.

Non insisto su queste considerazioni, che presumo chiaramente anticipate dal procedimento stesso seguito nell'esame dei temi sinora trattati; ma per riportare il discorso appunto sui nostri temi particolari, sembra di poter concludere che i fenomeni di potere gestorio analizzati in questa sede sono stati volta a volta col-

locati su di una linea di classificazione (ricalcata sulle varie ipotesi ricavate dalla realtà) che, tenendo rigorosamente conto delle risultanze esegetiche del dato positivo, ha coscientemente tentato di riscattarne le insufficienze, senza pretendere di colmarle, ma sottolineando l'equivoco e la precarietà delle soluzioni disponibili nell'attuale sistema di nozioni ⁽¹⁹²⁾.

Pur essendo evidente che queste limitate osservazioni poco aggiungono ai significati specifici degli argomenti trattati, presentandosi piuttosto come scarse meditazioni marginali sul tema (di teoria generale, e sempre vagamente sospetto) dell'apparenza e del suo rilievo tecnico oltre che politico, esse tuttavia possono in qualche misura dar ragione della scelta fatta durante il cammino percorso, che è stata una deliberata scelta di ostacoli da affrontare, non meno che di prospettive da sviluppare. Non ho quindi esitato a riferirne in questa breve digressione, tanto più che l'alternativa stessa tra potere gestorio apparente e reale presenterà

⁽¹⁹²⁾ Si consideri, tipicamente, quanto illustrato in precedenza, in più punti, circa la necessità di classificare fattispecie apparente quella derivante dall'art. 1396 cod. civ.; avevamo persino osservato che, se non si poteva convenire nella configurazione di una situazione reale di perdurante procura (come sostenuto dal NICOLÒ) si sarebbe piuttosto potuto pensare, al limite, ad una diversa situazione reale stabilita tra il principale e (ciascun) terzo, in virtù di una rilevanza autonoma (sempre, ovviamente, nei confronti di ciascun terzo) del conferimento iniziale; aggiungendo ora la precisazione (ormai scontata, in ragione delle argomentazioni svolte nel testo) che questa possibilità non pare invece, allo stato delle cose, correttamente ipotizzabile, proprio perché il sistema della rappresentanza civile non sembra affatto concepire — come fattispecie alternativa ed equivalente rispetto alla procura — quella pluralità di rapporti con i terzi, su cui si innesta il potere rappresentativo del preposto, che abbiamo visto realizzata invece per la rappresentanza nell'impresa attraverso il meccanismo fattuale e pubblicitario della preposizione (ossia attraverso una *riconosciuta* fattispecie equivalente rispetto al conferimento), e che è d'altronde realizzata anche (con prassi che sfida le ricostruzioni dogmatiche, come vedremo subito) per l'*apparent agency* di *common law*.

È evidente che il passaggio dall'una all'altra classificazione delle fattispecie — eliminando il ricorso al principio dell'apparenza — sarebbe possibile proprio sulla base di un fecondo ripensamento critico del sistema codificato, talvolta d'altronde proiettato (dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e più o meno indebitamente e consapevolmente) oltre la norma attuale e verso quella in gestazione.

Gli spunti qui ripresi sono stati introdotti nelle precedenti note 141, 142, 143, e nel testo ad esse corrispondente.

ulteriori e nuovi profili di interesse nei rilievi analitici comparatistici e riassuntivi su cui si articoleranno ora gli ultimi settori della presente indagine.

b) Occorre adesso, tuttavia, e proprio con riguardo anche a quanto testé accennato, inquadrare sommariamente l'ulteriore problema in cui avevamo individuato, come si ricorderà ⁽¹⁹³⁾, il secondo profilo presentato dalla gestione institoria (del tutto indipendentemente da ogni creazione illusoria di apparenza, su cui il discorso è definitivamente esaurito).

Si tratta, invero, di stabilire se la rilevanza dell'*esteriorizzazione*, riscontrata come condizione sufficiente del potere gestorio e rappresentativo dell'impresa (in quanto affatto surrogativa di ogni altra e qualsiasi manifestazione di volontà del preponente) ne sia anche, o meno, condizione necessaria; ovvero, in altre parole, se l'*esteriorizzazione* si prospetti in contrapposizione e come indispensabile superamento (sotto questo profilo) del rapporto gestorio nella sua *consistenza intrinseca*, oppure se precisamente da quest'ultima reclaims la propria efficacia, al punto da risulterne subordinata e, al limite, da poter essere da essa sostituita quale valido fondamento di un principio rappresentativo efficace pur se indiretto o, se così si preferisce, di un principio di imputazione.

Che questo problema si presenti anche come preliminare, o meglio (in dipendenza della soluzione di diritto positivo) collegato a quello dell'ammissibilità dell'imprenditore occulto, ha in questa sede — giova sottolinearlo — scarsissima importanza. Altro è rinvenire, nella normativa destinata a fissare le conseguenze dell'interposizione gestoria nell'impresa, una soluzione — o un indizio — che valga a determinare la scelta concretamente esercitata dall'ordinamento con riguardo ad un particolare fenomeno; altro è risalire alla costruzione logica che consente quel risultato — senza neppure eventualmente circoscriverlo — razionalizzando tutta una sfera di operazioni giuridiche alla luce dell'utilizzazione

(193) Cfr. sopra, alla p. 324.

di uno strumento che possa o debba considerarsi peculiare delle strutture concettuali fondamentali dell'ordinamento (così come, conversamente, potrebbe essere invece affatto sconosciuto ad altri ordinamenti) (¹⁹⁴).

Nel primo senso, abbiamo già indicato a suo tempo (ma senza identificarne la portata e i limiti) (¹⁹⁵) l'innegabile tendenza, inerente a talune norme, a porsi al di fuori di ogni consueta caratterizzazione della rappresentanza diretta, in funzione soprattutto (¹⁹⁶) del rilievo che può assumere il collegamento dei singoli atti ove questi siano coordinati allo svolgimento di un'attività; ai nostri fini queste constatazioni sono sufficienti, non essendo invero pensabile di apportare in questa sede ulteriori contributi ad una definizione più specifica dei problemi relativi alle varie fattispecie di mancata spendita del nome nell'esercizio (occulto e indiretto) di un'impresa (¹⁹⁷). Nel secondo senso, che è quello sul quale il nostro discorso deve più penetrantemente incentrarsi, si tratta invece di stabilire se vi è un criterio di fondo al quale i risultati parziali enucleati dalla disciplina positiva siano da ricondursi; si tratta cioè di fissare un'eventuale presenza nuova nel nostro ordinamento (appunto l'affermazione di una gestione illimitatamente efficace in capo all'interessato ancorché non esteriorizzata), tale da costituire l'ultimo anello della catena di istituti e di nozioni che siamo venuti delineando; e di verificarne allora i limiti di applicazione nei punti di forza e in quelli di cedimento, in altre parole nei nuovi confini concettuali e nelle possibili direttrici di razionalizzazione.

