

ANNO I. N. 1. — VRBINVM — MARZO 1927.

STVDI VRBINATI

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

DIRETTA DA:

GIUSEPPE ERMINI

prof. di storia del diritto italiano.

LUIGI RENZETTI

presid. della R. Accademia Raffaello.

CANZIO RICCI

prof. di medicina legale e rettore
dell'Università.

ADOLFO ZERBOGLIO

prof. di diritto penale, preside della
facoltà di giurisprudenza.



R. I. B. A. U.

IN URBINO: PRESSO L'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

SOMMARIO

Premessa.

UMBERTO RATTI - Sul " ius vendendi " del creditore pignoratizio.

ADOLFO ZERBOGLIO - Per una formula " pratica " dell'imputabilità penale.

GIUSEPPE ERMINI - La procedura parlamentare in un parlamento provinciale a Foligno nel 1305.

■ Luigi Luzzatti. ■

Recensioni: G. PAOLI, *Principi di diritto penale*. P. MARSICH, *L'esecuzione penale*. M. VACCARO, *Il diritto penale*. F. MANCI, *Reati sessuali* (A. Zerboglio). C. BIONDI, *L'incapacità al lavoro* (C. Ricci). G. BUSOLT, *Griechische Staatskunde* (A. Gitti). F. ER-COLE, *La politica di Machiavelli* (P. D'Ambrosio).

Rassegna bibliografica: Diritto romano (M. Lauria e V. Capocci).
Pubblicazioni ricevute.

COMITATO DI REDAZIONE

I professori dell'Università di Urbino: Pompeo Biondi, Valentino Capocci, Giuseppe Forchielli, Mario Lauria, Rosario Mazzone, Manfredo Pinto, Ugo Tombesi.

COLLABORATORI

Gli ex-professori dell'Università di Urbino: Luigi Abello, Mario Albertoni, Alberto Asquini, Guido Bonolis, Biagio Brugi, Francesco D'Alessio, Menotti De Francesco, Arnaldo De Valles, Agostino Diana, Guido Donatuti, Francesco Ercole, Carlo Ferraj, Eugenio Florian, Andrea Guarneri Citati, Isidoro La Lumia, Lando Landucci, Ruggero Luzzatto, Teodosio Marchi, Francesco Messineo, Roberto Montessori, Umberto Navarrini, Oreste Nigro, Muzio Pampaloni, Mario Ricca Barberis, Alfredo Rocco, Arturo Rocco, Lanciotto Rossi, Mario Rolondi, Giovanni Salemi, Roberto Scheggi, Antonio Scialoia, Manfredo Siotto Pintor, Antonio Vanni.

CONDIZIONI D'ABBONAMENTO

Abbonamento annuo: per il Regno L. 20; per l'Estero L. 25; un numero separato L. 5. Cumulativo con la rassegna di cultura " *Urbinum* ": per il Regno L. 25; per l'Estero L. 30; sostenitore L. 40.

Redazione: presso l'Università degli studi di Urbino.

Amministrazione: presso il prof. Carlo Ruggeri in Urbino.

STUDI URBINATI

ANNO I

URBINO

1927

STUDI VRBINATI

ANNO I (1927)

SOMMARIO

NUM. I.

LA DIREZIONE, <i>Studi urbinati</i>	Pag.	1
RATTI UMBERTO, <i>Sul " ius vendendi „ del creditore pignoratizio</i>	»	3
ZERBOGLIO ADOLFO, <i>Per una formula pratica dell'imputabilità penale</i>	»	38
ERMINI GIUSEPPE, <i>La procedura parlamentare in un parlamento provinciale a Foligno nel 1305.</i>	»	43

N. II.

TOMBESI UGO, <i>Il contributo di miglioria nella legislazione italiana</i>	»	1
FORCHIELLI GIUSEPPE, <i>Una " plebs baptismalis cum schola juniorum „ a San Giorgio di Valpolicella nell'età longobarda</i>	»	11
MONTI GENNARO MARIA, <i>La marina mercantile e il commercio marittimo napoletano nel secondo periodo borbonico</i>	»	36

N. III-IV.

MAROI FULVIO, <i>Manfredo Pinto (necrologio)</i>	»	1
PINTO MANFREDO, <i>Il disegno preliminare del nuovo codice penale. Note</i>	»	5
TOMBESI UGO, <i>La " Carta del Lavoro „ e la legislazione sociale</i>	»	12
GROSSO GIUSEPPE, <i>L'efficacia dei patti nei " bonae fidei iudicia „</i>	»	29

RECENSIONI:

PAOLI G., <i>Principi di diritto penale</i> — MARSICH P., <i>L'esecuzione penale</i> — VACCARO M., <i>Il diritto penale</i> — MANCI F., <i>Reati sessuali</i> (Zerboglio A.) — BIONDI C., <i>L'incapacità al lavoro</i> (Ricci C.) — BUSOLT G., <i>Griechische Staatskunde</i> (Gitti A.) [NUM. I]	»	51
RICCA BARBERIS M., <i>Sul diritto di guerra e del dopoguerra</i> (Dané F.) — JEMOLO A. C., <i>Manuale di diritto ecclesiastico</i> (Forchielli G.) — SCIALOJA A., <i>Saggi di vario diritto</i> (M. R.) [NUM. II]	»	70
NEPPI V., <i>Il contratto estimatorio ed il commercio odierno</i> (Mazzone R.) — FLORIAN E., <i>La teoria psicologica della diffamazione</i> — DEL VECCHIO G., <i>La criminalità negli " sports „</i> — MARCIANO G., <i>Il titolo X del codice penale</i> (Zerboglio A.) — ERGOLE F., <i>La politica di Machiavelli</i> (D'Ambrosio P.) [NUM. III-IV]	»	53

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA :

<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung. f. R. Gesch.-Romanistische Abteilung</i> B. 46. 1926 (LAURIA M. e CAPOCCI V.) [NUM. I]	Pag. 59
<i>Storia del diritto Italiano</i> , 1 semestre (Albertoni, Brandileone, Chian- dano, Colini-Baldeschi, Ermini, Monti, Ruffini-Avondo, Sella, Viora) [NUM. II].	» 65
2 semestre (Besta, Mariani, Mochi Onory, Monti, Ruffini- Avondo, Salvioli, Sella, Viora, Tamassia, Manzini, Patetta, Bo- gnetti, Mor, Chiaudano, Maranini, Viora, Gallo, De Stefano) (ERMINI G.) [NUM. III-IV]	» 80
CRONACA UNIVERSITARIA, N. I, pag. 63 ; N. II, pag. 70 ; N. III-IV, Pag. 85.	

STUDI URBINATI

Gli " Studi Urbinati „ sorgono, senza grandi pretese, col programma comune a tutte le " Riviste „ consimili, emanazione di " Facoltà universitarie „ strette dal vincolo delle ricerche e degli insegnamenti di coloro che le compongono.

Essi vogliono associare al semplice fatto della colleganza accademica un legame continuativo più sensibile offrendo un mezzo di attività " pura „, cioè sollecitata esclusivamente dal fine di indicare e svolgere argomenti di carattere " scientifico „ nel campo delle discipline giuridiche.

Strumento di sapere, si coordinano alla funzione specifica dello " istituto „ da cui derivano, rivolto principalmente, per la sua natura e per tradizione, ad integrare la preparazione didattica e la cultura dei suoi docenti.

Gli " Studi Urbinati „ avranno, così, un obbietto proprio e non confondendosi con altri periodici, indirizzati alla trattazione di definiti punti del diritto, si occuperanno di tutti, con quel senso del limite che è implicito in una pubblicazione, tenue di mole e necessariamente modesta nei suoi propositi.

Se per gli scopi che si prefigge e per la sua indole, la Rivista è destinata ad accogliere di preferenza lavori degli

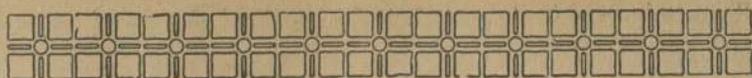
insegnanti della " Facoltà di giurisprudenza „ dell'Università di Urbino, meglio che gradita, necessaria ritiene la collaborazione di professori di altri Atenei, e più, di quelli che si sono acquistato il nome ambito e raro di " maestri „.

Nessun preconcepto di scuola farà velo al comitato direttivo e di redazione, che intende ispirarsi a quella sana correttezza che respinge, soltanto, le manifestazioni aberanti o dominate da fatuità o vanità personale.

Articoli succinti, espressione di dottrina assimilata e reale; una larga rassegna bibliografica; recensioni succose che vadano al di là di uno schematico resoconto, pur non esorbitando dai confini di una discreta informazione critica; notizie rilevanti di avvenimenti culturali, o di vicende e questioni universitarie, formeranno il contenuto dell'opera nostra alla quale sarà compenso sufficiente l'adesione degli studiosi e la compiacenza di portare, comunque lieve, un appassionato contributo all'affermarsi costante del pensiero giuridico italiano.

Urbino, marzo 1927.

LA DIREZIONE



SUL “ IUS VENDENDI ” DEL CREDITORE PIGNORATIZIO



§ 1. Premessa - § 2. Diritto antico e classico - § 3. Diritto post-classico - § 4. Diritto giustiniano - § 5. Risultato.

§ 1. È opinione dominante tra gli scrittori che, nel diritto romano, anteriormente all'epoca classica, il creditore pignoratizio non fosse fornito del *ius vendendi*, cioè a dire non avesse, tranne il caso di un apposito patto contrario, la facoltà di soddisfare il proprio credito vendendo la cosa e attribuendosi il ricavato per la parte corrispondente al valore del diritto garantito dal pegno.

Tale situazione si sarebbe mantenuta in un primo periodo dell'epoca classica, per scomparire poi in un periodo successivo di quella stessa età, in cui il *ius vendendi* sarebbe divenuto un *elemento naturale* del contratto di pegno, e il patto *de pign. distr.* una convenzione superflua, ma perdurante ancora, normalmente, sulla base della tradizione.

La maggior parte degli scrittori fa cominciare questo secondo periodo nella tarda epoca classica; altri invece ne fissa l'inizio verso il principio del maggior fiorire della

giurisprudenza classica, e propriamente al tempo di Pomponio. (1)

È mio intento riporre la questione circa il periodo in cui il *ius vendendi* sarebbe divenuto un *elemento naturale* del contratto di pegno, e cercare di stabilire se quel periodo debba fissarsi proprio nell'epoca classica e non dopo.

§ 2. Il creditore pignoratizio, secondo il diritto anteriore all'epoca classica, non ha sicuramente, come riconosce la dottrina unanime, il *ius vendendi*.

I diritti del pignoratario, nell'epoca cui accenno, sono costituiti dal *ius possidendi*, (2) e dal *ius fruendi*, ove si fosse data in pegno una cosa fruttifera. (3) La funzione propria del pegno è sostanzialmente quella di togliere in fatto al costituente la disponibilità della cosa pignorata, (4) e costringere così indirettamente il debitore all'adempimento dell'obbligazione. (5)

(1) Cfr., per la prima teoria, BACHOFEN, *Pfandrecht*, 1847, p. 157 ss., DERNBURG, *Pfandrecht*, 1860, I, p. 84 ss.; KOHLER, *Pfand. Forsch.*, 1882, p. 65 ss.; HERZEN, *Origine de l'hypothèque*, 1898, p. 163, n. 1; PEROZZI, *Ist.*, 1906, I, p. 515; GIRARD, *Manuale*, 1903, p. 794; FEHR, *Beitr.*, 1910, p. 91; EBHARD, *Digestenfragm. ad form. hyp.*, 1917, p. 127; ARANGIO, *Ist.*, 1913, I, p. 141; V. per la seconda teoria, MANIGK, *Pfand. Unters.*, 1904, p. 77 ss.

(2) Che sorge, nel caso dell'ipoteca, al momento della scadenza del credito. Cfr. PEROZZI, *Ist.*, I, 517.

(3) Sull'esistenza e sui limiti di questo diritto v. MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, 1910, 44 ss.; ARANGIO, I, 142.

(4) Cfr. PEROZZI, *loc. cit.*

(5) In base a questa funzione, che potremmo chiamare negativa, il pegno presenta una stretta analogia col *ius retentionis*. *Pignus*, nel suo significato più esteso e forse originario, comprende ogni forma di vincolo reale costituito a garanzia di un rapporto obbligatorio riconosciuto dal diritto civile o pretorio; e indica talvolta il *ius retentionis*, o designa talune specie di garanzie reali simili ma non identiche a quella rappresentata dal pegno, ad es. ove si riferisce al vincolo del *redemptus ab hostibus* verso il *redemptor* o al *pignus praetorium*. Rimando su questo punto a BACHOFEN, *o. c.* passim; v. anche MANIGK, *Pfand. Unt.*, 18 ss.; PRINGSHEIM, *Kauf*, 1905, 79.

Quando il pignoratario voglia attribuirsi la facoltà di ottenere, attraverso la cosa pignorata, la soddisfazione del proprio credito, dovrà contrarre espressamente con il costituente un accordo che faccia sorgere quella facoltà. L'accordo potrà esser concepito in due modi: o nel senso che, in caso di inadempienza del debitore, la cosa passi in proprietà del pignoratario (*lex commissoria*) o nel senso che, nel caso accennato, quest'ultimo possa vendere la cosa e attribuirsi il ricavato, nella misura corrispondente al suo credito (*ius vendendi*). Il primo sistema è piuttosto raro, nell'epoca cui ci riferiamo, nei confronti del secondo, che invece appare abitualmente, ma non *sempre*, seguito nei contratti pignoratizi. (1)

S'intende facilmente come il creditore in cerca di una garanzia reale non si contentasse normalmente dei diritti naturalmente inerenti alla qualità di pignoratario, e volesse invece attribuirsi quella facoltà di vendere la cosa pignorata, che appare perciò come lo scopo precipuo, di regola, dell'accordo pignoratizio. Onde, talvolta, l'accordo delle parti, in realtà inteso a costituire un diritto di pegno accompagnato da *ius vendendi*, formalmente si limitava a fissare quest'ultima facoltà, mentre la costituzione del vincolo pignoratizio doveva desumersi dall'esame della volontà delle parti. (2)

Che in un primo periodo dell'epoca classica, e propriamente sino a Pomponio, il *ius vendendi* fosse ancora am-

(1) Cfr. ARANGIO, I, 138, 139.

(2) Cfr. L. 35 Labeo 1 *pithan. Paulo epitom. D. de pign. 20, 1* (Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore suo restituta, idem in nova insula iuris habes); L. 3, 2 *Papin. 11 respons. D. qui potiores etc. 20, 4* (..... inter fratres convenit ut..... partem dimidiam alter distraheret, pignus intellegi contractum existimavi, sed priorem secundo non esse potiozem...); MANIGK 34.

missibile soltanto sulla base di un patto *de pign. distr.*, ci è attestato da due passi di Giavoleno e di Aristone, concepiti in senso conforme a quel principio, e dalla mancanza di tracce di una successiva modificazione del principio stesso.

Fr. 74 (73) *Iavolen. 15 ex Cassio D. 47,2 de furtis*: Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit, furti se obligat.

Se il creditore piguoratizio non ha pattuito il *ius vendendi*, o se non attende che giunga il *dies venditionis* stabilito nel patto, commette furto vendendo la cosa pignorata, appunto perchè, nell'un caso come nell'altro, non ha la facoltà di alienare la cosa.

Sul passo di Aristone, riferito nel fr. di Paolo 3 D. 20, 3, ci fermeremo in seguito. Da esso, come dal fr. cit. di Giavoleno, appar chiaro che il pignoratario, nell'assenza del patto *de pign. distr.*, è privo del *ius vendendi*.

La scomparsa di questo principio, e l'attribuzione tacita del *ius vendendi* al pignoratario, risulterebbe indirettamente, dal fr. 5 di Pomponio D. 13, 7, collegato col precedente fr. 4 di Ulpiano mediante un *idque iuris est*, e riferentesi all'ipotesi del patto *de non vendendo*. Questo patto è inspiegabile, se si ammette che il diritto di vendere sorga soltanto in base ad un patto *de pign. distr.* Perciò, ove si ritenesse genuino il fr. 5, dovrebbe pensarsi alla modificazione del principio qui esaminato, sin dal tempo di Pomponio. (1) Siccome però vedremo in seguito che tanto il fr. 4

(1) È questo infatti il ragionamento seguito dal MANIGK (76) il quale è peraltro più coerente di quel che non sia l'opinione dominante, che, non ponendo la dovuta attenzione sul fr. 5 di Pomponio, ritiene possibile affermare contemporaneamente la genuinità della L. 5, l'itp.ne della L. 4 a partire da *nisi ter rell.*, e l'inizio della nuova concezione (riguardante l'*ius vendendi ex lege*) soltanto al tempo di Ulpiano.

quanto il fr. 5 sono itp.^{ti}, possiamo proseguire nella nostra indagine, senza considerare il cit. fr. 5 come un'attestazione sincera del pensiero di Pomponio.