(¹⁹⁴) La cosa si comprende se si pensa, ad es., al *trust*: si sa che, in una conversazione con Maitland, Gierke aveva dichiarato di « non poter capire il *trust* » (MAITLAND, *Equity*, cit., p. 23). È chiaro che non si tratta di ricavare dalla disciplina positiva l'esistenza o meno di un istituto — cosa di per sé agevole —, ma di individuarne l'essenza, i modi di operare, l'estensione.

(¹⁹⁵) Cfr. sopra, alle pp. 251 ss.

(¹⁹⁶) Ma non esclusivamente: ricordo quanto rilevato innanzi alla nota 35.

(¹⁹⁷) Un recentissimo, esauriente, riesame dello stato della questione è quello compiuto dal PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'« imprenditore occulto » nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 623.

A tale scopo, anche la pietra di paragone dell'*agency*, utilizzata in ogni sua dimensione compatibile con intenti assimilativi, e d'altronde per taluni aspetti necessariamente demistificata, contribuirà ad indicarci le formule conclusive di questo tentativo di primo assestamento dei fenomeni critici considerati.

δ) Affermare senz'altro, a questo punto, che gli argomenti trattati in questa ricerca (dalla responsabilità vicaria alla rappresentanza apparente, dal potere gestorio di fatto alla problematica dell'esteriorizzazione) trovano tutti riscontro, con puntuale terminologia ed adeguata articolazione, negli ordinamenti di *common law*, sarebbe fare troppo onore ad un'esperienza giuridica ineguale, ed eccessivo affidamento in un sistema che sovente si rifiuta di essere tale.

« La *common law*, dato il suo modo di formazione — osserva pungentemente il GORLA ⁽¹⁹⁸⁾ —, è un arsenale di ferri vecchi e di buone armi che vi si conservano gli uni accanto alle altre ».

Ma soggiunge subito: « Anche i ferri vecchi possono in certe occasioni impugnarsi con successo » ⁽¹⁹⁹⁾.

Ed ecco che la corrosa dottrina dell'*undisclosed principal* ritorna a balenare alla luce del sistema degli *inherent agency powers*. È vero che, in sé, la teoria dell'*undisclosed principal* è ormai plurisecolare e non è mai stata disapplicata o ripudiata; ma le corti e gli scrittori, che pure riconoscono la validità di una soluzione consolidata, non avevano mai nascosto la propria perplessità a fronte di un fenomeno che nella stessa *common law* (se considerato nel quadro dei principî regolatori dell'efficacia del contratto tra le parti) si presenta come anomalo ⁽²⁰⁰⁾, com-

⁽¹⁹⁸⁾ *Il contratto*, I, cit., p. 399.

⁽¹⁹⁹⁾ *Ibid.*

⁽²⁰⁰⁾ Oltre ad alcune note di commento del POLLOCK, in 3 *Law Quart. Rev.* (1887), 358; 9 *Law Quart. Rev.* (1893), 111; 14 *Law Quart. Rev.* (1898), 2, 5; cfr. AMES, *Undisclosed Principal. His Rights and Liabilities*, in 18 *Yale Law Journ.* (1909), 443; HOLMES, *The History of Agency*, in *Collected Legal Papers*, cit., pp. 49, 81 ss.

portando che gli effetti di un negozio stipulato fra l'*agent* (*A*) e il terzo (*T*) si estendano — per di più alternativamente, attraverso un complesso e talvolta incongruo procedimento di *election* da parte di *T* ⁽²⁰¹⁾ — ad un principale (*P*) sconosciuto, con il quale *T* non intendeva contrattare e su cui non faceva affidamento: risultato che rasenta poi l'assurdo, quando *A* non è autorizzato da *P* al compimento di quel negozio, né *T* può essere indotto da qualsivoglia manifestazione di esteriorizzazione o di apparenza a ritenere che l'autorizzazione di *P* vi sia, posto che di *P* ignora financo l'esistenza ⁽²⁰²⁾.

Se non mancano i tentativi — tipici, d'altronde, dell'ambiente giuridico anglosassone — di circoscrivere e condizionare l'applicazione di tali regole, sulla base di una rigorosa individuazione delle distinzioni che componenti di fatto diverse introducono in una serie indefinita di situazioni, in linea di massima l'*undisclosed agency* non solo fa oggi parte del patrimonio operativo e culturale degli ordinamenti di *common law*, ma è apertamente difesa e rivalutata proprio dagli scrittori che più di recente e autorevolmente se ne sono occupati ⁽²⁰³⁾, rintracciandone le giustificazioni storiche e d'ordine pratico, e razionalizzandone persino quell'aspetto (la c.d. *apparent authority* ad essa

⁽²⁰¹⁾ È noto che la scelta alternativa tra responsabilità del mandante e del mandatario è appunto una caratteristica dell'*agency*, che il BIGIAMI, *Difesa ecc.*, cit., pp. 187-8, 300, ritiene opportuna, anche ai fini di rendere più ragionevole la responsabilità del principale occulto; ma la regola è oggi invece soggetta a vivaci critiche nel mondo giuridico anglosassone, soprattutto per le difficoltà di applicazione; cfr. MECHEM, *Outlines of the Law of Agency*, cit., pp. 102-5; e, sia pure con varie sfumature, v. anche SEAVEY, *Handb. of the Law of Agency*, cit., p. 133; HILL, *Some Problems of the Undisclosed Principal*, in *The Journ. of Business Law*, 1967, 122; nonché una nota in 81 *Law Quart. Rev.* (1965), 164.

⁽²⁰²⁾ Cfr. *Watteau v. Fenwick*, cit., e *infra*.

⁽²⁰³⁾ Per tutti: SEAVEY, *Studies in Agency*, cit.; ID., *Handb. of the Law of Agency*, cit.; MECHEM, *Outlines etc.*, cit.; STOLJAR, *The Law of Agency*, cit.; MÜLLER-FREIENFELS, *The Undisclosed Principal*, in 6 *The Am. Journ. of Comp. Law* (1957), 165; HIGGINS, *The Equity of the Undisclosed Principal*, in 28 *Modern Law Rev.* (1965), 167.

talvolta collegata) che costituisce una palese contraddizione in termini ⁽²⁰⁴⁾.

Ovviamente, questa ricomposizione logica del sistema dell'agency, avviata negli ultimi anni soprattutto dal SEAVEY ⁽²⁰⁵⁾ ma affidata ormai ad una copiosa letteratura, è intrinsecamente difficile, se non (come dirò) impossibile. Né ci si propone qui di render conto esaurientemente di un argomento sul quale si diffonde una mole enorme di materiale, traboccante nelle biblioteche di tutto il mondo ⁽²⁰⁶⁾. Tuttavia non sfuggiremo al com-

⁽²⁰⁴⁾ Si vedano ancora gli scrittori richiamati nella nota precedente. Naturalmente non mancano differenze di sfumatura nei vari atteggiamenti; inoltre è obiettivamente difficile valutare l'esatta portata di precedenti giurisprudenziali che tengono conto, come si diceva nel testo, di diverse componenti; ad es. *Watteau v. Fenwick*, pur fissando il principio della responsabilità dell'*undisclosed principal* anche per gli atti compiuti dal preposto *ultra vires*, sembra avvicinarsi per certi aspetti alle ipotesi di *dormant partners*, e limitarsi per altri aspetti ad una situazione di *reputed ownership* (così MECHEM, *Op. cit.*, pp. 114-116, ma v. SEAVEY, *Handbook*, cit., pp. 106 ss.).

⁽²⁰⁵⁾ *Studies in Agency*, cit.; da ultimo, nettamente, in *Handbook*, cit.; tutti i relativi principi sono anche contenuti, ma in forma di regole analiticamente desunte dai precedenti giurisprudenziali, in *Restatement, Second, Agency*, St. Paul, 1958, di cui d'altronde SEAVEY è stato reporter.

⁽²⁰⁶⁾ In considerazione della vastità della letteratura sull'argomento, e della natura di questo rapido *excursus* che intende dare dell'agency un panorama generale, mi limito a segnalare qui di seguito le opere da me più largamente utilizzate, fornendone per comodità tutte le relative indicazioni bibliografiche, anche se già precedentemente citate.

Per la letteratura inglese: HANBURY, *The Principles of Agency*², London, 1960; POWELL, *The Law of Agency*², London, 1961; FRIDMAN, *The Law of Agency* London, 1960; HIGGINS, *The Equity of the Undisclosed Principal*, in 28 *Modern Law Rev.* (1965), 167; inoltre, sul diritto dell'agency anglo-americano in generale: STOLJAR, *The Law of Agency. Its History and Present Principles*, London, 1961. Per la letteratura americana: HOLMES, *The History of Agency*, in 4 *Harvard Law Rev.* (1891), 345, e 5 *Harvard Law Rev.* (1891), 1, ora in *Collected Legal Papers*, New York, 1920 (rist. 1952), 49, 81; F.R. MECHEM, *Outlines of the Law of Agency*⁴, (ed. P. MECHEM), Chicago, 1952; SEAVEY, *Studies in Agency*, St. Paul, Minn., 1949; Id., *Handbook of the Law of Agency*, St. Paul, Minn., 1964; SEAVEY, HALL, *Cases on the Law of Agency*, St. Paul, Minn., 1956; American Law Institute, *Restatement of the Law, Agency 2d*, St. Paul, Minn., 1953; PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*¹, St. Paul, Minn., 1964; FRASCONA, *Agency*, Englewood Cliffs, N.J., 1964.

Per la letteratura continentale: LEVY-ULLMANN, *La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques*, in BALOGH, ed., *Actorum Accademiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae*, I, Bero-

pito, che ci siamo prefissi, di ricavare sommariamente dalla storia, dalla disciplina e dall'analisi critica dell'*agency* quei punti salienti che non solo sono il necessario riscontro dell'argomentazione che andiamo svolgendo sui problemi sistematici della rappresentanza nel nostro diritto, ma attraverso i quali, al tempo stesso, riteniamo — da osservatori esterni — di aver enucleato gli sviluppi più rilevanti del fenomeno in sé considerato (quanto meno, al di là dei tecnicismi, nel flusso degli elementi idonei a costituire patrimonio comune della scienza giuridica).

Riprendiamo l'angolo visuale da cui questa analisi muove: le connessioni e contrapposizioni più delicate che avevamo dovuto mettere in rilievo sono quelle tra apparenza, esteriorizzazione, e consistenza intrinseca del potere di gestione. Come si è svolta la dottrina dell'*agency* a questo riguardo?

Ancora una volta, ci troviamo di fronte ad una prima affermazione sconcertante: « The apparent authority is the real authority »; qui sembra che Lord ELLENBOROUGH⁽²⁰⁷⁾ anticipi di almeno un secolo la problematica — ancor viva, come abbiamo visto — della relazione dialettica tra apparenza e realtà.

Le cose, in effetti, non stanno proprio in questi termini: come spesso avviene negli scrittori e nei giudici di *common law*, che non vanno tanto per il sottile, sul rigore dogmatico prevale non dirò il gusto della frase, ma quello della constatazione quasi compiaciuta delle contraddizioni e dei contrasti; ma resta pur vero che (confondendosi di fatto i fenomeni del potere reale e di quello apparente, soprattutto in funzione dell'ambiguità di quest'ultima caratterizzazione) in quell'impostazione non è diffi-

lini, Londini, Parisiis, 1928, 341; WÜRDINGER, *Geschichte der Stellvertretung (Agency), in England. Ein Beitrag zur Entwicklung des englischen Privatrechts*, Marburg, 1933; POPESCO-RAMNICEANO, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, Paris, 1927; RIGAUX, *Le statut de la représentation*, in *Bibliotheca Visseriana*, XX, XXXVII, Lugduni, 1963; MÜLLER-FREIENFELS, *The Undisclosed Principal*, in *16 Modern Law Rev.* (1953), 299; *Id.*, *Law of Agency*, in *6 The Am. Journ. of Comp. Law* (1957), 165; V. TEDESCHI, *Profilo dell'agency nel diritto nordamericano*, Milano, 1961.

⁽²⁰⁷⁾ *Pickering v. Busk*, 15 East (1812) 38, 39.

cile rinvenire mezze verità illuminanti, storicamente ricorrenti, e per di più — come vedremo subito — definitivamente riemergenti nel momento attuale.

La *common law* ⁽²⁰⁸⁾ non ha mai sviluppato, come è intuitivo, un principio generale ed astratto di apparenza; ma la c.d. *apparent authority* come possibile fondamento dell'*agency* (ossia del rapporto che implica un potere gestorio) è una delle nozioni fondamentali affermatesi in questo settore, ed in cui si è individuata una delle fattispecie costitutive (come diremmo noi) del rapporto di *agency*. Ma è dubbio che si sia mai pensato del tutto consapevolmente all'*apparent authority* come ad un'autorizzazione illusoria da parte di *P*, piuttosto che come ad un'autorizzazione fondata sulla manifestazione di *P* ai terzi anziché su di un conferimento di *P* ad *A* (indicato correntemente come *real authority*); oggi non è neppure possibile parlare di dubbio, tanto nette e perentorie sono le ricostruzioni intese ad identificare nell'*apparent authority* e *apparent agency* un fenomeno non già di creazione illusoria, bensì di esteriorizzazione o manifestazione di realtà rivolta ai terzi, e fra l'altro graduabile anch'essa nelle modalità e nel contenuto (esplicita, implicita, usuale ecc.) ⁽²⁰⁹⁾.