In molti testi si accenna ad un *ius vendendi* spettante al creditore pignoratizio, senza che risulti espressamente che il pignoratario si fosse costituito quel diritto mediante una apposita convenzione: si vedano p. es.:

Seevola: 21, 1 D. 20, 4;

Marcello: 27, pr. D. 20, 1; 34 D. 13, 7;

Modestino: 26, 2 D. 20, 1;

Pomponio: 32, 1 D. 16, 1; 8, 1 D. 13, 7;

Papiniano: 1, pr. D. 20, 5; 59, 1 D. 17, 1; 51, 3 D. 46, 1; 1, 1 D. 20, 1;

Paolo: 22, 3 D. 17, 1; 25, 14 D. 10, 2;

Ulpiano: 5, 5 D. 26, 8; 5, 3 D. 27, 9; 38, 23 D. 45, 1; 26 D. 46, 3; 46 D. 41, 1;

Marciano: 12, 5 D. 20, 4.

Il patto dovrà ritenersi sottinteso. Esso era infatti abituale negli accordi relativi a costituzione di pegno, come ci dice la L. 4 Cod. *de act. pignor.* 4, 24, la quale chiama il *pactum de pignore vendendo* un *pactum vulgare*, cioè normalmente aggiunto a quello riguardante il diritto di pegno. (1)

Perciò s'intende come Papiniano (L. 1, 1 D. 20, 1) per dire che un creditore non ha il diritto di pegno, affermi che

(1) « *Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori [vel hypothecae] data vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem pignericiam actionem (a 223)* ». L'abitudine del patto ne prova indirettamente la necessità. Se infatti si ritiene che le modalità e i limiti relativi all'esercizio del *ius vendendi*, una volta ammesso *ex lege*, fossero regolati in conformità della presunta volontà delle parti, *tenendo conto dell'antecedente pratica contrattuale* (BACHOFEN 174 ss.), la semplice forza della tradizione non sembra bastevole spiegazione della sopravvivenza della diffusione del patto.

hunc (creditore) *rem frustra distrahere*; e come Ulpiano e Paolo (L. 78, 4 D. de leg. II; 25, 14 D. 10, 2) parlino di un *iure pignoris vendere*, che significa, a mio avviso, vendere in qualità di creditore pignoratizio, in conformità alle norme proprie dell'istituto del pegno (su ciò torneremo in seguito), non già vendere in base alla sola qualità di pignoratario. (1)

D'altra parte, se la L. 9 pr. D. 20, 5 di Paolo chiama la vendita del pegno *venditio ex necessitate facta*, l'accenno alla necessità non indica affatto il diritto di vendere come qualche cosa di inerente al contratto pignoratizio e quindi di necessario (Dernburg, I, 87). La vendita avviene *necessariamente*, sempre quando il debitore si rifiuti di adempiere il proprio debito, e sol perciò il creditore sia *costretto* a valersi del *ius vendendi* (che ha la sua origine nel patto *de pign. distr.*). Vedremo appresso quale importanza abbia, agli effetti della validità della vendita, e del perdurare eventuale del diritto di pegno, l'accertare che la vendita sia stata effettuata dal creditore *ex necessitate*, nel senso ora chiarito.

Se il patto *de pign. vend.* è abitualmente inserito nel contratto di pegno, non perciò la facoltà di vendere si considererà attribuita tacitamente al creditore pignoratizio, in base al solo accordo relativo al pegno.

Gaio (II 64) quando vuole spiegare come mai il creditore pignoratizio, pur non essendone il *dominus*, possa alie-

(1) V. anche fr. 11, 16 *Iulian.* 46 *ad Sab.* D. 19, 1 (... *iure creditoris vendiderit*); e i fr. di Papiniano 1 D. 20, 5 (... *titulo pignoris vendidit*) 78, 4 de leg. II (... *iure pignoris vendidit*) 5, 2 D. 50, 15 (... *iure pignoris distrahatur*)

Lo stesso Papiniano parla altre volte di un *iure conventionis vendere* (fr. 3, pr. D. 20, 5.) che significa vendere il pegno in conformità dell'accordo relativo alla costituzione del pegno, come del patto *de pign. distr.*

nare la cosa pignorata, *ex pactione*, dice che *hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere*, si pecunia non solvatur. Egli si richiama cioè alla concessione espressa della facoltà di vendere, che accompagna normalmente l'accordo pignoratorio, ma non perciò è compresa, tacitamente, in esso, e tanto meno con esso s'identifica. (1) Se fosse altrimenti, l'aggiunta *qui olim rell.* del passo gaiano sarebbe superflua, dopo il riferimento al *pignus* (alienari) e il precedente *creditor pignus ex pactione*. Invece essa è necessaria; così com'è necessario quel patto *de pign. vend.*, di cui talvolta serbano traccia le fonti, che è diretto esclusivamente a conferire il *ius vendendi* al momento della scadenza del credito. (2)

Il sin qui detto si riferisce al pegno convenzionale. Per i casi di pegno in senso lato, o per così dire improprio, (cfr. Manigk, 18 ss.), come per quelli di pegno non convenzionale, cioè legale o testamentario, varranno principii speciali per ogni singola ipotesi. La diversità della posizione giuridica del pignoratario, nel primo caso, di pegno convenzionale, rispetto agli altri in discorso, scaturisce talvolta dalle fonti con grande chiarezza.

(1) V. contro, sul passo cit. di Gaio, MANIGK 78 n. 1.

(2) Cfr 8, 3 *Pomp.* 35 *ad Sab.* D. 13, 7 (*si ita scriptum sit: « si qua pecunia sua, die soluta non erit, vendere rem liceret » statim competit ei pacti conventio*); fr. 63 *Scaev.* 6 *resp.* D. 46, 1 [... *pactum.. ut.. si, ubi primum petita (mutua) fuissent, non solverentur... ornamenta pignori data intra certum tempus liceret ei vendere...*]; fr. 36, 1 *Modest.* 1 *respons.* D. 50, 1 (... *pacto facto... ut non soluto debito... distrahatur pignus*) v. anche fr. 14, 5 D. 44, 3 (Scevola); 12 D. 20, 1 (Paolo). Notevole è inoltre il fr. 8, 4 di Pomponio D. 13, 7: *De vendendo pignore in rem pacto concipienda est, ut omnes contineantur; sed et si creditoris dumtaxat persona fuerit comprehensa, etiam eius iure vendet, si nihil in contrarium actum sit.* Circa il riferimento originario della L. cit. alla *fiducia*, e il suo valore per la questione in esame relativa al pegno, cfr. MANIGK 85.

Il *pignus in causa iudicati captum* è tra i casi di pegno in senso lato ai quali più sovente si fa richiamo nei fr. del Digesto. (1)

La vendita di tal pegno avviene per opera di pubblici ufficiali, e non rappresenta l'esercizio di un diritto inerente *al concetto di pegno*, ma piuttosto l'adempimento di un obbligo inerente ad un pubblico ufficio, e condizionato all'esistenza di determinate condizioni che facciano apparire opportuna la vendita di cui trattasi.

La differenza tra vendita del pegno *ex magistratum auctoritate* e vendita del pegno *iure creditoris*, in base al patto *de pign. vend.*, è posta da Ulpiano nel fr. 3, 1 D. *de rebus eorum* etc. 27, 9 (35 ad Ed.).

« Pignori tamen capi iussu magistratus vel praesidis vel alterius potestatis et distrahi fundus pupillaris potest, sed et in possessionem mitti rerum pupillarum a praetore quis potest et ius pignoris contrahitur, ut procedat, iuberi etiam possideri poterit: hae enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non *ex tutoris vel curatoris voluntate* id fit, sed *ex magistratum auctoritate* ».

Nel caso *iviesaminato*, così l'*obligatio rei* come la vendita della cosa hanno origine dal comando del magistrato, e non dalla volontà del pignorante, come avviene invece nell'ipotesi del pegno convenzionale, ove, tanto il vincolo della cosa quanto il *ius vendendi* del pignoratorio, attribuito mediante il patto *de pign. distr.*, sono voluti dal costituente. (2)

(1) Cfr. L. 2 C. *si in causa iudic.* etc. 8, 22 (23)... *per officium eius, qui ita decrevit, venundari solet...*; L. 50 D. 21, 2... *Si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententiam sequentes...*; L. 74, 1 D. *eod.*... *Si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur...*

(2) Per quanto concerne i c. d. pegni legali, è a ritenere che da tali pegni, non sorga il *ius vendendi*, se se non nei casi in cui la norma giu-

Ed ora domandiamoci: la concezione sin qui esaminata perdura al tempo di Ulpiano e di Paolo? E rispondiamo che sì. Frammenti dello stesso Ulpiano (7, 1 D. 27, 9; 6, 8 D. 10, 3) e di Paolo (3 D. 20, 3), o frammenti forse posteriori e certo non anteriori a quelli ulpiane (fr. 12, 10 MARCIAN. *ad form. hypoth.* D. 20, 4; fr. 114, 12 MARCIAN. 8 *Inst.* D. de leg. I) (1) giustificano la nostra risposta.

Fr. 7, 1 *Ulpian.* 35 *ad Ed.* D. 27, 9.

Si pupillus dedit pignori ex permissu praetoris, nonnulla erit dubitatio, an alienatio possit impediri, sed dicendum est posse creditorem ius suum exsequi: tutius tamen fecerit, si prius praetorem adierit.

Il pretore ha dato al pupillo il permesso di concedere in pegno alcuni suoi beni. Questo permesso implica anche autorizzazione della vendita del pegno (da parte del creditore pignoratizio, in base a conforme accordo)?

Il testo dice: è dubbio se l'alienazione possa impedirsi; tuttavia dovrà ritenersi che il pignoratario abbia il *ius vendendi*; però, egli userà un'opportuna misura di prudenza, se chiederà al pretore l'autorizzazione di vendere il pegno.

Se il diritto di pegno implicasse tacitamente il diritto di vendere da parte del pignoratario, il permesso dato dal pretore al pupillo, allo scopo di attribuire un valido *ius pignoris*, dovrebbe, mi sembra, significare anche permesso di

ridica lo attribuisca espressamente. Così avviene ad es. in ordine al pegno [se di vero pegno trattasi: cfr. L. 46, 3 D. 49, 14; 1 C. 8, 15; BACHOFEN 226 ss.] concesso talvolta al fisco o all'imperatore (L. 21, 1 D. 20, 4; 1 C. 4, 46). Anche in questo caso, il diritto che si applica al fisco o all'imperatore non coincide col *ius commune privatorum* (cfr. L. 37 D. 49, 14).

Nell'ipotesi del c. d. pegno testamentario, dovrà ritenersi che manchi il *ius vendendi*, qualora il testatore non l'avesse espressamente concesso all'onorato.

(1) Cfr. KRÜGER, *Histoire etc.* (trad. Brissaud.) pp. 283, 292, 299 ss; FITTING, *Alter. u. Folge der Schriften etc.*, Halle, 1908, p. 123.

vendere il pegno, in caso di inadempienza del pupillo. Invece, su questo punto, dice Ulpiano, *nonnulla erit dubitatio*. Vero è che il testo poi afferma recisamente che il creditore può *ius suum exsequi*. Ma l'importanza di questa frase è annullata, agli effetti che ci riguardano, dal seguito *sed tutius rell.* E poi, non può tacersi, a questo proposito, un sospetto circa la genuità del testo a partire da *sed dicendum est* (1), forma recisa e dommatica, quest'ultima, contrastante con la precedente affermazione dubitativa, e con la chiusa del fr., in cui si consiglia quella misura cautelare di cui sopra si è discusso. (1) Lo stesso Ulpiano, nel fr. 7 § 3 *eod.*, mostra di considerare il permesso ottenuto per la vendita, come irrilevante per l'oppignorazione, e viceversa. (2)

Perciò dal nostro fr. 7, 1 pare verosimile che, secondo Ulpiano, diritto di pegno e *ius vendendi* siano due diritti distinti l'uno dall'altro, se il permesso in base al quale il primo diritto è validamente costituito, non implica che sussista anche il *ius vendendi*. Contraria è invece la concezione giustiniana.

Fr. 6, 8 *Ulpian.* 19 *ad Ed.* D. 10, 3.

Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividendo iudicio.... Arbitrum autem communi dividendo hoc minoris partem aestimare

(1) Indizi formali: *sed dicendum est... ius exsequi... tutius tamen fecerit, si...* (rimando su questo punto agli aut. richiamati nell'*Indice* etc., già cit., Guarneri).

(2) Si praetor tutoribus permiserit vendere illi obligaverint vel contra an valeat quod actum est? et mea fert opinio eum qui aliud fecit quam quod a praetore decretum est nihil egisse. Evidentemente, l'oppignorazione conterebbe in sè, potenzialmente almeno, un'alienazione della cosa pignorata, se al cred. pign. spettasse, come tale, in mancanza di patto contrario, il diritto di vendere.



debet quod *ex pacto vendere* eam rem creditor potest, Iulianus ait.

Dal testo appare chiaramente che il pegno può essere venduto soltanto in base al patto. Ulpiano riferisce in via indiretta il discorso di Giuliano. Se al tempo di Ulpiano il *ius vendendi* fosse spettato al creditore pignoratizio *come tale*, verosimilmente il giureconsulto non si sarebbe limitato ad un richiamo a Giuliano, con quell'*ex pacto (vendere potest)* sicuramente inopportuno, nell'ipotesi ora fatta, e spiegabile solo con la considerazione che unica fonte del *ius vendendi*, al tempo del primo come al tempo del secondo giurista, è il patto *de pign. vend.* Che poi il patto di cui si parla nel testo sia appunto quello *de pign. vend.* e non in genere il patto pignoratizio risulta da quanto si è detto sopra in ordine al passo gaiano II, 4. (1)

Fr. 3 *Paul. 3 quaest. D. 20, 3.*

Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitor pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat. Quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.

(1) V. contro MANIGK 78 n. 1. L'interpretazione del Manigk è inaccettabile, in ordine al nostro fr. 6, 8, perchè, a volerla seguire, l'*ex pacto* appare del tutto superfluo dopo il *pignori datus*.

Il caso fatto nel testo è il seguente. Un creditore pignoratizio è stato soddisfatto mediante una somma pagata da un terzo, il quale ha convenuto con il debitore che il creditore riceva con la somma data dal terzo soddisfazione del suo credito. Quest'ultimo, cioè il terzo, non succede al creditore pignoratizio (*e. d.* successione ipotecaria) se non abbia convenuto ciò, espressamente, con il debitore. (1)

Premessa questa condizione perchè si verifichi la *e. d.* successione ipotecaria, si passa nel testo all'esame di una questione relativa agli effetti della successione stessa, e propriamente alla trasmissibilità del *ius vendendi* dal primo al secondo creditore. Stando alla lettera del passo, bisognerebbe adottare questa interpretazione: se il creditore antecedente interpose col debitore un patto speciale per attribuirsi il *ius vendendi*, e il creditore successivo omise un simile patto, non per dimenticanza, ma volendosi dall'altra parte negargli quel diritto, può passare a lui il *ius vendendi* spettante al precedente pignoratario? E si risponde affermativamente.

Dal passo così inteso, risulta con tutta evidenza che al creditore pignoratizio non compete, in mancanza di un patto espresso, il *ius vendendi*. Infatti, come si desume facilmente dal nostro fr. 3, il patto *de pign. vend.* ha lo scopo di dar vita al *ius vendendi*, e l'omissione del patto basta a impedire che il pignoratario abbia quel diritto.

La successione ipotecaria implica successione nel *rango*,

(1) Cfr., tra gli antichi, CUIAC., Op., ed. cit., V., 1523 ss; tra i moderni FEHR, Beitr., 131 ss. V. contro MANICK 45 ss., secondo il quale la somma di cui trattasi nel testo sarebbe data da un creditore pignoratizio successivo chiamato perciò *posterior* rispetto al precedente, nel cui rango succede (*antiquior creditor*). Ciò è apertamente contrario alla frase del testo *nisi convenerit — de pignore*, dalla quale risulta l'assoluta mancanza di un diritto di pegno nella persona che contratta col debitore, al momento del contratto stesso.

non nel *diritto* del pignoratario cui si succede. (1) Il successore è creditore pignoratizio, e con lo stesso rango spettante al creditore antecedente; ma il diritto di pegno di cui questi era titolare si estingue in seguito all'estinzione del credito dal pegno stesso garantito, in virtù del c. d. principio dell'accessorietà. Perciò, il dire, come si fa nel nostro fr., che il nuovo creditore *in ius primi (creditoris) succedere debet*, non significa che questi succeda nello stesso *diritto* già spettante al primo creditore, intendendo come *diritto* il pegno accompagnato nel nostro caso, in base ad un patto conforme, dalla facoltà di vendere la cosa pignorata.

In tal caso, la questione che segue non avrebbe fondamento. Essa invece deriva dal fatto che la c. d. successione ipotecaria importa acquisto da parte del terzo della stessa posizione giuridica spettante al creditore antecedente, come titolare di un diritto di pegno, e nei confronti degli altri creditori. Qui sorge il dubbio se, avendo il primo il *ius vendendi* in base ad un patto espresso, ed essendone privo il secondo, la successione si estenda anche a quel diritto. Il quale non è dunque elemento naturale del diritto di pegno, perchè altrimenti, se così fosse, mancherebbe la ragione del contendere.

Siamo giunti così al punto che si voleva dimostrare.