Fino a questo punto sembrerebbe dunque che non possa aversi *agency* (potere gestorio) senza un effettivo conferimento ad *A*, o senza un'effettiva autorizzazione manifestata a *T*: e si noti che la netta distinzione tra l'uno e l'altro caso importa che nel secondo caso il rapporto su cui si innesta il potere gestorio di *A* sussista e sia reale soltanto in relazione a *T*, ossia a ciascuno dei terzi ai quali è in concreto manifestato, proprio come avevo prospettato a suo tempo con riguardo alla nostra rappre-

⁽²⁰⁸⁾ È superfluo segnalare che uso l'espressione in senso solo parzialmente tecnico, intendendo con essa riferirmi anche all'*equity*, nel cui campo specifico di applicazione rientrano proprio molte fra le regole dell'*agency*.

⁽²⁰⁹⁾ Per una classificazione particolarmente minuziosa cfr. la più recente fra le trattazioni sull'argomento: FRIDMAN, *The Law of Agency*, cit., pp. 81 ss., 140 ss.

sentanza nell'impresa, pur tenendo conto dell'incidenza su quest'ultimo fenomeno del sistema di pubblicità e del concetto di preposizione, *entrambi estranei o senza rilievo — come l'idea di procura, del resto — rispetto all'agency di common law*. È evidente inoltre che l'articolazione dell'*agency testé* descritta comporta un'altra conseguenza ancora, e cioè una sostanziale irrilevanza della *contemplatio domini*, o almeno una mancata enucleazione consapevole di tale elemento ⁽²¹⁰⁾, anche nei casi in cui — esplicitamente, o più spesso implicitamente — esso sussiste ed opera nei confronti di *T* (*disclosed agency*, corrispondente alla nostra rappresentanza diretta).

In realtà, il sistema dell'*agency* ha proceduto molto al di là del confine di ogni possibile razionalizzazione basata su schemi individualistici e volontaristici, e ciò sia sotto il profilo dell'assenza di ogni forma di *authority*, reale o apparente (si legga: con conferimento *ad instar* di procura, o con esteriorizzazione di fatto — o anche, in ipotesi, illusoria), sia — come appunto è noto — sotto il profilo dell'assenza, nei casi di *undisclosed agency*, di ogni riferimento al *dominus* o *P*, rappresentato peraltro da *A* a tutti gli effetti (secondo la formula della nostra c.d. rappresentanza indiretta, cui sia riconosciuta però piena efficacia).

In questo lungo viaggio dell'*agency*, le implicazioni erano rimaste sovente inavvertite od oscure: per chiarirle pienamente, si sono dovuti sottoporre, per così dire, ad una prova di resistenza sistematica, costituita da un ripensamento congiunto, precisamente i due fenomeni (sempre considerati separatamente, anche quando cumulativamente) dell'*apparent authority* e dell'*undisclosed agency* ⁽²¹¹⁾.

L'analisi della vicenda di *Watteau v. Fenwick* rivela per vero una circostanza cui avevamo già fatto cenno e che, per

⁽²¹⁰⁾ È chiaro che si potrebbe ripetere qui tutto ciò che è stato rilevato all'inizio di questo discorso, circa l'ambiguità della *contemplatio domini*, non senza sottolinearne la scarsa significatività in diritto romano.

⁽²¹¹⁾ HAND, in *Kidd v. Thomas A. Edison, Inc.*, 239 F. (1917), 405; SEAVEY, *Studies etc.*, cit.; *Restatement, Second, Agency*, cit.

quanto sorprendente, non è perciò meno ovvia: e cioè che, nella misura in cui si considera inopponibile a *T* l'eccesso di potere di *A* (preposto all'esercizio di un'impresa) rispetto alle istruzioni di *P*, quando questi sia *undisclosed*, ossia occulto, l'*agency* efficacemente posta in essere da *A* non può ricondursi né ad una *real authority* (in ipotesi non conferita) né ad una *apparent authority* che, sempre in ipotesi, non poteva certo essere stata manifestata a *T*, considerato il semplice fatto che *T*, da parte sua, ignorava l'esistenza stessa di *P* come principale di *A*. In altre parole, la somma degli effetti dell'*undisclosed agency* e dell'*apparent authority* in un'unica situazione non poteva non riguardarsi come assurda finché il risultato (accolto peraltro come un dato giurisprudenziale ineliminabile) veniva ricondotto precisamente, come pure ci si ostinava a fare, ad una nozione di *apparent authority* chiaramente inoperante ed inapplicabile nel caso considerato ⁽²¹²⁾.

Di qui l'individuazione di un primo punto base, su cui fondare un'intera nuova categoria di c.d. *inherent agency powers*, estesa a ricomprendere tutte le circostanze ⁽²¹³⁾, analoghe a quelle denunciate così esemplarmente dall'ipotesi di eccesso di poteri segreti, e in cui il potere di *A* non deriva manifestamente né dalla volontà di *P*, né da un fatto oggettivo di esteriorizzazione di un'*authority* a questi riferibile, sia pure presuntivamente.

Per la verità, sarebbe ora agevole da parte nostra dimostrare che la costruzione degli *inherent agency powers* non sarebbe stata strettamente necessaria proprio in relazione all'ipotesi testé esaminata: in essa, la difficoltà non consiste certo, sotto il profilo logico, nell'estendere a *tutta* la sfera di attività, che noi chiameremmo istitutoria, i poteri del preposto segreto, quand'anche l'occulto preponente li abbia (sempre, per forza di cose, esotericamen-

⁽²¹²⁾ È singolare come tutte le varianti, anche di dettaglio, del sistema considerato (così, ad esempio, quella che riporta al criterio della *reputed ownership*, più volte ricordato) sembrino ricalcare modelli romanistici (si pensi, correlativamente, al *peculio*).

⁽²¹³⁾ Se ne confronti una precisa elencazione nella succinta ma lineare trattazione di FRASCONA, *Agency*, cit., pp. 62-3, 76.

te) limitati; questo particolare ostacolo è per vero superabilissimo, sol che si utilizzi la nozione stessa di preposizione institoria (che peraltro, nella sua pregnante connessione con l'attività di impresa unitariamente considerata, non è stata enucleata in sede di *common law*, ove si ha riguardo frammentariamente al *general agent*, allo *shop manager* ecc., e si è preferito pertanto il ricorso, alternativamente, alle nozioni di *apparent* o *inherent agency* applicate a tali figure, per la soluzione del problema in esame) ⁽²¹⁴⁾.