Il testo comincia col riportare indirettamente le parole di Aristone. Però è incerto dove finisce il ragionamento di Aristone e dove cominci quello di Paolo. (2)

(1) Cfr. su ciò specialmente DEHNBERG, II, 496 ss. e WINDSCHIED, *Pand.* (trad. it., 1925), I, p. 846. V. contro BRINZ, *Pand.*, 2^a II, 2, p. 842 n. 12 e aut. *ivi cit.*

(2) Cfr. FEHR, *op. cit.*, 132.

MANIGK (43 n. 1, 51) riconosce che il testo, con l'ipotesi dell'omissione del patto *de distr. pign.* e la relativa questione in ordine alla successione nel *ius vendendi*, è contraria alla concezione del *ius vendendi ex lege*,

Attribuirlo esclusivamente ad Aristone, e pensare ad una diversa concezione in Paolo, senza che ciò risulti dal testo, sarebbe arbitrario.

La conclusione appare evidente. Dal fr. 3 sembrerebbe che, al tempo di Paolo, il *ius vendendi* non abbia altra base che quella dell'accordo esplicito delle parti in ordine all'alienazione della cosa pignorata.

E qui potremmo fermarci, se non credessimo opportuno esaminare ancora meglio la decisione, la quale rivela, a mio avviso, il mutamento verificatosi dopo il diritto classico circa il punto che esaminiamo.

Se la decisione affermativa contenuta nel testo sia genuina è dubbio, sia per quanto si è detto in ordine alla natura della c. d. successione ipotecaria, la quale non implica, ripeto, trapasso degli *stessi diritti* dall'uno all'altro creditore, sia in base alla motivazione *saepe enim* *rell.* sicuramente compilatoria. (1)

La decisione affermativa è conforme alla legislazione giustiniana, nella quale il *ius vendendi* è elemento inerente al diritto di pegno ed esiste in mancanza di un patto contrario.

e spiega il quesito come possibile soltanto al tempo di Aristone, e non anche al tempo di Paolo.

Quando si tratta però di stabilire quanto del nostro fr. appartenga all'uno e quanto all'altro giureconsulto, il Manigk ascrive a Paolo la decisione, a partire da *quod admittendum rell.*, oltre alla frase *neque enim — efficietur*. Anche ammessa come verosimile la distinzione voluta dall'insigne romanista, com'è possibile spiegare l'atteggiamento fedele di Paolo di fronte alla questione e decisione di Aristone, in seguito alla supposta innovazione sostanziale prodottasi in tema di *ius vendendi* al tempo dello stesso Paolo?

(1) E' noto che in vari passi i compilatori ammettono la possibilità dell'acquisto di diritto *per liberam personam* (talvolta originariamente *pro curatore*). Mi limito a citare, a questo proposito, fr. D. 43. 24 (*res. Beitr.*, IV, 199); 1, 1 D. 38. 3 (*КНИП*, *Societas Public.*, 25).

Allora, la questione non ha più ragion d'essere, quando manchi un patto relativo all'alienazione della cosa pignorata. In tal caso, il *ius vendendi* appare come tacitamente concesso al pignoratario.

Ciò spiega il « non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere ». Questa frase si riferisce appunto al patto contrario all'alienazione del pegno. (1) Il patto è superfluo nel dir. classico, per le ragioni già esposte. Nel dir. giustiniano invece è necessario, se il debitore vuole impedire l'alienazione della cosa pignorata.

Si è detto che *cum hoc ageretur, ne posset vendere* si riferisce all'accordo delle parti contrario all'alienabilità del pegno. (2) Infatti la semplice omissione del patto non rivela di per sè una siffatta intenzione *esplicita* delle parti, da contrapporre alla pura dimenticanza, nel caso concreto esaminato dal giureconsulto. Ma, d'altra parte, quella frase contrasta con la precedente, in cui si parla di *omissione de patto de pignore distrahendo*. Sarebbe assai strano pensare in questo modo: il creditore ha ommesso un patto per l'alienazione del pegno, perchè si voleva dalle parti impedire l'alienazione! Il caso al quale sembra si voglia accennare andava invece indicato logicamente col dire che, nella seconda oppignorazione, vi era stato un patto contrario all'alienabilità del pegno. Perciò è verosimile l'ipotesi (cfr. DERNBURG II, 510) che *non per oblivionem vendere* sia da attribuire ai compilatori. Nella nuova epoca, il testo vuol dire che, nel caso di successione ipotecaria, il creditore pignoratizio succede nel *ius vendendi* spettante al cre-

(1) Cfr. *Cuiac., loc. cit.*

(2) Volontà delle parti contraria alla vendita del pegno e patto (*ne creditor posset vendere*) sono una cosa stessa. Non intendo come si possa stabilire una distinzione su questo punto. V. CONTRO MANIGK 48.

ditore antecedente, anche se a lui tale diritto fosse stato negato esplicitamente dal debitore pignorante.

Fr. 114, 12 D *de leg. I* (Marcian.)

Idem principes rescripserunt filiis ante diem fideicommissi venientem restitui hereditatem maternam necesse non esse, sed..., si praestare eam (cautionem) non poterit (heredem), mitti liberos in possessionem fideicommissi servandi causa, *ut pro pignore, non ut pro dominis possideant vel alienandi ius*, sed ut pignus habeant, ut filius per patrem fructus consequatur et servus per dominum.

Interessa qui notare la frase *ut pro pignore per dominum*. Siccome è sicuro che il *missus in poss.* non aveva il diritto di vendere l'oggetto della missio (cfr. L. 5, 21 D. 36, 4), il passo in esame va interpretato a mio avviso così: i fedecommissari posseggono i beni pro pignore, cioè come se fossero dei creditori pignoratizi, *non pro dominis* (cioè come se fossero proprietari) *o come se avessero il ius vendendi*. Possedere *pro pignore* e possedere *l'ius alienandi* sono due cose distinte come possedere *pro pignore* e possedere *pro domino*

Perciò Marciano dice: *ut pro pignore* (possideant) non *ut pro dominis possideant, vel alienandi ius* (possideant).

Fr. 12, 10 D. *qui potiores ect.* 20, 4 (Marcian.).

Si priori hypotheca obligate sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendendo convenerit, verius est priorem potioem esse: nam et in pignorem placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potioem esse priorem.

Si discute sui criteri in base ai quali debba giudicarsi della poeriorità tra i vari creditori pignoratizi o ipotecari, e si dice che il criterio esatto è costituito dall'epoca dell'ac-

cordo relativo alla costituzione del pegno o dell'ipoteca. Ciò è vero, anche se, in caso di ipoteca, il creditore antecedente non si attribui, mediante apposita convenzione, il *ius vendendi*, mentre invece simile patto interpose il creditore successivo.

Se l'*ius vendendi* fosse inerente alla qualità di creditore ipotecario, il caso esaminato da Marciano e le ragioni del dubbio (*verius est*) sarebbero inspiegabili. Se invece si ammette il contrario, la questione, e la motivazione e la decisione del giureconsulto s'intendono chiaramente. Il secondo creditore, titolare del *ius vendendi*, ha una posizione giuridica più vantaggiosa rispetto al primo, al quale non fu concesso il *ius vendendi*. Ciò non implica però che debba farsi eccezione alla regola *prior in tempore potior in iure*, senza tener conto delle varie epoche dei diversi accordi. Quindi il creditore che non ha *ius vendendi* ma è *prior in tempore*, ha la precedenza rispetto al creditore successivo, per quanto concerne l'esercizio dei diritti sulla cosa a lui spettante come creditore ipotecario (cioè *ius possidendi* e *fruendi* alla scadenza del credito).

In caso di pegno, se il trasferimento materiale della cosa non è ancora avvenuto, e già interviene una seconda oppignorazione con relativa consegna del pegno al secondo creditore, la posizione più vantaggiosa fatta a quest'ultimo non turba d'una linea i principii regolatori dei rapporti tra i varii pignoratarii: anche qui, *prior in tempore potior in iure*. Quest'ultima circostanza serve a mostrare come anche nel primo caso quei principii ora accennati debbano conservare il loro vigore.

Tornando al nostro argomento, e per concludere, resta fermo che l'*ius vendendi* non compete al creditore ipotecario *come tale*. Il testo si riferisce all'ipoteca, perchè appunto in quel caso appare più netto il contrasto tra la posizione

dell'un creditore e quella dell'altro a causa *esclusivamente* della concessione (a favore di uno solo) dell'*ius vendendi*. (1) (Nel caso del pegno, dovrà ripetersi la stessa decisione, per la stessa ipotesi relativa al *ius vendendi*).

La pozziorità del creditore ipotecario precedente rispetto a quello successivo è dovuta al principio *prior in tempore potior in iure*; l'origine della questione esaminata da Marciano è costituita dalla circostanza che il creditore precedente non ha il *ius vendendi*, perchè *nihil de venditione convenerit*, a differenza del secondo, al quale quel diritto compete in virtù di apposita convenzione *de hypoth. vend.* (2)

§ 3. Si è visto nel § precedente che ancora ai tempi di Ulpiano e di Paolo il *ius vendendi* del cred. pignorazio ha la sua fonte esclusivamente nel patto *de pign. vend.*

Si legga ora PAUL. *Sent.* 2, 5, 1:

Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denunciare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.

Il passo, tradotto quasi letteralmente, vuol dire che il creditore al quale sia stato consegnato un pegno *semplicemente*, se vuole vendere la cosa pignorata, deve preventivamente intimare al debitore, per tre volte, di pagare il proprio debito.

Che cosa significa quel *simpliciter* (pignus depositum)? Parrebbe che *semplicemente*, messo in relazione con il suc-

(1) S'intende, prima della scadenza del credito, momento in cui sorge l'*ius possidendi*.

(2) MANIGK (47) dice invece che la questione è risolta negativamente perchè il cred. antecedente aveva il *ius vendendi ex lege* (al tempo di Marciano) e quindi non era necessario un patto esplicito che lo attribuisse. Se fosse vera l'ipotesi del Manigk, la questione posta da Marciano non avrebbe alcuna ragion d'essere, e tanto meno si spiegherebbe un qualsiasi dubbio (*verius est*) sul punto in esame.

cessivo richiamo alla volontà di operare la vendita, indichi la mancanza di un patto, aggiunto a quello pignoratizio, e relativo alla alienazione della cosa pignorata.

Cioè a dire nel caso ipotizzato vi fu soltanto costituzione e consegna di un pegno. Nulla fu convenuto intorno all'alienabilità e alla vendita della cosa. Come potrà in queste condizioni procedere alla vendita del pegno il pignoratario che, al momento della consegna della cosa, non interpose alcun patto de *pign. vend.*, ma che intanto ora *distrahere velit?*

Si dovrebbe rispondere, secondo l'insegnamento desunto dai fr. sopra esaminati, che il creditore non può vendere il pegno. Invece le *Sent.* dicono che è dato procedere alla alienazione previa la triplice *denuntiatio*.

L'osservanza di questa formalità rende, a quanto sembra, al credit. pign., quel *ius vendendi* che egli non seppe o non potè attribuirsi mediante esplicito patto con il debitore pignorante.

L'intimazione al debitore è fatta allo scopo di porre a quest'ultimo il dilemma tra liberazione o alienazione del pegno; se il debitore rifiuta l'adempimento dell'obbligazione, mostra con ciò di preferire alla prima la seconda soluzione offertagli dal pignoratario. Quindi, la *denuntiatio* triplice ha l'effetto di render valida l'alienazione del pegno.

Chiarita così la decisione contenuta nelle *Sent.* di Paolo, sorge spontaneo il desiderio di confrontare il passo con altri delle fonti, che concordino col pensiero or ora ricostruito. Ma, per quanto io abbia cercato, non son riuscito a trovare, nelle fonti del *puro dir. romano*, (1) un solo testo che corrisponda a quell'intento, un solo testo cioè nel quale si dica

(1) Come vedremo in seguito, un accenno alla triplice *denuntiatio* è contenuto nel libro siro-romano.

che, in mancanza di patto *de pign. vend.*, è possibile procedere all'alienazione dopo una *triplice denuntiatio* fatta dal creditore al proprio debitore.

Vi sono attestazioni delle fonti (1) dalle quali si può desumere l'osservanza normalmente adempiuta della *denuntiatio* da parte del creditore pignoratizio, diretta al debitore, prima di procedere alla vendita del pegno. Ma bisogna notare subito che trattasi di *una* denuntiatio; delle *tre* intimazioni volute dalle *Sent.* nel caso in esame non v'è traccia.

Che il caso contemplato nei testi ora citati e in altri che poi citeremo (2) sia quello di pegno *simpliciter depositum*, cioè senza aggiungere il patto *de pign. distr.*, non è dato affermare con fondamento. Piuttosto, tenendo conto di quanto si è visto sopra, dovrà, parlandosi di vendita del pegno, ritenersi sottinteso quel patto, *de pign. distr.* aggiunto normalmente all'accordo pignoratizio, (3) e designato

(1) Cfr. L. 4 C. 8, 27 (28): Creditor [hypothecas sive] pignus cum proscribit *notum debitori facere*, si bona fide rem gerit, et quando licet testato dicere debet. Si quid itaque per fraudem in pignore villae venditae commissum probare potes, ut inferatur actio, quae eo nomine competit ad eum cuius de ea re notio est (a. 225), L. 18 C. 5, 37; debitoribus pupillae pro officii ratione, tutorem te constitutum adseverans ad te nominum periculo pertinente, parere solutioni denuntia. Qui si satis non fecerint, in venditione pignorum tibi communi iure potes (a. 293). Per quanto concerne l'ultima parte di questo testo, l'*uti communi iure potes* non vuol dire che il tutore-creditore può vendere il pegno perchè questa facoltà è divenuta inerente tacitamente al contratto di pegno, e quindi *ius commune* (come ritiene invece l'opinione dominante). Quella frase significa soltanto che nella vendita del pegno il tutore è sottoposto alle norme che regolano la vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio. Ha perciò lo stesso significato dell'*iure creditoris* (D. 19, 1, 11, 16) o dell'*iure pignoris* vendere (*de leg.* II, 78, 4) di cui già sopra avemmo ad occuparci.

(2) L. 7 C. 8, 27 (28) L. 9 *eod.*

(3) Il *si nihil convenit specialiter* della cit. L. 20 di Diocleziano C. *eod.* (a. 294) riguarda il caso in cui la vendita del pegno fosse avvenuta ad un prezzo superiore al credito garantito, e nulla si fosse stabilito dalle parti.

nelle fonti come patto *vulgare* (L. cit. 4 C. 4, 24). Basterebbero queste osservazioni per escludere che nei testi ai quali si accenna trovi conferma la decisione di PAUL. *Sent.*

Esaminiamo ora le ragioni dell' unica *denuntiatio*, per distinguerla così nettamente dalle tre *denuntiationes* richiamate nelle *Sententiae*.

Premetto subito che, a mio avviso, la *denuntiatio* non era richiesta come condizione per la validità della vendita del pegno, ma costituiva una formalità normalmente adempiuta dal creditore, allo scopo di stabilire con certezza l'esistenza dei requisiti necessari per poter procedere all'alienazione, e di liberarsi da eventuali responsabilità a causa della vendita della cosa pignorata.

Un primo requisito indispensabile perchè si avesse una valida vendita di pegno era rappresentato dall'inadempimento del debito per colpa del debitore. Chè se l'esecuzione fosse dipendente da colpa del creditore, come non era più concessa a quest'ultimo l'a. ipotecaria, così e a maggior ragione gli era interdetta la vendita del pegno.

Il mezzo più facile e sicuro per accertare quel requisito è rappresentato dalla intimazione fatta al debitore perchè adempia il proprio debito, intimazione che, sicuramente per il dir. classico, e forse anche per quello giustiniano, non è richiesta come condizione essenziale della mora da parte del debitore, ma è compiuta allo scopo già accennato. (1)

nel patto *de pign. distr.*, per questa speciale ipotesi, spettando tacitamente al costituente il diritto alla restituzione del superfluo da parte del pignoratario. Cfr. 9, 1 *Paul. 3 quaest. D. de distr. pign.* 20, 5 (*Pomponius autem lectionum libro secundo ita scripsit: quod in pignoribus dandis adici solet, ut, quo minus pignus venisset, reliquum debitor redderet supervacuum est, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo.*) per il caso inverso.

(1) Cfr. su ciò, specialmente, SIMON, Z. Sav., 29, 47 ss.

L'obbligo della *denuntiatio* si spiega anche con le seguenti considerazioni.

Il creditore nel procedere alla vendita, deve curare, oltre al suo interesse, quello del costituente, osservando i dettami della *bona fides*. In caso diverso, il debitore potrà esigere da lui un equo risarcimento, mediante l'*a. pigneraticia*. Perciò interessa allo stesso cred. pign. notificare al debitore la sua intenzione di procedere alla vendita del pegno, nella speranza di ottenere l'adempimento dell'obbligazione. Il debitore che si rifiuti, se preventivamente avvertito dal cred. pign. circa le sue intenzioni, avrà la possibilità di sorvegliare la condotta del creditore per quel che concerne tutti gli atti relativi alla vendita del pegno, ed in particolar modo la scelta del compratore e la determinazione di un prezzo corrispondente al valore del pegno da una parte e alle offerte dei terzi dall'altra. (1)

La L. 7 cit. si occupa della *fraus* esercitata nella vendita dal creditore; in base alla frode, *esclusivamente del creditore*, può agirsi contro quest'ultimo con l'*a. pigneraticia*. Ciò, sempre che la vendita sia avvenuta *non reluctantate lege contractus*. Questa frase vuol dire, a mio avviso, « in conformità della convenzione, relativa all'attribuzione e all'esercizio del *ius vendendi*, contenuta nel contratto di pegno ». Essa tende a precisare l'*ius vendendi* spettante al cred. pign. nel caso in esame. Chè se la vendita fosse avvenuta senza tale diritto, o per mancanza di un patto *de*

(1) L. 9 C. 8,27 (28): Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem bona fide debetis et sollempniter vendere: ita enim parebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri potest; quod si quid deerit, non prohibemini etiam cetera bona iure conventionis consequi (a. 287). V. anche L. 7 *eod.*: Si cessante solutione creditor non reluctantate lege contractus ea quae pignori sibi nexa erant distraxit, revocari venditionem iniquum est, cum, si quid in ea re fraudulentè fecerit, non emptor a te, sed creditor conveniendus sit (a. 238).

pign. distr., o non essendo ancora scaduto il termine inserito per la vendita in quel patto, era possibile al pignorante rivendicare la cosa dal compratore.

La nostra L. si riferisce ad un caso in cui il patto *de pign. distr.* conteneva norme precise circa l'estensione e l'esercizio del *ius vendendi*; se tali norme erano state formalmente osservate dal creditore, ma questi era colpevole di frode nei riguardi del debitore, non era possibile giuridicamente, nè era equo nei confronti del compratore, *revocari venditionem*; soltanto era ammissibile un'azione personale contro il cred. pignoratizio. Forse, il pignorante pretendeva che fosse considerata come nulla la vendita del pegno compiuta in conformità del patto. E non è inverosimile che tale pretesa derivasse dalla considerazione che la prova della frode appariva particolarmente difficile nel caso in discussione, non essendo stato il debitore preventivamente avvertito circa la vendita del pegno, e non avendo potuto esercitare egli perciò, quel controllo reso generalmente possibile dalla *denuntiatio*, intorno all'esercizio del *ius distrahendi*.

Il controllo del debitore garantisce non solo quest'ultimo da eventuali frodi del creditore, ma anche il creditore stesso da eventuali pretese di risarcimento di danno da parte del debitore pignorante. E appunto per quest'eventuale responsabilità è opportuno (1) che il creditore notifichi al debitore l'intenzione di vendere; com'è ugualmente opportuno che il creditore pignoratizio renda pubblica la sua intenzione di vendere il pegno, mediante pubblici affissi, allo scopo di richiamare sulla vendita l'attenzione ed eventualmente le of-

(1) Non si potrà parlare invece di un obbligo imposto al cred. pign., affinché la vendita sia valida. Così invece GIRARD, *Manuale*, (1909) 795, secondo il quale l'obbligo sarebbe stato prescritto da Diocleziano (L. cit. 18 C. 5, 37).

ferte dei terzi. (1) A questa pubblicità accenna la L. 9 (... debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis et sollemniter vendere) ove richiede che, in seguito al rifiuto di pagare da parte del debitore, il creditore proceda alla vendita in buona fede e in forma solenne, perchè così appaia se il valore del pegno, desunto dalla vendita fatta nelle condizioni in discorso, potesse bastare alla soddisfazione del credito. (2) Altrimenti, mancando la solennità e la pubblicità di cui trattasi, il debitore, se la vendita sia stata fatta ad un prezzo inferiore al valore del credito, potrà, adducendo un sospetto di mala fede nei riguardi del creditore, rifiutare la consegna degli altri beni pignorati, al creditore che volesse venderli per ottenere il soddisfacimento del residuo del credito. E' questo un altro pericolo che il creditore eviterà mediante la *denuntiatio* e la pubblicità della vendita.

Dunque, la *denuntiatio* non rappresentava che una misura cautelare adottata in pratica, normalmente, dal cred. pign., prima di procedere alla vendita, in mancanza di diversi precisi accordi tra le parti intorno all'esercizio del *ius distrahendi*.

Diffusasi tale consuetudine, di essa terrà conto necessariamente il giudice, o il giureconsulto, o l'imperatore nei suoi rescritti (cfr. L. cit. 18 C. 5, 37; 4 C. 8, 27; 9 *eod.*) nei limiti entro cui l'uso è sorto e si è mantenuto; lo scopo della *denuntiatio*, nei sensi sopra chiariti, non si altera, anche se la *denuntiatio* è ufficialmente riconosciuta come opportuna, prima che si proceda alla vendita.

È perciò da escludere l'ipotesi che la *denuntiatio* fosse

(1) Cfr. L. 4 C. 8, 27 (28)... *pignus cum proseribit* (a. 225); L. 15, 32 Ulp. 77 ad Ed. *de iniur.* 47, 10: *Item si quis pignus proseripserit venditurus, tamquam a me acceperit, infamandi mei causa...*

(2) Il *sollemniter* può riferirsi anche alla *denuntiatio*. Cfr. PAUL. *Sent.* 2, 13, 5 (... *denuntiare ei sollemniter potest et distrahere*).

stata richiesta da qualche rescritto imperiale, come condizione per la validità della vendita. Così pure, d'altra parte, inverosimile è l'ipotesi che la necessità della *triplice denuntiatio* derivi da un intervento del pretore (1) o dall'attività della giurisprudenza. Per quel che concerne quest'ultima, l'inverosimiglianza dell'ipotesi è data così dalla mancanza di tracce della supposta innovazione nel nostro caso specifico, (2) come dalla natura propria dell'attività giurisprudenziale, alla quale non era consono il porre l'obbligo preciso dell'osservanza di una determinata formalità, per condizionare ad essa l'*ius vendendi* in genere, e la validità della vendita in specie. (3)

Resterebbe allora, come ultima possibile spiegazione dell'innovazione relativa alla vendita del pegno previa *triplice denuntiatio*, il ricorso ad una nuova pratica invalsa in un secondo periodo dell'epoca classica, in senso conforme

(1) Cfr. BACHOFEN, 174 contro quest'ipotesi.

(2) Nel passo cit. delle *Sent.* di Paolo si parla della necessità della *triplice denuntiatio* come diritto già vigente al tempo di Paolo. Quindi bisognerebbe porre, già per i tempi anteriori a Paolo, o nell'epoca stessa di Paolo, ma escludendo questo giurista, il quesito: a quale giureconsulto o a quale scuola è dovuta l'innovazione? — Nel fr. 4 D. 13, 7, che esamineremo in seguito, a proposito dell'*ius vendendi* tacitamente spettante al cred. pign., è detto *hoc tamen iure utimur*. Il fr. di Ulpiano descriverebbe dunque il *ius vendendi ex lege* come già spettante al cred. pign., secondo l'*ius receptum* al tempo di Ulpiano. Perciò è inesatto sicuramente parlare nel nostro campo (come invece si fa talvolta) di *concezione ulpianea* (favorevole al *ius vendendi* tacito). Intanto, i fr. anteriori a Ulpiano sono contrari, tutti, alla concezione in parola.

(3) Privo d'importanza è il richiamo, fatto a questo proposito da alcuni scrittori (DEHNBERG, I 89 n. 1), ad analoghi obblighi di *triplici denuntiationes*: trattandosi di obblighi aventi la loro origine in editti pretorii o in S. C. (Cfr. L. 53, 1 D. 42, 1; PAUL. *Sent.* II, 5, ^a 7; II, 21, ^a 17). — Il termine triennale stabilito per il passaggio a nuove nozze del coniuge del captivo (L. 6. D. 24, 2; 8 D. 49, 15) prima considerato come un'innovazione della giurisprudenza, è ora dall'opinione dominante attribuito ai compilatori.

all'innovazione di cui trattasi. Cioè a dire, la norma enunciata nelle *Sent.* di Paolo sarebbe una norma consuetudinaria, affermata già stabilmente con certezza al tempo di Paolo, e forse anche prima: (1) In molti casi in cui non si era stabilito appositamente il *ius vendendi* mediante un patto aggiunto all'accordo pignoratizio, il *cred. pign.* procedeva alla vendita del pegno dopo una triplice *denuntiatio*, e il debitore riconosceva come valida la vendita, con la relativa estinzione del debito, nella misura corrispondente al prezzo ricavato dal *cred. pign.* Da questa pratica sarebbe sorta poi la norma designata da Paolo nelle *sent.*, e il conseguente *ius vendendi* tacitamente spettante al creditore.

La spiegazione non è ammissibile. Essa contrasta innanzi tutto con l'abitudine pel patto *de pign. distr.*, la quale doveva impedire la formazione di una norma consuetudinaria per il caso, raro nei confronti di quello in parola, in cui non fosse intervenuto il patto concedente il *ius vendendi*, accanto al contratto di pegno. Data l'abitudine del patto *de pign. vend.*, l'omissione del patto stesso era presumibilmente dovuta all'intenzione del costituente contrario alla alienabilità del pegno; quindi, nel caso in cui il pignoratario avesse venduta la cosa, il pignorante, probabilmente, non si rassegnava a riconoscere la vendita come valida, e rivendicava la cosa dal compratore, anche se, com'era suo diritto, non agiva per furto contro il pignorante.

L'abitudine del patto confermava sempre più il principio fondamentale che solo il *dominus* ha di regola il *ius alienandi*, e, che, in tema di pegno, l'alienabilità della cosa da parte del *cred. pign.* si basa sull'espressa concessione del costituente (GAI. II 64). Che contro quel principio fondamentale, nell'epoca classica, si affermasse una divergente

(1) Cfr. per questa spiegazione DERNBURG, 1 88 ss.

norma consuetudinaria, non sembra nemmeno conforme all'importanza della consuetudine, come fonte di diritto, nell'epoca cui mi riferisco. Nè la natura stessa della norma (obbligo di osservare una determinata formalità, *triplice denuntiatio*) è favorevole all'ipotesi della base consuetudinaria della norma stessa, se si prescinde da altri fattori, della cui esistenza ora ci occuperemo, e che probabilmente influirono sull'evoluzione del diritto romano soltanto nell'epoca post-classica.

Concludendo, ritengo che il passo delle *Sent.* non sia una manifestazione genuina del pensiero della tarda giurisprudenza classica, come si è ritenuto sinora, ma rappresenti il diritto vigente nell'epoca post-classica. (1)

Forse abbiamo innanzi il sunto di un frammento di Paolo assai più vasto di quello attuale, in cui il giurista trattava il caso del patto *de pign. distr.* privo di disposizioni riguardanti l'esercizio del *ius vendendi*. Questo fr. sarebbe stato sostanzialmente modificato con l'inserzione del *simpliciter pignus depositum* al posto dell'ipotesi accennata, e con il *ter* (*denuntiare*.) (2)

Interessa stabilire i probabili fattori dell'innovazione verificatasi, secondo l'ipotesi ora messa innanzi, nell'epoca post-classica. Probabilmente, il mutamento di cui ci occupiamo ha origine *consuetudinaria*; propriamente si è svolto sulla base della nuova prassi formatasi, relativamente al punto in discussione, nell'epoca post-classica.

E' a tutti noto come sia questa l'epoca in cui buona

(1) È qui inutile ritornare sui motivi ormai a tutti noti per cui sospetti sono in genere i passi delle *Sent.* di Paolo tramandatici dai compilatori visigoti.

(2) Il *TER* deriva forse da una soppressione del precedente *sollemni*; cioè Paolo diceva *SOLEMNITER* (*denuntiare*) come fa nell'altro passo cit. delle *Sent.*, 2, 13, 5, e com'è scritto nella cit. L. 9 C. 8, 27 (28)?

parte degli istituti più genuinamente e profondamente romani è modificata, o alterata, o addirittura talvolta soppiantata, a causa della normale ignoranza del puro diritto romano succeduta, nella vita pratica, al periodo della giurisprudenza classica; o della desuetudine in cui eadevano talune delle più antiche istituzioni romane; o del vigore con cui le istituzioni giuridiche del mondo provinciale sopravvivevano e reagivano alla diffusione del diritto romano in tutto il territorio dell'impero; o delle costituzioni degli imperatori, spesso interpreti fedeli delle esigenze affermatesi o perduranti nella società dell'epoca romano-ellenica; o infine della prassi giudiziaria, sempre conforme alle pratiche necessità od opportunità, anche, talvolta, in aperta contraddizione con le norme rigorosamente applicate nell'epoca classica. (1)

Un avvenimento assai notevole nel campo del diritto in genere, e del diritto di pegno in ispecie, è segnato, come si sa, da quella costituzione di Costantino dell'a. 320, che sancì la nullità della *lex commissoria*. (2) Dell'uso della *lex commissoria* sappiamo, per bocca dello stesso Costantino, *l. cit.*, che esso era assai diffuso, e aumentato rispetto alla pratica anteriore, ai tempi dell'imperatore (*commissoriae legis crescit asperitas*). Quest'uso, verosimilmente seguito in ispecie nei contratti di pegno, rivela l'affermarsi sempre più vigoroso di quella concezione cui abbiamo accennato nel

(1) Cfr. specialmente § 3 *Inst.* II, 10 (*Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi...*) e RICCORDERO, *Fusione* etc., in *Arch. f. R. u. Wirtschaftsph.* XVI, p. 504 ss., sull'importanza della consuetudine in genere e della prassi giudiziaria in ispecie come fonte del diritto post-classico e giustiniano.

(2) Cfr. C. 8, 34 (35) 3, IMP. CONSTANTINUS A. *ad populum*: Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae [*pignorum*] legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Cfr. C. Theod. 3, 2, 1.

principio del nostro studio, in base alla quale il pegno è costituito allo scopo di dare al cred. pign. il mezzo onde ottenere direttamente, attraverso la cosa pignorata (acquistando la cosa stessa ⁽¹⁾ o il suo prezzo), il soddisfacimento del credito garantito. Scomparsa la *lex commissoria*, non riconosciuta dal diritto, la concezione su accennata doveva consolidarsi in pratica su quell'unica base ora rimasta intatta, quella cioè dell'esercizio del *ius vendendi* da parte del cred. pign. Su tale base consuetudinaria si innestava, verosimilmente l'idea del *ius vendendi* tacitamente spettante al cred. pign., purchè egli avesse dato al debitore il tempo necessario per considerare l'opportunità di eseguire il debito, e se del caso, di cercare il modo onde procurarsi il danaro richiesto per l'adempimento dell'obbligazione. ⁽²⁾

Che questa situazione si verificasse nel mondo provinciale orientale, analogamente a quanto doveva avvenire nel-

(1) Cfr., per l'antico diritto greco, HIRTIG, *Griech. Pfandr.*, 1895, passim; RAAPE, *Der Verfall des griech. Pfand.*, 1912. passim.

(2) Una prova indiretta di quest'evoluzione sostenuta nel testo credo possa vedersi nella L. 1 C. 8, 34 (35): Qui pactus est nisi intra certum tempus pecuniam quam mutuam accepit solveret, *cessurum* creditoribus, hypothecam vendere debet (a 322). Infatti, probabilmente la L. 1 è itp.^{ta} (cfr. in base a indizi formali [*hypothecae... pignore... hypothecam; itaque*] BRARD 50) allo scopo di ripetere sostanzialmente, sotto il tit. del Cod. « de pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda » la c. 9 C. 8, 16 di Giustiniano, dell'è. 528: Si quis in cuiuscumque contractus instrumento ea verba posuerit: « fide et periculo rerum ad me pertinentium » vel « per earum exactionem satisfieri tibi permitto », sufficere ea verba ad rerum... hypothecam, nec ex prioribus sanctionibus minus habere speciali hypothecae memoria videri, cum sit iustum voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere. Il *pactus est, nisi... solveret, cessurum se* della L. 1 sembra accenni proprio alla *lex commissoria* con il *cessurum* (cfr., su questo punto, SABER, *Mnem.*, 32 (1904) p. 81); ma, secondo il criterio stabilito da Giustiniano nella L. 9, dovrà vedersi in quel patto una semplice costituzione d'ipoteca, con relativo *ius vendendi* tacito del cred. pign. Ecco come qui all'originaria *lex commissoria* si sostituisce il *ius vendendi ex lege*; l'attività legislativa corrisponde in questo senso all'attività delle parti, affer-

l'Occidente (secondo l'attestazione del Paol. Visig.), ci è detto dal libro siro-romano (che, com'è noto, costituisce assai spesso una fonte preziosa per la conoscenza degli usi affermatasi o perduranti nel mondo orientale, nell'epoca post-classica, e talvolta influenti sulla evoluzione dello stesso diritto romano, post-classico o giustiniano), ove si parla del *ius vendendi* spettante al *cred. pign.*, previe le tre intimazioni accennate nelle *Sent.* di Paolo.

Nel passo delle *Sent.* non si accenna affatto ad una circostanza di evidente, primaria importanza, cioè al tempo che doveva trascorrere tra l'una e l'altra *denuntiatio*, si pure, come potrebbe anche ammettersi, tenuto conto del tenore letterale del testo (ma come non sembra conforme al probabile scopo della triplice *denuntiatio* sopra accennato), le tre *denuntiationes* non potevano o dovevano susseguirsi senza interruzione, e la ripetizione dell'*intimatio* non aveva altra funzione che quella di conferire solennità all'atto del creditore. Nel siro-rom. invece quella circostanza è posta in rilievo, affermandosi che le tre intimazioni dovessero avvenire in tre tempi diversi. (1) L'estensione di ciascuna delle due epoche intermedie si fissò probabilmente sulla base della pratica, sia giudiziaria, costituita dal criterio generalmente adottato nei giudizi, sia volontaria, consistente nei normali accordi, taciti o espressi, delle parti.

matasi in seguito all'abolizione della *lex commissoria* per opera di Costantino.