La vera difficoltà, invece, consisteva ovviamente nel fondamento stesso dell'*undisclosed agency*, in quanto si trattava e si tratta di dare spiegazione non già del fatto che *P*, benché occulto, debba rispondere degli atti non autorizzati compiuti da *A* nel corso della sua attività di preposto, bensì del fatto che proprio a *P* debbano essere ricondotti tutti gli effetti degli atti, autorizzati o no, che *A* ha compiuto senza spendere il nome e persino senza rivelare l'esistenza di *P*. Ma, da un lato, abbiamo già visto che questo è soprattutto un punto di vista continentale, condiviso più che altro dagli scrittori di *common law* che sono entrati in fugace contatto con la pandettistica ⁽²¹⁵⁾; dall'altro lato, l'approfondimento critico del fenomeno dell'*undisclosed agency* non può non ricondurre di per sé, come si noterà subito, al discorso degli *inherent agency powers*, e quindi sotto questo profilo la linea di ricerca, di cui abbiamo contestato la necessità con riguardo alle

⁽²¹⁴⁾ Cfr., ad es., STOLJAR, *Op. cit.*, pp. 42 ss. Tuttavia, anche i principi in cui emerge chiaramente il riferimento all'esercizio dell'impresa (o *course of business*) sono enunciati a più riprese, ad es. nel famoso *Hubbard v. Tenbrook*, 124 Pa. (1889), 291, in cui dando per scontata la regola dell'*undisclosed agency* si afferma: « To allow an undisclosed principal to absorb the profits, and then when the pinch comes, to escape responsibility on the ground of orders to his agent not to buy on credit, would be a plain fraud on the public. No exact precedent has been cited. None is needed ». Conf. SEAVEY, *Handbook*, cit., p. 107.

⁽²¹⁵⁾ Su queste influenze cfr. MÜLLER-FREIENFELS, *The Undisclosed Principal*, cit., a p. 311; HIGGINS, *The Equity of the Undisclosed Principal*, cit., a p. 179, rileva l'apporto, attraverso il Pothier, del consensualismo kantiano; cfr. anche STOLJAR, *Op. cit.*, p. 21, nota 6.

situazioni di eccesso di potere, conserva una sua autonoma validità con riguardo all'*undisclosed agency*: come dire, con riguardo ad un potere gestorio (autorizzato) occulto ma efficace in capo all'interessato.

Di una teoria oscura e tormentata sono, in genere, oscure anche le origini. Così è dell'*undisclosed agency*; ma qui bisogna ancora una volta distinguere tra la produzione dei risultati, e l'affermazione della dottrina che ne è fondamento. Mentre, quanto ai primi, se ne ritrovano tracce in decisioni anche medievali ⁽²¹⁶⁾, peraltro troppo frammentarie e circoscritte per inferirne un sicuro contesto, quanto alla seconda è opinione generale che si sia formata nel momento stesso in cui Lord MANSFIELD affermava che essa « era consolidata da tempo » ⁽²¹⁷⁾; ma l'unico precedente giurisprudenziale che sembra anticipare questa constatazione è quanto mai controverso ⁽²¹⁸⁾, e occorre attendere una decisione del 1829, *Thomson v. Davenport* ⁽²¹⁹⁾, perché il fenomeno dell'imputazione ad un *undisclosed principal* venga definito « un principio generale dell'ordinamento » ⁽²²⁰⁾.

Sarebbe mera pedanteria rifare la storia delle giustificazioni che sono state escogitate per questo « principio generale ». Se la rappresentanza diretta del nostro ordinamento viene comunemente considerata un'elaborazione concettuale di alta complessità, questo tipo di gestione con rappresentanza indiretta piena-

⁽²¹⁶⁾ *Randolph v. Abbot of Hailes*, 687 Edw. 2 (1313-14) (Selden Soc., vol. 27), 32; *Alford v. Eglishfield*, 2 Dy. (1564), 230b. Ho già accennato altrove ad una delle possibili prime esemplificazioni di gestione senza spendita del nome del principale, quella del fattore o *bailiff* (PLUNCNETT, *The Medieval Bailiff*, London, 1954, p. 30). Ma si tratterebbe evidentemente di una di quelle ipotesi che presso di noi sono già state definite di imprenditore occulto-palese; alla sottigliezza di quest'ultima classificazione la letteratura di *common law* sull'*undisclosed agency* non può, tuttavia, che restare indifferente.

⁽²¹⁷⁾ *Hoare v. Dawes*, 1 Doug. (1780), 371, 373; *Rabone v. Williams*, 7 T. R. (1785), 360.

⁽²¹⁸⁾ *Scrimshire v. Alderton*, 2 Stra. (1743), 1182.

⁽²¹⁹⁾ 9 B. & C. (1829), 78, 90.

⁽²²⁰⁾ V. tuttavia ancora in seguito *Armstrong v. Stokes*, L. R. 7 Q. B. (1782), 598, 604; e la relativa discussione in STOLJAR, *Op. cit.*, pp. 211 ss.

mente efficace assume tutte le caratteristiche di mistero, sul piano dei concetti giuridici consolidati, dell'autentico miracolo.

La verità è che attraverso un procedimento illogico (o considerato tale alla luce di schemi inadeguati) si può pervenire ad un risultato congruo con le esigenze della pratica. D'altronde quella che sembrerebbe l'alternativa più ragionevole, ossia un adeguamento degli schemi che consenta di operare su di essi con sufficiente rigore logico, non è in genere attuabile se non attraverso una radicale revisione del sistema giuridico utilizzato, che non può compiersi tutta in una volta, ma solo mediante modifiche o dilacerazioni successive.

Quando si inizia il processo con cui l'esperienza antilogica si trasforma in revisione critica, nel diritto vivente si contrappongono così sistema e antisistema.

Presso di noi, questa fase può forse considerarsi aperta; in *common law*, sembra ormai avviata a conclusione.

Vi è stato un momento, per vero, in cui la contrapposizione tra il principio consensualistico e la *privity of contract* da un lato, e i principî dell'*agency* dall'altro ⁽²²¹⁾, aveva necessariamente assunto toni drastici e radicali ⁽²²²⁾.

Il superamento dell'*impasse* si è avuto peraltro attraverso un metodo efficace, ma non altrettanto persuasivo; dove cessava la logica, tuttavia, interveniva appunto quell'esperienza, che vorrei definire paralogistica.

In breve, il ragionamento adottato, e che faceva perno sui concetti che abbiamo qui illustrato in misura sufficiente per consentirne ora l'applicazione, era sostanzialmente il seguente: se in

⁽²²¹⁾ Cfr. MÜLLER-FREIENFELS, *The Undisclosed Principal*, cit., e le belle pagine di LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Arbor, 1953, pp. 119-124.