Forse, la L. 1, nella sua forma genuina, si riferiva ad un patto analogo a quello esaminato nella L. cit. 4 C. 4, 24, cioè un patto che conferiva il *ius vendendi nisi intra certum tempus pecunia soluta fuisset*. Il *cred. pign.*, verificatasi la condizione, aveva il *ius distrahendi*: ma sempre in qualità di creditore pignoratizio (*iure creditoris*). Quindi, pur dopo il verificarsi della *condicio* predetta, il debitore conservava la facoltà di richiedere il pegno (con l'*à pigneraticia*) e d'impedire la vendita, pagando la somma dovuta.

(1) Cfr. *Syr. Rechtsbücher* (ed. Sachau, 1907) L. 96; R. I 49; R II 184; R III 97.

§ 4 — Nel dir. giust. il *ius vendendi* spetta al cred. pign. anche in mancanza di patto *de pign. distr.*, e senza che sia necessario ricorrere alle tre *denuntiationes* di cui parlano le *Sent.* di Paolo. Basta una sola *denuntiatio*; però da essa deve decorrere un biennio, perchè possa procedersi alla vendita (1)

Non mancano nel Digesto tracce dell'innovazione.

Itp.ta è in questo senso la L. 5, 21 *Ulpian.* 52 *ad Ed.* D. 36, 4: *Quaeri poterit an in vicem usurarum hi fructus cedant, quae in fideicommissis debentur; et cum exemplum pignorum sequimur, id quod ex fructibus percipitur primum in usuras, mox, si quid superfluum est, in sortem debet imputari: quin immo et si amplius quam sibi debetur perceperit legatarius, exemplo pigneraticiae actionis etiam utilis actio ad id refundendum dari debebit.* [sed pignora quidem quis et distrahere potest, hic autem frui tantum ei constitutio permisit, ut festinetur ad sententiam].

Ci interessa la chiusa *sed pignora rell.* Il creditore pignoratorio, si dice, può vendere il pegno. Limitare l'affermazione al caso di *pact. de pign. distr.* non è possibile, data la formulazione generica *pignora quis distrahere potest.*

Altrimenti, del resto, la distinzione fatta nel passo non avrebbe significato: un patto *de distrahendo* può intercedere anche tra erede e fedecommissario. (2)

(1) L. 3, 1 C. *iure domini impetrando* 8, 33 (34): *Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore sive in aliis conventionibus ea observari... sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur feneratori ex denuntiatione vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa est vel sententia prolata est, numerandum eam vendere (a. 530).*

(2) All'istesso modo il diritto ai frutti appare dal testo come spettante al cred. pign. in virtù della qualità stessa di cred. pign., e indipendente da un'apposita conforme convenzione tra le parti. Cfr. *MANIGK, Befriedigung etc.*, 53.

Si noti ora, contro la genuinità della chiusa, che manca un nesso tra la questione principale posta in principio e l'osservazione in esame; (1) che il *quis potest* è formalmente sospetto; che infine *festinetur ad sententiam* è assolutamente inspiegabile. (2)

Altro testo itp.to nello stesso senso è il fr. 4 *Ulpian.* 41 *ad Ed. D.* 13, 7:

Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. [sed etsi (1) convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur (1), ut liceat distrahere, si modo (1) non convenit, ne liceat; ubi vero (1) convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi (1) ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit]. (3)

Secondo Ulpiano il *ius vendendi* mancava, se mancava il patto *de pign. distr.* Ciò si è desunto sopra da varii frammenti, tra i quali alcuni di Ulpiano.

Nel dir. giustiniano invece il pignoratorio, nel caso in esame, può procedere alla vendita del pegno trascorso un biennio dalla *denuntiatio*. (4)

E' necessario ora il patto *de non distr. pign.* se si vuole impedire l'alienazione del pegno. (5) Nel qual caso il cred.

(1) Perché porre in luce una circostanza contro le altre due precedenti, che tendevano a porre un'analogia tra pegno e *missio*? Anche ammesso il *ius vendendi ex lege* da parte del cred. pign., l'analogia precedentemente posta rendeva necessaria l'aggiunta in discussione?

(2) CUIACIO, *Op.*, Prati, I, 172, corregge *sententiam* con *satisfactionem*, pensando alla concessione della *cautio* da parte dell'erede, in seguito alla quale ha fine lo *missio*.

(3) Il fr. è itp.^{to} secondo l'opinione dominante (cfr. WINDSCHIED, *o. c.*, I, § 237, p. 860 n. 5; HENZEN, *loc. cit.*), a partire da *nisi ei vell.*

(4) Cfr. per quest'ultima aggiunta al fr. 4, *BAS.* 25, 1, 4 *Sch.* 1 *Steph.* (*Heimb.*, III, 53). Sulle ragioni del sospetto dell'itp.^{ne} a partire da *sed etsi* tornerò tra breve.

(5) Cfr. quanto si è detto in ordine al fr. 3 *D.* 20, 3.

pign. non avrà il *ius vendendi*. Egli però potrà, previe tre *denuntiationes*, vendere il pegno e non incorrere tuttavia in alcuna responsabilità da furto. Ciò mostra come si tenda a rafforzare sempre più i diritti del creditore pignoratizio, e a considerare il *ius vendendi* quasi come un elemento *essenziale* del contratto pignoratizio. (1)

Il pegno è così sottoposto ad un regime analogo a quello classico relativo alla *fiducia* (Paul., Sent. 2, 13, 5). (2)

(1) Vero elemento essenziale è invece secondo l'opinione dominante. Nel fr. 4 si esclude a mio avviso soltanto la responsabilità da furto, ma non la nullità della vendita. L'adempimento della formalità ivi richiesta toglie alla vendita, nel nuovo dir., il carattere di alienazione fraudolenta; eliminata la *fraus*, scompare la figura del furto. (Alla questione accenno soltanto incidentalmente, intendendo occuparmi nel mio studio soltanto del *ius vendendi* come *elemento naturale* del contratto di pegno).

(2) Forse nel fr. 4 Ulpiano distingueva tra pegno e fiducia, e i compilatori, seguendo un solito procedimento, hanno cancellata la menzione della fiducia e dell'*a. fiducia* per sostituirvi quella del pegno e dell'*a. furti*. Per quanto possa pensarsi, in genere, ad una reciproca influenza degl'istituti della fiducia e del pegno nel dir. class. (cfr. MANIGK, v. *fiducia* in Enc. Paul Wiss., 2298), un'influenza della *fiducia* sul *pignus*, relativamente alla questione in esame, già nel dir. class., è inverosimile.

[Anche il fr. 5 di Pomponio *eod.* (Idque iuris est, sive omnino fuerint pacti, ne veneat, sive in summa aut condicione aut loco contra pactionem factum sit) si riferiva forse alla fiducia e propriamente al patto *de non vendenda fiducia*. Cfr. il fr 8, 4 *eod.* già cit., in cui *de vendendo pignoris pactio* sostituisce, per opera dei compilatori, un'*originaria pactio de vendenda fiducia* (cfr. LENEL, *Pal.*, II, 147)].

Nel nuovo dir., il patto *ne distraheretur* promosso dal debitore contro il cred. pign. mira a togliere a quest'ultimo quel *ius vendendi* che a lui spetterebbe tacitamente in virtù del pegno. Quindi, nella nuova epoca, la posizione del cred. pign. si presenta analoga a quella che aveva il fiduciario nel dir. classico.

A favore dell'ipt.^{ne} del fr. 4 a partire da *sed etsi* sono evidenti come, indizi formali, *sed etsi... hoc tamen iure utimur... si modo... ubi vero vell.* - Il principio del fr. (*si convenit - habere*) mostra chiaramente il pensiero di Ulpiano; in caso di patto *de pign. vend.*, non solo la vendita è valida, ma la cosa passa anche in proprietà del compratore; invece, in mancanza di quel patto, si ha soltanto la validità della vendita, ma il compratore non acquista la proprietà della cosa. Cfr. il noto fr. 28 *Ulp.* 41 *ad Sab.* D. 18, 1 (Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori anferri potest).

Il *ius vendendi* del cred. ha ora la sua base non più in un esplicito accordo delle parti, che, come dà al cred. la facoltà di vendere, così autorizza il debitore a costringere il creditore alla vendita, ma in una norma generale posta dall'ordinamento giuridico a tutela del creditore pignoratorio, e dalla quale scaturisce esclusivamente la facoltà di procedere alla vendita, ove ciò si ritenga opportuno da parte di quest'ultimo. (1)

Ciò costituisce una notevole eccezione al principio che *ius alienandi* è normalmente connesso al diritto di proprietà sulla cosa (GAI. II 62); eccezione non più fondata sulla volontà espressa dal costituente, ma derivante dalla natura stessa del diritto di pegno.

Il pignoratorio, pur non essendo il *dominus*, ha ora, come il *dominus* costituente, il *ius distrahendi*. V'ha di più. La posizione del primo può divenire anche più vantaggiosa, se egli, come gli è concesso nel nuovo diritto, riesce a togliere al secondo il *ius vendendi*, con un'apposita convenzione. (2)

§ 5 — Al quesito posto nel principio del presente stu-

(1) Cfr. L. 6, pr. *Pomp.* 35 *ad Sab.* D. 13, 7: *Quamvis convenerit, ut fundum pignoratitium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui pignus dederit, quia tua causa id caveatur; sed Atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit... [melius autem est dici eum, qui dederit pignus, posse vendere et accepta pecunia solvere id quod debeatur, ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam, si nobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.]* Che i compilatori abbiano modificato sostanzialmente il fr. 6, pr. da *melius autem dici* sino alla fine già dimostrò il GRADENWITZ, *Interp.* 22 ss. Contro quest'ipotesi, ma, a mio avviso, senza superare gli argomenti addotti dal Gradenw., v. MANIGK, *Pfandr. Unt.*, 89 ss.

(2) Cfr. L. 7, 20, 5 (*Marcian.*): *Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit*

dio, circa l'epoca in cui il *ius vendendi* sarebbe divenuto un *elemento naturale* del contratto di pegno, si può a mio avviso rispondere sinteticamente così.

Il cred. pign., in mancanza di un patto che gli conferisca il diritto di vendere la cosa pignorata, è privo del *ius vendendi*, sino a tutta l'epoca classica. Egli acquista la facoltà di alienare il pegno (dopo tre *denuntiationes* dirette al debitore) nell'età post-classica. Nel dir. giustiniano, al cred. pign. compete il *ius vendendi* anche se manchi un patto relativo alla vendita del pegno, e previa una sola *denuntiatio*.

UMBERTO RATTI

dell'Università di Macerata

et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur]. Per l'itp.^{ne} del fr. (a partire da *et certum vell.*) v. LUSIGNANI, Bull. XI, pp. 26-31; HABEL, *Verfügungsbeschränkungen* etc., 1909, p. 7 e passim; DE RUGGIERO, *Studi*, Cagliari, 1910, p. 9 e passim.

PER UNA FORMULA “ PRATICA „ DELL'IMPUTABILITÀ PENALE

Nella impossibilità di una risoluzione precisa e definitiva dell'eterno problema della libertà e necessità delle azioni umane, nel campo della responsabilità penale, si è cercata una soluzione di carattere relativo, la quale permettesse di eliminare i pericoli di una formula basata sul libero arbitrio e, nello stesso tempo, escludesse i contrasti e gli inconvenienti di una formula prettamente determinista.

E' chiaro che non era e non è facile uscire dalle tenaglie logiche del problema, considerato nel suo aspetto assoluto, antitetico, e per giungere ad un componimento della questione occorre stabilire, dirò di autorità, l'indole delle azioni imputabili, cioè non soverchiate da una forza superiore alla volontà capace di disporre di sè medesima.

In sostanza ed all'infuori di tutte le disquisizioni e di tutti gli arzigogoli teorici, dei quali risparmio al lettore colto le ragioni, le manifestazioni e l'ampia ingombrante bibliografia, si tratta di configurare l'atto normale, cioè l'atto dell'uomo comune, sensibile al comando legislativo ed alla pena, in confronto di quello anormale, cioè della condotta dell'uomo obbietto eventuale di una misura difensiva dello Stato, ma sottratto, per le sue condizioni psichiche, all'apprezzamento ed all'influsso del divieto penale.

Il Codice vigente ha ritenuto di superare lo scoglio della libertà di elezione o della necessità coll'articolo 45,* secondo

cui « nessuno può essere punito per un delitto se non abbia voluto il fatto che lo costituisce », integrato dall'articolo 46, secondo cui « non è punibile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di infermità di mente, da togliergli la coscienza o la libertà dei propri atti ».

Per 37 anni, da che il Codice si applica, bene o male si è provveduto a condannare i delinquenti sotto il dominio di questi due articoli, ma io penso che meglio si sarebbe provveduto e si provvederebbe adottando una formula dell'imputabilità più coerente agli scopi che abbiamo ricordato ad alle esigenze della « tutela giuridica » in funzione protettiva dello Stato e dei cittadini, sfuggendo, inoltre, alle insidie ed agli equivoci di una « volontarietà » non qualificata e di una « infermità di mente » contraddistinta, oltrechè dalla perdita della coscienza, da quella della « libertà ».

Fondamento della imputabilità, si affermò, è la « *volontarietà* »....; ma io chiedo a quanti hanno ripetuto questa frase: Che cosa è la *volontarietà*?

Volontaria è l'azione « voluta »; orbene si è così, soppresso l'inconveniente del « libero arbitrio » che accompagna, appunto, nella più consueta accezione del vocabolo « volontà » la volontà stessa?

Chi reputa l'uomo in possesso del libero arbitrio non concepisce la volontà da esso disgiunta e, però, non ritiene *voluto* un fatto se non lo è liberamente, con che si apre l'adito a quelle discussioni che, dirette od indirette, non sono mancate nei dibattiti forensi, specie in Corte di Assise.

E, tanto più la volontarietà si scambia colla libera elezione allorchè si ha di fronte l'articolo 46, che contempla fra i requisiti dell'infermità di mente discriminatrice, l'eliminazione della « libertà ».

So bene come si spiega questo articolo 46 e questa libertà, ma vi hanno locuzioni che non si adoperano a ritroso

del loro significato più naturale e diffuso, ed io sono persuaso che pochissimi, magistrati, patroni o periti, posseggono nitida la concezione dell'infermità di mente che toglie la « libertà ».

Dichiarandosi imputabile *l'atto voluto* non si procede di un passo nel cammino che si intende percorrere, estraneo alle indagini circa la necessità o meno dell'atto, poichè la volontà non si concepisce più come una facoltà propria dell'uomo, sibbene quale la resultante di un complesso di fattori interni od esterni, cosicchè resta sempre a decidersi se, quanto si è voluto sia il prodotto di un'auto-spontanea deliberazione o di un coacervo di cause invincibili.

L'art. 45 si spiega nella relazione al Re sul testo definitivo del Codice, colla seguente proposizione: «... Appena occorre avvertire come per volontà si debba intendere tutta l'attività intellettuale che si determina o si rivolge ad un dato evento, col presupposto della scienza e coscienza delle circostanze nelle quali e per le quali la volontà si determina... ».

Comprende davvero un chiarimento il periodo riportato?

Non è una sciarada la descrizione della volontà come « attività intellettuale ecc. » dove il *si determina* nasconde nelle sue pieghe il *determinismo* od il *libero arbitrio*?

Scrive più analiticamente e scientificamente il Manzini (1):

« La volontà è una relazione fra la mente e le sue idee. Essa non è soltanto potere di impulso, ma altresì e specialmente potere d'arresto e di inibizione. *L'inibizione* non è accidente occasionale ma elemento essenziale e attivissimo della nostra vita cerebrale.

« Nel concetto di volontà è implicito quello di *coscienza*, così che le volizioni o sono coscienti, o non sono volizioni.

(1) Manzini, Trattato di diritto penale Italiano, 1908, Vol. II - pag. 10-11, Bocca edit.

La coscienza che, a sua volta implica la scienza, si esplica in una attività di scelta che va dall'attenzione selettiva alla volontà deliberativa. Essa consiste nel confronto delle possibilità simultanee che si presentano alla nostra mente, nello sceglierne alcune e nel sopprimerne altre, mercè il meccanismo inibitore e rinforzatore dell'attenzione. »

Se si accoglie questa nozione — tuttavia incerta — della volontà, si tollera tale un'arena di dissertazioni filosofico-psicologiche nello svolgersi della giustizia penale, che si ignora se non sieno peggiori di quelle scongiurate coll'abbandono della libertà di scelta, della forza irresistibile ecc.

La formula della volontarietà non cava un ragno dal buco, e la terminologia dell'articolo 46 ci ripiomba, sotto sotto, nelle diatribe sul libero arbitrio.

Coll'articolo 46 si è mirato a restringere il tipo della malattia di mente che conduce alla non imputabilità e, prima si è richiesto il sussistere di una malattia genuina, e poi che essa sia tale da portare in effetti chi ne è colpito nel novero degli « anormali » ossia dei consociati non *cittadini*, privi di « capacità penale ».

Tuttociò è commendevole, ma l'inclusione della parola libertà pura e semplice, non giova, schiudendo il varco a malintesi.

Si impone quindi, a mio avviso, che il nuovo Codice penale contenga una formula *più pratica*, la quale, prescindendo dalla « libertà morale » senza negarla, dichiarare la imputabilità dell'uomo *medio* e prosciolga « penalmente » l'infermo, dall'odierna coscienza sociale non giudicato meritevole di punizione.

Io mi sento più vicino al « *determinismo* », che al « *liberismo* », ma mentre ho pure i miei dubbi convengo che quello, per quanto domini spesso il campo della vita pratica, non può accogliersi, oggi, nel congegno della giustizia penale.

E' agevole sostituire gli articoli 45 o 46 ?

Non oserei asserirlo; ma non asserisco, per converso che, nel proposito di modificarli alla luce delle brevi riflessioni enunciate, si urti in difficoltà insormontabili.

Propongo, unicamente a titolo di esimplicazione, l'articolo seguente :

« Nessuno può essere punito per un delitto se ha commesso il fatto che lo costituisce nei casi di giustificazione previsti dalla legge ⁽¹⁾, od in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza dei propri atti o la possibilità di comprenderne l'errore o la illegittimità ».

Questa formula prospetta in modo negativo lo stato di responsabilità generale che sussiste ogni qualvolta non si ha quello di irresponsabilità, escludendo una formula positiva non indispensabile e rilasciando alle disposizioni sui singoli reati l'apprezzamento dei fini, dei motivi ecc. di chiunque ha agito in sanità di mente.

La sostituzione dell'espressione « libertà dei proprii atti » con quella di « possibilità di comprenderne l'errore o l'illegittimità », impedisce gli equivoci rilevati inerenti alla parola libertà, e ne serba il concetto.

ADOLFO ZERBOGLIO

dell'Università di Urbino

(1) Art. 18 (del progetto Ferri). « Gli autori e compartecipi di un delitto ne sono sempre legalmente responsabili, tranne i casi di giustificazione del fatto ».

LA PROCEDURA PARLAMENTARE
IN UN PARLAMENTO PROVINCIALE A FOLIGNO NEL 1305

Nell'agosto del 1305 Clemente V in Avignone allora eletto pontefice, preoccupato delle aspre contese che travagliavano la vita delle provincie d'Italia e ne mettevano in pericolo la fedeltà stessa verso il papato, invia in Italia due suoi nunzi Guglielmo Durante, vescovo di Mende, e Piliforte di Ravesteyn, abate di Lombez, con l'incarico di riportare in quelle terre la tranquillità e la pace, *ad pacificandum et reformandum statum earum*. (1) I due *pacificatores et reformatores*, dopo essersi trattenuti durante l'autunno nella Tuscia e avervi svolto ampia opera di pacificazione, (2) e prima di passare nella Marca d'Ancona, dove li attende l'aspra lotta che i comuni minori vanno conducendo contro la curia provinciale per la sospensione dei privilegi già loro accordati da Bonifacio VIII, si fermano qualche giorno del dicembre nel ducato di Spoleto a curare le cose di quella provincia.

(1) Vedi per quanto riguarda gli atti di questa legazione E. GÖLLER, *Zur Geschichte der italienischen Legation Durantis des Jungeren von Mende*, in *Römische Quartalschrift für Christliche Altertumskunde und für Kirchengeschichte*, 1905, 4 heft.

(2) R. DAVIDSOHN, *Forschungen zur Geschichte von Florenz*, Berlin, Mittler, 1901, 3 theil, pag. 287 e segg.

Il codice 443 delle collettorie dell'archivio Vaticano ci ha conservato, dal f. 140 r. al f. 165 r., (1) gli atti di un parlamento della provincia del ducato, da essi tenuto in tale occasione a Foligno il giorno otto dicembre 1305.

Questi atti meritano il nostro attento esame per la loro particolare importanza ai fini di farci meglio conoscere una parte della procedura parlamentare finora poco nota. Le carte del codice vaticano contengono non molto invero di questo parlamento folignate, e cioè il *processus* ossia la serie delle richieste avanzate dai legati, l'ordinanza conclusionale e cioè l'esatta relazione della seduta parlamentare, e le *promissiones* di obbedienza dei vari comuni fatte nel parlamento stesso. Nulla ci è pervenuto invece nè degli atti preparatori della convocazione del parlamento nè di quelli relativi all'esecuzione delle decisioni prese dall'assemblea; ma questi due stadi della procedura parlamentare possiamo dire ormai di ben conoscerli attraverso la pubblicazione degli atti del parlamento di Montolmo del 1306 curata dallo Zdekauer. (2) Il punto però sul quale il parlamento di Montolmo poca luce può fare è quello che riguarda il procedimento seguito dall'assemblea nella sua discussione per giungere al voto. Su ciò può ben illuminarci al contrario l'ordinanza conclusionale del parlamento folignate del quale ci occupiamo, ordinanza che riassume nei particolari essenziali il lavoro svolto dall'assemblea nella seduta dell'otto dicembre, e che, come già ebbe a rilevare lo Zdekauer, è la più completa del genere e la più caratteristica che finora si conosca. (3)

(1) Il codice fu ampiamente descritto da L. ZDEKAUER, *Gli atti del parlamento di Montolmo del 15 gennaio 1306*, in *Bollettino della Commissione per la pubblicazione degli atti delle assemblee costituzionali dal medioevo al 1831*, (Accad. dei Lincei), Bologna, Zanichelli, 1920, n. 1 e 2.

(2) L. ZDEKAUER, op. cit.

(3) L. ZDEKAUER, *Le costituzioni del card. Bertrando pubblicate nel parlamento di Montefalco del 23 aprile 1336*, in *Bollettino cit.*, n. 3, pag. 70.

Sulle tracce di questo documento, che qui pubblichiamo, ci è dato seguire nelle sue linee principali il lavoro e il succedersi degli atti attraverso i quali il parlamento di Foligno giunse alle sue decisioni.

Nella chiesa cattedrale di Foligno sono convenuti e si trovano riuniti a parlamento, in ossequio alla citazione fatta dai due nunzi pontifici, tutti i vescovi del ducato e i rappresentanti, sindaci, podestà e ambasciatori dei diversi comuni *maiores* e *minores* della provincia, sia delle *civitates* che delle *communantiae* e dei *castra*, secondo la solita triplice distinzione. Presenti dunque clero e comuni; nessun accenno ai nobili feudatari e signori, la cui assenza non può destare meraviglia se si considera la scarsa importanza che essi hanno in questo inizio del trecento nella provincia del ducato. (1)

Il parlamento è stato convocato dai legati papali e per un fine strettamente inerente alla loro missione, secondo il nostro documento ci attesta: Chiamare alla loro presenza le autorità religiose e laiche della provincia per esortare tutti alla fedeltà, devozione e obbedienza alla Chiesa romana e al pontefice, e insieme a mantenersi uniti nella pace e nella tranquillità. Già dal sei novembre dello stesso anno invero i due *pacificatores* avevano emanato dalla Tuscia allo stesso scopo per tutti i comuni dello stato espliciti ordini, contenuti in una lettera o *processus in civitate Lucana factus*. (2) Giunti a Lucca, loro primo atto era stato di scrivere dalla loro residenza in quella città a tutti i podestà, capitani, anziani, rettori, priori e consiglieri dei vari comuni e terre delle provincie della

(1) Anche nel parlamento di Montolmo del gennaio dell'anno seguente 1306, tenuto dagli stessi riformatori, i nobili non appaiono presenti. Vedi L. ZDEKAUER, op. cit.

(2) Il *processus* del parlamento di Foligno, contenuto nei fogli 140 r. 143 r., è simile in molti punti a quello del parlamento di Montolmo pubblicato da L. ZDEKAUER, op. cit.

Chiesa per renderli consapevoli della loro missione e notificare insieme i primi ordini in proposito. I due nunzi erano rimasti profondamente turbati dalle notizie ricevute sulle discordie e le guerre che agitavano lo stato pontificio, e, seguendo l'insegnamento di Cristo disceso sulla terra per la pace degli uomini, esortano ed ordinano perciò di desistere subito e ovunque da ogni violenza e contesa almeno fino alla prossima festa di Pasqua di Resurrezione, quando, come pare, il pontefice tornerà in Italia da Avignone a visitare le sue terre pacificate e tranquille. Ogni opera sia rivolta nel frattempo a comporre le discordie e a concludere trattati di pace, e i vescovi e i rettori provinciali facciano conoscere questi ordini a tutti i sudditi. Il *processus* termina col riportare, *ad maiorem firmitatem* di tutto ciò, il testo delle lettere pontificie relative alla missione affidata ai due legati, una diretta ai comuni, altra ai rettori provinciali ed altra ancora agli stessi legati. (1)

Far meglio conoscere nel ducato spoletano questo *processus*, contenente la volontà e le disposizioni dei nunzi relative alla loro missione di pace, e ricevere dai rappresentanti dei singoli luoghi della provincia formale promessa di obbedienza, è lo scopo per cui il parlamento di Foligno è stato convocato e in questo si riassume tutto il lavoro svolto dal parlamento stesso.

Apertasi la seduta dell'assemblea, i legati danno ordine anzitutto che venga letto *de verbo ad verbum* e *renovatus* (2) *in publico parlamento* questo *processus* già fatto da essi a Lucca, affinchè nessuno possa esimersi dall'osservarlo addu-

(1) Pubblicate la prima e l'ultima da G. GÖLLER, *Zur Geschichte ecc.* op. cit., pag. 18 e 19.

(2) Il codice Vat. ha come titolo del *processus*: *Processus factus et renovatus in civitate Fulginei.*

cendo come pretesto d'ignorarne l'esistenza con l'affermare che le lettere apostoliche non siano loro pervenute.

Altri ordini rivolgono poi i legati al rettore del ducato Deoticlerio di Loiano, come colui che essendo a capo della provincia più d'ogni altro deve curarne la tranquillità e il benessere e quale naturale presidente dell'assemblea parlamentare. Il rettore indica subito in tutta la provincia del ducato le tregue generali da ogni guerra e contesa fino alla Pasqua di Resurrezione di cui i legati parlano nel loro *processus*, e comandi insieme che le tregue stesse e il *processus* legatizio siano da tutti *inviolabiliter* osservati. Gravi multe restino fissate per i contravventori, a proposito delle quali sia da distinguersi tra comuni maggiori o *civitates*, comuni mediani, che il documento chiama *communitates*, e comuni minori, quelli dei *castra*. Con giusto senso di equità, l'entità della pena è proporzionata all'importanza del comune, e i primi paghino in caso d'inosservanza ventimila marche d'argento di pena, i secondi diecimila e soltanto mille gli ultimi.

Tutti i *mandata* dei legati vengono tosto eseguiti: Il *processus* è letto *in publico*, parola per parola, il rettore indice le tregue e determina le pene per chi continuerà malgrado ciò nelle lotte fratricide.

I sindaci, podestà e ambasciatori dei comuni presenti al parlamento, almeno come sembra dalle parole del documento, si consultano allora sul da farsi e all'unanimità poi, *nemine discrepante*, deliberano di approvare il *processus* legatizio e di accettare le tregue indette. Uno di loro poi, e precisamente Guido di Monte Alano, capitano di Spoleto, a nome di tutti e per incarico da essi ricevuto, si leva e comunica in pubblico parlamento la decisione presa.

Ma perchè queste tregue siano rigorosamente osservate non è sufficiente soltanto questa accettazione da parte degli organi dirigenti dei comuni della provincia, ma è necessario

altresì che della loro indizione siano consapevoli tutti i sudditi. A contatto più diretto e in rapporti più frequenti col popolo è senza dubbio il clero, e pertanto il clero meglio di chiunque altro avrà il modo di far conoscere le decisioni del parlamento a tutti i provinciali. In considerazione di ciò il vescovo e l'abate legati, dopo ricevuta l'approvazione parlamentare dei loro *processus*, ordinano al vescovo di Nocera, considerandolo quale vicario e procuratore di tutti i vescovi presenti al parlamento, che in virtù di santa obbedienza siano pubblicati i *processus* approvati entro lo spazio di quindici giorni in tutte le parrocchie delle diocesi del ducato, quando il popolo conviene alle sacre funzioni.

Ciò fatto il compito per cui il parlamento era stato convocato è esaurito: I rappresentanti dei comuni hanno conosciuto ed accettato gli ordini dei legati per la pace provinciale, il clero ha ricevuto formale incarico di curarne la pubblicazione.

Un'altra formalità tuttavia resta ancora da compiere. I sindaci dei comuni convenuti al parlamento prima di partire da Foligno, dicono i legati, debbano prestare idonei fideiussori per la integrale osservanza di quanto il parlamento ha deciso, e in quanto a quelli che non hanno il sindacato sufficiente a far ciò, (e non è raro il caso di questi sindaci inviati al parlamento provinciale dai comuni col solo incarico di assistere alla discussione per poi riferirne alle autorità comunali e senza potersi obbligare in nulla per le loro città) (1) si presentino essi entro otto giorni avanti ai legati o al rettore del ducato con procura sufficiente per promettere fedele osservanza di tutto.

E così l'uno dopo l'altro i singoli rappresentanti dei co-

(1) Vedi per il parlamento di Montolmo del 1306 L. ZDEKAUER, *op. cit.*

muni prestano le loro *promissiones* e danno fideiussione, parte nello stesso giorno della seduta dell'assemblea otto dicembre, altri nei successivi giorni nove e dieci.

Dopo di che ecclesiastici e laici convenuti al parlamento ottengono formale licenza di tornare liberamente alle proprie terre, salvo i sindaci di Spoleto, Nocera, Montefalco e Trevi, che i legati vogliono restino ancora presso di loro, forse per particolari comunicazioni che li riguardano.

GIUSEPPE ERMINI
dell'Università di Urbino.

Archivio Vat., n. 443 collettorie, f. 143 r - 144 v.

In nomine domini amen. Noscant presentes pariter et futuri quod venerabiles patres domini episcopus et abbas parlamentum publicum in civitate Fulginei, ducatus Spoletani, (ad quod parlamentum prelatos, potestates et syndicos civitatum, communantiarum dicti ducatus citari et convocari fecerant) tenentes, proposito circa exortationem fidelitatis, devotionis et obedientie ad dictam Romanam Ecclesiam et predictum dominum summum pontificem, dilectionis unitatis, pacis et tranquillitatis inter illos dicti ducatus, quod prudenter et sapienter visum fuit expedire eisdem, fecerunt legi in publico parlamento de verbo ad verbum licteras apostolicas et processum suprapositum per eosdem pridem in civitate Lucana factum; dictum processum et certa scientia innovantes et de novo etiam facientes, ne quisquam se posset pretestu ingnorantie excusare vel pretendere quod monitorie lictere dictorum dominorum episcopi et abbati (sic) aut etiam processus predicti non venissent ad notitiam eorundem; mandantes nichilominus mangne nobilitatis et potentie viro, domino Deoticlerio de Loiano, duci Spoletano, presenti, ut eorum usque ad instans festum Resurrectionis dominice treugas indiceret in predicto ducatu Spoletano, et quod dictas treugas et processus factos per ipsos mandaret et preciperet a civitatibus Spoletana, Eugubii, Fulginei, Assisij et Nucerie ⁽¹⁾ sub pena vigintimilium marcharum argenti pro qualibet ipsarum civitatum; et a communitatibus Nursie, Vissi, Cassie, Cereti, Mevanie, Spelli, Trevij, Montis Falci, Gualdi, ⁽²⁾ Nucetine diocesis, Saxiferati et Bictone sub pena decem milium marcharum argenti pro qualibet ipsarum communitatum; et a communibus Gualdi Captaneorum, Ca-

(1) Nel testo: *Nucerio*.

(2) Nel testo: *Gualdo*.

stri boni, Cannarie, et castri Limissani, Collis Mantie, Collis Marchionis, Castri Massani, Castri Litaldi, Insule Albricorum, Monticuli, Ville Balçanei, Pemontis, Castri Castangnole, Vallis Tupinj, Castri Rosane, Castri Precum, Jani et Spelli sub pena mille marcharum argenti pro quolibet ipsorum communium inviolabiliter observari. Quod mandatum dictus dominus dux immediate reverenter extitit executus, et dictum mandatum a syndicis predictarum civitatum et communantiarum et castrorum extitit acceptum; et dicti processus, facti et renovati per dictos dominum episcopum et abbatem, eo mandato lecti in publico fuerunt ab omnibus syndicis, potestatibus, ambasciatoribus in dicto parlamento existentibus, unanimiter nemine discrepante, deliberatione inter dictos potestates, ambasciatores et syndici (sic) habita, et approbati.