⁽²²²⁾ È significativo che l'ultimo tentativo in ordine di tempo (dopo quelli in chiave di *assignment*, *trust*, e *assumpsit*: cfr. MECHEM, *Op. cit.*, p. 97; STOLJAR, *Op. cit.*, pp. 30 ss., 228 ss.) di risolvere la contraddizione richiamandosi al diverso fondamento contrattuale (la *consideration*), tipico originariamente del diritto inglese, sia quello di uno scrittore continentale: MÜLLER-FREIENFELS, *Op. ult. cit.*; agli antipodi è invece il metodo del taglio netto tra *contract* e *agency* adottato da SEAVEY, *Handbook*, cit., pp. 104-105.

taluni casi anziché il conferimento di potere gestorio ad *A* rileva la sua esteriorizzazione a *T*; e se in altri casi è agevolmente dimostrabile che neppure l'esteriorizzazione può essere invocata a fondamento effettivo del potere gestorio; ne deve conseguire che tale potere è indipendente dall'uno e dall'altro fattore, e si innesta quindi sulla consistenza intrinseca del rapporto di *agency*, cui partecipano *P*, *A* e *T* ⁽²²³⁾. È evidente che la scomposizione dell'*agency* nei due momenti dell'*authority* e del *power*, e la contemporanea e consueta trascuranza di quel fattore strettamente rappresentativo che per comodità indicherò con l'espressione *contemplatio domini*, portano a questo punto ad un salto logico; infatti: o la difficoltà di rendere direttamente partecipi (degli effetti) di un negozio due soggetti, di cui uno è addirittura ignoto all'altro, non si prospetta neppure; ovvero essa non è eliminata rintracciando la *fonte* del potere del preposto, dato che occorre appunto giustificare l'*efficacia* rappresentativa del potere stesso.

È quest'ultimo passaggio che importa le note divergenze di valutazione sul merito della soluzione, fatte oggetto di ampia discussione anche nella nostra letteratura giuridica, e che necessariamente si riducono ad un apprezzamento comparativo degli interessi, o delle serie di interessi in contrasto. Si tratta dell'aspetto più risaputo, anche presso di noi, della dottrina dell'*undisclosed agency*, e saranno sufficienti pertanto brevissimi cenni: è noto che, ancor oggi, l'equità e la ragionevolezza della dottrina si giustificano, in ultima analisi, come da molti decenni a questa parte, con il ricorso alla « desiderabilità » dei risultati ⁽²²⁴⁾ sulla base dei « principî mercantili » ⁽²²⁵⁾ e della « convenienza dei traffici » ⁽²²⁶⁾, ancorché sia evidente che gli argomenti avanzati al

⁽²²³⁾ Si ha qui quel fenomeno di tutela « di ritorno » che avevo anticipato prima, alla nota 136.

⁽²²⁴⁾ MECHEM, *Op. cit.*, p. 98.

⁽²²⁵⁾ POLLOCK, in 14 *Law Quart. Rev.* (1898), 5.

⁽²²⁶⁾ SEAVEY, *Studies*, cit., p. 201; *Handbook*, cit., p. 102.

riguardo siano tutt'altro che decisivi (²²⁷). È stato persino sottolineato, di recente, che la regola non è oggetto di lamentele o di richieste di revisione da parte della comunità mercantile, per solito sollecita ad avanzare clamorosamente consimili istanze, e che ciò contribuisce a confermare, almeno presuntivamente, l'opportunità della regola stessa (²²⁸).

Sembra, tutto sommato, doversi ancora convenire con quel giudice, secondo il quale senza le regole dell'*agency*, che la *common law* è venuta elaborando, « indeed the business of London could not go on » (²²⁹).

La ricostruzione giuridica di un sistema sulle fragili fondamenta, e talvolta sulle spoglie, di considerazioni empiriche in cui si accavallano elementi storico-economici stratificati e pertinenti a diverse epoche di sviluppo, è stata tuttavia felicemente imposta (ed imposta) dai più recenti indirizzi giurisprudenziali e dottrinali, che hanno operato con notevole rigore sulle componenti classiche dell'*agency*, identificandone i momenti veramente essenziali.

Quando rilevavo, poc'anzi, che la razionalizzazione formale dell'*undisclosed agency* attraverso la svalutazione dell'esteriorizzazione (ancorché in ipotesi confermata *aliunde*, e cioè con la controprova ricavata — erroneamente — dal caso di eccesso di poteri segreti), e il successivo ripiegamento più sostanziale sui motivi di tutela del traffico commerciale, non potevano svolgere un ruolo persuasivo nella dinamica logica dell'argomento, avrei potuto aggiungere che per l'*undisclosed agency*, o gestione segreta, l'eliminazione dell'*authority* dal quadro della consistenza

(²²⁷) Ad es., l'idea che chi ha beneficiato dei profitti debba sopportare le perdite, e che i terzi debbano poter fare affidamento sul precedente « assorbimento » dei profitti da parte dell'impresa, avrebbe valore solo se vi fosse la possibilità di istituire un vero e proprio « bilancio » per tutte le imprese; altrimenti, la limitazione alla *reputed ownership* dovrebbe apparire più ragionevole. Si aggiunga che la dottrina dell'*undisclosed agency* non viene esplicitamente limitata alle attività imprenditrici.

(²²⁸) SEAVEY, *Op. loc. ult. cit.*

(²²⁹) *Smith v. McGuire*, 3 H. & N. (1858), 554, 561.

intrinseca dell'istituto, non solo era da un lato insufficiente ai fini del rinvenimento di un diverso punto di sostegno per l'efficacia rappresentativa, ma poteva anche, dall'altro lato, profilarsi come del tutto superflua e persino inesatta ove si fosse voluto inferirne una conferma della natura extra-volontaristica e, per così dire, meramente oggettiva degli *agency powers*. È indiscutibile infatti che, di per sé, la gestione segreta può essere, ed in genere è (²³⁰), basata sul conferimento del relativo potere gestorio dal principale al preposto: è cioè non solo suffragata da *authority* ma (necessariamente) da quella sottospecie di essa che è la *real authority* (in contrapposto all'*apparent authority* che è, come abbiamo visto, la creazione dell'*agency* manifestata ai terzi).

È vero piuttosto — ed in ciò consiste la validità della separazione del *power* dall'*authority* anche nel caso dell'*undisclosed agency*, dal quale si è potuto anzi, così, ricavare un decisivo contributo al perfezionamento di quell'intuizione — è vero, dicevo, che sotto il profilo della relazione instaurata dall'*agent* con il terzo, quel conferimento di potere gestorio, che pure c'è, non essendo manifestato nè dovendosi manifestare (²³¹) è come se non ci fosse: come dire che l'*authority*, anche se presente, in effetti non è necessaria.

Ma allora ciò significa che (allo stesso modo in cui l'esteriorizzazione è talvolta sostitutiva, come abbiamo visto, della concreta volontà del preponente) vi sono casi in cui la consistenza intrinseca del rapporto tra il principale e il preposto è sostitutiva della sua esteriorizzazione, e produce gli stessi effetti allorquando il preposto instaura una relazione giuridica con un terzo.

In altre parole (e rovesciando, come doveroso, i termini dell'argomentazione) poiché l'ordinamento di *common law* prevede, per regola consolidata, l'efficacia rappresentativa anche in caso di mancata esteriorizzazione del rapporto gestorio (nonché del con-

(²³⁰) Salvo appunto il caso di attività del preposto esorbitante dai poteri internamente conferitigli (ma, d'altronde, eventualmente conforme all'estensione inerente alla natura della preposizione).