Et hoc etiam per sapientem et nobilem virum dominum Guidonem de Monte Alano, capitaneum civitatis Spoleti, vice omnium civitatum, communantiarum, castrorum potestatum, syndicorum, sollempniter extitit arengatum; quo facto, preceperunt dicti domini episcopus et abbas, in virtute sancte obedientie, venerabili Petri domino Nucерino episcopo presenti et vicario et procuratori aliorum episcoporum ducatus in dicto parlamento existentium, quod dictos processus infra XV dierum spatium per singulas parrochiales ecclesias diocesum suarum, cum populus convenerit ad divina officia, facere publicari, omnibus ecclesiasticis, potestatibus et ambasciatoribus civitatum, communantiarum et castrorum in dicto parlamento existentium, cum eorum gratia revertendi ad propriam licentiam concedentes; preceperunt tamen quod syndici civitatum, communantiarum et castrorum predictorum, ante eorum discessum de civitate Fulginei, prestarent fideiussores idoneos de dictis processibus et mandatis integrabiliter observandis. Monentes insuper quod omnes illi, qui non habent syndicatam sufficientem ad predicta, comparerent infra VIII dies coram ipsis vel dicto domino duce cum instrumento et syndicato sufficientibus, et quod predicta promittant servare et inviolabiliter adimplere. Mandaverunt etiam quod syndici civitatum Spoleti et Nucerie et communantiarum Montis Falconis et Trevij non recederent a dicta civitate Fulgineo sine licentia eorundem. De quibus omnibus et singulis preceperunt per nos Suffredum condam Spedalerij de Pistorio et Dominicum ser Insengne De Podio Bonizi, notarios et familiares suos, et omnes alios notarios curie domini ducis predicti fieri publicum instrumentum.

Actum fuerit hoc in ecclesia maiori dicte civitatis Fulginei, anno nativitatibus domini millesimo trecentesimo quinto, indictione quarta, die octavo decembris, pontificatus sanctissimi patris domini pape predicti anno primo, presentibus reverendo patre domino Johanne Dei gratia episcopo Nucерino et venerabili viro domino Johanne de Guereniis, canonico Albanensi, ducatus Spoletani in spiritualibus rectore, frate Anglico abbate Monasterii Saxivivi Fulginei diocesis, Romundo Barocti preceptore Mimatensi, Bernardo Regis canonico Neumeusensi, doctore decretorum, et Guillelmo Cavelti canonico Albiensi.

RECENSIONI

GIULIO PAOLI, *Principi di diritto penale*. Vol. primo: *Parte proemiale*; vol. secondo: *Parte generale* (Saggio). Padova, C. E. D. A. M., Casa edit. Milani, 1926, pag. 19-245, L. 30 e pag. 6-69, L. 6.

Sospinti da un fine strettamente didattico, nel senso di sostituire con lo scritto la lezione parlata ed impartire le nozioni essenziali sull'argomento trattato a chi si suppone ne sia completamente sprovvisto, questi volumi non solo assolvono molto bene al proprio compito specifico, ma rispondono anche ad esigenze maggiori, cosicchè ogni studioso di diritto penale può consultarli con sicuro vantaggio.

Sono degli « elementi » o delle « istituzioni » congegnati in modo caratteristico, avendo per note salienti una luminosa chiarezza (salvo in alcuni punti), una grande precisione di linguaggio tecnico ed uno squisito criterio giuridico.

Il Paoli ha ritenuto opportuno di seguire una sua via che si distingue dai consueti « principi ecc. », senza che, egli dice, tale scelta implichi svalutazione di altri sistemi e sia, intrinsecamente, agli stessi preferibile. Pure apprezzando la « linea » adottata dal Paoli, ho qualche dubbio che essa abbia, in definitiva, a considerarsi migliore benchè — unicamente — in pratica, giustifica la sua adozione.

A mio avviso, didatticamente, i Codici — posto che i nostri, di diritto materiale e formale, abbiano un' impostatura organica — costituiscono un'ottima base, con che non si esclude un « esordio » di concetti generali e degli svolgimenti monografici.

Al primo volume « Parte proemiale » il Paoli ha affidato tutto ciò che sembra « costituire il presupposto di qualsiasi ordinamento giuridico penale », tuttociò insomma che resta sostanzialmente *integro ed identico*, quali che siano le particolari disposizioni di un particolare corpo di leggi penali.

Cosicchè, piuttosto che trattarsi qui di nozioni relative ad un determinato diritto positivo, si tratta di *prenozioni* relative ad ogni diritto positivo.

Il primo volume consta pertanto di 6 capitoli: 1 — Il reato. Le pene. Le misure di sicurezza. 2 — L'imputabilità. 3 — La norma penale. 4 — Fonti ed interpretazione del diritto penale.

Estinzione della legge penale. 5 — Efficacia della legge penale. 6
— Leggi e dottrine di diritto penale. (Cenno storico).

Tutti questi capitoli hanno (e l'elogio non è piccolo) un andamento Carrariano, compensandoci della nebulosità che contraddistingue molti fra gli scrittori del giorno, persuasi — è probabile — che l'essere oscuri sia segno di... lucidità di pensiero.

Il Paoli si serve abbondantemente dell'esemplificazione, che, mentre giova al lettore, dimostra in chi l'adopera di aver esatto il concetto delle formulazioni teoriche e toglie il dubbio, spesso ragionevole, che l'esempio sia reputato banale esclusivamente perchè si sarebbe impacciati a proporlo!

Costretto da motivi accademici, il Paoli dedica un numero di pagine, forse superiore al necessario, ad alcune preziosità più sapienti che utili, come quelle del carattere — o meno — sanzionatorio del diritto penale e dei destinatari della norma; ma lo fa con un garbo simpatico contribuendo a rivelare questi.. rompicapi per ciò che sono.

Insufficiente è, a mio avviso, l'esame della « volontarietà » che sta a fondamento dell'imputabilità nell'articolo 45 del Codice penale.

Naturalmente sommario il prospetto storico del diritto penale, tranne che riguardo al « Programma » di Francesco Carrara, richiamato nei capisaldi della sua struttura, con grande maestria.

Il secondo volume è dedicato alla parte generale, non esposta totalmente ma con un semplice saggio.

La differenza fra parte proemiale e parte generale non si manifesta in modo soddisfacente, e la mia impressione ha la sua riprova nella difficoltà di stabilire in che guisa, effettivamente, l'una parte si stacchi con un taglio netto dall'altra, o non ne sia invece un ramo od un complemento.

Si avverte, in questo volume, un senso di sforzo che si riverbera nella minor scioltezza del suo contenuto e diminuisce il valore dell'opera, presa nel suo insieme.

Poco efficacemente il nostro A. spiega l'indole ontologica della « contravvenzione » in confronto del delitto, e stupisce che egli non abbia, senza ambagi, confessata tutta l'artificiosità della pretesa del nostro legislatore al riguardo.

Confusa, infine, è la determinazione del reato formale, tanto che per comprendere il significato della pag. 66 « Il Massari ecc. » sino a pagina 67 « Da ultimo ecc. » è indispensabile una dura fatica della quale ignoro sia capace lo studente che è, pure, il... destinatario di questo libro, in tutti gli altri suoi punti, riuscitissimo — ripeto — sotto il profilo didattico.

ADOLFO ZERBOGLIO

PIERO MARSICH, *L'esecuzione penale* (Saggio introduttivo), Padova, Casa editrice A. Milani, 1927, pag. 93, L. 10.

L'argomento che forma oggetto di questo « saggio » è della massima importanza, anche perchè esso ha avuto una scarsa trattazione dogmatica, difettando, quindi, di una corretta e chiara impostazione scientifica.

Il Marsich, provveduto di larga e seria cultura, si è proposto di definire la natura dell'esecuzione penale, ricercando se essa sia istituto di diritto sostantivo o procedurale e se entri nel novero degli atti di giurisdizione od in quelli di amministrazione.

Al corrente di quanto si è scritto in materia, lo espone e commenta ampiamente, parendo adagiarsi nell'iperteoricismo di moda per cui si perde molto tempo in classificazioni, sistemazioni, costruzioni, prive di un reale e concludente contenuto.

Il Marsich è di opinione che la dottrina dell'esecuzione sia dottrina del processo, dell'azione, e però del diritto processuale, e che gli atti di esecuzione debbano essere tipicamente collocati fra gli atti del potere amministrativo.

Estesa è la ricordata indagine circa la differenza fra gli atti di amministrazione e quelli di esecuzione, e si può forse notare che, avendo nel « saggio » un valore, sia pure pregiudiziale, ma sempre di richiamo, supera lo svolgimento che « nel saggio medesimo » le competerebbe.

Il cap. III — ultimo — è dedicato al problema delle pene indeterminate in rapporto all'esecuzione, con osservazioni, degne di riguardo, sul carattere giuridico delle misure di sicurezza.

ADOLFO ZERBOGLIO

MICHELANGELO VACCARO, *Il diritto penale* (Piccola biblioteca di scienze moderne), Torino, F.lli Bocca Edit., pag. 159.

Fra gli scrittori degli innumerevoli libri, opuscoli, articoli, pubblicatisi nel quarantennio sul « positivismo penale », Michelangelo Vaccaro emerge per serietà di preparazione scientifica, finezza di osservazioni, equilibrio di giudizi.

La sua produzione non è grandissima, ma le sue pagine hanno portato un reale contributo allo studio dei delitti e delle pene, specie dal punto di vista sociologico.

Questo recente volume riepiloga il pensiero del dotto magistrato che, in un'età nella quale altri si riposa, ha tuttavia trovato modo di combattere una vigorosa battaglia in appoggio dei principi e delle teorie costantemente seguite ed elaborate.

Il Vaccaro, giovandosi di una soda e vasta cultura giuridica e filosofica, confuta ancora una volta gli errori del « positivismo ufficiale » e mette in guardia le persone di buona fede contro il dilettantismo ed il facilonismo di troppi seguaci della « nuova scuola ».

Interessantissima la critica acuta e spregiudicata di quel mistero che è « l'idealismo attuale », in sè e nella sua ramificazione « criminalistica ».

A. Z.

FILIPPO MANCI, *Reati sessuali*, p. xiv, 358, Torino, 1927, F.lli Bocca Edit., Lire 42.

L'avvocato Filippo Mancì, già studente dell'Università Urbinate che gli conferì la laurea di dottore in leggi, porge in questo nuovo denso volume una nobile prova della sua ardente operosità scientifica.

Il tema impreso a trattare è dei più ardui e richiede singolare perizia di giurista pratico e teorico. Non sempre l'A. è stato sobrio e chiaro nella esposizione, assai prolissa, ma in compenso egli dimostra larga conoscenza dell'argomento e capacità dialettica.

Commentatore acuto della legge, intercala osservazioni notevoli di carattere dottrinario ed affronta, con spirito di indipendenza, vessate questioni giurisprudenziali.

Chi scrive si riserva di esaminare altrove, analiticamente, alcuni punti speciali del libro, ma qui crede di dovere richiamare l'attenzione degli studiosi sul capitolo IV « Corruzione dei minorenni » e su alcune pagine del « Ratto ».

A. Z.

CESARE BIONDI, *L'incapacità al lavoro dal punto di vista medico-legale*, Torino, Unione Tip. Ed. torinese, 1926; pag. viii, 620, con 93 fig. Prezzo L. 60.

La letteratura infortunistica italiana vanta oggi questo nuovo manuale pratico di semeiotica e diagnostica medico-legale e di diritto previdenziale.

Il medico-legale della Università di Siena ha voluto portare al giudizio del pubblico medico, col suo libro, le direttive di metodo e di applicazione, da Lui esposte nella scuola nei lunghi anni di insegnamento, col proposito di « coordinare in un sistema scientifico tali metodi d'indagine e le valutazioni dei reperti raccolti ». Più che della malattia o della imperfezione per sè, l'A. ha voluto, nella esposizione della vasta materia, tenere di mira soltanto il perturbamento delle funzioni, e più particolarmente di quelle funzioni

che risentono sul lavoro. Poichè è sull'apprezzamento del *danno funzionale* riportato che si basa la previdenza in materia d'infortuni.

La genialità e novità dell'opera consiste appunto nell'aver il prof. Biondi effettuato " il tentativo di sistemazione scientifica di una materia empirica e professionale „ A raggiungere tale scopo, ha considerato l'organismo umano come un motore, di cui si utilizza il lavoro, e di cui si vuole conoscere la potenzialità, scomponendone i molteplici meccanismi, che ne assicurano il funzionamento, e cercando di vedere come se ne può apprezzare l'azione.

Il libro è diviso in tre parti. Nella *prima parte* si accenna alle assicurazioni sociali dal punto di vista sociologico e giuridico. Nella *seconda parte*, quella veramente più originale ed estesa, l'A. svolge la semiotica o diagnostica speciali. Esposta la morfologia del motore umano, sistematicamente vengono studiate la mobilità delle leve del motore stesso; la motilità; la stazione ed il cammino; il dolore e la sua obbiettivazione; i meccanismi di sorveglianza per il funzionamento del motore umano (sensi specifici); le funzioni essenziali della vita vegetativa; le menomazioni funzionali discendenti da effetti di funzione del motore, cioè lesioni della cute, di tendini, di muscoli, di vasi, dell'addome (spostamenti viscerali); la funzione psichici. Vi è un capitolo a parte sulle alterazioni morfologiche e funzionali simulate; e non mancano ovunque larghi ammaestramenti pratici, diretti a scoprire le simulazioni. La *terza parte* tratta del diritto previdenziale costituito. Vi trovano posto l'assicurazione infortuni industriali ed agricoli principalmente; quella di invalidità e vecchiaia; di invalidità in confronto alle leggi sull'equo trattamento di invalidità per la gente di mare; quella di maternità; quella contro la disoccupazione involontaria. E sempre viene messa in rilievo l'opera del medico-legale nelle singole applicazioni.

Il prof. Biondi ha scritto un'opera da Maestro, quale egli è, fornito di singolare dottrina medica e medico-giuridica, e con quella critica che proviene soltanto da una larga esperienza pratica. Il " tentativo „ è certamente riuscito alla prima prova.

Labella veste tipografica, in cui il libro si presenta, le numerose e nitide figure illustrative, molte delle quali originali, i numerosi moduli riportati nel testo, fra quelli adottati dagli istituti assicuratori, rendono l'opera singolarmente interessante, necessaria guida per chiunque debba occuparsi di infortunistica. Nè ad essa potrà dunque mancare la ben meritata fortuna.

GEORG BUSOLT, *Griechische Staatskunde*, 3 Neugestalt. Aufl. [Handbuch der klassischen Altertumswissenschaft, begründet von Iwan von Müller, herausgeg. von Walter Otto. IV Abt., I Teil, I B.] bearbeitet von Heinrich Swoboda, München, C. H. Beck 1920-26. Pag. 1-630; Pag. 631-1590. Register von Franz Jandebaur.

Il diritto pubblico greco manca ancora di una trattazione sintetica ed insieme esauriente, che sia paragonabile allo Staatsrecht del Mommsen, trattazione che da molti è giudicata impossibile sia per l'indole della materia, sia per la frammentarietà delle fonti. Il primo tentativo di questo genere è ad ogni modo il *Griechisches Staatsrecht* del Kahrstedt, di cui è uscito finora soltanto un primo volume riguardante Sparta. Gli studiosi di antichità e di diritto greco saranno perciò indotti ad accogliere con piacere il completamento dell'opera del compianto Giorgio Busolt, avvenuto lo scorso anno per merito dell'insigne prof. di Praga Enrico Swoboda, rapito anche lui da poco alla scienza.

La *Griechische Staatskunde*, il cui primo volume uscì nel 1920, interrotta poi per la morte dell'aut. ed ora terminata, è qualcosa di meglio che una terza edizione delle *Griechische Staatsalterthümer* dello stesso aut. in un solo vol. nello stesso *Handbuch* di Iwan Müller. Delle prime ediz. rimane solt. il piano fondamentale. L'opera viene infatti a constare di tre parti principali: la prima comprende una trattazione dogmatica della polis greca; la seconda tratta molto dettagliatamente della costituz. dei principali stati greci a noi meglio conosciuti: Sparta, Artene e Creta (chè per l'isolamento in cui Creta rimane per lungo tempo dal resto del mondo greco e per lo stampo comune che presentano le istituz. di tutte le sue poleis, si può considerare come una sola costituzione). La terza parte tratta dei rapporti tra gli stati della Grecia. Precede un'introduzione sulla storia e i metodi della scienza delle antichità pubbliche.

Nella prima parte (che comprende tutto il primo vol., [pp. 1-630 dell'opera complessiva]), sono trattate le istituz. politiche, sociali, religiose e militari di tutta la Grecia e si cerca di cogliere i caratteri delle singole costituz. per assurgere ad una dottrina astratta dello stato ellenico. Di sommo interesse quindi le parti che riguardano la formazione storica della polis (128 sgg.), il carattere dello stato primitivo con le sue istituzioni più salienti, quali il « servaggio » (135 sgg.), la divisione della terra e la proprietà a regime primitivo (141 sgg.). Ma su questa trattazione delle origini elleniche, comprendente le prime tre sezioni (pp. 107-153) il B. opportunamente non si sofferma molto a lungo; sia per mole che per importanza è di gran lunga più rilevante la parte riguardante lo stato classico

(« Die Polis », pp. 153-630) la quale dopo una definiz. dello stato-città (153-169) passa subito allo studio dell'economia (169-210) e delle condiz. sociali (le classi ed i partiti 210-220), parte questa nella quale ci piace rilevare il cap. che il B. dedica alla proprietà fondiaria (178 sgg.). Il vero e proprio diritto pubblico costituisce la parte centrale della sezione riguardante la polis. Essa comincia con lo studio delle condiz. giuridiche delle persone (cittadini, schiavi, forestieri: pp. 220-303; interessante il cap. di dir. di famiglia a p. 239 sgg.), dopo di che espone la teoria degli organi costitutivi del governo, distribuendo la materia per forma di costituzione basilea eroica, oligarchia, tirannide, democrazia (pp. 303-514). Complemento necessario a questa trattazione è lo studio dei poteri dello stato, dei suoi bisogni e della sua difesa; e allo studio di questi poteri (compresi sotto il titolo di Staatsverwaltung) son dedicati i §§ 58-67 in cui si studia appunto il culto (514 sgg.), il potere giudiziario (pp. 527-58), l'organizzazione militare (559-87) e le finanze (587-630).