(²³¹) Cfr. invece i nostri artt. 1388 e 1393 cod. civ.

ferimento del relativo potere, ancorché avvenuto) è giuocoforza concludere nel senso che, quale che sia la giustificazione pratica ed economica della regola, sul piano giuridico essa può ritenersi operante solo in virtù della relazione stessa di *agency*, la quale (nel suo aspetto esterno) si instaura allorché un soggetto, agendo per conto (ossia nella sfera di un preesistente rapporto) di un altro soggetto (con o senza l'autorizzazione di quest'ultimo, e con o senza la spendita del di lui nome) (²³²), crea un rapporto giuridico con un terzo (²³³).

Questo approccio al fenomeno globale della gestione mi appare, più ancora che valido e convincente, inevitabile e insostituibile, almeno per il momento.

Esso era nell'aria e nello spirito della *common law*; ma non è più circoscritto a quest'ultima. Se la manifestazione saliente dell'*agency* ne è dunque l'*inherent power*, diventa necessario comprenderne a fondo la portata e misurarne le possibili applicazioni.

È stato obiettato che il riferimento alla relazione di *agency* ed al potere che ne deriva denuncia l'inesistenza di quell'ulteriore supporto che dovrebbe essere all'origine di quella relazione, posto che si fa a meno della volontà delle parti (²³⁴); se ho ben compreso, si afferma trattarsi di qualcosa di simile a quella filosofia indiana, che asserisce che il mondo poggia su di un elefante, l'elefante su di una tartaruga, e la tartaruga non si sa su che cosa.

(²³²) Ma purché, ovviamente, siano presenti altri fattori: essenzialmente organizzativi; e peraltro, anche la *common law* conosce (e confonde pur essa) i fenomeni di colpa o responsabilità, che vengono ricollegati allora alla c.d. *agency by estoppel*.

(²³³) Naturalmente non si tratta di una definizione dell'*agency*, se non nella misura in cui riflette accuratamente la porzione di realtà, riferibile a quel concetto, che qui ci interessa. Ci soccorre qui la definizione che il SEAVEY ha dato delle definizioni, « descrizioni concise, e perciò stesso incomplete, di ciò che definiscono » (*Handbook*, cit., p. 2). E se ne veda una riprova esemplare nel metodo seguito nella trattazione dell'argomento, che muovendo dal punto centrale della relazione fiduciaria di *agency* (*ibid.*) si espande, per così dire, concentricamente, a dar ragione delle manifestazioni più singolari di forza che da quel rapporto vengono estrinsecate (*ivi*, pp. 11 ss., 43 ss., 100 ss., 141 ss.).

(²³⁴) MÜLLER-FREIENFELS, *The Undisclosed Principal*, cit., a p. 310.

Ma quel supporto non è inesistente, bensì solo nascosto, e neppure in modo arcano, nella dottrina di POUND ⁽²³⁵⁾, e di altri con lui: la relazione base, che ha messo in moto la macchina dell'*agency* e scuote le fondamenta della nostra rappresentanza, è il disegno organizzativo, in cui si articolano le attività aziendali, mercantili e industriali; non stupisce quindi che, come ho già accennato, l'altra grande categoria di *inherent agency powers* sia quella di cui sono investiti i dipendenti, i quali del proprio fatto illecito rendono responsabile il principale; va solo aggiunto qui che il fenomeno della responsabilità vicaria non viene neppure più trattato come l'estensione, o l'altra faccia, del meccanismo rappresentativo, ma viene al contrario considerato come il punto di partenza che ha consentito, *sia storicamente che logicamente*, di pervenire all'individuazione: degli aspetti oggettivi della gestione; della sua efficacia in termini di imputabilità indipendentemente da ogni riferimento, non che alla volontà, all'identità stessa del principale; e insomma dell'essenza della gestione, misurabile nella massima estensione consentita di volta in volta dall'ordinamento ⁽²³⁶⁾.

Un'ultima, non secondaria, considerazione; ed il circolo sarà chiuso: la portata dell'efficacia della gestione, e l'incidenza della responsabilità vicaria, non vanno necessariamente prospettate in funzione dell'accelerato movimento dell'attività economica, ed in particolare dell'attuale fase di industrializzazione. I precedenti rintracciabili nella società romana ed in quella inglese sono troppo eloquenti. Il principio del rischio (oggi di impresa) si subordina ad un superiore principio organizzatorio, di cui non è forse che la manifestazione attuale più vistosa ⁽²³⁷⁾.

⁽²³⁵⁾ « The common lawyer, on the other hand, thinks of the relation of principal and agent and of powers, rights, duties, and liabilities, not as willed by the parties, but as incident to and involved in the relation of principal and agent » (*The Spirit of Common Law*, Boston, 1921, rist. 1963, p. 21).

⁽²³⁶⁾ Magistralmente SEAVEY, *Handbook*, cit., pp. 15 ss., 100 ss., 141 ss.

⁽²³⁷⁾ Non a caso l'irrilevanza della spendita del nome è logicamente inerente al sistema romano. Sull'*actio institoria* si vedano le affermazioni del BUCKLAND: « The third party must know that the contract was connected with the business: whether

6. È osservazione ormai non nuova che i sistemi che attingono al fenomeno gestorio e rappresentativo nei vari ordinamenti vanno avvicinandosi, attraverso il movimento dei loro aspetti dialettici interni, pur provenendo da direzioni opposte.

Per quanto concerne l'*agency*, si può rilevare un costante e progressivo interesse per forme concrete di limitazione, nell'ambito della nozione consolidata, dell'immediatezza del rapporto instaurato tra il principale e il terzo dall'operato dell'*agent*, quando nelle modalità di questo siano radicalmente o deliberatamente assenti gli estremi che noi diremmo rappresentativi: si è quindi persino scoperto o riscoperto, recentissimamente, che può esistere, e deve esistere (ove risponda ad esigenze apprezzabili del traffico) la commissione, descritta come una sorta di singolare figura contrattuale escogitata dagli ordinamenti continentali (²³⁸).

Per quanto concerne la nostra rappresentanza, il discorso non dovrebbe essere, conversamente, più difficile, ma il cammino sembra più arduo. Ripercorrendo l'itinerario dall'*actio institoria* alla gestione rappresentativa moderna, si può osservare che, se l'esito pandettistico e la perdurante dogmatica della volontà hanno potuto ignorare per qualche tempo alcuni termini della problematica di cui abbiamo ora concluso l'esame, non hanno tuttavia potuto eliminarli dalla realtà, e (ad un certo punto) dalla legislazione positiva (²³⁹). Prenderne atto — senza tradire le esigenze di rigore della scienza giuridica, distorcendone gli strumenti od abusandone — ci è sembrato rientrare fra i compiti che siamo quotidianamente chiamati a svolgere; un'implicita esortazione è in SAVIGNY: « Il diritto non esiste per sé; la sua essenza è piuttosto solo la vita degli uomini osservata da un lato tutto particolare ».

he must know of the principal's connection with the business does not appear on the texts » (*A Text-book of Roman Law*², Cambridge, 1932, p. 535, e fonti cit. *ivi*).