La sezione sulla polis forma così la parte principale dell'« Allgemeine Darstellung ecc. ». Una così grande estensione assegnata ad una parte che si prefigge di assurgere ad una dottrina astratta dallo stato può sembrare molto censurabile. Inoltre una scienza politica generale non sembra affatto possibile per uno stato puram. ideale quale è il greco. In Grecia, a differenza che per il diritto pubblico romano, abbiamo tante poleis e non la polis. Quindi la dottrina generale dello stato è destinata a riuscire una massa caotica di dati e di cifre che fa perdere la visione d'insieme. E' da domandarsi se, anzichè una trattazione dogmatica, non sia più utile ed agevole una trattazione « statistica », pur se non può raccogliere nei capitoletti dedicati ai singoli stati che poche e magre notizie, a un di presso come già fece il Gilbert. Ciò non ostante anche in questa parte generale l'opera del B. presenta un metodo molto più sicuro che non quelle dei predecessori, per esempio le *Antiquitäten* dello Hermann-Thumser.

Grandiosa per l'immenso materiale raccolto e per la esauriente trattazione è la seconda parte dell'opera, vale a dire quella sulle tre politeiai di Sparta, Creta ed Artene. La parte che riguarda Sparta raccoglie con grande accuratezza il materiale ed i risultati degli studi più recenti, senza prevenzione a favore di alcuna teoria speciale. Anche qui è osservato il principio di premettere alla parte riguardante la costituzione una breve scorsa sulle condizioni politiche e sociali. Quanto a Creta è da lamentare solo che vi sia trascurata l'evoluzione costituzionale nel corso del 4° e 3° sec.: da ricordare su questo punto la dissertazione di M. MUTTELSEE, *Zur Verfassungsgeschichte*

Kretas im Zeitalter des Hellenismus, Hamburg 1925. Alla parte che riguarda Atene è assegnata quella diffusione richiesta dall'importanza dell'argomento e che ci è resa possibile dalla maggior ricchezza delle conoscenze nostre su questo tema (specie l'esistenza dell'Atenaion politeia di Aristotile). Perciò nella parte introduttiva riguardante le condizioni politiche e sociali dell'Attica, si può seguire con molta precisione l'evoluzione storica della costituzione. Lo stesso dicasi della parte sistematica, che l'autore ritornando, molto opportunamente in questo caso, alla divisione tradizionale dei più antichi trattati, dedica all'analisi della costituzione democratica di Atene.

Naturalmente è impossibile soffermarci su dettagli e discutere punti singoli di un'opera di questo genere, tanto più che si tratta di un grandioso trattato in cui poco o nulla è dedicato a vedute personali. Chè il suo maggior valore sta infatti nel materiale vastissimo raccolto, quantunque non sia da trascurare anche la sua elaborazione che, se non riesce profondissima ed originale, è pur sempre organica, chiara e completa. Del resto, scopo di un trattato generale, specialmente in un campo in cui il materiale è assai sparso e di difficile consultazione, è di esporre i risultati più recenti della scienza e di offrire allo studioso un mezzo di lavoro.

Questo il B. fa costantemente. Nelle note, vaste ed esatte, oltre alla documentazione, vi sono brevem. accennate e risolte le quest. Alla fine di ogni sezione è una ricca ed aggiornata bibliografia. Il grande indice generale (indice della materia, termini greci, nomi propri, indice geografico), opera solerte del dott. F. Jandebour, valorizza l'amplissimo materiale. Quindi, tutto considerato, l'opera del B. si può definire un modello di opera di consultazione. Più organica delle Griechische Antiquitäten dello Hermann-Thumser, più particolareggiata e documentata delle Griechische Alterthümer dello Schoemann, essa è evidentemente la migliore delle trattaz. generali comparse finora in questa materia ed è naturale che costituisca, per ora e forse per molto tempo ancora, uno strumento di lavoro indispensabile allo studioso.

ALBERTO GITTI

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG FÜR RECHSGESCHICHTE. ROMANISTISCHE ABTEILUNG, B. 46 (1926).

p. 1 e segg. O. LENEL, *Die Passivlegimation bei der hereditatis petitio*. L'*hereditatis petitio* poteva sperimentarsi non soltanto contro il *pro herede possidens* (che crede d'essere erede) e il *pro possessore possidens* (che sa di non essere erede), ma anche contro chi possedesse cose ereditarie per titoli particolari. Il possessore (p. h. o. p. p.) di cose ereditarie, che confessasse di esser tale e accettasse la h. p. (e se non l'accettava subiva l'interdetto *quam hereditatem*), se perdeva la lite, doveva restituire tutte le cose ereditarie da lui possedute. Chi possedeva in base a un titolo particolare poteva anche non accettare l. h. p. (e l'interdetto q. h. era contro di lui inefficace) e bisognava perciò intentare contro di lui la *reivindicatio*, la quale importava un più gravoso onere di prova per l'altro. Se il convenuto non accettava neanche la *reivindicatio* (o non dichiarava in *iure* che egli era possessore in base a titoli particolari), l'attore poteva chiedere l'interdetto *quam fundum* o altrimenti essere immesso in possesso delle cose controverse. In diritto giustiniano se qualcuno rifiutava di accettare l' h. p., l'attore era ammesso a provare la sua pretesa e otteneva anche *manu militari* l'esecuzione della condanna.

p. 19-31. E. GRUPE, *Juristische Analekten aus den Briefen des G. Sollius Apollinaris Sidonius* (tra le altre, IV, 24). Un tale aveva contratto un debito, con interesse del 12 %; dopo 8 anni le *usurae* non pagate hanno raddoppiata la sorte e il creditore ha incominciato gli atti esecutivi. S., su preghiera del debitore, parte per ottenere dilazione dal creditore, che è vescovo, e questi dichiara a S. di non richiedere altro *quam mei officii ratio permittit*, cioè rimette al debitore le *usurae*, secondo i precetti dell'Evangelo e dei concili di Altes (314) e di Nicea, (515) e dice che glielo avrebbe rimesso anche se non fosse stato un ecclesiastico.

pp. 68-83. RAFAEL TAUBENSCHLAG, *Das attische Recht in der Komödie Menanders "Epileptones"* „

L'autore illustra dottamente e acutamente, con larghi riferimenti al diritto dei papiri e al diritto romano, gli spunti giuridici di diritto attico che si incontrano in abbondanza in tutto lo svolgersi della commedia, spunti che si possono raggruppare, come ha del resto fatto egregiamente il Taubenschlag, in sei sezioni: I. *Schiavitù e manumissione*. II. *Posizione giuridica degli esposti*. III. *Divorzio*. IV. *Scoperta e comunione di un oggetto*. V. *Funzione di un anello come "enéchyron"*. VI. *Giudizio d'arbitro tra due schiavi*.

p. 83-89 - *Romanistische Studien*. G. BESELER (tra gli altri), *Corpus, fiscus, arca, deus*. Il corpus differisce dalla societas perchè il primo può mutare i suoi membri, la seconda no. Nè l'uno nè l'altra erano persone giuridiche (purchè avessero scopi leciti), nè avevano bisogno di riconoscimento. Ritiene, come concezione dogmatica, che uniche titolari dei loro diritti patrimoniali possano considerarsi soltanto quelle persone giuridiche che hanno per loro unico organo la totalità dei loro membri: il che è una conseguenza della constatazione che ogni patrimonio può avere più soggetti. I romani conobbero le fondazioni solo quando cominciò ad affermarsi il cristianesimo: prima di allora ammisero soltanto la figura del patrimonio destinato a un certo scopo, titolare del quale è un finto soggetto.

p. 89-104. *Urteilbare Obligationen* (a proposito di GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni individuali*). Crede che la dottrina della trasmissibilità ereditaria di rapporti giuridici sottoposti a condizione sia classica. Esamina poi vari casi in cui i crediti (o debiti) del defunto si dividono *ipso iure* tra gli eredi, e altri in cui non si dividono e cioè: 1. Nelle stipulazioni penali di garanzia, solo quell'erede dello stipulante che ha sofferto dolo avrà un'azione in *id quanti sus intererit*. 2. Nelle stipulazioni di servitù ogni erede dello stipulante potrà intentare l'azione per far costituire la servitù ed ottenere una condanna relativa al danno da lui subito; ogni erede del promittente è obbligato per intero, ma la sua condanna libera i coeredi. 3. Nelle stipulazioni del tipo *neque per te neque per heredem fieri, quominus michi hereditique meo...*, se un erede dello stipulante è ostacolato, egli solo avrà l'azione e per tutto l'interesse; ogni erede del promittente è obbligato per l'intero e la condanna di uno non libera gli altri. 4. L'erede di un depositario infedele è obbligato in forza della sua qualità di erede; se vi sono più eredi ognuno è obbligato per l'azione da lui (coerede) commessa.

p. 138-43. *Prozessprocurator*. Ritiene post-classica la figura del procuratore *pro cognitore habetur* e non classica *l'exceptio procuratoria*, giacchè il *procurator* doveva *cavere rotam rem dominum habiturum*.

p. 144. F. EBRARD, *Beamtenpflicht und Sorgfaltspflicht im Ausdruck dare operam*. Richiamandosi frequentemente a studi recenti sull'argomento, l'A. esamina le espressioni *dare operam* e *curare*. Egli ritiene che la prima in senso (più o meno classico) di dolo malo non sia classica, ed avrebbe acquistato questo significato soltanto quando cominciò ad ammettersi una valutazione subbiettiva della responsabilità. In dir. pubblico s'incontra in origine solo la parola « cura » a proposito di atti dei magistrati i quali danno efficacia ad altri rapporti giuridici: nel principato nasce l'espressione *dare operam* che a poco a poco diviene un'equivalente di *diligentia*.

pp. 169-180. EGON WEISS, *Zum Rechtshilfevertrag aus Stymphalos*.

È una nuova illustrazione relativa all'importante e noto frammento epigrafico di Stymphalos in Arcadia, anteriore al 234 a. Cr., contenente una parte di un contratto tra la città di Stymphalos e un'altra ignota città greca, riguardante l'esecuzione e la testimonianza. L'ultima edizione del testo frammentario di questa importante iscrizione è stata data dallo Hiller von Gaertringen in I. G., V°, 2, 357, (vedi la magnifica riproduzione fototipica della nostra iscrizione a tavola I dello stesso vol. V, 2, delle I. G.); ed è su questa edizione che si basa il lavoro del Weiss.

PP. 490-304. PAUL KOSCHAKER, *Zu den griechischen Rechtsurkunden aus Dura in Mesopotamien*.

È un rapporto assai accurato e particolareggiato della scoperta, delle illustrazioni che finora sono state pubblicate delle ormai notissime pergamene greche di Dura Europos (od. el sālihejah) sull'Eufrate, scoperte in una campagna di scavo eseguita da una spedizione archeologica francese sotto la direzione di Franz Cumont nel Novembre 1922 e Ottobre-Novembre 1923. Queste preziose pergamene sono assai importanti, come è noto, per quello che riguarda il diritto ereditario.

E' da notare però, nei riguardi del rapporto del Koschaker, che in esso, nonostante la più rigorosa completezza, non è ricordato affatto l'importante contributo che delle scoperte archeologiche di Dura ha dato, anteriormente allo scritto del Koschaker, il

Calderini, col saggio intitolato: *Le recenti scoperte di Dura sull'Eufrate e il loro interesse religioso*, in *Saggi e studi di antichità*, cap. IX, pp. 284-301, in *Pubbl. dell' Univ. Cattolica del S. Cuore*, Ser. V, vol. VI.

BOLLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO. vol 34 (1926), fascicoli 5-6.

p. 225-94. E. BETTI, *Problemi e criterii metodici di un manuale di istituzioni romane (a proposito di un libro recente)*. Lunghissima recensione al manuale del prof. Aranzio Ruiz; il B. esamina il problema del metodo, e concorda coll'A. nel ritenere che bisogna studiare il dir. romano con criteri moderni, cioè ripensare le costruzioni romane con idee moderne. Esamina varie questioni dogmatiche; tra le altre la funzione e lo scopo della manifestazione della volontà in rapporto all'esistenza del negozio giuridico; ritiene poi insufficiente la definizione del diritto soggettivo quale facoltà di esigere una condotta altrui, si occupa infine di altre questioni più, particolari, quali la spiegazione della realtà della servitù, se l'usucapione sia modo d'acquisto originario o derivativo e, in ultimo, degli effetti della compra-vendita in diritto romano.

s. SOLAZZI, *Il divorzio della liberta*. In dir. classico la liberta poteva divorziare contro la volontà del patrono (ma non le era permesso contrarre nuove nozze): di conseguenza, in caso di divorzio, le donazioni reciproche non convalescevano; solo in epoca post-classica è vietato il divorzio della liberta *invito patrono*: in epoca giustiniana si ritorna al principio classico, ma il divieto delle nozze in questo caso è solo una conseguenza dell'indirizzo della legislazione bizantina in tema di matrimoni. Il divorzio senza forme forse aveva solo l'efficacia di escludere l'adulterio, non quella di sciogliere il matrimovio.

F. BETTI, *Ernst Zitelmann*. Dà notizia di alcuni lavori romani-stici dello Zitelmann ed espone le idee dello Zitelmann circa il valore del dir. romano. Egli pensava che il dir. romano servisse non tanto a dare ai giovani una conoscenza dei presupposti storici degli istituti, quanto, e principalmente, ad abituarli a pensare giuridicamente, e che un'esegesi dei casi pratici trattati dai giureconsulti romani sarebbe giovato molto più che una discussione su articoli di legge.

M. LAURIA e V. CAPOCCI

LUIGI LUZZATTI

Mentre ci uniamo, con animo profondamente commosso, all'universale compianto per la morte di Luigi Luzzatti, sentiamo il dovere di riparare ad una lacuna riscontrata nel ricordo della di Lui vita operosa e saggia di statista, di scienziato e di maestro, rammentando che Egli nel 1863 fu dichiarato vincitore della cattedra di Filosofia del diritto presso la nostra facoltà di giurisprudenza.

A questo suo momento Universitario, il grande Scomparso accennava, in tono di simpatica compiacenza, parlando col nostro rettore in una non lontana visita alla nostra città.

Col dire, ad un tempo colorito e bonario, che gli era consueto, il sereno vegliardo rievocava l'ormai antica vittoria in uno dei primi cimenti accademici, quasi deplorando che la chiamata in altra sede gli avesse impedito di svolgere anche qui la sua nobile attività di insegnante. (1)

Quando Egli ci aprese la notizia che riportiamo fummo dolenti pur noi di non avere avuto fra i vecchi colleghi, un tant'uomo, ed ora che la sorte comune è scesa sul dolce capo patriarcale, ci inchiniamo reverenti alla sua memoria, come se la di Lui voce avesse echeggiato fra le nostre aule, diffonditrice di sapere e di bontà, colla passione e col ritmo ben noti al Parlamento, agli Ateinei, ai Consessi che si onorarono di averlo rappresentante, docente, consigliere e negoziatore.

A. Z.

(1) Nella relazione del rettore (Prof. Canzio Ricci) per l'inaugurazione dell'anno accademico 1925-26 (Annuario pag. 25), si ricorda questa visita, nei seguenti termini:

« In una visita gradita di cui ci onorò nell'agosto u. s. il venerando uomo, ministro di stato, S. E. l'onorevole Luigi Luzzatti, accompagnato da persone di governo dell'amica e vicina repubblica di S. Marino. Egli ebbe a lasciarci scritto, in una dedica gentile, che l'Università è pari ad una « Istituzione la quale, come la scienza, ringiovanisce con gli anni ».

PUBBLICAZIONI RICEVUTE

GIULIO PAOLI, *Principi di diritto penale - Vol. primo: Parte proemiale; vol. II: Parte generale.* (Saggio) - Padova, Casa edit. Milani, 1926.

PIERO MARSICH, *L'esecuzione penale* (Saggio introduttivo), Padova, Casa edit. Milani, 1927.

ANNALI DELL'UNIVERSITÀ DI CAMERINO, Vol. I (Sezione giuridica). Roma, Anon. romana editoriale, 1926.

GENNARO MARCIANO, *Il titolo X del codice penale.* Con note di Enrico Altavilla. Napoli, Morano, 1921, vol. 2.

N. B. — Siamo costretti a rinviare al prossimo numero, per mancanza di spazio, la recensione del prof. P. D'Ambrosio su « *La politica de Machiavelli* » di F. Ercole.

LUIGI RENZETTI, *Direttore responsabile.*

Urbino, 1927, Tip. M. Arduini.