(²³⁸) HILL, *Some Problems of the Undisclosed Principal*, cit.

(²³⁹) PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, cit.; MÜLLER-FREIENFELS, *The Undisclosed Principal*, cit., a pp. 316-317.

Il fatto è che il termine « rappresentanza » ha pesato eccessivamente, non solo sotto il profilo semantico ma anche sotto quello concettuale, sulla nostra sistematica.

Il fenomeno gestorio, disperso fra le varie fattispecie rappresentative e non rappresentative, e fra le varie componenti genetiche del mandato e dei contratti d'opera, di appalto e di lavoro, è stato oggetto di attenzione solo indiretta, ed anzi spesso la sua stessa identificazione è avvenuta in funzione dell'analisi di alcune di queste nozioni più consolidate.

La ricognizione del concetto di gestione, condotta su di una linea di ricerca unitaria, ed assecondata d'altronde dai più recenti indirizzi che anche la nostra legislazione e la nostra dottrina hanno saputo sviluppare, porta a constatare :

a) nelle matrici stesse dei moderni diritti di derivazione romanistica sono individuabili forme di gestione rappresentativa in senso lato, a base organizzativa e in funzione dello svolgimento di attività commerciali (*supra*, n. 2);

b) la costruzione della rappresentanza a carattere volontario, autonomo, formale, e qualificata da una *contemplatio domini* (per cui l'identificazione del principale debba necessariamente essere accessibile al terzo), è entrata in crisi (*supra*, numero 3), ed ha inserito elementi di tensione, già rilevati dagli interpreti, nello stesso impianto legislativo (*supra*, n. 4);

c) il principio della responsabilità vicaria ex art. 2049 si estende all'illecito del dipendente consistente nella *culpa in contrahendo* costituita dall'assenza dei poteri rappresentativi dai quali il terzo ha ritenuto di poter dedurre la validità del negozio; tuttavia questa situazione è marginale (*supra*, n. 5, A); ciò che non è marginale è il principio gestorio per cui sia l'illecito del dipendente che l'attività negoziale del preposto vengono imputati, sia pure con conseguenze diverse (rispettivamente extra-contrattuali o contrattuali), al principale (*supra*, n. 5, C, δ);

d) il problema della contrapposizione tra c.d. rappresentanza apparente e forme di gestione rappresentativa reale indi-

pendenti dalla sussistenza del conferimento è più che mai attuale (*supra*, n. 5, *B*); tuttavia le fattispecie di rappresentanza apparente tuttora rintracciabili nel nostro ordinamento sono in funzione della ritardata enucleazione (al di fuori della rappresentanza nell'impresa) di nuove fattispecie equivalenti, sul piano della realtà giuridica, a quelle consolidate (*supra*, n. 5, *C*, α , β , γ);

e) le forme della rappresentanza nell'impresa sono indicative di un significativo allargamento del potere gestorio, in funzione dell'esteriorizzazione fattuale della preposizione e della sua estensione, nonché dell'impianto pubblicitario predisposto dall'ordinamento; ne emerge altresì un rapporto obiettivo e diretto tra il preponente (attraverso il preposto) e ciascun terzo, da cui si ricava la sussistenza di una pluralità di situazioni di gestione rappresentativa reale; ovviamente ciascuna di tali situazioni è collegata alle vicende che pongono ciascun terzo in rapporto con l'impresa, piuttosto che alle vicende interne del conferimento di rappresentanza in senso tradizionale (*supra*, n. 5, *C*, γ);

f) il fenomeno dell'efficacia rappresentativa diretta pur in assenza della spendita del nome dell'interessato (la cui estensione è discutibile, ma che è positivamente previsto, più o meno largamente, dai vari ordinamenti) costituisce una sorta di riconoscimento giuridico della rilevanza della gestione, già emergente dalla constatata frattura tra conferimento e potere, e che non è pensabile abbia altra spiegazione — al di fuori di quella empirico-economica — se non nel rapporto organizzatorio che ricorre come motivo conduttore tutte le volte che la problematica analizzata sembra riproporre i più gravi contrasti sistematici in tema di rappresentanza (*supra*, n. 5, *C*, δ).

Parlare di rappresentanza significava, sostanzialmente, partire dagli effetti e, nel risalire alle cause, presumere che queste dovessero coordinarsi a talune regole immutabili che, elaborate nel secolo scorso, costituiscono invece un momento transeunte nel panorama delle civiltà giuridiche.

Parlare di gestione significa individuare un nuovo elemento di inquadramento, una forza motrice, ed in ultima analisi un principio di causa efficiente degli aspetti salienti di una disciplina, la cui complessità è in diretta relazione con le svariate forme di organizzazione, dipendenza, subordinazione ed ausiliarietà fra i soggetti giuridici, soprattutto nell'esercizio delle attività economiche.

È singolare che una certa riluttanza a raccogliere tutte le indicazioni, che trasformano lo stesso sistema legislativo dall'interno, si ritrovi anche in chi ha più efficacemente contribuito a segnalare taluni aspetti più nuovi, che obiettivamente contrassegnano l'istituto della rappresentanza, nell'elaborazione concettuale degli ultimi decenni, e soprattutto nella vigente codificazione ⁽²⁴⁰⁾. Ma la sensibilità di ciascuno, e le conseguenti graduazioni di cautela nell'accoglimento degli indizi legislativi più sottili — sul piano del sistema, che tuttavia non dovrebbe interferire con i necessari riconoscimenti esegetici — non possono costituire oggetto di argomentazioni seriamente contrastanti.

Per quanto riguarda il presente saggio, sarebbe in un certo senso desiderabile essere riusciti ad ottenere il massimo di aderenza ai discorsi già avviati in sede normativa e di rielaborazione dogmatica; gli aspetti di novità sono intrinseci alla materia, ed offrono solo un tentativo di razionalizzazione del diritto vivente, tale che le fratture rispetto alla tradizione dovrebbero apparire, nell'ambito del sistema attualmente in evoluzione, meno stridenti dei riporti concettuali ancora rintracciabili nei moduli più consueti utilizzati dal sistema stesso.

⁽²⁴⁰⁾ Mi riferisco a PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 102, nota 452, ed alla sua posizione sul problema dell'imprenditore occulto.

INDICE

VITTORIO VALENTINI, <i>Il « Tractatus de tabellionibus » di Baldo degli Ubaldi attribuito anche a Bartolo da Sassoferrato nonchè a Gozzadino de Gozzadini</i>	1
FRANCA DE MARINI AVONZO, <i>La giustizia nelle province agli inizi del Basso Impero. II. L'organizzazione giudiziaria di Costantino</i>	169
ENRICO ZANELLI, <i>Rappresentanza e gestione</i>	231

